

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

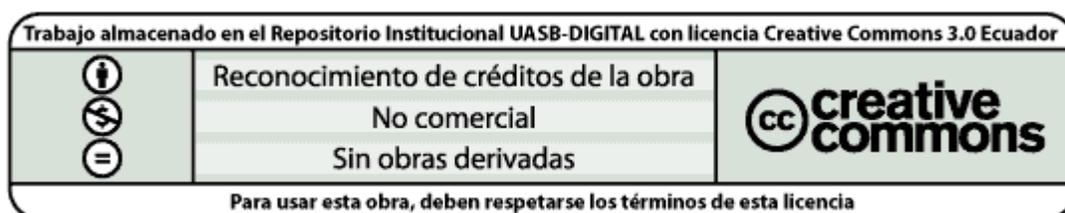
MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

*NEOCONSTITUCIONALISMO EN MONTECRISTI: ACTORES,  
PROCESOS E IDEAS*

AUTOR: ISRAEL CELI TOLEDO

2014



## **CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS**

*Yo, ISRAEL PATRICIO CELI TOLEDO, autor de la tesis intitulada “Neoconstitucionalismo en Montecristi: actores, procesos e ideas”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.*

*1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.*

*2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.*

*3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.*

.....

*Israel Celi Toledo*

*Loja, 19 de febrero de 2014.*

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

**MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

***NEOCONSTITUCIONALISMO EN MONTECRISTI: ACTORES,  
PROCESOS E IDEAS***

**AUTOR: ISRAEL CELI TOLEDO**

**TUTOR: PABLO ANDRADE, Ph.D.**

**2014**

## ***Dedicatoria***

*A mis padres Susana y Patricio, a mis hermanos Andrea y Ricardo, y a mi abuelita Genoveva,  
por desbrozar con amor, mi camino hacia la felicidad.*

*A mi amada esposa, Andrea, por abrigar el hogar espiritual que sostiene lo mejor de mi vida.*

*A mis queridos suegros, Rodrigo y Judith, por su apoyo incondicional en los momentos de  
mayor dificultad.*

## ***Agradecimientos***

*Agradezco a la maravillosa comunidad de estudiantes, docentes y servidores administrativos de la Universidad Andina Simón Bolívar y en especial, a quienes hacen parte del Área de Derecho y de la Residencia Universitaria.*

*Merecen una mención particular varias personas, a las que agradezco de todo corazón.*

*Mi tutor de tesis, el doctor Pablo Andrade, por su trabajo esforzado en la formación de estudiantes de posgrado. Sus correcciones, sugerencias y publicaciones han sido fundamentales para mi modesto proyecto académico.*

*Los doctores Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rafael Polo y César Montaña, por compartir con nobleza sus amplios conocimientos en las disciplinas que intento vincular en esta investigación.*

*Mi amigo y compañero de maestría, Vladimir Bazante, por extenderme con solidaridad y presteza su mano en la ciudad de Quito, siempre que fue necesario obtener recursos bibliográficos y facilitar procedimientos administrativos que no estaban a mi alcance en la hermosa campiña lojana.*

## ***RESUMEN***

Esta investigación, realiza en primer lugar, un análisis histórico conceptual del paradigma neoconstitucional en América Latina y Ecuador, en aras de identificar las ideas que inspiran proyectos transnacionales de política jurídica. Luego, se estudian los actores y procesos que participaron del proceso constituyente en Montecristi, con el objetivo de evidenciar la agencia de intelectuales del derecho que influyeron en el diseño constitucional basado en el paradigma neoconstitucional ecuatoriano. Finalmente, a partir de lo anterior, y de desarrollos conceptuales que embeben del institucionalismo histórico ecuatoriano, se argumenta que el neoconstitucionalismo en Montecristi es una utopía desarmada, no sólo por los problemas inherentes a un lenguaje normativista y periférico, sino también, debido a las condiciones políticas y sociales de la *polis* que busca transformar.

## Índice

<b>Introducción</b> .....	7
<b>I. EL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO</b> .....	13
1. La literatura sobre el neoconstitucionalismo en América Latina. ....	15
2. El neoconstitucionalismo originario .....	19
2.1. Las fuentes metajurídicas del neoconstitucionalismo .....	20
2.2. El neoconstitucionalismo originario como teoría del derecho.....	25
3. El neoconstitucionalismo originario como teoría transnacional en América Latina .....	32
4. Neoconstitucionalismo y política jurídica .....	38
<b>II. NEOCONSTITUCIONALISMO EN MONTECRISTI</b> .....	46
1. El neoconstitucionalismo en la iusteoría ecuatoriana .....	49
1.1. La iusteoría liberal ecuatoriana y la Constitución de 1998 .....	51
1.2. Transformaciones de la iusteoría ecuatoriana frente a la Constitución de 2008.....	58
2. De la producción iusteórica al diseño político: neoconstitucionalismo en Montecristi. ....	79
2.1. Los principios de aplicación de los derechos.....	86
2.2. Las garantías de los derechos .....	88
2.3. La justicia constitucional como instancia suprema .....	90
<b>III. CONCLUSIONES: LECCIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN MONTECRISTI</b> .....	98
1. Radicalismo y voluntarismo en el programa neoconstitucional.....	98
2. Más allá del neoconstitucionalismo ecuatoriano .....	102
2.1. El neoconstitucionalismo como “tipo ideal” .....	103
2.2. ¿Una utopía desarmada? .....	107
Apéndice .....	117
Anexos .....	118
Bibliografía .....	122

## **Introducción**

Luego de que la Asamblea Constituyente reunida en Montecristi, aprobara el texto constitucional que sería aprobado en el referéndum celebrado en septiembre de 2008, una nueva generación de académicos del derecho que participaron activamente en el diseño de propuestas constitucionales –antes y durante el proceso constituyente–, tomó las banderas de lo que se denominó neoconstitucionalismo para legitimar la nueva Constitución. Desde aquél momento, los ensayos escritos por autores nacionales, así como las compilaciones de textos que buscaban difundir en el foro nacional teoría del derecho elaborada en países centrales de la cultura jurídica global, permitieron que una pequeña, pero persuasiva y vibrante comunidad intelectual, posicionó con fuerza el neoconstitucionalismo dentro de la tradición ecuatoriana de derecho constitucional, provocando un notable impacto en los imaginarios de abogados e intelectuales públicos. Cinco años después de aprobada la Constitución y pese a la distancia cada vez más grande entre normatividad constitucional y normalidad política, el neoconstitucionalismo es el eje de los debates jurídicos sobre el constitucionalismo ecuatoriano.

Paradójicamente, la vaguedad conceptual del neoconstitucionalismo en América Latina y Ecuador, impide que se tenga claro qué fenómenos designa y cuál es la base teórica e ideológica sobre la que se funda tal concepción. Frente a este déficit, en esta investigación se buscará explicar, a través de un análisis histórico intelectual de la literatura jurídica transnacional y latinoamericana, cómo ha sido usado el concepto neoconstitucionalismo en la región. Al respecto, nuestro análisis nos ha llevado a sostener que el neoconstitucionalismo es principalmente un paradigma usado en

proyectos de política jurídica,<sup>1</sup> cuyo “modo de producción” está condicionado fuertemente por la recepción de ciertos “tipos ideales” (dotados de universalidad descriptiva y prescriptiva) de la teoría jurídica transnacional,<sup>2</sup> que en virtud de la correspondencia entre su contenido semántico y el contenido receptado en la literatura regional, hemos denominado neoconstitucionalismo originario (que no es lo mismo que original).<sup>3</sup>

Ahora bien, al identificar el “contenido mínimo común” del neoconstitucionalismo latinoamericano y del neoconstitucionalismo originario mostraremos que se ha difundido, especialmente en el ámbito iberoamericano, una idea que vincula tres pilares que forman el sostén de la edificación neoconstitucional. Nos referimos a las premisas sobre derechos humanos, justicia constitucional y Constitución. En la narrativa constitucional los derechos humanos positivizados en la Constitución constituyen el fin de la *polis*; tanto el Estado como la sociedad, deben orientarse a satisfacer las exigencias de los derechos reconocidos por la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. Esta concepción, forjada a partir de la defensa del ideal de Estado Social, tanto en Europa como en América Latina (aunque en ésta última, el Estado social supone el reconocimiento del derecho indígena), conlleva que la Constitución de los derechos, sea considerada como una norma jurídica vinculante para los poderes públicos y privados, al punto de considerar la política y el Estado como instrumentos de

---

<sup>1</sup> Para Kelsen la política jurídica, a diferencia de la ciencia del derecho, se ocupa de prescribir normas, y no de “describirlas”. En este trabajo, la literatura que se analiza, es siempre política jurídica, en la medida que el lenguaje de los juristas se ocupa de conceptos necesariamente abiertos al uso político, sobre todo, cuando se trata del derecho constitucional. Esta apertura al uso político se torna insoportable en el derecho constitucional ecuatoriano como veremos en el tercer capítulo.

<sup>2</sup> Es decir, hay teoría transnacional porque el intercambio cultural da cuenta de centros y periferias. Las periferias usan tradiciones de significados de los centros a las que se les atribuye validez descriptiva y prescriptiva sobre el derecho de las periferias. Esta operación intelectual explica el uso del concepto “transnacional” para designar a la iusteoría neoconstitucional producida en contextos particulares “prestigiosos” a los que se les atribuye universalidad. En un sentido similar, se pronuncia López (2004).

<sup>3</sup> Cuando hablamos de iusteoría original no hacemos alusión a ideas “originales” sino a los centros culturales que predominan en el intercambio cultural de la iusteoría neoconstitucional. Este predominio, merecido o no, les da el carácter originario.

garantía de los derechos cuya función principal consistiría en favorecer la “constitucionalización” del ordenamiento jurídico incluso en las relaciones entre particulares. Pero la narrativa neoconstitucional no estaría completa si no se considera que la Constitución de los derechos, normativa e invasora, posee un “guardián” capaz de corregir las desviaciones normativas en las que incurran los poderes del Estado o los poderes fácticos. Nos referimos a un Tribunal o Corte Constitucional concebida como la panacea del Estado Constitucional de derechos.

Aunque todo neoconstitucionalista promueva de forma más o menos fiel la narrativa indicada, existen diferencias en la teoría “implícita” de cada actor vinculado a esta tendencia ideológica (preocupaciones, valores, ideas sobre la realidad, etc.). Esta idea, por demás trivial, es importante para comprender el “contexto de enunciación” del neoconstitucionalismo. Pese a que la teoría del derecho latinoamericana y ecuatoriana está relativamente atrapada en construcciones discursivas eurocéntricas –que no obstante, su particularismo, tienen fuerza transnacional–, su esfuerzo pretende transformar las condiciones institucionales de la región. En efecto, desde los años noventa, el neoconstitucionalismo latinoamericano, apoyado por recursos provenientes de la cooperación extranjera, ha impulsado redes formales e informales de educación jurídica, así como nuevas prácticas jurisprudenciales y proyectos de ingeniería constitucional, en aras de hacer realidad la fórmula del “Estado social de Derecho” en América Latina. En esta empresa, impulsada por élites intelectuales de la región, la fuerza de las ideas transnacionales y la percepción optimista de los cambios institucionales operados gracias al neoconstitucionalismo como política jurídica, han generado suficientes incentivos para la conformación de un paradigma normativista que delimita las preguntas y respuestas que se presentan como necesarias para impulsar la Constitución de derechos en América Latina.

En este contexto, los esfuerzos desplegados por los intelectuales del derecho en Ecuador muestran cómo, desde los años noventa, empezó a desarrollarse el paradigma neoconstitucional, llegando a sedimentar, mediante juristas vinculados a la academia, en los debates y proyectos previos a la instalación de la Asamblea Constituyente de 2008. Es decir, la literatura jurídica y sus propuestas de diseño constitucional ya habían consolidado el paradigma neoconstitucional en el año 2007. Y para ello, quienes impulsaron el neoconstitucionalismo, contaron con el beneplácito de movimientos sociales, ONG, entidades públicas y organizaciones políticas, de tal suerte que todos los proyectos elaborados por estos actores, terminaron diseñando propuestas de Constitución estructuradas en lo que corresponde a derechos, garantías y control constitucional, en el lenguaje del proyecto neoconstitucional ecuatoriano, que además de defender la narrativa neoconstitucional antes indicada, enfatizaba en la idea complementaria de ampliar el contenido, alcance y sentido de las garantías constitucionales, llegando a considerar que toda actuación del Estado debía ser considerada una garantía.

Lo cierto es que el neoconstitucionalismo se convirtió en un proyecto comunicativo ampliamente compartido por los actores políticos vinculados a las izquierdas, dentro y fuera de Acuerdo País. Es más, la presentación del neoconstitucionalismo como una propuesta neutral y “técnico-jurídica” permitió que los intelectuales del derecho que lideraron este proyecto, granjeen el apoyo de buena parte de la oposición a la mayoría oficialista. De allí que el diseño de los tres componentes fundamentales del neoconstitucionalismo en la Constitución de Montecristi (los principios de aplicación de los derechos, las garantías constitucionales y la justicia constitucional) haya sido el resultado de la agenda con mayor respaldo en la Asamblea Constituyente.

A no ser por la influencia que un grupo de asesores de la Presidencia logró tener en el diseño de varios artículos sobre los componentes indicados, la Constitución de 2008 representaría, en lo que corresponde a los componentes detallados, la fiel expresión del neoconstitucionalismo ecuatoriano. No obstante, algunas modificaciones que se orientaron a fortalecer el control concentrado de constitucionalidad y la primacía de las concepciones de soberanía e interpretación constitucional que interesaban al ejecutivo en funciones, hicieron mella de la concepción “pura” del neoconstitucionalismo ecuatoriano que intentó consagrarse en la Constitución de Montecristi. Sin embargo, el texto constitucional conserva primordialmente el lenguaje neoconstitucional, sin que exista disonancia semántica, entre la Constitución de los derechos y otros componentes del texto político diseñados a partir de concepciones presidencialistas y participacionistas, también defendidas por Acuerdo País. No podría afirmarse lo mismo si hablamos de cierta disonancia “pragmática”, que en todo pasó inadvertida para un paradigma que careció y carece de una teoría positiva de la política y de la sociedad ecuatoriana.

En consonancia con lo dicho hasta ahora, el lector podrá encontrar en este texto, argumentos que intentan dar cuenta no sólo de la forma cómo se ha receptado y desarrollado el paradigma neoconstitucional en el Ecuador –a partir de abundantes fuentes documentales y de entrevistas con actores que incidieron directamente en el diseño de la Constitución–, sino también de los límites del neoconstitucionalismo como teoría e ideología. En tal virtud, el primer capítulo intenta realizar una historia conceptual del neoconstitucionalismo latinoamericano, destacando los niveles del discurso neoconstitucional así como su uso ideológico en Europa y América Latina en proyectos transnacionales de política jurídica. El segundo capítulo, propone un recorrido por el trayecto de consolidación del paradigma neoconstitucional en el Ecuador, desde

la iusteoría de los años noventa hasta su máxima expresión en la ingeniería constitucional desarrollada en el contexto político de Montecristi. Finalmente, en las conclusiones, intentamos dar cuenta de las lecciones aprendidas a partir del estudio del neoconstitucionalismo como utopía desarmada en Montecristi, tratando de continuar – desde los aportes conceptuales y empíricos del institucionalismo histórico ecuatoriano – , con la tradición del pensamiento constitucional que permitió a juristas como Hans Kelsen y Carl Schmitt ahondar en la descarnada relación entre política y derecho.

De esta manera, nuestro trabajo pretende plantear interrogantes al pensamiento jurídico ecuatoriano, desde la crítica al neoconstitucionalismo, un paradigma que pese a su potencial para espolear el debate jurídico en una cultura sujeta al marasmo de concepciones ingenuas y formalistas del derecho, merece ser revisado y si se quiere, abandonado; no sólo porque esconde rasgos formalistas que transforman la realidad en apéndice de la norma, sino también, por los límites que representa como “tipo ideal” en un contexto institucional en el que la política no está dispuesta a trasladar al campo jurídico los conflictos más relevantes del proceso democrático, sin perjuicio del particularismo exacerbado y la limitada visión de la democracia que pareciera decantar del idealismo fundado en la Constitución invasora de derechos y su indeseable gobierno de jueces.

## I. EL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

En la literatura latinoamericana que discurre sobre el neoconstitucionalismo, predomina la vaguedad conceptual. Es decir, el neoconstitucionalismo se presenta como un “concepto combinatoriamente vago” que según la teoría y el autor, demanda ciertos rasgos para su aplicación que no siempre coinciden en todos los usos del concepto.<sup>4</sup> Analizaremos este problema en la primera parte del capítulo y propondremos usar el concepto neoconstitucionalismo solamente para dar cuenta del uso de la categoría y su contenido semántico dentro de una ideología compartida por juristas de Europa y América Latina.

Lo anterior no impide diferenciar las características particulares de este proyecto comunicativo en diversos contextos enunciativos y sociales. Por ello, en este trabajo destacamos el origen de las proposiciones o significados del neoconstitucionalismo y el sentido que se les otorga en la iusteoría de Europa y América Latina.<sup>5</sup> En cuanto al origen, mostraremos en la segunda parte de este capítulo, que las tradiciones de

---

<sup>4</sup> “Un concepto combinatoriamente vago, tal como un *family resemblance concept*, no presenta características comunes en todas sus instancias, resultando por ello indefinible *per genus et differentiam*; éste presenta más bien una serie de características cuya conjunción constituye una condición suficiente para la aplicación del concepto, pero no también una condición necesaria, dado que es frecuentemente aplicado incluso cuando falta alguna característica”. Cfr. Mauro Barberis, *Libertad y liberalismo, Isonomía*, No. 16, abril de 2002, p. 197.

<sup>5</sup> Entendemos por iusteoría el discurso “metateórico” y “tórico” del derecho, desde la filosofía del derecho, pasando por la teoría del derecho, hasta llegar a la dogmática jurídica y la jurisprudencia. Este discurso, en virtud de las características normativistas del lenguaje jurídico, resulta de la tradición de significados desarrollada por la cultura jurídica transnacional en aras de analizar y prescribir programas, valores, principios, reglas y demás formas conceptuales que intervienen en la regulación jurídica de las relaciones humanas. Se trata por tanto de trabajos inscritos dentro del “viejo” institucionalismo, que no obstante su eficacia simbólica (especialmente en los operadores del derecho) y valor analítico (en el caso de los filósofos conceptuales), están desprovistos de herramientas teóricas y metodológicas para explicar los efectos de las normas o formas en la sociedad (en las mentes y conductas). Cfr. Rodrigo Losada y Andrés Casas, *Enfoques para el análisis político*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008; y, Enrique Cáceres, *Constructivismo jurídico*, México D. F., UNAM, 2008.

significados que asociaremos con el neoconstitucionalismo, nacieron en el intercambio iusteórico entre Europa (especialmente Alemania e Italia) y Estados Unidos en virtud de transformaciones de la cultura jurídica europea que sedimentaron luego de la Segunda Guerra Mundial y que buscan mantenerse frente a la crisis del derecho en estas latitudes. Llamaremos neoconstitucionalismo originario a este conjunto de tradiciones que han influido de manera determinante en la cultura jurídica global.

En cuanto al sentido de estas proposiciones en América Latina, analizaremos en un tercer apartado, dos formas básicas que se presentan en el uso del neoconstitucionalismo originario y que son compartidas por buena parte de los juristas de la región: a) el uso del neoconstitucionalismo originario como una doctrina dotada de universalidad descriptiva y prescriptiva; y, b) el uso transmutado (por incompreensión o eclecticismo) del neoconstitucionalismo originario.

En el cuarto apartado, analizaremos cómo el uso del neoconstitucionalismo originario en la región ha conformado una corriente iusteórica periférica (es, decir, creada a partir de teoría transnacional proveniente de centros culturales europeos), así como un paradigma<sup>6</sup> o esquema de percepción normativista que opera como la base intelectual de proyectos de política jurídica de alcance transnacional en América Latina. Hemos agrupado estos proyectos en base a sus características, denominándolos proyectos de ingeniería constitucional, jurisprudencia activista y uso de iusteoría transnacional en redes culturales formales e informales. Llamaremos a este paradigma forjado dentro de la escena política regional, neoconstitucionalismo latinoamericano.

---

<sup>6</sup> En adelante usaremos el concepto paradigma para designar aquéllas visiones compartidas de lo jurídico que estructuran un lenguaje en el que se delimitan los problemas o preguntas fundamentales de una tradición intelectual así como sus posibles respuestas y los caminos metodológicos para alcanzarlas. Esta concepción se basa en Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Finalmente, señalaremos los rendimientos teóricos y metodológicos del capítulo para la investigación del neoconstitucionalismo en el Ecuador. Nos interesa principalmente destacar las categorías y referentes fácticos que son importantes para comprender la influencia del neoconstitucionalismo latinoamericano en la iusteoría ecuatoriana y a través de ésta, en el diseño de la Constitución ecuatoriana de 2008.

### **1. La literatura sobre el neoconstitucionalismo en América Latina.**

Quizá la literatura más citada sobre el concepto neoconstitucionalismo en América Latina, refiere al trabajo editorial de Miguel Carbonell.<sup>7</sup> Este autor ha difundido mediante el análisis de los ensayos y teorías de autores europeos y estadounidenses, la idea de que el neoconstitucionalismo es un conjunto de teorías del derecho que dan cuenta de tres fenómenos contemporáneos “en términos bastante positivos o incluso elogiosos” (Carbonell, 2003: 10): a) las constituciones iberoamericanas que contienen normas procedimentales y materiales que limitan los poderes y garantizan los derechos; b) las prácticas jurisprudenciales que interpretan y aplican el contenido de estas constituciones; y, c) los desarrollos teóricos de autores que al tiempo que explican las constituciones y prácticas jurisprudenciales, han logrado orientarlas (Carbonell, 2007: 9-11).

---

<sup>7</sup> Véase Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003; Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; Miguel Carbonell y Leonardo García, eds., *El canon neoconstitucional*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010. Véase citas que hacen coincidir sus afirmaciones sobre el neoconstitucionalismo latinoamericano con el trabajo de Carbonell, en César Rodríguez, “Navegando la globalización. Un mapamundi para el estudio y la práctica del Derecho en América Latina, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 71; Francisca Pou Giménez, “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 232; y, Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 124.

El desarrollo de la teoría neoconstitucional y los fenómenos que ésta aparentemente describe y orienta es bastante modesto (en extensión y análisis) en los trabajos de Carbonell. No obstante, su obra es citada de forma condescendiente por otros autores latinoamericanos que no parecen concebir el neoconstitucionalismo de la misma manera. Así, autores como Rodrigo Uprimny (2011) y Francisca Pou (2011: 232), pese a citar como referencia las compilaciones de Carbonell, limitan el uso de la categoría para referirse a las reformas constitucionales de América Latina, que podrían definirse como “ordenamientos que no se restringen a poner límites al Estado o a diseñar las instituciones, sino que reconocen una amplia gama de derechos y principios y le imponen metas, pero también establecen formas de justicia constitucional más o menos fuertes para que esos mandatos se cumplan.” (Uprimny, 2011: 124).

Por otra parte, el sociólogo y jurista Colombiano César Rodríguez , haciendo uso de teorías socio-jurídicas<sup>8</sup> y estudios de caso,<sup>9</sup> afirma que el neoconstitucionalismo latinoamericano –del que se siente parte–<sup>10</sup> es básicamente un proyecto transnacional contemporáneo que compite dentro del campo social y jurídico global mediante agentes que intentan imponer su particular “visión del mundo” que “ha adoptado una combinación de las versiones ligera [liberal] y densa [socialdemócrata] del ED [Estado

---

<sup>8</sup> Nos referimos a investigaciones socio-jurídicas realizadas en América Latina que combinan los estudios culturales, la sociología de las élites, la antropología política, la sociología jurídica y la sociología de la mundialización. Véase Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004; Yves Dezalay y Bryant Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Bogotá, ILSA/ Universidad Nacional de Colombia, 2002; y, Ángela Santamaría y Virginia Vecchioli, eds., *Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.

<sup>9</sup> Véase César Rodríguez, *La globalización del Estado de Derecho. El neoliberalismo, el neoconstitucionalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.

<sup>10</sup> “...el autor de estas líneas se identifica como partícipe de ese proyecto” (Rodríguez, 2011: 72).

de derecho] y que vive en tensión con el proyecto neoliberal” (2009: 18).<sup>11</sup> En un texto reciente Rodríguez (2011) expone con mayor claridad parte de esta definición:

“Centrado en una concepción garantista de los derechos humanos y el Estado de derecho, y en un rol activo de los jueces y abogados en la promoción de la justicia social, el neoconstitucionalismo ha sido impulsado por una gama diversa de juristas insertos en circuitos profesionales transnacionales –desde abogados de ONG que participan activamente en el movimiento mundial de derechos humanos, hasta jueces de tribunales constitucionales vinculados entre sí por redes formales e informales, pasando por los académicos pertenecientes a la primera generación de abogados con formación doctoral en derecho y dedicados de lleno a la academia jurídica transnacional” (Rodríguez, 2011: 71).

Como puede colegirse, la literatura sobre el neoconstitucionalismo en la región es muy diversa. La categoría es usada indistintamente para referir a una teoría del derecho capaz de describir y orientar determinados “fenómenos” (constituciones, jurisprudencia, doctrina jurídica) de América Latina (Carbonell, 2003); para conceptualizar Constituciones latinoamericanas con características normativas comunes (Uprimny, 2011); y, para explicar un proyecto ideológico transnacional comprometido con determinados valores y prácticas (Rodríguez, 2009 y 2011).

Nos encontramos frente a representaciones poco homogéneas sobre objetos de estudio abordados desde diversas disciplinas (teorías del derecho, sociología del derecho) y niveles de análisis (textos positivos, jurisprudencia, doctrina, ideología

---

<sup>11</sup> Lo agregado es nuestro. Rodríguez señala que la concepción ligera está relacionada con los derechos civiles y políticos, mientras que la concepción densa incorpora además los derechos sociales (Rodríguez, 2009: 15-16). Por ello relacionamos las concepciones de derechos señaladas, con dos conceptos políticos que las han impulsado históricamente (al menos desde el siglo XX): el liberalismo (derechos civiles y políticos) y la socialdemocracia (derechos sociales mediante prestaciones estatales que no afectan los derechos liberales).

transnacional). Por tanto, al menos en el nivel descriptivo del debate, el neoconstitucionalismo es un concepto combinatoriamente vago.

En todo caso, si tomamos “el mínimo común denominador” de la literatura analizada para comprender el neoconstitucionalismo, es posible disminuir la vaguedad del concepto, siempre que lo usemos para identificar solamente un proyecto comunicativo<sup>12</sup> de América Latina que denominaremos “neoconstitucionalismo latinoamericano”. Este proyecto se manifestaría en un compromiso militante de los juristas latinoamericanos con un conjunto medular de ideas defendidas por el neoconstitucionalismo originario: constituciones socialdemócratas que condicionan todo el ordenamiento jurídico, derechos humanos constitucionalizados y justicia constitucional fuerte.

Esta propuesta sobre el uso del concepto se inspira en parte en los trabajos de César Rodríguez (2009 y 2011); principalmente en su teoría del neoconstitucionalismo como un proyecto ideológico impulsado por élites transnacionales. No obstante, a diferencia de Rodríguez, este trabajo usa el concepto solamente para caracterizar el paradigma latinoamericano que resulta de la recepción y transmutación del neoconstitucionalismo originario al calor de proyectos de política jurídica transnacionales y locales.

Por tanto, el paradigma o ideología<sup>13</sup> neoconstitucional, en atención a la claridad conceptual y empírica, debe distinguirse de categorías como garantismo, uso alternativo del derecho, teorías deliberativas de la democracia, teorías de la democracia participativa,<sup>14</sup> etc. Rodríguez no hace esta diferenciación cuando funde el

---

<sup>12</sup> Véase Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1999.

<sup>13</sup> Toda vez que hablamos de ideas que motivan la acción política, es aplicable el concepto gramsciano de ideología al paradigma neoconstitucional.

<sup>14</sup> Sobre la democracia participativa en América Latina, véase Evelina Dagnino, et. al., *La disputa por la construcción democrática en América Latina*, México, FCE, 2008.

neoconstitucionalismo latinoamericano en el crisol de una mezcla variopinta y progresista de las categorías mencionadas.<sup>15</sup>

En este contexto, es necesario comprender primero qué significados y sentidos están asociados con los contenidos mínimos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Toda vez que la evidencia documental sobre la iusteoría regional muestra una masiva repetición y transmutación de iusteoría europea y norteamericana que hemos denominado neoconstitucionalismo originario, es momento de ocuparnos de este género de la iusteoría transnacional.

## **2. El neoconstitucionalismo originario**

A juzgar por los significados que se difunden en la literatura sobre neoconstitucionalismo en la región, ya sea a través de análisis de autores iberoamericanos o de traducciones de obras o ensayos de juristas de Estados Unidos, Alemania o Italia, es claro que se trata de “tradiciones de significados”<sup>16</sup> desarrolladas por el intercambio simbólico europeo y norteamericano.

Denominaremos a estas tradiciones neoconstitucionalismo originario para diferenciar el lugar y el contenido de la producción cultural que se receipta y transmuta como paradigma o esquema de percepción más o menos coherente en el neoconstitucionalismo latinoamericano. Este nivel de coherencia en el neoconstitucionalismo latinoamericano no es un reflejo del neoconstitucionalismo

---

<sup>15</sup> Señala Rodríguez: “En cuanto a sus bases intelectuales e ideológicas, el proyecto constitucional en América Latina se inspira en una combinación de fuentes. La tradición del uso alternativo del derecho y de los tribunales para transformar la sociedad inspira a aquellas ONG de la red que trabajan de manera muy cercana con los movimientos sociales (Rodríguez Garavito, 2007). También han sido influyentes las tradiciones constitucionales de los Estados europeos que cuentan con vigorosos derechos sociales, en general, y con tribunales constitucionales activistas, en particular (*p. ej.*, Alemania).” (Rodríguez, 2009: 42-43). Véase también Rodríguez (2011: 72-73).

<sup>16</sup> Véase Sheldon Wolin, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2001.

originario. Como veremos, en esta corriente europea (tal como es concebida y receptada en la iusteoría predominante de la región), participan escuelas y autores que se consideran rivales –dentro de los límites del liberalismo igualitario y del positivismo–. Si nos atrevemos a encasillarlos en el neoconstitucionalismo originario, es por dos razones: a) la iusteoría neoconstitucional latinoamericana suele conciliar escuelas y autores rivales de la iusteoría nor-atlántica (López, 2004); y b) estas escuelas y autores, comparten en un nivel axiológico y político general, la defensa del Estado Constitucional y su filosofía liberal igualitaria. En tal virtud, a continuación desarrollaremos de forma sucinta las tradiciones del neoconstitucionalismo originario, intentando rescatar los puntos comunes entre ellas, sin por ello dejar de discernir las diferencias entre las escuelas y autores rivales.

El neoconstitucionalismo originario puede ser analizado en dos niveles: a) un nivel sobre las fuentes axiológicas y políticas de la iusteoría neoconstitucional; y, b) en un nivel que integra las fuentes de la iusteoría neoconstitucional en discursos analíticos de teoría del derecho elaborados originalmente por la iusteoría europea. El segundo nivel, identificable específicamente en el discurso iusteórico de teoría jurídica, revela el neoconstitucionalismo originario en sentido estricto.

### **2.1. Las fuentes metajurídicas del neoconstitucionalismo**

En cuanto a las fuentes axiológicas del neoconstitucionalismo, puede afirmarse que el neoconstitucionalismo originario asume junto con otras teorías de los países capitalistas avanzados, que el mejor régimen político y moral posible es el realizable en el Estado Constitucional, esto es, una forma ideal de organización política y jurídica que somete el accionar de los poderes públicos y privados a principios contractualistas de justicia de la filosofía liberal igualitaria (autonomía individual y derechos humanos

socialdemócratas). En el lenguaje iusteórico, estos principios son plenamente conciliables con la socialdemocracia europea en el sentido ideal del Estado social de derecho (*Sozialrechtsstaat*).<sup>17</sup>

El neoconstitucionalismo originario asume como derechos fundamentales aquéllas conquistas sociales alcanzadas originariamente en los países capitalistas avanzados, que desde los años ochenta se han visto amenazadas por el proyecto neoliberal. Los derechos civiles, políticos y sociales, bajo esta concepción, son realizables en economías capitalistas reguladas por el Estado.<sup>18</sup> Esta visión, está plasmada en las declaraciones de derechos humanos impulsadas por las tradiciones europeas.<sup>19</sup>

En base a lo anterior es necesario hacer una breve digresión sobre la idea de derechos del neoconstitucionalismo originario. En la medida que el pluralismo jurídico existente (v. gr, el derecho de las comunidades indígenas que reclaman autonomía cultural y política), está supeditado al proyecto modernizador de la iusteoría europea de inspiración contractualista, los derechos culturales en el sentido que se les otorga en la defensa de “sujetos” colectivos, son rechazados por los autores más célebres de esta tradición. Un autor como Luigi Ferrajoli, conocido ampliamente en América Latina, se

---

<sup>17</sup>Nos referimos a los principios justicia que promueven un “consenso constitucional” rawlsiano sobre libertades básicas, que sin afectar los primeros bienes relativos a la autonomía individual, permitan resolver mediante “acuerdos” políticos (autonomía pública), los problemas relativos a la desigualdad, la equidad y el pluralismo, que aparecen como más preocupantes en las sociedades avanzadas. En estas teorías, junto a los poderes tradiciones (Ejecutivo y Legislativo), la justicia constitucional siempre juega un papel relevante en la garantía de los derechos individuales y el autogobierno colectivo, que va desde la revisión judicial de las leyes en las posturas más comprometidas con la *judicialización* de todo acto jurídico de relevancia constitucional, hasta el rechazo del papel judicial en el desarrollo de los derechos y el contenido constitucional en las posturas deliberativas de la democracia –no obstante la importancia que se atribuye a la protección judicial de las minorías y la garantía judicial de los procedimientos democráticos–. Véase Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 210; Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1994, p. 332; Amartya Sen, *La idea de la Justicia*, traducción de Hernando Valencia Villa, Buenos Aires, Taurus, 2010, p. 356; y, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de Transición, 2011.

<sup>18</sup> Probablemente el modelo económico que más resonancia ha tenido en la iusteoría asociada a este paradigma

<sup>19</sup> Nos referimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945, y a los pactos de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales aprobados por las Naciones Unidas en 1966.

opone a reconocer derechos humanos a las culturas, en la medida que en la noción filosófica que él defiende, los derechos fundamentales “...se atribuyen igualmente a todos y cada uno de los individuos en igual medida y tutelan a cada uno frente a todos: frente a las mayorías y frente a cualquier otro” (Ferrajoli, 2012a:58). Consecuentemente, los derechos fundamentales no pueden atribuirse a culturas, entendidas como agregaciones de individuos que pretenden reconocimiento por sus “formas de hacer”:

“...semejante tesis se caracteriza por una especie de extremismo universalista, conforme al cual el formalismo jurídico y el universalismo ético de los derechos fundamentales, cuya base es necesariamente individualista por estar referida a seres humanos, son trasladados al nivel metaético y referidos indirectamente a las culturas, concebidas por ello como macrosujetos para los que se reivindica la igualdad como titulares ellos mismos de los llamados derechos culturales, en lugar de personas de carne y hueso.” (Ferrajoli, 2012a:60).

Sin embargo, pese a esta particularidad, el neoconstitucionalismo originario es una corriente que concuerda con la “política de los derechos” (con excepción de las posturas que niegan la defensa de derechos culturales), puesto que ésta representa una sensibilidad generalizada a nivel global por la defensa de los derechos humanos,<sup>20</sup> concebidos como noción de legitimidad política (todo poder local o global se justifica

---

<sup>20</sup> Hablamos de política de los derechos, porque sus premisas parten de una posición liberal igualitaria que no está sujeta a discusión. Norberto Bobbio expresa a las claras esta posición: “...el problema de los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos”. Cfr. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 53-62. Esta postura explica las obras de iusteoría transnacional dedicadas a fortalecer la defensa política de los derechos. Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984; Gerardo Pisarello, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comps., *Estado constitucional y globalización*, México, Editorial Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 239-268; Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 35; Cass. R. Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1990; Boaventura de Sousa Santos, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *El Otro Derecho*, No. 28, Bogotá, ILSA, 2002, pp. 239-268; y, Claude Lefort, “Derechos del hombre y política”, en, *La invención democrática*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1990.

siempre que respete los derechos humanos) y representación de valores plurales que deben coexistir en una sociedad democrática (Lefort, 1990).

En la política de los derechos, el uso plural de los valores que éstos representan, pretende satisfacer un amplio espectro de proyectos sociales que pueden venir “desde abajo”, “desde arriba” y “desde el extranjero”.<sup>21</sup> Los derechos entendidos como “fragmentos de soberanía” (Ferrajoli, 2011) ponen en el centro al ser humano (o a “pueblos” si hablamos de derechos culturales). En otras palabras, la comunidad humana ideal estaría definida por la “armonización” de los derechos interdependientes que se vienen reivindicando aceleradamente desde el siglo XX (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).<sup>22</sup> De allí que la política de los derechos se presente como una alternativa voluntarista a la democracia, al asumir que “la política se convierta en un instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales” (Ferrajoli, 2011: 35), que no sólo reflejan los compromisos del estado nación, sino también del sistema internacional de derechos humanos.<sup>23</sup> Las implicaciones iusteóricas de esta visión normativista en el ámbito de la soberanía estatal y el sistema internacional, son desarrolladas con precisión por Antonio Cançado, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

---

<sup>21</sup> Véase Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 19-20.

<sup>22</sup> La Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 muestra el grado de penetración de esta idea en el movimiento global de los derechos humanos: “5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

<sup>23</sup> Véase Gerardo Pisarello, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comps., *Estado constitucional y globalización*, México, Editorial Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 239-268.

“Tres siglos de un ordenamiento internacional marcado por el predominio de las soberanías estatales y por la exclusión de los individuos fueron incapaces de evitar las violaciones masivas de los derechos humanos, perpetradas en todas las regiones del mundo, y las sucesivas atrocidades de nuestro siglo... Tales atrocidades despertaron la conciencia jurídica universal para la necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento internacional, restituyendo al ser humano la posición central de donde había sido desplazado. Esta reconstrucción, sobre bases humanas, tomó por fundamento conceptual cánones enteramente distintos, como lo son los de la realización de valores comunes superiores, de la titularidad de la titularidad de derechos del propio ser humano, de la garantía colectiva de su realización, y del carácter objetivo de las obligaciones de protección. El orden internacional de las soberanías cedía terreno al de la solidaridad.”<sup>24</sup>

En conclusión, el neoconstitucionalismo representa, en un plano axiológico, el compromiso de un segmento importante de iusteoría transnacional con los derechos humanos reconocidos por el consenso metajurídico y jurídico del movimiento internacional de derechos humanos y su política de los derechos (Rodríguez, 2009). Tanto el neoconstitucionalismo originario como su recepción latinoamericana coinciden en esta postura ética, al menos cuando se trata de la defensa de derechos civiles, políticos y sociales.<sup>25</sup> Constantemente, este consenso es desarrollado por las declaraciones de derechos impulsados en la esfera pública transnacional (Rodríguez, 2011) y el diálogo transnacional entre juristas y tribunales (Slaughter, 1997).

---

<sup>24</sup> Antônio Cançado Trindade, "Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano", en Antônio Cançado Trindade, coord., Memoria del Seminario "El sistema interamericano de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI", 2a. ed., San José, Costa Rica, 2003, p. 12. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2454>

<sup>25</sup> En América Latina, el Convenio 169 de la OIT, que desarrolla los derechos de los pueblos originarios, es el punto de partida en la iusteoría que además de incluye estos derechos a las declaraciones canónicas de derechos de los años cuarenta y sesenta. Como se puede colegir del Convenio en mención, la visión que se tiene de los derechos de los pueblos, no se contradice teóricamente con los derechos de primera y segunda generación. Al analizar el caso ecuatoriano, desarrollaremos con mayor detenimiento esta idea.

## 2.2. El neoconstitucionalismo originario como teoría del derecho

Como teoría del derecho pos-positivista, el neoconstitucionalismo de la tradición continental europea (el neoconstitucionalismo originario en sentido estricto),<sup>26</sup> se ocupa de las normas positivas, aunque bajo la influencia de su enfoque axiológico, como cualquier teoría. Por ello asume, de manera más fuerte y quizá ideológica, tres ideas complementarias que lo distancian (en parte) de otras propuestas iusteóricas con las que coincide en el nivel axiológico antes analizado (v.gr. el garantismo, el positivismo ideológico y las teorías deliberativas de la democracia<sup>27</sup>): a) los principios de justicia fruto del objetivismo moral contractualista de la política de los derechos (en la versión socialdemócrata europea), han sido institucionalizados o “positivizados” en los catálogos de derechos del Estado Constitucional;<sup>28</sup>b) el Estado Constitucional de los derechos debe condicionar mediante sus garantías, toda norma inferior del ordenamiento jurídico (en esta idea coinciden el neoconstitucionalismo y el garantismo<sup>29</sup>); y c) los tribunales de justicia constitucional centralizados, deben satisfacer las exigencias morales y jurídicas del modelo de Estado Constitucional, aplicando la Constitución como norma mediante la extensión de la “razón práctica” (y

---

<sup>26</sup> Cfr. Eduardo Aldunate, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en *Revista de Derecho*, XXIII, No. 1, Valdivia, 2010.

<sup>27</sup> En este sentido, el neoconstitucionalismo se diferencia de teorías deliberativas de la justicia constitucional como la planteada por Habermas en favor del desarrollo legislativo de la Constitución (1994: 329-332), y de teorías garantistas y positivistas (en cuanto a la separación entre derecho y moral) que buscan limitar la discrecionalidad de los jueces y su incidencia política más allá de la “comprobación” de presupuestos de hecho y de derecho en el sentido propuesto por las tesis liberal de Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 96-98.

<sup>28</sup> Esto es, aquella moral insuflada dentro del derecho positivo del Estado Constitucional. Véase Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001. En el mismo sentido, se pronuncian Manuel Atienza, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 52-53; y, Luigi Ferrajoli (2006: 16).

<sup>29</sup> Así lo señala Luigi Ferrajoli, el filósofo más autorizado del garantismo: “Luis Prieto, a su vez, ha destacado con acierto el nexo entre garantismo y neoconstitucionalismo, identificando en el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la *positivación* del ‘deber ser’ constitucional impone al propio derecho positivo”. Ídem.

su técnica por antonomasia: la ponderación de derechos) al procedimiento judicial de control constitucional y defensa de los derechos fundamentales (Alexy, 1995: 67).

Analicemos con más detenimiento el neoconstitucionalismo iusteórico sintetizado en los literales anteriores. En primer lugar, la justicia positivizada en los derechos constitucionales, revela por una parte un compromiso con la política de los derechos humanos y el Estado social, y por otra, una continuación, aunque trastocada, de la concepción moderna del derecho positivo que podríamos explicar mediante una modificación a la metáfora de la pirámide jurídica.<sup>30</sup> Así, en la cúspide de la pirámide encontramos a la Constitución material y en los escalones siguientes las normas infraconstitucionales (leyes, reglamentos, jurisprudencia, actos administrativos, etc.). La diferencia entre el neoconstitucionalismo y el positivismo liberal es que la Constitución en la pirámide del ordenamiento no sólo contiene contenidos “procedimentales” que servirían para regular el ejercicio del poder (coordinación, conocimiento, costos y control),<sup>31</sup> sino también contenidos materiales “armonizados”<sup>32</sup> mediante la interpretación constitucional (programas, valores, principios y otras disposiciones supeditas a las realización de los derechos) que al ser aplicados como normas de derechos fundamentales –como propone el neoconstitucionalismo– condicionan los

---

<sup>30</sup> Esta metáfora intenta explicar el sistema jurídico como proceso de producción normativa auto-regulado, en el que el escalón superior de las normas, condiciona el escalón inferior. Al respecto, Kelsen sostuvo: "La producción de normas jurídicas generales, esto es, el procedimiento legislativo, se encuentra regulado por la constitución, mientras que leyes de forma o procesales regulan la aplicación de leyes materiales a través de los tribunales y las autoridades administrativas. De ahí que los actos de producción y aplicación del derecho constitutivos del proceso jurídico (que como veremos, también es producción del derecho)...constituyen el contenido de normas jurídicas". Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México D. F., UNAM, 1982, p. 84. Véase una extensión de esta tradición en Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011a, p. 66; y, Robert Alexy, Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, trad. de Carlos Bernal, en, *Revista Española de derecho constitucional*, año 22, nro. 66, 2002, p. 13-64.

<sup>31</sup> Véase Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. De J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 142 y ss; y, Humberto Ávila, "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência", en, Claudio Pereira de Souza Neto, et. al., orgs., *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 187-202.

<sup>32</sup> Sobre la inevitable discrecionalidad interpretativa a la hora de resolver conflictos entre derechos, véase Ferrajoli (2011: 73).

poderes públicos y privados a lo que dice la Constitución –o lo que dicen los jueces que es la Constitución–. Por ello se habla de una Constitución invasora<sup>33</sup> que se distingue del concepto liberal decimonónico de Constitución.<sup>34</sup>

La Constitución invasora es una idea de Constitución diferente a la desarrollada por la tradición continental de derecho público (representada en gran medida por Kelsen<sup>35</sup>) o al *judicial review* estadounidense (Gargarella, 2011: 35 y ss.). Toda vez que estaríamos frente a Constituciones con un amplio contenido textual –que los neoconstitucionalistas llaman “densidad normativa”–,<sup>36</sup> la idea de justicia constitucional abstracta (control de leyes) y concreta (control de casos de aplicación de leyes y demás normas), supone como señala metafóricamente Ernst Forsthoff, la defensa de un “huevo jurídico originario”, que condiciona todo desarrollo jurídico posterior (Alexy, 2002: 16). Como se ha señalado antes, en esto coinciden el neoconstitucionalismo y el garantismo.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. Riccardo, Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, coord., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49 y ss.

<sup>34</sup> “Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente...” Cfr. Paolo Comanducci, “Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 99-100.

<sup>35</sup> Frente a las críticas “realistas” que Carl Schmitt hiciera contra la idea de control constitucional de Kelsen, el autor austriaco no dudó en reconocer que el poder del Tribunal Constitucional se tornaría “insostenible” en caso de que la Constitución que debiera ser garantizada jurídicamente apele a fórmulas que invitan a satisfacer valores y principios abstractos (justicia, igualdad, solidaridad, etc.). Véase Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983; Kelsen (1988: 142-143); y, Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 33-34.

<sup>36</sup> Entendemos por contenido textual el conjunto de proposiciones de una Constitución, que pueden tener estructura semántica abierta (principios) o relativamente cerrada (reglas). En un sentido cercano, los neoconstitucionalistas europeos hablan de la “densidad normativa” para referirse a textos cargados de valores, principios, directrices, derechos y reglas, en las Constituciones vigentes de Alemania, Italia, Portugal y España (Carbonell, 2003). Por su parte, los neoconstitucionalistas latinoamericanos, sostienen que la densidad normativa es mayor en las Constituciones vigentes de América Latina. Véase, Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 132.

<sup>37</sup> Para Ferrajoli la aplicación de la Constitución representa el principio de legalidad en sentido estricto (Ferrajoli, 2011a).

De otra parte, cuando el neoconstitucionalismo “desciende” al método adecuado para la constitucionalización del ordenamiento jurídico promueve una forma de anti-escalonamiento<sup>38</sup> que tensiona la pretensión de “justicia” general o representativa de la Constitución y su aparente desarrollo mediante las normas generales y particulares de carácter inferior (leyes, reglamentos, actos administrativos). Para el neoconstitucionalismo los principios generales de la Constitución de derechos en boca de los jueces, deben derrotar cualquier norma infra-constitucional, abstracta (contenida en principios) o concreta (contenida en reglas hipotéticas y sancionatorias). En este sentido el neoconstitucionalismo representa una iusteoría judicialista<sup>39</sup> que somete la generalidad de la ley a la generalidad de la Constitución, representada no en la justicia general que pretenden los principios o reglas legales que se reputan constitucionales, sino en la justicia de los casos concretos o del control abstracto de constitucionalidad, que pretenden las reglas jurisprudenciales aparentemente derivadas de la Constitución de derechos (Humberto Ávila, 2009).

En este sentido, la preocupación por los derechos en los imaginarios de los juristas europeos luego de los enormes costos humanos de la Segunda Guerra Mundial

---

<sup>38</sup> El anti-escalonamiento quiere decir que no se aplicaría la escala normativa en los casos concretos (Constitución, tratados, leyes, actos administrativos, etc.), sino los principios constitucionales, cuya amplitud deóntica y axiológica definida por la discrecionalidad judicial permitiría “absorber” cualquier norma inferior que contradiga la Constitución. Este enfoque diferencia el neoconstitucionalismo del garantismo y la tradición positivista en general. Así, mientras que el neoconstitucionalismo promueve la aplicación directa de los principios constitucionales mediante la garantía judicial, el garantismo defiende la necesidad de desarrollo legislativo para la garantía de los derechos constitucionales y del principio de separación de poderes, llegando a aceptar la denegación de la justicia por falta de ley o laguna. Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 919-925. Lo anterior no obsta para que el garantismo defienda el control de constitucionalidad de las leyes inválidas en caso de que éstas falten a los derechos constitucionales, conceptualizados (a diferencia del neoconstitucionalismo de rasgos iusnaturalistas) como cualquier norma jurídica interpretable en base a su “significado” textual y no como principios metajurídicos. Cfr. Luigi Ferrajoli (2011b: 75).

<sup>39</sup> Hablamos de judicialismo para referirnos a la ideología de judicialización de todo acto estatal y social, esto es, la sujeción de la política y el orden social al derecho de los jueces, independientemente del grado de discrecionalidad que el derecho positivo permita a los jueces y del grado de activismo que estos ejerzan para usar las normas en base a fines políticos. Cuando la judicialización favorece la primacía de la justicia constitucional en las relaciones políticas entre poderes estatales, puede hablarse de gobierno de los jueces. Véase Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, Boston, Harvard University Press, 2004.

(Aldunate, 2010), la defensa de la idea anglosajona y continental sobre las necesarias garantías judiciales de una Constitución y la creciente valoración de la justicia constitucional a nivel global (Pou, 2011), parecen haber calado fondo en la promoción de un sistema jurídico sujeto al control jurídico y político de los tribunales. De allí que el tercer rasgo del neoconstitucionalismo guarde relación con su interés en normar el ejercicio procedimental de la justicia constitucional, en la medida que se trata de una postura de filosofía política y teoría del derecho que justifica la garantía judicial de la Constitución al asumir, bajo el influjo de cierto optimismo antropológico, que los jueces pueden realizar una aplicación razonable de la Constitución (esto es, protectora de derechos) por el mero hecho de estar sometidos a los límites semánticos de los textos constitucionales y por reglas de razón práctica kantiana en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Bajo este supuesto normativista, el neoconstitucionalismo ha propuesto ideas no siempre pacíficas de “metodología jurídica”<sup>40</sup> que orienten el razonamiento judicial en aras de evitar la discrecionalidad (sobre todo en los “casos difíciles”<sup>41</sup>) y el conflicto de poderes en regímenes parlamentarios.<sup>42</sup> Quizá la metodología más exitosa, guarde relación con las denominadas “teorías de la argumentación”, cuyo fin es racionalizar la toma de decisiones judiciales basadas en técnicas jurisprudenciales (v. gr. la

---

<sup>40</sup> Al respecto es indicativa la discusión entre Habermas (1994: 333) y Alexy (1995: 52-53). Véase también, Manuel Atienza, Entrevista a Robert Alexy, Doxa, Alicante, Universidad de Alicante, 2001. Sobre las corrientes básicas de la metodología jurídica contemporánea, véase, Minor Salas, "Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho", *Isonomía*, nro. 27, Octubre 2007, pp. pp. 111-142.

<sup>41</sup> Para las posturas neoconstitucionalistas, la coherencia y plenitud tan preciada (como ideal regulativo) por los positivistas, se desvanece siempre que los actos jurídicos del legislador y el Ejecutivo, atentan contra los principios constitucionales representados principalmente por los derechos fundamentales. En estos “casos difíciles” los jueces deben derrotar las normas infra-constitucionales, especialmente cuando se trata de reglas “extremadamente injustas”, esto es normas que afectan la moral objetiva que se encuentra institucionalizada en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Véase Robert Alexy, *El Concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

<sup>42</sup> Recuérdese que en Europa predominan los regímenes parlamentarios. Quizá por ello, la filosofía política de la iusteoría neoconstitucional se refiera constantemente al “Legislador”. Véase Jhon M. Carey, “Presidencialismo versus Parlamentarismo”, en Posdata nro. 11, Abril, 2006, p. 123.

ponderación, la razonabilidad, la eficacia entre terceros de los derechos fundamentales, la irradiación de los derechos, etc.), sin por ello dejar de motivar a los jueces en favor de la “justicia institucionalizada” o “moral positivizada”, cuyo contenido objetivo mínimo son los derechos fundamentales y las instituciones de garantía de los derechos en el Estado Constitucional (Atienza, 2006: 53-56). De esta manera, la justicia constitucional realizaría como garante final la justicia del Estado Constitucional, entendida en términos neoconstitucionales como la defensa permanente de la garantía de los derechos humanos, la separación de poderes y el Estado de derecho.<sup>43</sup>

En síntesis, el neoconstitucionalismo originario puede concebirse como una iusteoría europea pos-positivista que pretende realizar la justicia de los derechos (civiles, políticos, y económicos) positivizada en normas de derechos e instituciones del Estado Constitucional, mediante la constitucionalización del ordenamiento jurídico que vendría asegurada por la división de poderes, la seguridad jurídica y la garantía judicial de la Constitución (Alexy, 1995). Esta idea de neoconstitucionalismo está en permanente tensión interna debido a la dificultad que representa conciliar el Estado Constitucional garantizado por los jueces con la seguridad jurídica y la división de poderes que en lenguaje neoconstitucional siempre son derrotables. Tales principios dependen principalmente del derecho legislado (cierto, general y abstracto), que en teoría, sería aplicado por la administración y el poder judicial. Ambos principios, son trastocados cuando la administración de justicia invade competencias legislativas tradicionales mediante el control constitucional abstracto, no sólo porque de esta manera la libertad del legislador elegido por voluntad popular, quedaría sometida a la interpretación material que el juez hace de la constitución invasora, sino también por la laxitud de los

---

<sup>43</sup> Cfr. Robert Alexy (1995: 52-53).

principios judiciales que derrotan la ley y aumentan la discrecionalidad de la Administración (Habermas, 1998: 311-317).

En este contexto, pese a que todo neoconstitucionalista conserva en su retórica la división de poderes y el principio de legalidad, subordina estos principios a la justicia de los derechos constitucionales mediante actos jurisprudenciales que pueden intervenir en todo ámbito del ordenamiento jurídico, incluyendo los actos “políticos” que en el paradigma del Estado Constitucional no podrían ir más allá de los límites y vínculos impuestos por los derechos constitucionales (Ferrajoli, 2011). Finalmente, cabe indicar que el neoconstitucionalismo originario es una tradición iusteórica eurocéntrica,<sup>44</sup> que al tiempo que pretende “universalidad”<sup>45</sup> se plantea de forma implícita y explícita, como una respuesta pos-positivista a la crisis del derecho del Estado Social<sup>46</sup> que compite con otras teorías particulares (v.gr. derecho reflexivo, realismo jurídico, teoría deliberativa del derecho, etc.) de los países capitalistas avanzados. No obstante, el “parroquialismo” de la iusteoría neoconstitucional que hemos sintetizado en el Apéndice, mostraremos a continuación como la idea de universalidad del paradigma, es la que predomina en la recepción del neoconstitucionalismo originario en América Latina.

---

<sup>44</sup>El eurocentrismo comprende dos mitos: el mito de que el desarrollo alcanzado en Europa es la expresión máxima del derecho histórico ascendente de la humanidad, y el mito que atribuye dicho desarrollo al mérito de Europa, que además, por estar en una posición tan ventajosa, tiene una “misión civilizatoria”. Cfr. Edgardo Lander, “Modernidad, colonialidad, posmodernidad”, en revista de *Estudios latinoamericanos*, No. 8, México D. F., UNAM, 1997.

<sup>45</sup> Autores como Kelsen, Ferrajoli y Dworkin no han dudado en defender la universalidad de sus teorías. Esto es, la capacidad descriptiva y prescriptiva de sus argumentos para cualquier contexto.

<sup>46</sup>Nos referimos a las ideas sobre el contexto social (económico, político, cultural) que aparecen de forma implícita o explícita en la iusteoría de alcance transnacional. Véase en sentido similar, López (2004) y Martín Böhmer, *Lesus naturae*, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 204-205.

### 3. El neoconstitucionalismo originario como teoría transnacional en América

#### Latina

Como evidencia Diego López (2004), el contexto hermenéutico del derecho en América Latina opera en gran medida como un “lugar de recepción” de “teorías transnacionales del derecho”, usadas como ideas de autoridad universal en la prescripción y descripción de la producción iusteórica regional. Siguiendo este patrón, el neoconstitucionalismo originario receptado en la región, se ha configurado desde los años ochenta del siglo XX, como una teoría transnacional que se evidencia en la repetición *ad nauseam* de significados asociados al neoconstitucionalismo originario.

La expansión global de la justicia constitucional (Pou, 2011), el contacto directo en las últimas décadas con obras traducidas del constitucionalismo originario y la expansión de la educación formal sobre el tema en una cultura jurídica tradicionalmente periférica (López, 2004; Rodríguez, 2009), han contribuido para que buena parte de la iusteoría regional –al menos en un nivel proposicional de sus textos–, reproduzca de forma más o menos fiel los códigos del neoconstitucionalismo originario.<sup>47</sup>

Al respecto, la repetición de la ponderación en la jurisprudencia de tribunales constitucionales de Colombia, Perú o Ecuador, muestra el uso más o menos correcto (en el sentido de la repetición fiel), del neoconstitucionalismo originario de Alemania y sus lugares de recepción en Europa (v.gr. España y Portugal).<sup>48</sup> Lo mismo puede decirse del uso de la teoría garantista en la Suprema Corte de México;<sup>49</sup> o de las obras más

---

<sup>47</sup> Es imposible para nosotros ofrecer evidencia suficiente sobre este tipo de literatura que difícilmente alcanzaríamos a revisar en varios años. No obstante, cualquier abogado familiarizado con ella aceptará que nuestra afirmación no es arbitraria. Es frecuente que la iusteoría latinoamericana utilice “tipos ideales” derivados de la recepción de literatura transnacional, como Estado Social de Derecho, principio de proporcionalidad y demás, para mostrar las “desviaciones” del contexto local.

<sup>48</sup> Véase Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

<sup>49</sup> Véase Pedro Salazar, et. al., *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

elaboradas de discípulos regionales que analizan el trabajo de maestros del neoconstitucionalismo originario (v. gr. Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli).

Por otra parte, sin que se elimine la repetición de significados de iusteoría transnacional, los textos de iusteoría latinoamericana se presentan en gran medida como una muestra de transmutación que implica una forma de modificación de lo receptado de la iusteoría originaria, ya sea por incomprensión o eclecticismo. Así, buena parte de la iusteoría regional que usa el neoconstitucionalismo originario, modifica por falta de comprensión el significado y el sentido originario de la teoría transnacional<sup>50</sup> o intenta conciliar, mediante uso ecléctico, el neoconstitucionalismo originario con iusteoría con la que teóricamente no guarda coherencia –total o parcialmente– para defender proposiciones adaptadas a necesidades de enunciación particulares.<sup>51</sup>

Por lo pronto, sobre la falta de comprensión del neoconstitucionalismo originario no hay mucho que decir. La mayor parte de practicantes del derecho en América Latina recepta el paradigma neoconstitucional en un “contexto hermenéutico pobre”<sup>52</sup> que explica en buena medida este tipo de transmutación. Además, la recepción del

---

<sup>50</sup> Por sentido originario nos referimos a la interpretación de un texto compartida tanto por su autor como por sus destinatarios. Cfr. Hans Gadamer, *Verdad y Método, II*, Salamanca, Sígueme, 1998.

<sup>51</sup> Cuando hablamos de necesidades de enunciación referimos al uso del lenguaje en contextos particulares: “[El enunciado]... no puede establecerse independientemente de su contexto particular de elocución. Éste refiere no sólo a ‘qué se dijo’ (el contenido semántico de las ideas), sino a ‘cómo se dijo’, ‘quién lo dijo’, ‘dónde’, ‘a quién’, ‘en qué circunstancias’, etc. La comprensión del sentido supone un entendimiento del significado; sin embargo, ambos son de naturaleza muy distinta. El segundo pertenece al orden de la lengua, describe hechos o situaciones; el primero en cambio, pertenece al orden del habla, implica la realización de una acción” Cfr. Elías Palti, *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 294.

<sup>52</sup> Diego López ha evidenciado que en América Latina la transmutación de iusteoría obedece a un contexto hermenéutico pobre en el que no existen tradiciones intelectuales fuertes que faciliten la circulación, discusión y refinamiento del discurso teórico. No se discute con tradiciones, sino con autores y obras que “están a la mano” (López, 2005: 48). Como resultado, al menos en teoría jurídica, se produce la eliminación de cuestiones epistemológicas, filosóficas y teóricas que son centrales para comprender los presupuestos de un texto. Consecuentemente, son comunes, las traducciones imprecisas; las reconstrucciones de la obra de un autor a partir de uno de sus textos; la toma de partes de una obra por el todo; la creación de alianzas locales de autores o teorías rivales en contextos hermenéuticos más desarrollados, etc. (López, 2005: 143).

paradigma neoconstitucional en las masas de practicantes es aún limitada. Buena parte de los abogados de la región, gracias a la educación jurídica tradicional y la práctica profesional (orientada a la defensa de derechos patrimoniales), aún comparten una cultura formalista, que es la manera como el sistema romano-germánico se ha expresado culturalmente en Latinoamérica.<sup>53</sup>

Lo anterior explica también la fuerza que ha tomado la difusión del paradigma neoconstitucional en la región (Carbonell, 2007), principalmente porque el neoconstitucionalismo defiende una idea del derecho cercana al formalismo regional del que participan también muchos académicos. Para el formalismo, la ley es la matriz moral y jurídica del derecho. Para el neoconstitucionalismo, la Constitución. En ambos casos, se piensa un “huevo jurídico originario” que pese a las notorias distancias entre el formalismo y el neoconstitucionalismo (en materia de valoración de los derechos, teoría de las normas, técnicas argumentativas, etc.) sigue representando una concepción formalista del derecho, que por una parte, convierte la realidad en apéndice de la norma, y por otra, confía en que la norma suprema que representa la “voluntad popular” condicione todo desarrollo político y jurídico posterior.

En cuanto al uso ecléctico del neoconstitucionalismo originario, la iusteoría regional, (especialmente la filosofía del derecho y la jurisprudencia), presenta textos que dan cuenta de una clara intención por tomar componentes del neoconstitucionalismo originario (concebidos como universales) y separar otros que no favorecen los sentidos que se pretenden transmitir dentro de proyectos políticos relacionados con el “uso” que debe darse a la justicia en América Latina. Diego López (2004) habla de “lecturas selectivas” en estos casos.

---

<sup>53</sup> Véase Rogelio Pérez Perdomo, *Los abogados en América Latina. Una introducción histórica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

En este sentido, puede afirmarse que buena parte de la iusteoría regional realiza lecturas selectivas del neoconstitucionalismo originario para hacer avanzar agendas, que si bien comparten la teoría del derecho del neoconstitucionalismo y su visión universalista de los derechos humanos, se diferencian en algunos temas de la iusteoría neoconstitucional originaria, principalmente en la inclusión y defensa de derechos culturales de los pueblos originarios latinoamericanos.

Así, cabe destacar entre otros discursos de recepción y creación, la iusteoría que defiende la complementariedad del neoconstitucionalismo europeo y el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” de cuño “revolucionario”;<sup>54</sup> la iusteoría que defiende con intensidad la justiciabilidad directa (sin ley que medie) de los derechos económicos y sociales;<sup>55</sup> la iusteoría que mezcla el neoconstitucionalismo con concepciones amplias (cuasi paternalistas) de “garantismo” estatal y plurinacional;<sup>56</sup> la iusteoría que propone el “derecho de interés público” como una alternativa de la democracia participativa para la transformación del derecho regional, impulsada por “la sociedad civil y sus tribunales”;<sup>57</sup> y, la iusteoría liberal, comprometida con la gobernabilidad, la justicia constitucional moderada (garante de la seguridad jurídica) y el liberalismo económico.<sup>58</sup>

Sin perjuicio de la importancia de estas formas eclécticas de iusteoría (en la medida que toman parte del paradigma neoconstitucional sin mayores análisis conceptuales), lo importante es destacar que buena parte de la iusteoría regional muestra una concepción

---

<sup>54</sup> Véase Roberto Viciano y Rubén Martínez, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de transición, 2010, pp. 9-38.

<sup>55</sup> Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Barcelona, Trotta, 2002.

<sup>56</sup> Una muestra de este tipo de iusteoría es buena parte del texto constitucional de Ecuador (2008). Al respecto, véase Ávila (2011). Definiremos esta forma de “garantismo” ecuatoriano, en el capítulo II.

<sup>57</sup> Véase Böhmer (2011: 204-205).

<sup>58</sup> Véase los ensayos publicados en Diego Valadés, edit., *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México D. F., UNAM, 2005.

sobre el derecho que obedece principalmente a la recepción del neoconstitucionalismo originario como teoría transnacional y por tanto, universal.

Este paradigma de la iusteoría regional periférica, considera que los problemas de América Latina que suelen preocupar a los juristas,<sup>59</sup> pueden encontrar caminos de resolución a través de procesos de cambio institucional, bastante similar a la narrativa del neoconstitucionalismo originario: cambios constitucionales que recojan amplios catálogos de derechos (que en América Latina incluirían los derechos culturales indígenas, además de los derechos de primera y segunda generación) y sean implementados a través de regímenes garantistas estatales que condicionen los poderes, realicen el Estado de Derecho (entendido como Estado Constitucional) y otorguen a la justicia constitucional la protección suprema de la Constitución.

El mismo análisis de significados que hemos realizado respecto del neoconstitucionalismo originario es aplicable en gran medida a este paradigma latinoamericano. Se trata de un esquema de percepción pos-positivista que confía en la justicia general de la Constitución de los derechos como norma jurídica aplicable sobre todo el ordenamiento jurídico y en la justicia de los jueces como garantía final de tal Constitución. Esta tradición de significados entre el neoconstitucionalismo europeo y el neoconstitucionalismo latinoamericano es susceptible del mismo análisis proposicional realizado respecto de la fuente originaria.

No obstante, en el plano de los contextos de enunciación particulares, debe insistirse que el neoconstitucionalismo originario representa una defensa del Estado Social en

---

<sup>59</sup> En la iusteoría regional predomina una fuerte denuncia teórica o moral de referentes fácticos comunes en América Latina, como la desigualdad social, la anomia institucional, el autoritarismo, la ineficacia de la ley, el pluralismo jurídico negativo, la cultura jurídica formalista, las violaciones de derechos cometidas por regímenes militares, etc. Véase Jorge Esquirol, “¿Hacia dónde va Latinoamérica? Una crítica al enfoque sociojurídico sobre América Latina”, en Mauricio García y César Rodríguez, eds., *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003.

contra del proyecto neoliberal y la crisis del derecho que amenaza las conquistas sociales alcanzadas en los países avanzados,<sup>60</sup> mientras que su recepción latinoamericana representa el anhelo por replicar los logros sociales del Estado Social en América Latina (López, 2004: 432). En ambos casos, la preocupación por la avalancha neoliberal y la valoración de la intervención estatal y las prestaciones sociales, evita que la doctrina en mención discuta desde perspectivas liberales sobre los límites intervencionistas del poder estatal (Comanducci, 2003), aunque ello no implica que el Estado siga apareciendo como una amenaza a los derechos civiles y políticos cuando degenera en aparato represor, como sucedió a lo largo del siglo XX en todo el planeta.

En este contexto, lo que distingue el neoconstitucionalismo originario del neoconstitucionalismo latinoamericano, no pasa por diferencias semánticas (salvo los casos de uso “desviado” o ecléctico), sino por el “modo de producción” de la iusteoría. Mientras que el neoconstitucionalismo originario es producto de tradiciones noratlánticas que basan sus categorías principales en referentes fácticos particulares implícitos en la literatura jurídica –sobre el sistema político, la cultura política, la economía y la experiencia histórica europea– (López, 2004; Böhmer, 2011), el neoconstitucionalismo latinoamericano, pese a tener presentes los problemas del contexto latinoamericano (Esquirol, 2003), ofrece respuestas de cambio que en gran medida son producto de una recepción periférica que asume la universalidad prescriptiva y descriptiva de las categorías iusteóricas asociadas al neoconstitucionalismo originario, sin perjuicio del valor que ha adquirido dicha

---

<sup>60</sup> Véase Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012, p. 135.

recepción gracias al desarrollo institucional de la justicia constitucional en América Latina y sus efectos calificados como positivos.

Por tanto, el neoconstitucionalismo latinoamericano es un paradigma iusteórico o esquema de percepción más o menos coherente que resulta de la recepción periférica de teoría transnacional, no obstante las diferencias respecto de los referentes fácticos que preocupan a los juristas europeos y latinoamericanos. Este paradigma puede identificarse empíricamente en textos normativos que orientan y legitiman procesos de cambio institucional en América Latina (Rodríguez, 2009; Ávila Santamaría, 2011).

El neoconstitucionalismo latinoamericano, como proceso aparentemente mimético no es solamente un paradigma vinculado a procesos de recepción y “consumo” periférico de ideas. Por el contrario, se trata de una ideología construida dentro de procesos institucionales particulares a los que se busca dar respuesta desde la iusteoría receptada en la periferia. Por ello, la comprensión del neoconstitucionalismo latinoamericano en un sentido más amplio, exige analizar los textos de la iusteoría regional como “acciones asociadas a sistemas y modos particulares de práctica política”.<sup>61</sup> Como intentaremos mostrar en el siguiente apartado, estas acciones toman sentido dentro de proyectos transnacionales de política jurídica.

#### **4. Neoconstitucionalismo y política jurídica**

El neoconstitucionalismo latinoamericano como paradigma vinculado a prácticas políticas, puede identificarse dentro de un campo global de proyectos económicos,

---

<sup>61</sup> Cfr. Elías Palti, *La invención de una legitimidad. Razón y retórica en el pensamiento mexicano del siglo XIX (Un estudio sobre las formas del discurso político)*, México, FCE, 2005, p. 471.

culturales y sociales de política jurídica,<sup>62</sup> que se manifiesta en tres escenarios diferenciables pero vinculados entre sí: *ingeniería constitucional*, *jurisprudencia activista* y *difusión de iusteoría transnacional en redes formales e informales*.

Sobre la *ingeniería constitucional*, estudios de caso en países como Colombia (Rodríguez, 2009), Ecuador<sup>63</sup> y Brasil<sup>64</sup> han mostrado la influencia de los agentes transnacionales imbuidos por el neoconstitucionalismo latinoamericano en el diseño de los textos constitucionales de dichos países. En el resto de países de América Latina, se ha producido abundante literatura que coincide en señalar, aunque a partir de un análisis discursivo de los textos constitucionales de la “tercera ola” democrática, la clara influencia del neoconstitucionalismo (Carbonell, 2007; Uprimny, 2011; Pou, 2011).

Así, tanto los estudios empíricos sobre el papel de los intelectuales en el diseño constitucional, como los trabajos que analizan el contenido de los textos constitucionales, coinciden en señalar que los textos constitucionales de América Latina contienen los componentes básicos del paradigma neoconstitucional latinoamericano: constituciones sustanciales y normativas, amplios catálogos de derechos (civiles, políticos, sociales y culturales) y garantías jurisdiccionales de la Constitución.

No obstante, que algunos textos constitucionales hayan sido redactados por agentes inspirados por el neoconstitucionalismo a nivel de determinados componentes no puede autorizarnos para hablar de textos neoconstitucionales, puesto que toda constitución representa la expresión discursiva de un contexto político más complejo que es soslayado en los análisis iusteóricos. Es más, ni siquiera puede afirmarse que la teoría

---

<sup>62</sup> Nos referimos a un campo global que reproduce formas de capital económico, social y cultural en base a la creación de normativa jurídica. Véase Pierre Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, introducción de Andrés García Inda, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, p. 132.

<sup>63</sup> Cfr. Pablo Andrade, “El reino (de lo) imaginario: Los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008”, en *Ecuador Debate*, No. 85, 2012; y, Pablo Andrade, *De la democracia liberal a la revolución ciudadana*, Quito, UASB, en prensa, 2011.

<sup>64</sup> Véase Luis Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

neoconstitucional originaria sirva para explicar plenamente dichos textos, incluso si se trata solamente de los elementos normativos que ésta ha teorizado (Humberto Ávila, 2009).

Esto es válido sobre todo para las Constituciones que establecen cambios significativos en la concepción de elementos fundamentales del neoconstitucionalismo originario y su recepción latinoamericana: los derechos, las garantías, la división de poderes, el principio de legalidad (y la concomitante seguridad jurídica) y la garantía judicial de la Constitución. Ejemplos de este tipo de Constituciones, son la venezolana de 1999,<sup>65</sup> la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.<sup>66</sup>

Sobre la *jurisprudencia activista*, existe suficiente evidencia que muestra la influencia del paradigma neoconstitucional en la interpretación y aplicación de la Constitución a cargo de los jueces constitucionales. Hemos indicado antes que Cortes de Colombia, Perú, Ecuador, México y Brasil, suelen usar el neoconstitucionalismo originario como una teoría transnacional y universal. Cabe preguntarse ahora sobre el sentido político y el escenario institucional del neoconstitucionalismo que imbuye la jurisprudencia activista. La respuesta que podemos esbozar en base al testimonio de jueces latinoamericanos y al consenso teórico sobre el tema, es que el activismo judicial, cuando usa el neoconstitucionalismo originario, busca por un lado (de forma no necesariamente consciente), posicionar la justicia constitucional como un nodo institucional político y jurídico que se ha extendido a nivel global después de la Segunda Guerra Mundial generando incentivos para la reproducción de prácticas económicas y culturales a nivel transnacional (Rodríguez, 2009; Pou, 2011, Barroso,

---

<sup>65</sup> Véase Roberto Viciano y Rubén Martínez, *Cambio Político y Proceso Constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Caracas, Vadell Hermanos, 2001.

<sup>66</sup> Véase Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

2008); y por otro, dar respuesta a los problemas de violación de derechos y desigualdad en la región.<sup>67</sup>

En esta empresa, el neoconstitucionalismo latinoamericano inspira la labor judicial, pero sólo en parte. Junto al neoconstitucionalismo latinoamericano, las teorías alternativas del derecho,<sup>68</sup> la jurisprudencia activista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>69</sup> y la participación de cortes nacionales en una comunidad global de tribunales que comparte valores comunes,<sup>70</sup> influyen de manera relevante en numerosas decisiones judiciales nacionales y transnacionales, y sobre todo, en los imaginarios normativos de los juristas.

La explicación de esta “mezcla” de corrientes doctrinarias en la jurisprudencia activista reside en parte en la comunidad axiológica que une todas las doctrinas jurídicas contemporáneas en la defensa de los derechos humanos y de una justicia constitucional comprometida con ellos. Aunque los fines y medios de la justicia constitucional sean en la iusteoría objeto de debate y disenso, no existe expresión iusteórica relevante que niegue la necesidad de defender los derechos humanos (de

---

<sup>67</sup> Véase una justificación similar en la ponencia del ex-Senador y ex-Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, Carlos Gaviria en Carlos Gaviria, “Colegitimidad Democrática y Control Constitucional”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007, pp. 33-39. En el mismo sentido, se pronuncia el actual presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, Patricio Pazmiño, *Corte Constitucional: consecuencia lógica la evolución del control constitucional*, en Tribunal Constitucional del Ecuador, Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007.

<sup>68</sup> El uso alternativo del derecho ha tenido éxito principalmente en Brasil, pero no en el nivel de la justicia constitucional centralizada, sino en los escalones inferiores del sistema judicial que fueron usados para resistir las políticas neoliberales. Normativamente, el uso alternativo del derecho se entiende como “las diversas acciones encaminadas a que toda la juridicidad (normas, derechos subjetivos, objetivación de lo justo) sea usada al servicio de los pobres...”. Cfr. Jesús Antonio de la Torre, coord., *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, D. F., Universidad Autónoma de Aguascalientes/ Porrúa, 2002, p. VIII. Véase también, Luciano Oliveira, “Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance”, en en Mauricio García y César Rodríguez, eds., *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003, pp. 223-246.

<sup>69</sup> Véase Jorge Contesse, “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 251-269; y, Marcelo Neves, “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en Armin Von Bogdandy, et. al., coords., *La justicia constitucional y su internalización. ¿Hacia una Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 724.

<sup>70</sup> Véase, Anne-Marie Slaughter, “The real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 5, 1997.

todas las generaciones) y sus garantías judiciales (Pou, 2011: 235-236) en el marco de lo que hemos denominado política de los derechos.

En cuanto a la valoración que la iusteoría latinoamericana realiza del activismo judicial, cabe señalar que el neoconstitucionalismo latinoamericano tiene una percepción positiva del activismo judicial dentro y fuera de la región. Si ubicáramos de forma escalonada (de mayor a menor valoración) la percepción iusteórica sobre la actividad judicial, en la parte superior estaría la Corte constitucional colombiana y luego, la Corte argentina, reconocidas principalmente por su actividad activista en derechos humanos,<sup>71</sup> y en especial, en favor de grupos humanos vulnerables.<sup>72</sup>

En un segundo escalón, destacan las Cortes de Costa Rica, Chile y Brasil, que junto a las Cortes nombradas y a otras Cortes situadas en escalones inferiores, son valoradas por su diverso grado de incidencia en la garantía de los derechos civiles y políticos; la igualdad de ciudadanos ante la ley; la consolidación de las libertades económicas en la transición a economías de mercado (Rodríguez, 2009); el combate legal contra regímenes autoritarios (transparencia, separación de poderes, etc.); y, la mejora del desempeño democrático<sup>73</sup> (rendición de cuentas, democratización de las políticas públicas, desarrollo de la cultura jurídica, etc.).

Finalmente, el neoconstitucionalismo como paradigma usado en redes formales e informales de *difusión de iusteoría transnacional*, representa un componente importante de un proyecto comunicativo mayor dentro de la enseñanza jurídica global, favorable a los

---

<sup>71</sup> Debe señalarse que en no pocos casos el activismo de la Corte Colombiana se limita a abrir canales de diálogo entre la sociedad civil y Estado, controlando la calidad deliberativa del proceso. Véase Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

<sup>72</sup> Véase César Rodríguez y Diana Rodríguez, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010; y, Víctor Abramovich y Laura Pautassi, “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi, comp., *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudios de casos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2009; y, Roberto Gargarella, org., *Courts and Social Transformations in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2006.

<sup>73</sup> Véase Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática*, Imparcialidad, reflexividad, proximidad, Buenos Aires, Manantial, 2009, pp. 201-224.

derechos humanos, la justicia constitucional, el Estado de Derecho y la democracia con equidad en la región. Así lo demuestra la creciente interacción académica entre académicos transnacionales y juristas periféricos en América Latina a partir de los años ochenta (López, 2004).

La evidencia disponible muestra cómo la cooperación internacional (fundaciones alemanas y estadounidenses), la formación doctoral de académicos latinoamericanos en Estados Unidos<sup>74</sup> y Europa, y la institucionalización de centros de investigación jurídica en universidades de élite fuertemente vinculadas a universidades prestigiosas a nivel global, han favorecido la educación jurídica global y la consecuente difusión de iusteoría transnacional, que incluye principalmente a la iusteoría neoconstitucional originaria, concebida como la literatura más avanzada dentro de una tradición iusteórica latinoamericana ubicada en la periferia del intercambio cultural (Rodríguez, 2009 y 2011). Cabe señalar que los agentes de estas redes culturales conciben su actividad como una reacción progresista frente a la cultura jurídica formalista que predomina en las masas de operadores del derecho en América Latina.<sup>75</sup>No obstante, como se ha

---

<sup>74</sup> Un indicador de la forma como está estructurado un sector significativo de la red de académicos del derecho en Latinoamérica, lo ofrece la lista de autores de la obra coordinada por Rodríguez (2011) que en criterio de Gargarella y Bergallo “ofrece una muestra especial del gran cambio experimentado por la reflexión sobre el derecho latinoamericano en las últimas dos décadas” (ibíd., 8). Esta lista está conformada entre hombres y mujeres, por 18 personas, 5 provenientes de la academia colombiana, 5 de la academia brasileña, 3 de la academia argentina, 2 de la academia mexicana y sendos autores provenientes de Chile, Ecuador y Perú. De entre las 18 personas, 11 (61%) han estado vinculadas a la academia estadounidense. Esta red, según Rodríguez, “tiene como fines centrales la promoción de la inclusión social, de los derechos humanos, de la democracia, del Estado de derecho y del desarrollo con equidad en la región” (ibíd., 19).

<sup>75</sup>Cfr. Alberto Wray, “Pensamiento Jurídico Ecuatoriano”, *Biblioteca Básica del Pensamiento Ecuatoriano*, Quito, BCE y CEN, 1997, p. 46; Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, traducción de Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, estudio introductorio de César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes/ Pontificia Universidad Javeriana, 1999; Agustín Grijalva, “Independencia, acceso y eficiencia de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, edit., *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007, p. 53; Agustín Grijalva, “Independencia judicial y derechos en el Ecuador”, en Ecuador Debate, Nro. 83, *Justicia y poder*, Quito, CAAP, 2011, p. 35; Ramiro Ávila, “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”, en Santiago Andrade y Luis Ávila, eds., *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 380-386; Farith Simon y Marco Navas, *Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador*, Quito, PUCE, American University y Red Académica de

señalado antes, el neoconstitucionalismo pos-positivista no dista mucho del formalismo jurídico latinoamericano. Ello explica en buena parte el éxito de su recepción, puesto que no es posible que una cultura use códigos que le son completamente extraños (Palti, 2007).

No obstante lo anterior, debe señalarse que el neoconstitucionalismo en los proyectos de política jurídica (*cambios constitucionales, activismo judicial, redes transnacionales de formación*) forma parte de esquemas de percepción más amplios. En este sentido es un componente relevante para la acción política, pero no el único. En realidad, los proyectos de política jurídica impulsados a nivel regional desde los años ochenta, parecen recibir mayor inspiración del uso ecléctico del neoconstitucionalismo originario, que del uso “puro” de éste. Como hemos visto, esto puede predicarse especialmente de la producción académica regional (Rodríguez, 2011) y de parte de la jurisprudencia (López, 2004).

Por otra parte, no puede afirmarse que el neoconstitucionalismo sirva como teoría general para explicar los proyectos de política jurídica que hemos destacado. La realidad de estas prácticas es mucho más compleja y amplia de lo que puede comprender un paradigma normativista e ideológico. Aunque la iusteoría neoconstitucional sea útil para comprender en un nivel iusteórico los significados normativos que hemos asociado a ella, es una doctrina que impide comprender cómo estos significados interactúan dentro de esquemas de percepción particulares en el marco de proyectos políticos.

Con mayor razón puede afirmarse que la iusteoría neoconstitucional representa un camino inadecuado para comprender empíricamente las Constituciones, el activismo judicial y las redes de cultura jurídica en el marco de procesos institucionales

históricos.<sup>76</sup> La riqueza empírica de estos procesos solo puede abordarse desde un lenguaje teórico más elaborado en términos conceptuales y empíricos, que permita identificar los agentes, las ideas y el sentido de estos componentes dentro de fenómenos de política jurídica que forman parte del proceso de democratización (política y económica) de América Latina (Dagnino, 2008).

En síntesis, el argumento central de este capítulo es que la iusteoría latinoamericana el neoconstitucionalismo es un concepto combinatoriamente vago. No obstante, en el uso generalizado del concepto, numerosos juristas latinoamericanos comparten un “mínimo común denominador” elaborado a partir de la recepción del neoconstitucionalismo originario. Además, el uso del concepto neoconstitucionalismo en América latina es indicativo de un paradigma normativista o ideología profesional de los juristas que ha influido dentro de bases intelectuales particulares (imitativas o eclécticas) en varios proyectos transnacionales de política jurídica (ingeniería constitucional, jurisprudencia activista y producción y difusión de iusteoría en redes formales e informales).

En el segundo capítulo de esta investigación analizaremos cómo determinados juristas que comparten el paradigma neoconstitucional latinoamericano en Ecuador, llegaron a influir en el diseño constitucional de 2008. Identificaremos los actores e ideas de este proceso en el marco de proyectos de política jurídica que se influyeron mutuamente: el uso local de iusteoría transnacional en redes formales e informales de cultura jurídica y el diseño institucional en el contexto constituyente.

---

<sup>76</sup> Véase argumentos históricos, culturales y económicos que explican más allá de los casos judiciales exitosos las razones de la eficacia simbólica del derecho en Colombia dentro de las limitaciones del conflicto interno, en Rodrigo Uprimny, “¿Una sociología jurídica latinoamericana o un programa de investigación en sociología jurídica para América Latina? Un comentario al texto de García y Rodríguez” en Mauricio García, César Rodríguez, eds., *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003; y, Andrés Dávila, *Democracia pactada. El Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991*, Bogotá, Universidad de los Andes, Alfaomega, 2002, pp. 200-202.

## II. NEOCONSTITUCIONALISMO EN MONTECRISTI

El golpe de Estado contra el presidente Lucio Gutiérrez en el año 2005, mediante el mecanismo de juicio político orquestado por el Congreso y sostenido principalmente por la denuncia mediática, la movilización popular y la avenencia militar, no fue sino un episodio más dentro de un nuevo patrón de inestabilidad política desde el regreso a la democracia en 1979, que inició en Ecuador con la caída del presidente Abdalá Bucaram en el año 1997.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Véase Aníbal Pérez Liñán, *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.

La respuesta de los actores políticos (partidos, movimientos sociales, medios de comunicación, intelectuales orgánicos, grupos de interés, etc.) a esta forma recurrente de crisis política –que se mantenía pese la recuperación de la economía y la mejora de las condiciones de vida desde inicios de la primera década del siglo XXI–<sup>78</sup> no expreso sino el descontento con un sistema político regionalizado, pluralista, inestable, fragmentado y deficiente en el ámbito de las políticas públicas y sus resultados.<sup>79</sup> Pese a que las movilizaciones populares exigieron “que se vayan todos”, el pluralismo ideológico, el faccionalismo (Andrade, 2005) y el particularismo de la política local (Pachano, 2008), no permitieron proyectos consensuados de cambio social.

No obstante, una parte relevante de los actores políticos vinculados a la tendencia de izquierda, generó frente a la crisis, lo que Pablo Andrade ha denominado “un momento republicano”, esto es “una búsqueda colectiva de sentido” (Andrade, 2011: 37) sobre lo político y la política<sup>80</sup> que desencadenó un proyecto radical, cuya máxima expresión fue la Asamblea Constituyente de 2007-2008.

Este proyecto consistía básicamente en una variopinta propuesta de “refundación” moral y política del Estado<sup>81</sup>, en rechazo al orden económico y político imperante identificado en gran medida por los radicales republicanos, con los males de la economía y la política que fueron etiquetados con los conceptos neoliberalismo y partidocracia respectivamente. La organización política que expresó este lenguaje con

---

<sup>78</sup> Véase Simón Pachano, *El precio del poder: izquierda, democracia y clientelismo en Ecuador, México*, ponencia presentada al Segundo Coloquio Internacional de Ciencia Política Gobiernos de Izquierda en Iberoamérica en el Siglo XX, Xalapa, Veracruz, México, 2008, p. 8. Disponible (18-10-2013) en: <http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1228342227.PachanoPonenciaGosIzquierda.pdf>.

<sup>79</sup> Véase Jorge León, “Política y movimientos sociales en Ecuador de entre dos siglos”, en *Estado del país. Informe cero. Ecuador: 1950-2010*, FLACSO/ Contrato Social por la Educación, Quito, 2011, pp. 207-227.

<sup>80</sup> Véase Pierre Rosanvallon, *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.

<sup>81</sup> Se trató de discursos que embebían de las más diversas fuentes ideológicas, no obstante su común rechazo al orden político y económico imperante. Quizá las fuentes ideológicas más relevantes, refieren a las narrativas que se presentaban como alternativas a la democracia liberal y la economía de mercado: la democracia participativa, el neo-desarrollismo, el post-extractivismo, la plurinacionalidad y el discurso socialdemócrata de los derechos humanos.

mayor intensidad y respaldo electoral fue el movimiento Acuerdo País, que en consonancia con la propuesta radical anti-partidaria que expresaba la desconfianza popular frente a las instituciones y actores tradicionales de la democracia representativa<sup>82</sup> –que para muchos llegó a presentar una imagen *schmittiana* del parlamentarismo–,<sup>83</sup> tomó la resolución de no presentar candidatos en las elecciones parlamentarias y propuso una vez obtenido el poder presidencial bajo el liderazgo de Rafael Correa, la realización de una Asamblea Constituyente.

Una vez electo, el 15 de enero de 2007, mediante decreto 002, el presidente Correa convocó a una consulta que permitiría la instalación de la Asamblea Constituyente. El electorado ecuatoriano aprobó la consulta con un 82% de aprobación, y eligió luego, a una mayoría de asambleístas de entre los candidatos de Acuerdo País (62% de los escaños). Este apoyo popular, sumado a la composición interna de Acuerdo País y a la estrategia del gobierno en funciones para controlar la Asamblea (Andrade, 2012), permitió al presidente Correa dominar en gran medida el proceso constituyente.

No obstante, el control de Correa y su equipo, sobre asambleístas funcionales, no alcanzó todos los espacios de diseño constitucional. Aunque en los días finales de la Asamblea Constituyente se lograron votos para modificar y aprobar en el pleno algunos

---

<sup>82</sup> Cfr. Franklin Ramírez Gallegos, “Participación, desconfianza política y transformación estatal”, en *Estado del país. Informe cero. Ecuador: 1950-2010*, FLACSO/ Contrato Social por la Educación, Quito, 2011, pp. 233-235.

<sup>83</sup> “...En numerosos folletos y artículos periodísticos se subrayan los fallos y errores más evidentes del funcionamiento parlamentario: el dominio de los partidos y su inadecuada política de personalidades, el gobierno de aficionados, las permanentes crisis gubernamentales, la inutilidad y banalidad de los discursos parlamentarios, el nivel, cada vez más bajo, de los buenos modales parlamentarios, los destructivos métodos de obstrucción parlamentaria, el abuso de la inmunidad y privilegios parlamentarios por parte de una oposición radical que se burla del parlamentarismo mismo, la indigna práctica de las dietas y la escasa asistencia a las sesiones [...] así como que la verdadera actividad no se desarrolla en los debates públicos del pleno, sino en comisiones (y ni siquiera necesariamente en comisiones parlamentarias), tomándose las decisiones importantes en reuniones secretas de los jefes de los grupos parlamentarios o, incluso, en comisiones no parlamentarias; así, se origina la derivación y supresión de todas las responsabilidades, con lo que el sistema parlamentario resulta ser, al fin, solo una mala fachada del dominio de los partidos y de los intereses económicos”. Cfr. Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996a, p. 24.

artículos que interesaban al Presidente y sus colaboradores más cercanos,<sup>84</sup> el texto constitucional terminó expresando las tensiones internas de la coalición gobernante, así como la influencia de actores y proyectos políticos diversos que participaron del proceso constituyente. Según Pablo Andrade (2012:35), estos proyectos se fundaron en tres concepciones diferentes: participacionismo, neoconstitucionalismo y presidencialismo.

En virtud de nuestro objetivo de investigación, en este capítulo nos ocuparemos solamente de la influencia de los actores que impulsaron la versión local del paradigma neoconstitucional latinoamericano, dentro y fuera de la coalición gobernante. Evitaremos por tanto el tratamiento exhaustivo de otras agendas que serán analizadas sólo para mostrar la relación con los actores o ideas asociadas al neoconstitucionalismo.

Analizaremos primero los actores e ideas del neoconstitucionalismo ecuatoriano dentro de los procesos comunicativos de la iusteoría ecuatoriana. Luego, indicaremos cómo se produjo la influencia del paradigma neoconstitucional en el diseño constitucional del proceso constituyente 2007-2008. Este segundo paso, requerirá identificar actores e ideas que den cuenta del uso político del paradigma neoconstitucional en el Ecuador.

### **1. El neoconstitucionalismo en la iusteoría ecuatoriana**

Los académicos que realizan investigaciones sobre el derecho en el Ecuador, coinciden en denunciar el divorcio que han mantenido los estudios jurídicos y las ciencias sociales en el país.<sup>85</sup> En efecto, salvo escasas excepciones, el tratamiento de los problemas jurídicos suele quedar en manos de juristas, mientras que la sociología y

---

<sup>84</sup> Cfr. Acta 091 del 18-19 de julio de 2008, p. 90.

<sup>85</sup> Véase Grijalva (2007); y, Santiago Basabe, *Política judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, FLACSO, 2011.

ciencia política ecuatoriana se desentiende de un problema que es visto como dependiente de factores de poder extra-jurídicos. Ello explica que el tratamiento del derecho constitucional, de la teoría de la Constitución y de los derechos humanos se haya desarrollado al interior de las comunidades nacionales y transnacionales de juristas.

De allí que el neoconstitucionalismo ecuatoriano constituya un paradigma desarrollado principalmente por una comunidad pequeña de juristas académicos,<sup>86</sup> cuyas huellas documentales aparecen en un escaso número de obras de iusteoría normativa que tiende a usar por imitación y/o eclecticismo teoría transnacional; al tiempo que proponen cambios normativos que resultan de preocupaciones y estudios sobre los problemas jurídicos locales. La literatura más importante que nos autoriza a hablar del neoconstitucionalismo ecuatoriano, remite a un conjunto limitado de autores, cuya producción intelectual es más rigurosa y elaborada que la dogmática común.<sup>87</sup>

Dentro de esta literatura que empezó a publicarse en los años noventa, al tiempo que iniciaron los mayores intentos por institucionalizar definitivamente la justicia constitucional en el Ecuador,<sup>88</sup> destaca aquella producción que ha dirigido su atención a los procesos constituyentes y textos constitucionales de 1998 y 2008. Se trata de textos que develan el proceso de consolidación del paradigma neoconstitucional en el Ecuador.

Para intentar probar cómo se ha consolidado el paradigma neoconstitucional en el Ecuador, mediante la recepción de teoría transnacional y cómo ha sido usado de forma

---

<sup>86</sup> Dos indicadores pueden sostener a primera vista esta proposición: a) una sola universidad (la UASB) cuenta con un programa de doctorado en derecho y una revista jurídica indexada; y b) tres de los once juristas que participan como investigadores de planta en las universidades que ofertan doctorados, reconocen que la investigación jurídica es predominantemente formalista y normativista (Grijalva, 2011; Ávila, 2011; Basabe, 2009).

<sup>87</sup> La iusteoría a la que nos referimos empezó a publicarse bajo un formato académico en tres revistas de derecho (dos de Quito y una de Guayaquil) que han venido publicándose desde aproximadamente una década. La única revista indexada (en *Latindex*) es la Revista *Foro* de la Universidad Andina Simón Bolívar.

<sup>88</sup> Véase Agustín Grijalva, *Courts and political parties: the politics of constitutional review in Ecuador*, en [http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva\\_agustin\\_2010\\_etd.pdf](http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva_agustin_2010_etd.pdf).

ecléctica, analizaremos la literatura que se presentó como propuesta de legitimación o cambio constitucional frente a los textos constitucionales de 1998 y 2008. Expondremos nuestro análisis, mostrando la relación de la iusteoría con los proyectos de Constitución y los textos constitucionales nombrados. Así, analizaremos de forma sistemática, el contenido de los textos elegidos frente a temas básicos del paradigma neoconstitucional originario: el concepto de los derechos, el concepto de Constitución y el concepto de garantía judicial de la Constitución.

### **1.1. La iusteoría liberal ecuatoriana y la Constitución de 1998**

Mientras se realizaba la Asamblea Constituyente de 1998, en la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito) se desarrolló un Seminario Internacional de Derecho Comparado. En él, juristas ecuatorianos representativos como Ernesto López y Alberto Wray,<sup>89</sup> propusieron con especial énfasis, fortalecer la justicia constitucional en el Ecuador (entendida como control de constitucionalidad de actos normativos inferiores), en virtud de su inveterada debilidad, inestabilidad y dependencia política (López, 1998: 63; Wray, 1998: 131). El énfasis axiológico de estos autores descansaba en la necesidad de constitucionalizar mediante las garantías jurisdiccionales y en base a la “ley superior”, el ordenamiento jurídico, entendido como un sistema escalonado de normas. Es decir, la preocupación de estos autores descansa en la “jerarquía normativa”.<sup>90</sup> Aunque este enfoque, no implica que los derechos pasen inadvertidos en los textos citados, lo cierto es que el eje articulador del discurso normativo, descansa en

---

<sup>89</sup> Véase Ernesto López Freile, “Control constitucional y organismos de control”, en *Gonzalo Ortiz*, edit., *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*, Quito, PROJUSTICIA/Corporación de Investigación y Estudios Multidisciplinarios, 1998; y, Alberto Wray, “Orden jurídico y administración de justicia”, ídem.

<sup>90</sup> Señala López: “La justicia constitucional es la autoconciencia que la constitución posee de su propia eficacia y dinamismo. De su propia jerarquía y poder” (López, 1998: 63). En un sentido similar Wray sostiene: “...hay normas que prevalecen sobre otras en razón de su jerarquía. En virtud de este principio es que la constitución está llamada a prevalecer sobre cualquier otra norma jurídica...” (Wray, 1998: 116).

la idea de Constitución como norma superior y jerárquica. Por tanto, la Constitución es importante sobre todo, porque representa la “voluntad popular”, que una vez traducida jurídicamente, permite racionalizar el ordenamiento. Detrás de este afán de racionalización mediante interpretaciones asumidas como puramente jurídicas, se devela un paradigma paleo-positivista de plenitud y coherencia que en el caso ecuatoriano ha tomado una versión menos sofisticada que la desarrollada por el positivismo transnacional.<sup>91</sup>

En cuanto al “contexto de enunciación” de esta versión iusteórica desarrollada luego del regreso a la democracia, debe señalarse que nuestros juristas pretendían racionalizar un ordenamiento jurídico heredado por la dictadura y mantenido por un sistema político “ingobernable”.<sup>92</sup> A medida que estas preocupaciones dejaron de ser centrales, a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, la iusteoría de derecho constitucional abandonó el énfasis en el análisis de la “sintaxis” del derecho que estriba en el principio de jerarquía, para dar paso a enfoques normativistas que se preocupan por los derechos y sus garantías (políticas, jurisdiccionales y normativas) en el contexto de un “Estado

---

<sup>91</sup> Quizá la mejor expresión de esta iusteoría formalista es la interpretación común del Título Preliminar del Código Civil aún vigente en Ecuador y que conserva el contenido del Código Civil de 1861. Las normas interpretadas a partir de este Título, representan varios dogmas para los juristas: la ley que supuestamente desarrolla la Constitución es la máxima expresión de la voluntad general que se expresa con claridad de forma deóntica (manda, prohíbe o permite), el máximo intérprete de la ley es el legislador, y el juez es boca de la ley. Aunque no se puede afirmar seriamente que los abogados del Ecuador crean seriamente en estos dogmas, lo cierto es que en su mayoría, los estudios jurídicos en el país y la práctica del derecho, se inspiran en esquemas de percepción poco reflexivos que asumen la dogmática formalista del derecho civil, pese a que del propio Código Civil (art. 18) pueden extraerse interpretaciones más sofisticadas, concretamente a partir de las disposiciones que ordenan a los intérpretes tratar los “pasajes oscuros de la ley” mediante juicios sobre la “historia”, “el contexto” o el “espíritu” de la ley; o “la falta de ley”, mediante “los principios del derecho universal”. Para la tradición positivista (analíticamente superior al formalismo o paleo-positivismo), disposiciones como éstas, pueden dar lugar a métodos de interpretación complejos (semántico, teleológico, sistemático, histórico, razonamiento por analogía, interpretación extensiva y analogía iuris) que se han desarrollado para evitar desconocer la voluntad del legislador expresada en la ley. Véase Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pp. 215-225.

<sup>92</sup> En los años noventa los juristas y algunos sociólogos, percibían como grave problema la conflictividad política que provocaba el anquilosamiento institucional y por tanto, la ausencia de racionalidad normativa para subsanar la legislación inválida (en términos de jerarquía normativa y violación de derechos humanos) o la falta de legislación. Véase Luis Hidalgo, *La telaraña legal*, Quito, Editorial jurídica del Ecuador, 1999, pp. 15-21; José Sánchez, “La sociedad contra sí misma. O por qué nuestras sociedades son democráticamente ingobernables”, en ILDIS, *Ecuador. La democracia esquiua*, ILDIS, Quito, 1991, p. 48; y José Sánchez, *Conflicto y democracia en Ecuador*, Quito, CAAP, 1995, p. 104-109.

social de derecho”. Es decir, la iusteoría ecuatoriana empezó a preocuparse por el deber ser de las normas socialdemócratas que hemos asociado al neoconstitucionalismo originario. Sólo era aceptable el derecho que reconociera la justicia de los derechos. Y ese derecho, estaba representado en la Constitución y en su “bloque de constitucionalidad” –contenido en los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que la Constitución remitía para ampliar el sentido de sus normas de derechos–.<sup>93</sup> Quizá la expresión colectiva más relevante de este enfoque normativo es la iusteoría recogida en los doce tomos de la serie “Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, que se publicó entre 2003 y 2005.<sup>94</sup>

De esta manera la iusteoría ecuatoriana se adentró en las discusiones transnacionales sobre derecho constitucional, superando en parte, el formalismo jurídico. Su punto de partida era la defensa del “Estado Social de Derecho” reconocido como el referente ideológico que dio lugar al componente principal de la parte “dogmática” (los derechos civiles, políticos, sociales, colectivos y culturales) de la Constitución de 1998. Los argumentos usados en estas narrativas resultaron de la recepción de teoría transnacional del derecho que hemos catalogado como neoconstitucionalismo originario. De allí que el tratamiento de conceptos como Constitución, seguridad jurídica, división de poderes y garantía judicial de la Constitución, en la iusteoría más relevante, no haya ido más allá de la recepción y uso de esta teoría transnacional.

No obstante, en este periodo no se desarrolló en la iusteoría local, un paradigma que consolide la idea de Constitución invasora (en pro de los derechos) y la

---

<sup>93</sup> “Sabemos que la democracia es inseparable del Estado Social de Derecho y que únicamente en los regímenes democráticos encuentran efectividad los derechos humanos”. Cfr. Hernán Salgado, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 20.

<sup>94</sup> Estas publicaciones resultaron del proyecto impulsado por la Universidad Carlos III de Madrid y el Tribunal Constitucional del Ecuador, con el apoyo de la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea.

constitucionalización judicialista del derecho, como sucede con el neoconstitucionalismo originario y su derivación latinoamericana contemporánea. Al menos dos argumentos pueden sustentar este criterio.

Por un lado, la mayoría de juristas, al igual que los intelectuales imbuidos por la versión ecuatoriana de la democracia liberal,<sup>95</sup> preferían inclinarse por una idea de Constitución “marco”, esto es, una Constitución que si bien debía considerarse como un texto normativo y por tanto exigible en todos sus componentes,<sup>96</sup> no necesitaba contener en su trama textual todas las respuestas sobre la constitucionalización de la vida social. Es decir, la Constitución, aunque normativa, establecía derechos y directrices generales que debían concretarse mediante la práctica política, dentro de los límites legales y constitucionales que serían definidos por la justicia ordinaria y constitucional respectivamente. Incluso, Julio César Trujillo, probablemente el jurista ecuatoriano que más había teorizado sobre el Estado Social, sostenía un criterio cercano a esta idea: “Las reformas de 1998... recuperaron las funciones propias del Estado social y democrático de Derecho, cuya vigencia pasa a depender de los resultados que arrojen las urnas y de la lucidez de las fuerzas sociales y políticas que hagan de la igualdad real o material, de la justicia social y de la democracia participativa algo más que palabras en los discursos que los diferencien de la derecha...”(Trujillo, 2004: 92).

Lo anterior es comprensible, en la medida que la democracia liberal intenta hacer lugar a varios proyectos políticos y económicos cobijados por el Estado social y democrático de derecho, un ideal de la iusteoría que no reniega de la economía de

---

<sup>95</sup> Véase Pablo Andrade, *Democracia y cambio político en el Ecuador: liberalismo, política de la cultura y reforma institucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2009.

<sup>96</sup> “Cada uno de los adjetivos con los que se caracteriza al Estado Ecuatoriano se refleja, en mayor o menor grado, en todas las instituciones y normas de la Constitución y deberían incidir también en todo el ordenamiento jurídico del país, lo mismo que en el comportamiento de los poderes públicos, como sería lo debido a una constitución normativa y no meramente nominal...”. Cfr. Julio César Trujillo, “El Estado en la Constitución”, en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 89.

mercado legitimada por la Constitución de 1998 (arts. 242 y ss.). Es decir, aunque la iusteoría ecuatoriana haya participado de la política de los derechos, intentó legitimar la institucionalidad prevista por la Constitución de 1998, que no precisamente se limitaba a instrumentalizar la política y la economía solamente en función de los derechos, en la medida que otros fines y objetivos participaban de su entramado textual (Trujillo, 2004: 100). De hecho, la iusteoría reconocía como fines constitucionales, no sólo a los derechos, sino también a principios de la “economía social de mercado” (Hesse, 2004: 160:168): crecimiento, empleo, estabilidad de precios, sustentabilidad, etc.<sup>97</sup>

Por otro lado, la iusteoría predominante, salvo notables excepciones,<sup>98</sup> consideraba que el control de constitucionalidad encargado a los tribunales tenía un carácter “a-político” o “jurídico”.<sup>99</sup> Por tanto, se asumía que la interpretación constitucional no otorgaba poder político a los tribunales. Bajo este argumento, la defensa de la justicia constitucional impulsada en el Ecuador desde 1945, encuadraba mejor con la idea proveniente de la recepción kelseniana predominante en el Ecuador: el juez constitucional debía funcionar como “legislador negativo”.<sup>100</sup> Esto es, como un actor que “...no busca soluciones a los problemas sociales (eso le corresponde al legislador), solo evita que se den soluciones que no se deben dar...” por ser inconstitucionales. En este sentido, “cuando el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución verifica si el

---

<sup>97</sup> Sobre la concepción iusteórica ecuatoriana que ha problematizado los principios de mercado reconocidos en la Constitución de 1998, véase Agustín Grijalva y José Troya, “Elementos para un derecho de la competencia en Ecuador”, en *Foro, Revista de Derecho*, no. 1, Quito, 2003, pp. 5-47.

<sup>98</sup> Cfr. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, UASB/ CEN, 1994, p. 84.

<sup>99</sup> Estudios empíricos realizados en el país, muestran que los jueces que han conformado el Tribunal Constitucional de los años noventa, conciben su actividad como a-política, puesto que según sus representaciones (honestas o no) su trabajo interpretativo se ceñiría al tenor de las disposiciones normativas. Cfr. Santiago Basabe, *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, FLACSO, 2011, p. 95.

<sup>100</sup> “El legislador negativo se abstiene de dar nuevas normas legales en reemplazo de aquellas inconstitucionales, únicamente las anula o, como dice nuestra Constitución, las suspende, es decir son retiradas del mundo jurídico” (Salgado, 2004: 18).

legislador traspasó o no ese límite, impidiendo que el legislador cree derecho anticonstitucional”.<sup>101</sup>

Una explicación plausible sobre la ausencia de una teoría de la interpretación constitucional judicialista<sup>102</sup> frente a la Constitución de 1998, puede estar relacionada con al menos cuatro factores: a) la norma fundamental aún conservaba la primacía de la interpretación constitucional a favor del legislador, pese al fortalecimiento del control judicial de constitucionalidad (art.276);<sup>103</sup> b) en la teoría transnacional receptada en el país, las teorías judicialistas del neoconstitucionalismo eran poco relevantes, frente a la recepción de iusteoría positivista de cuño kelseniano<sup>104</sup> o al predominante formalismo anti-teórico de la cultura jurídica ecuatoriana; y, c) no había llegado la crisis política del año 2005 que expresó un proceso acumulado de desconfianza en la función legislativa, y por tanto, la búsqueda de nuevos arreglos institucionales (v. gr. el sometimiento de la legislación a la jurisprudencia constitucional) que desplacen el predominio de la democracia representativa (Ramírez, 2011).

Finalmente, debe indicarse que la iusteoría de los años noventa, ya se adentró en los debates ecuatorianos sobre pluralismo jurídico, que hoy, en criterio de algunos autores, ha dado lugar a un paradigma diferente del neoconstitucionalismo originario o europeo

---

<sup>101</sup> Cfr. Rafael Oyarte, “La acción de inconstitucionalidad de actos normativos”, en Rafael Oyarte, coord., *Procesos constitucionales en Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 33.

<sup>102</sup> Nos referimos a la llamada “metodología jurídica” del neoconstitucionalismo originario (Salas, 2007).

<sup>103</sup> La Constitución de 1998, en su artículo 130, numeral 4, establecía entre las atribuciones del Congreso Nacional: “Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria”.

<sup>104</sup> La iusteoría española positivista ha sido la más receptada en el país. Autores como García de Enterría, sostienen que la interpretación constitucional es meramente jurídica. Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 39-61. Esta visión ingenua o deliberada (en términos de política jurídica que niega el rol político del juez) ha primado en Ecuador, salvo algunas excepciones. Se trata de un dogma que se ha mantenido gracias a por lo menos cuatro factores: a) la incipiente discusión regional sobre el neoconstitucionalismo (Carbonell, 2003) u otras teorías jurídicas, no trascendió a la cultura jurídica formalista del país sino hasta años recientes; b) los vínculos transnacionales de la academia ecuatoriana, se realizaron, por razones de compatibilidad cultural, con la corriente kelseniana del constitucionalismo español; c) el país no contaba con profesionales del derecho formados en las tradiciones iusteóricas de Estados Unidos o Alemania, lugares de procedencia de autores judicialistas y de realización de prácticas judiciales fuertemente activistas; y, d) la justicia constitucional ecuatoriana estaba caracterizada por un pobre desarrollo jurisprudencial, debido a su falta de independencia, y a la procedencia de los jueces constitucionales, en su mayoría abogados en libre ejercicio. Sobre este último punto, véase Basabe (2011).

(Ávila, 2011). Los juristas se preocuparon en función de su especialidad, de la administración de justicia indígena en la Constitución de 1998. Al respecto, Julio César Trujillo zanjó las discusiones afirmando que el constitucionalismo ecuatoriano reconoce el pluralismo jurídico, es decir, la coexistencia del derecho estatal y un derecho “propio o consuetudinario” de las comunidades indígenas o afroecuatorianas “sometido a la Constitución”.<sup>105</sup> Este criterio y otros similares, no entienden el “sometimiento” del derecho indígena a la norma fundamental como una forma de proyección del derecho estatal sobre las prácticas de justicia consuetudinarias o viceversa. Más bien se trata de hacer “compatible” desde una perspectiva liberal culturalmente sensible (Andrade, 2009), el derecho indígena con la Constitución y las leyes. Es decir, el derecho plurinacional, se reconoce de forma condicional (Constitución de 1998, art. 191),<sup>106</sup> en la medida que su existencia –que no puede ser negada–, debe adecuarse a las normas estatales, y especialmente, a los derechos constitucionales.

Que en esta época, no se haya discutido ampliamente sobre la coexistencia entre el derecho indígena y el derecho del Estado Social, no implica que la concepción de pluralismo jurídico defendida por la iusteoría ecuatoriana, trastoque sustancialmente la percepción neoconstitucional del Estado Social de Derecho (división de poderes, seguridad jurídica, garantía judicial de la Constitución de derechos) (Trujillo, 2004: 92). Quizá porque la Constitución, no diseñó un régimen político funcional al reconocimiento del pluralismo jurídico, más allá del reconocimiento de “áreas de poder donde se debía reconocer el especial interés de los pueblos indígenas en controlar y

---

<sup>105</sup> Cfr. Julio César Trujillo, “El Estado en la Constitución”, en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 109.

<sup>106</sup> Cfr. Nina Pacari, “Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política”, Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 135.

determinar su propio desarrollo, a través de mecanismos y organizaciones específicos que debían ser apoyados (política y económicamente) por el Estado”.<sup>107</sup>

## **1.2. Transformaciones de la iusteoría ecuatoriana frente a la Constitución de 2008.**

Los juristas ecuatorianos vinculados a las izquierdas,<sup>108</sup> dominaron el debate iusteórico favorable al proceso Constituyente de 2007-2008 gracias al predominio de esta tendencia ideológica en el momento político que se vivía luego del ascenso de Acuerdo País al poder. Sus postulados se distinguieron del predominante consenso “liberal-democrático” (Andrade, 2009) en la iusteoría ecuatoriana, al defender y desarrollar aquello que la tradición precedente no había pensado o querido en grado suficiente para coincidir con el neoconstitucionalismo latinoamericano: una paradigma iusteórico que integre la idea de Constitución normativa e invasora de los derechos (individuales, sociales y culturales) con la idea de una justicia constitucional garantista de derechos que tenga supremacía en el ordenamiento estatal.

Ya en el marco del proceso constituyente, juristas como Ramiro Ávila y Agustín Grijalva, ligaron esta idea de los derechos con una idea que apuntaba al fortalecimiento de la justicia constitucional. En este sentido, Ávila expresó: “Hay dos reformas constitucionales que son claves y que, solo si ellas se logran, bastarían para justificar toda la inversión política y económica en la Asamblea Constituyente: el fortalecimiento

---

<sup>107</sup> Cfr. Pablo Andrade, “Negociando el cambio: fuerzas sociales y políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 54.

<sup>108</sup> Las izquierdas comprenden organizaciones sociales, ONG, partidos políticos e intelectuales que participaron de un espectro ideológico bastante amplio y diverso. Empero, sus ideales abstractos y comunes, apoyaban básicamente la reestructuración del Estado para superar el neoliberalismo y la “crisis de representación” o “bloqueo” de la democracia, a través de un Estado garantista de derechos (libertades y prestaciones) y una democracia semi-presidencial con mayor espacio a la participación ciudadana. Hemos identificado la iusteoría de las izquierdas dentro de esta tendencia que predominó en varios espacios comunicativos relacionados entre sí gracias a la movilidad de los intelectuales de izquierda. Estos espacios se generaron gracias al apoyo del Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales, del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008) y de la Comisión de Juristas del Conesup auspiciada por el gobierno del presidente Correa en 2007. Véase *Las izquierdas y la Constituyente. Programa constitucional*, Revista la Tendencia, Quito, ILDIS, 2007.

de un órgano supremo de control constitucional y la expansión de las garantías constitucionales a los derechos humanos”.<sup>109</sup>

Ramiro Ávila expresa el núcleo de las preocupaciones de la iusteoría con mayor resonancia en aquél momento. Queremos decir con esto, que la idea de fortalecer la justicia constitucional y las garantías constitucionales de los derechos, fue el principal objetivo de los procesos argumentativos de la iusteoría de las izquierdas que participó de la discusión pública, y en especial, de los foros académicos en torno al proceso constituyente. En lo que sigue, trataremos por separado dos problemas: el sentido de los argumentos más relevantes en torno a la justicia constitucional y el sentido de las garantías constitucionales de los derechos.

### **1.2.1. La supremacía de la justicia constitucional**

En este apartado nos ocuparemos de la idea de supremacía de la justicia constitucional en favor de los derechos, defendida en general por el la iusteoría de las izquierdas (Ibíd., 371; ILDIS: 2007). Quien desarrolló los argumentos más elaborados sobre la justicia constitucional en el trabajo coordinado por el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Proyecto *Las izquierdas y la constituyente*) fue sin duda el jurista y politólogo Agustín Grijalva.<sup>110</sup>

A partir de varias premisas normativas y descriptivas relativas a la necesaria consolidación de la democracia constitucional moderna en un país distante de estos objetivos (inestabilidad institucional, instrumentalización política del derecho y la

---

<sup>109</sup> Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo. Propuesta de reformas para la constituyente”, en *Foro, Revista de Derecho*, no. 7, UASB/CEN, 2007, p. 135.

<sup>110</sup> Cfr. Agustín Grijalva, “Independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional en el Ecuador, en en Julio Echeverría y César Montúfar, eds., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 117.

justicia, ausencia de garantías para la realización de los derechos),<sup>111</sup> Grijalva formuló una propuesta de cambio constitucional comprendida dentro tres proposiciones principales que hemos agrupado en base al tipo de respuesta que el autor ofrece a las siguientes preguntas: ¿Cuál es el fin de una Constitución? ¿Quién debe garantizar la Constitución?; ¿Cómo debe garantizarla?<sup>112</sup>

Frente a la primera pregunta, Grijalva coincidió con el plano axiológico y político del neoconstitucionalismo: el fin de la Constitución es la garantía de los derechos humanos –que a tenor de lo discutido aquí, no es privativo de esta tendencia, sino de la política de los derechos como compromiso global dentro de diversas corrientes ideológicas–. No obstante, este autor además de preocuparse por la protección de los derechos mediante la elucidación de su contenido y protección judicial (Grijalva, 2007a:80), consideró importante que una Constitución coadyuve a consolidar la democracia deliberativa, y valores privilegiados por esta filosofía, como la protección de las minorías y la consolidación del Estado de Derecho (Ibíd., 78-79; Grijalva, 2007: 64-65).

Si la Constitución ideal debe proteger estos valores es necesario garantizarla. Frente a la pregunta sobre quién debe garantizar la Constitución, Grijalva afirmó categóricamente: “para que una Constitución tenga vigencia, es decir para que sea una ley sobre las demás leyes y normas inferiores a la ley, es necesario un juez ante el cual reclamar por su violación, un juez que determine estas violaciones y que tenga poder para sancionarlas” (Grijalva, 2007a:76). En otras palabras: “Sin Tribunal Constitucional –o más ampliamente justicia constitucional– no hay, en cierto sentido, Constitución,

---

<sup>111</sup> Cfr. Agustín Grijalva, “¿Constitución sin constitucionalismo? Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”, en *Foro, Revista de Derecho*, no. 7, UASB/CEN, 2007a, p. 76

<sup>112</sup> Estas preguntas son elementales para conocer el uso que hace Grijalva de la teoría transnacional, especialmente del neoconstitucionalismo originario.

pues ésta queda reducida a una declaración o programa político sin medios jurídicos para asegurar su eficacia” (ídem).

De esta manera, este autor centra sus argumentos en favor de la necesaria consolidación de la justicia constitucional en el Ecuador, afirmando que a nivel comparado, esta institución, cuando funciona idealmente, ha favorecido la protección de los derechos humanos (ídem) y la democracia deliberativa mediante su rol de “árbitro jurídico” (Grijalva, 2008: 112). Ergo, nuestro autor considera que la justicia constitucional es la mejor garantía de la Constitución, frente a las violaciones de derechos por parte de los poderes públicos y privados.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, que Grijalva sitúa en la cúspide de la justicia constitucional,<sup>113</sup> “debe ser independiente y tener poder real, debe ser altamente profesional y respetado por la opinión pública y la comunidad jurídica” (Grijalva, 2007a:76). Para que estas condiciones puedan realizarse, son necesarias otras condiciones relacionadas con la designación de los magistrados, la capacidad de los magistrados y el ejercicio de la magistratura.

Grijalva propuso en atención a la experiencia ecuatoriana,<sup>114</sup> que se realicen las siguientes reformas: a) exclusión del Congreso en elección de magistrados; b) eliminación de juicio político; c) elección en base al mérito; y, d) ampliación del periodo y eliminación de reelección (Grijalva, 2008: 116). Estas condiciones debían contribuir a fortalecer la independencia externa del Tribunal y mejorar su funcionamiento, puesto que suponen filtros meritocráticos y limitación de intereses partidistas y corporativos en la designación de magistrados.

---

<sup>113</sup> “En efecto, si la nueva Constitución incluye, como debe incluir, la facultad de presentar acciones de amparo contra sentencias judiciales violatorias del derecho constitucional al debido proceso, algunos de estos amparos van a dirigirse contra sentencias de la actual Corte Suprema” (Grijalva, 2007a:83).

<sup>114</sup> “En otros términos, lo que tenemos en el país es una suerte de instrumentalización o manipulación del Derecho y la justicia constitucional, a efectos de legitimar lo que en realidad son decisiones político partidarias” (Grijalva, 2007: 55-56).

Por otra parte, Grijalva también reveló como debería garantizarse jurisprudencialmente la Constitución. Manifestó que un Tribunal con poder para definir el contenido de los derechos y zanjar conflictos entre actores políticos en virtud de sus funciones de control constitucional,<sup>115</sup> debe legitimar su actuación mediante un ejercicio interpretativo profesional que esté orientado por “métodos específicos de interpretación constitucional desarrollados por el moderno constitucionalismo” (Grijalva, 2007a:83), así como por el deber de protección de los “derechos fundamentales, por la lógica y el lenguaje jurídico, por la cultura constitucional de los ciudadanos, por su propia jurisprudencia y un maduro sentido de prudencia política” (Grijalva, 2007: 55).

En otras palabras, este autor no concibe el ejercicio de garantía jurisdiccional de la Constitución como un proceso aséptico y aislado de la conflictividad política y social, como sucede con el formalismo jurídico ecuatoriano. Por el contrario, cree que la justicia constitucional, dentro de la lógica del derecho constitucional como práctica moderna, debe valerse de recursos técnicos y políticos para hacer avanzar la cultura constitucional, la democracia deliberativa y la garantía de los derechos (Grijalva, 2008: 64).<sup>116</sup>

Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre el esfuerzo teórico de Grijalva y de la iusteoría de menor calibre que coincide con los argumentos de este autor en el Ecuador. De lo relatado hasta ahora, no puede afirmarse que nuestro autor defienda a las claras la postura judicialista que hemos identificado en el nivel iusteórico del

---

<sup>115</sup> “En definitiva, es urgente entender en el Ecuador que las pugnas entre Legislativo y Ejecutivo, así como al interior del Congreso, son en cierta medida procesos políticos normales que requieren instituciones que los procesen. Una de estas instituciones es el Tribunal Constitucional, el cual desde el punto de vista político debe operar como árbitro jurídico en estos conflictos políticos” (Grijalva, 2007a:79).

<sup>116</sup> Hay que destacar sin embargo, que las teorías de la democracia deliberativa que defiende Grijalva (ídem) –contra la concepción de este autor–, en ningún caso aceptan que la justicia constitucional tenga la última palabra sobre las políticas públicas y el contenido de los derechos constitucionales que éstas desarrollan, no obstante el papel que debe cumplir esta institución en la garantía del proceso democrático (Habermas, 1994: 329-332; Gargarella, 2011: 281).

neoconstitucionalismo originario y latinoamericano. Empero, pese a su rechazo expreso de una “élite de jueces” (Grijalva, 2007: 64) y a sus ideas a veces inspiradas en el método sociológico de la interpretación constitucional (adaptación prudente del derecho a realidades cambiantes), Grijalva defiende condiciones suficientes para que podamos afirmar su participación en el proyecto neoconstitucional de América latina.

En primer lugar, reconoce a la justicia constitucional amplios poderes sobre el control de políticas públicas y la toma de decisiones en torno a problemas fundamentales de una comunidad (v.gr. el aborto, la libertad religiosa, etc.) (Grijalva, 2007a: 80-81). En segundo lugar, bajo el argumento de que el control jurídico puede ser diferente al control político (incluso en casos que involucran intereses políticos), promueve metodologías jurídicas propias del neoconstitucionalismo originario (v. gr. la ponderación) que le permitan a los jueces constitucionales, garantizar los derechos humanos e intervenir en la consolidación del Estado Constitucional (Grijalva, 2007a: 77-78).

Esto no quiere decir que Grijalva y otros partícipes ecuatorianos del neoconstitucionalismo latinoamericano eviten reflexionar sobre el contexto institucional local. En realidad, el uso de teoría transnacional en la narrativa de este autor,<sup>117</sup> además de estar relacionada con la fuerza de ideas que se asumen como universales y la inercia de los procesos transnacionales del constitucionalismo centrado en los derechos humanos y los tribunales (Pou, 2011), tiene una estrecha relación con las representaciones locales sobre las disfuncionalidades de la justicia constitucional. El problema que más preocupó a Grijalva, guardaba relación con la escasa independencia

---

<sup>117</sup> Debe recordarse que la teoría transnacional tiene tal cualidad cuando es usada como un discurso dotado de universalidad descriptiva o prescriptiva.

judicial del Tribunal Constitucional.<sup>118</sup> Por ello rechazó que en la designación del Tribunal participe el Congreso o cualesquier sector social “corporativo” que pretenda convertir la justicia constitucional en un espacio de negociación de intereses ajenos a la función de control constitucional, que calificaba como predominantemente jurídica, y por tanto, reservada para juristas profesionales e independientes (2007: 77-78). En este sentido, Grijalva coincidió con las propuestas oficialistas que reivindicaban la primacía del mérito, la capacidad y la ausencia de vínculos partidistas o corporativos, para ejercer la justicia o las funciones de control.<sup>119</sup>

Lo cierto es que la iusteoría desarrollada por Agustín Grijalva a partir de la tradición neoconstitucional originaria parece haber influido de manera relevante en la idea de justicia constitucional de las izquierdas y en las propuestas concretas derivadas de tal idea.<sup>120</sup> De hecho, la propuesta de articulado constitucional sobre la justicia constitucional desarrollada por Grijalva, es muy similar a la que aparece en el proyecto coordinado por el ILDIS y en el proyecto de la CONAIE.<sup>121</sup> Además, la propuesta de este autor coincide en buena parte con el articulado propuesto dentro de otros escenarios

---

<sup>118</sup> Sobre la percepción teórica de la independencia judicial en América Latina, véase Germán Burgos, edit., *Independencia judicial en América Latina*, Bogotá, ILSA, 2002.

<sup>119</sup> En palabras de Gustavo Larrea, Ministro de Gobierno, era necesario “ciudadanizar los organismos de control y justicia, que estén formados por jueces y hombres y mujeres capaces que no representen a ningún sector específico”. Diario El Comercio, 28 de marzo de 2007. Estas declaraciones de Larrea, son parte de una narrativa más amplia de los dirigentes de la revolución ciudadana, que rechaza el particularismo y “corporativismo” de la política ecuatoriana. Esta característica, cruzaría todos los escenarios y organizaciones de arriba hacia abajo, impidiendo una representación del interés general mediante el voto, que al parecer, sólo podría ser asumida por quienes deben ganar las elecciones, “ciudadanos” de clase media, de “manos limpias” y “mentes lúcidas”, ciudadanos que valen por sí mismos, por su educación y capacidad, y no por sus vínculos con algún sector social “particularista”. Véase un análisis sobre la narrativa anti-corporativista de la revolución ciudadana en Pablo Ospina, *Corporativismo, Estado y revolución ciudadana. El Ecuador de Rafael Correa*, Quito, FLACSO, 2010, pp.10-11. Disponible en: <http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativismp.pdf>

<sup>120</sup> Así parece reconocerlo nuestro autor: “La propuesta de Corte Constitucional no es resultado de ninguna novelaría, sino de un proceso de estudio e investigación en el Derecho Comparado y la historia constitucional ecuatoriana, investigación que incluso antecedió a la Constituyente e Montecristi por varios meses”. Cfr. Agustín Grijalva, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *La Tendencia*, Quito, ILDIS, 2008, p. 133.

<sup>121</sup> Disponible en [http://www.ecuarunari.org/es/info\\_especiales/anc/propuesta\\_constitucion\\_conaie.pdf](http://www.ecuarunari.org/es/info_especiales/anc/propuesta_constitucion_conaie.pdf)

de la tendencia de izquierda. Nos referimos al proyecto del Tribunal Constitucional,<sup>122</sup> y al proyecto de Constitución de la Comisión de Juristas del CONESUP.<sup>123</sup>

Tanto en el proyecto de Grijalva, como en los proyectos del TC, del CONESUP y de la CONAIE, se recoge parte del articulado de la Constitución de 1998. Probablemente porque este texto normativo, expresa ya un intento de superación del paradigma formalista o legalista del derecho<sup>124</sup> en aras de asegurar la supremacía del Tribunal Constitucional sobre otros poderes en materia de control constitucional (art. 276 de la Constitución de 1998).

Por razones de espacio, no podemos realizar aquí un análisis pormenorizado de cada uno de los proyectos mencionados y del legado de la Constitución de 1998. Sin embargo, en el Anexo 1, exponemos de forma sintética una comparación realizada con los textos indicados. A partir de esta comparación, podemos concluir que todos los proyectos analizados<sup>125</sup> promueven la justicia constitucional en los términos más generales del neoconstitucionalismo latinoamericano. No obstante, el paradigma neoconstitucional que hemos conceptualizado en este trabajo es principalmente un ideal con propuestas muy abstractas, salvo cuando se trata del “uso ecléctico” del neoconstitucionalismo. En tal caso, la transformación del paradigma neoconstitucional en un programa de cambio normativo concreto, supone un trabajo de “compatibilización” del ideal neoconstitucional con ideales paralelos (v. gr. la

---

<sup>122</sup> Nos referimos al proyecto “Sistema de Administración de Justicia en el Ecuador”, que fue aprobado mediante Resolución No. 001-08-AD en sesión extraordinaria y reservada del Tribunal Constitucional que se llevó a efectos los días 3, 7 y 8 de enero de 2008.

<sup>123</sup> El Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP) conformó una Comisión de Juristas por pedido del Presidente Correa en enero de 2007. El proyecto de Constitución elaborado por dicha Comisión serviría como propuesta del Ejecutivo a la Asamblea Constituyente. La Comisión estuvo conformada por: Medardo Mora, Gustavo Medina López, Fernando Gutiérrez, Patricio Cordero, Julio César Trujillo, Iván Castro, Santiago Andrade Ubidia, Xavier Tomala y María Paula Romo Rodríguez.

<sup>124</sup> La Constitución de 1998 (art. 130) permitía al Congreso Nacional interpretar las normas constitucionales de forma general y obligatoria y reformar la Constitución si control del Tribunal. Además, autorizaba al Congreso para que efectúe el enjuiciamiento político del Tribunal Constitucional.

<sup>125</sup> Esto es, los proyectos de Grijalva, del TC, del CONESUP y la Constitución de 1998.

democracia participativa), o con premisas realistas (en contraposición a lo ideal) que resultan de la reflexión sobre el escenario político o cultural en el que impulsa el ideal).

En el cuadro desarrollado en el Anexo 1 se muestran varias formas de uso ecléctico del neoconstitucionalismo. En términos generales hemos identificado que en algunos componentes, a) el proyecto de Grijalva (adoptado por el ILDIS) y el proyecto de la CONAIE buscan compatibilizar la supremacía de la justicia constitucional con la democracia deliberativa;<sup>126</sup> b) el proyecto de la CONAIE y el proyecto del CONESUP pretenden fortalecer fórmulas de democracia directa relajando en este aspecto el control de constitucionalidad;<sup>127</sup> y, c) el proyecto del TC intenta someter todas las decisiones políticas y administrativas posibles a la supremacía de la justicia constitucional, cayendo en una radicalización del neoconstitucionalismo originario.<sup>128</sup> En los demás, debe señalarse que todos los proyectos mencionados fortalecen la justicia constitucional en comparación con el diseño normativo de la Constitución de 1998, principalmente debido a la facultad de revisión que tiene la Corte sobre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

De lo anterior debe destacarse que la iusteoría de las izquierdas coincidió ampliamente al situar a la Corte Constitucional en la cima del ordenamiento jurídico. En todos los casos el fin principal es la realización de los derechos mediante el activo y

---

<sup>126</sup> En el plano de la democracia deliberativa, Grijalva sostiene que el control de las reformas constitucionales solamente debe atender al procedimiento aplicado por el parlamento, mas no al contenido material. En el mismo sentido, el proyecto de la CONAIE señala que la Corte Constitucional podrá “Decidir sobre la inconstitucionalidad por la forma de cualquier reforma constitucional.” (Art. 215, 10).

<sup>127</sup> El proyecto del CONESUP permite que la ciudadanía, mediante solicitud que represente el 5% del padrón electoral nacional, convoque a Asamblea Constituyente. Además el Presidente puede convocar a referéndum sobre cambios constitucionales no “sustanciales” y a plebiscito sobre temas trascendentales para el país. En ambos casos, el Instituto Nacional Electoral procederá a convocar a la elección correspondiente, sin control previo de la Corte Constitucional. De manera similar, el proyecto de la CONAIE propone la consulta popular para reforma constitucional o Asamblea Constituyente, sin control previo de constitucionalidad (arts. 351-352).

<sup>128</sup> En efecto, el proyecto del TC establece entre las competencias de la Corte el control procedimental y material del procedimiento de convocatoria a Asamblea Constituyente, revocatoria de mandato, decretos de emergencia y consultas populares en general.

supremo control judicial que puede subordinar todos los actos de los poderes constituidos. No obstante, la Corte, como institución por antonomasia de la justicia constitucional, no es un fin en sí misma en la narrativa iusteórica de que se trata. Su función es la garantía de los derechos humanos, entendidos por la iusteoría de las izquierdas como principios metajurídicos universales y por tanto sujetos no sólo al control de la Corte, sino a un control transnacional de los tribunales de derechos humanos. El proyecto de Constitución de la CONAIE expresa claramente esta postura: “Las normas sobre derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la jurisprudencia, opiniones y decisiones de los órganos correspondientes del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y del Sistema de las Naciones Unidas (art. 5)”.

Por otro lado, aunque la iusteoría de las izquierdas no haya sido lo suficientemente explícita al respecto, su esfuerzo mayoritario por proyectar un Corte independiente y suprema, revela una profunda desconfianza en el ejecutivo y el legislativo, entendidos como poderes que tienden a violar los derechos e irrespetar la Constitución. Por el contrario, sorprende la confianza de la iusteoría en un órgano contramayoritario y elitista como la Corte Constitucional, que nunca ha funcionado exitosamente en el Ecuador, aunque existan experiencias de valor discutible en otras latitudes.

En este sentido, las propuestas de diseño constitucional que pretenden inmunizar a la Corte contra toda intervención política (v. gr. eliminación de juicio político, filtros meritocráticos, intervención minoritaria de órganos representativos en elección de magistrados, rechazo de formas de designación corporativistas), nos llevan a colegir que la iusteoría de las izquierdas ve en la justicia constitucional una institución que para ser democrática y servir a los derechos, sólo requiere liberarse de su crónica dependencia política y aplicar metodologías jurídicas modernas. Al parecer, pesa mucho la visión

universalista que asume la validez de esta institución de origen nor-atlántico en todo tiempo y lugar.

Por otro lado, una idea de difícil conciliación con la Constitución de los derechos garantizada judicialmente, refiere a la apertura que la iusteoría de las izquierdas muestra frente a la realización de Asambleas Constituyentes. Cuando la iusteoría asume que este es un mecanismo normal de disolución del poder constituido, desvirtúa la rigidez constitucional, y por tanto, somete los derechos fundamentales que busca precautelar mediante la supremacía de la justicia constitucional, a la voluntad de las mayorías, tan temida por el neoconstitucionalismo europeo en virtud de las experiencias totalitarias del siglo XX (Aldunate, 2010). Este es un problema que la mayor parte de la iusteoría ecuatoriana no logró problematizar, quizá porque asume junto a la postura celebratoria del “constitucionalismo experimental” de Santos (2010)<sup>129</sup> que, en ningún caso, una convención constituyente ecuatoriana, puede atentar contra la política de los derechos y las garantías constitucionales.

No obstante, un grupo de asesores españoles que intervinieron en varios foros y espacios institucionales de la tendencia de izquierda, se ocuparon de la relación entre poder constituyente y Constitución aunque desde un enfoque condescendiente con los procesos políticos coyunturales. El líder intelectual de estos asesores, Roberto Viciano, sostuvo que el poder constituyente es el “pueblo soberano” que toma decisiones fundamentales a través de un referéndum que valida el trabajo de una Asamblea Constituyente elegida en las urnas. Consecuentemente, los poderes constituidos deben estar sometidos a estas decisiones fundamentales.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Boaventura de Sousa Santos es un autor de mucho reconocimiento en la cultura jurídica local que impulsa la plurinacionalidad jurídica y la Constitución de los derechos. Incluso dictó una conferencia de gran calado en la Asamblea Constituyente.

<sup>130</sup> Cfr. Roberto Viciano, “El modelo de control de constitucionalidad en el contexto de cambio de paradigma social y constitucional en América Latina”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007, pp. 42-49

Para que esto se logre, Viciano propone que el órgano responsable de controlar la constitucionalidad sea el Tribunal Constitucional entendido como “elemento de cierre del sistema y de conexión entre el poder constituyente del pueblo, delegado en sus manos, y los poderes constituidos” (Ibíd., 46). Un Tribunal de estas características, requeriría independencia política, y por tanto condiciones diferentes a las del constitucionalismo tradicional: a) la elección del Tribunal no debería quedar en manos de los poderes constituidos, sino depender de la decisión universal de la ciudadanía; b) el Tribunal podría estar conformado por juristas o por ciudadanos no juristas; y, c) el análisis del texto constitucional a cargo del Tribunal debe responder a criterios jurídicos y políticos (no partidistas) en función de la primacía de la voluntad política del constituyente, la defensa de marco político de convivencia social y la garantía de los derechos fundamentales frente al poder constituido (Ibíd., 46-49).

Las ideas de Viciano, si bien mantienen la postura judicialista de la iusteoría neoconstitucional, se distinguen de ésta por dos razones fundamentales: a) los fines que propone Viciano no se limitan a la realización de los derechos como propone el neoconstitucionalismo; incluyen además, principios indefinidos de cierta inspiración schmittiana como la “voluntad del constituyente” y la “defensa del marco político para la convivencia social”; y, b) la designación y el rol de los jueces constitucionales, atiende a criterios políticos relacionados con los fines indicados, y sólo de forma secundaria al fin principal del neoconstitucionalismo (la protección judicial de los derechos). Esta posición sólo es comprensible, si se explicita que el enfoque de Viciano milita en favor del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” que ha “encontrado su plasmación, con algunas dificultades, en los recientes procesos constituyentes

latinoamericanos llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador”.<sup>131</sup> La idea de que estos procesos, son producto de las luchas sociales contra las políticas neoliberales, y buscan básicamente reivindicar soberanamente la igualdad mediante la proclamación de derechos civiles, políticos y sociales en un Estado constitucional y fuertemente social, explica la conformidad de Viciano con la “voluntad popular”. Dicha voluntad, según este autor, debe ser garantizada por un Tribunal que en virtud de los fines a defender, debe actuar de forma política y jurídica a la vez en defensa de la Constitución. Para lograr esta actuación del Tribunal, hay que evitar su partidización. Si esto no se logra, la Constitución quedaría a merced de los poderes constituidos. Frente a la ineficacia de los mecanismos tradicionales de designación, Viciano opta por la elección universal de los miembros del Tribunal Constitucional, que una vez en el poder, deben “constitucionalizar el ordenamiento”.

Como hemos visto, la constitucionalización en términos del neoconstitucionalismo se centra en metodologías judicialistas en defensa de los derechos. Parece que Viciano mixtifica esta distinción, toda vez que al mismo tiempo que defiende fines políticos no necesariamente relacionados con derechos, señala que la “teoría” del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, “...mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el neoconstitucionalismo...”.<sup>132</sup> La ambigüedad y vaguedad del discurso elaborado por los asesores españoles que participaron de las discusiones sobre el proceso constituyente, probablemente influyó en la escasa recepción de estas ideas en el debate iusteorico ecuatoriano. En todo caso, pese a la vaguedad de la iusteoría de Viciano y sus

---

<sup>131</sup> Cfr. Roberto Viciano y Roberto Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Luis Ávila, *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012, p. 164.

<sup>132</sup> Cfr. Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Gaceta Constitucional*, No. 48, Perú, diciembre 2011, p. 312.

coiderarios queda claro que la defensa del principio “autoritativo” del derecho positivista<sup>133</sup> en detrimento del “esencialismo” de los derechos, se opone a la apuesta del neoconstitucionalismo ecuatoriano en aras de sujetar todo el derecho establecido por las mayorías, a los derechos desarrollados y garantizados por la justicia constitucional.

En síntesis, en base al análisis que hemos realizado sobre el uso del neoconstitucionalismo en la iusteoría de las izquierdas, podemos afirmar que la concepción de justicia constitucional suprema triunfó sobre todo enfoque alternativo, debido a la fuerza transnacional de esta idea y a argumentos normativistas sobre el “contexto” local.<sup>134</sup> Sin embargo, algo que no hemos enfatizado lo suficiente es la necesaria conexión entre justicia constitucional fuerte y derechos fundamentales. Como veremos, la justicia constitucional, en la iusteoría de las izquierdas, es sobre todo, un medio para la realización de los derechos, entendidos como el fin de la República.

### **1.2.2. Los derechos: el fin de la República**

La iusteoría de las izquierdas, además de buscar consolidar la justicia constitucional, abogó por un cambio constitucional que abunde en derechos y garantías (normativas, políticas y jurisdiccionales), como respuesta al proyecto neoliberal institucionalizado en el país.<sup>135</sup> Toda vez que la Constitución de 1998 había desarrollado de manera importante derechos individuales, sociales y colectivos, el problema del

---

<sup>133</sup> Este es el principio básico del positivismo jurídico. El derecho que existe es el establecido por la ley (no la justicia o los derechos derivados de la dignidad humana). En tal virtud, la ley es el derecho porque una autoridad mayoritaria le otorgó existencia y validez. Cfr. Luigi Ferrajoli (2011a:15).

<sup>134</sup> La justicia constitucional en este sentido, no solo es la mejor garantía de los derechos, sino una alternativa válida para la profundización y desarrollo de la democracia –junto a la democracia directa– en el contexto de la “crisis de representación” del sistema político ecuatoriano (ILDIS, 2007: 95).

<sup>135</sup> Véase Julio César Trujillo, “La Constitución económica, más allá del neoliberalismo”, en *Foro, Revista de Derecho*, no. 7, UASB/CEN, 2007, p. 127.

cambio constitucional no pasaba tanto por el reconocimiento de más derechos,<sup>136</sup> sino sobre todo por diseñar en la Constitución la mayor cantidad de instituciones (garantías) que favorezcan la realización de los derechos en un Estado social y democrático. Julio César Trujillo expresó tempranamente esta sensibilidad intelectual al defender “que los derechos no solo estén reconocidos... sino que además estén provistos de los medios para gozarlos de verdad y de mecanismos para poderlos exigir... sin distinción alguna entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos o de cualquier clasificación”.<sup>137</sup>

Consecuentemente, la iusteoría de las izquierdas, desde el marco axiológico de la política de los derechos y el uso ecléctico del garantismo y el neoconstitucionalismo, le apostó al Estado constitucional de derecho, entendido a partir de la recepción de iusteoría transnacional europea:

“Este enfoque, desarrollado por autores como Luigi Ferrajoli, propone otorgar a la justicia constitucional un lugar preeminente dentro de la estructura de un Estado constitucional de derecho. Esta nueva forma de Estado fortalecería el principio ya consagrado de primacía de la Constitución, pero profundizando el mandato sustantivo de toda la institucionalidad estatal de impedir la violación de derechos u ordenar a las autoridades públicas, elegidas o no, la ejecución de acciones que los hagan efectivos. De esta forma, el modelo de Estado constitucional complementa las dimensiones formales y sustantivas de democracia,

---

<sup>136</sup> Esto supone que los intelectuales que produjeron iusteoría, no tuvieron la iniciativa de incorporar más derechos, aunque, es claro que en el contexto de la Constituyente (2007-2008), hayan decidido apoyar otros derechos promovidos por movimientos sociales, como el derecho a la alimentación y la soberanía alimentaria, nuevos derechos de las mujeres (incluyendo el derecho a decidir sobre su cuerpo), derechos de la comunidad GLBTI y derechos de los migrantes (ILDIS: 37-67). Sobre los derechos promovidos por el movimiento indígena, véase FENOCIN y la CONGEUNASSC-CNC, *Propuestas desde las organizacionales sociales para la Asamblea Constituyente*, Quito, CAFOLIS, 2007; y, CONAIE, *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador*, Quito, 2007.

<sup>137</sup> Véase Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudios de Derecho Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2006, 2a. ed., p. 448. Sobre la posición favorable de la iusteoría de las izquierdas para con los nuevos derechos, véase Julio César Trujillo y Ramiro Ávila, “Los derechos en el proyecto de Constitución”, en *La Tendencia*, Quito, ILDIS, 2008, pp. 69-85.

insistiéndose en que los derechos humanos no funcionen como simples aspiraciones escritas en la Constitución sino que sean derechos garantizados y exigibles”<sup>138</sup>.

César Montúfar captó con precisión los argumentos principales que hemos relacionado con el nivel axiológico y político de la iusteoría neoconstitucional. En primer lugar, al afirmar que “la protección de los derechos fundamentales pasaría a funcionar como el núcleo constitucional y sustento de la legitimidad de la República” (Ibíd., 362) revela la noción filosófica de derechos humanos más extendida en las corrientes liberal igualitarias que están en la base del neoconstitucionalismo originario y su recepción ecuatoriana. Según ésta tendencia, la política se justifica siempre que sirva para la realización de los derechos de toda generación en las sociedades plurales (Lefort, 1990; Ferrajoli, 2011). Paralelamente, Montúfar sostuvo que la democracia debe subordinarse a los derechos, y por tanto, el Tribunal Constitucional, principal órgano encargado de proteger los derechos, debe tener preeminencia sobre cualquier función estatal (Ibíd., 371).

Los argumentos sostenidos por Montúfar expresan el contenido mínimo de la matriz neoconstitucional que motivó el trabajo de la iusteoría en torno a la realización de los derechos como fin último de la República. Como se ha mencionado, la iusteoría de las izquierdas coincidió en reconocer que los derechos a realizar ya estaban contemplados en la sección “dogmática” de la Constitución de 1998. El problema era la falta de protecciones para la realización de estos derechos. Frente a tal dificultad, la iusteoría abogó por más y mejores “garantías”, entendidas dentro de una recepción particular del garantismo y el neoconstitucionalismo.

---

<sup>138</sup> Cfr. César Montúfar, “Estado constitucional de derecho y democracia sustantiva en el Ecuador”, en Julio Echeverría y César Montúfar, edits., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008a, p. 361

El punto de partida para definir las garantías en la iusteoría ecuatoriana, provino de la recepción y desarrollo trasmutativo del constitucionalismo global o paradigma garantista (Ávila, 2007: 139; Montúfar, 2008a: 362). Este paradigma, desarrollado ampliamente por Luigi Ferrajoli, sostiene que las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales, pueden y deben consistir en prohibiciones de lesión (o garantías negativas) y en obligaciones de prestación (o garantías positivas) realizables en el marco de un Estado que debe actuar como un “actor de satisfacción” de los derechos (Ferrajoli, 2006: 114). Así entendido el paradigma garantista propone que el Estado Constitucional asuma los costos de realización de los derechos oponibles a las mayorías políticas y al mercado.<sup>139</sup>

Debe aclararse que la iusteoría de Ferrajoli va más allá del Estado benefactor, y se inserta plenamente en la política global de los derechos. De allí que “el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no sólo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no sólo a los poderes públicos y en el ámbito internacional y no sólo estatal...”(Ibíd., 2006: 113).

La recepción las tesis desarrolladas por Ferrajoli, dio lugar a un componente filosófico político fundamental del neoconstitucionalismo ecuatoriano –también partícipe de la política de los derechos–. Este paradigma local, operó mediante mezclas eclécticas, que pueden identificarse en dos planos. En primer lugar, para la iusteoría local era necesario expandir las garantías, pero no solo para realizar los derechos

---

<sup>139</sup> “... no podemos olvidar que las amenazas más graves para la democracia provienen hoy de dos potentes ideologías de legitimación del poder: la idea de omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de libertad de mercado como nueva *Grund-norm* del presente orden globalizado” (Ferrajoli, 2006: 84).

humanos de libertad y los derechos sociales, sino también para garantizar los derechos culturales reivindicados para los pueblos y colectividades originarias.<sup>140</sup>

En segundo lugar, la expansión de las garantías de todos los derechos humanos, debía estar acompañada por el papel activista de la justicia constitucional, debido a los argumentos ya señalados en el apartado anterior: las violaciones de derechos provenían del poder político y la democracia representativa se encontraba en crisis, en tal virtud, era necesaria una Corte Constitucional que intervenga como garante de derechos y árbitro jurídico. Este no es, evidentemente, el uso que Ferrajoli le daría a su filosofía del derecho fuertemente comprometida con la democracia representativa de corte liberal.<sup>141</sup>

En este contexto puede sostenerse que la recepción local del paradigma garantista en los términos brevemente mencionados, fue receptada con entusiasmo dentro de la iusteoría de las izquierdas en el Ecuador. César Montúfar señaló que la iusteoría de Ferrajoli “nos conduce a una radical redefinición de la democracia y sus alcances” (Montúfar, 2008a: 363), refiriéndose a la idea de derechos como vínculos sustanciales y por tanto indisponibles frente a las mayorías y frente al mercado. Consecuentemente, este autor sugirió a partir de estos ideales, la necesidad de optar por la “adopción y fortalecimiento de un sistema de garantías” (Ibíd., 364).<sup>142</sup>

Este sistema de garantías integrales supone un proyecto bastante ambicioso si consideramos que la tendencia de izquierda defendía el marco de la política global de los derechos, la igual jerarquía de todos los derechos (civiles, políticos, sociales,

---

<sup>140</sup> Este planteamiento, en lo que tiene que ver con derechos culturales, es rechazado por el garantismo liberal de Ferrajoli (vid. supra.).

<sup>141</sup> Recuérdese que el neoconstitucionalismo y el garantismo guardan diferencias en un nivel iusteórico, relacionado con el rol de la justicia constitucional (y el poder judicial en general) y la teoría de la interpretación jurídica. Así, Ferrajoli sostiene que la justicia debe cumplir su función de contra-poder dentro del estricto papel que le corresponde como poder nulo en la división de poderes, obteniendo su legitimidad de una jurisdicción cognoscitivista (que no activista) a partir de la determinación semántica de las leyes o la Constitución (Ferrajoli, 2006; Ferrajoli, 2001: 584-589).

<sup>142</sup> Recuérdese que Montúfar defiende la primacía de la justicia constitucional sobre los poderes constituidos.

culturales). Ramiro Ávila propuso en esta línea que “todo el Estado Social de Derecho es en general una garantía, y en particular la eficacia de los postulados dependen de la Función Judicial, cuando ejerce control constitucional” (Ávila, 2007: 141). Bajo esta lógica, todos los principios y deberes del Estado propuestos por la iusteoría local, buscaron convertirlo en un instrumento para la realización de los derechos. Desde los principios iusteóricos del constitucionalismo económico inspirados en la economía socialdemócrata (Trujillo, 2007: 111), hasta la versión del “modelo económico social, solidario y comunitario” (CONAIE, 2007), pasando por una organización estatal plurinacional (ídem), se plantearon como mandatos, programas y premisas de política pública en aras de realizar los derechos, asegurados en caso de incumplimiento estatal, por la justicia constitucional. En este sentido, la iusteoría entendió que las garantías de los derechos “son los fines externos y por tanto la razón social de aquéllos artificios que son el Estado y las demás instituciones políticas” (Ferrajoli, 2012a: 48).

De otra parte, en el plano de las garantías jurisdiccionales o garantías secundarias, todos los proyectos presentados por la tendencia de izquierda coincidieron de forma más o menos amplia. Así, el proyecto “Constitución del Estado Plurinacional de la República del Ecuador” presentado en el año 2007 por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), le apostó a principios garantistas conocidos para la realización de los derechos dentro del Estado social y democrático (arts. 4-8), así como a garantías como la “acción de cumplimiento” destinada a hacer valer ante la Corte Constitucional los mandatos constitucionales o legales.<sup>143</sup>De igual manera, el proyecto de Constitución de la Comisión de Juristas del CONESUP,

---

<sup>143</sup> Según Luis Macas, Presidente de la CONAIE, en el proyecto constitucional de esta organización colaboró el jurista “Julio César Trujillo y su equipo de juristas: Dr. Patricio Cordero, Dr. Ramiro Ávila, Dra. Angélica Porras y el Dr. Edgar Vargas, que nos apoyaron con sus valiosos puntos de vista y conocimientos”. Véase proyecto de Constitución de la CONAIE, disponible en: [http://www.ecuarunari.org/es/info\\_especiales/anc/propuesta\\_constitucion\\_conaie.pdf](http://www.ecuarunari.org/es/info_especiales/anc/propuesta_constitucion_conaie.pdf)

demonstró que los juristas a cargo se esforzaron por diseñar mecanismos para garantizar los derechos concebidos como “inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (art. 23).<sup>144</sup> Consecuentemente, este proyecto estableció dentro de los “procesos constitucionales” de garantía, la acción extraordinaria de amparo (contra decisiones judiciales) y la acción de inconstitucionalidad por omisión, junto a los procesos ya reconocidos en la Constitución de 1998 (hábeas corpus, hábeas data y amparo).<sup>145</sup>

De igual manera, el jurista Ramiro Ávila, inspirado por el paradigma que afirma la expansión de las garantías hacia la tutela de todos los derechos frente a cualquier poder (público o privado) y en cualquier contexto (estatal o internacional), receptó ampliamente los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de cortes nacionales exitosas (v. gr. la Corte Constitucional de Colombia), así como los mecanismos más avanzados en materia de protección judicial de los derechos propuestos por el derecho comparado y la doctrina neoconstitucional. A partir de esta profusa recepción, propuso básicamente, que a) cualquier persona pueda denunciar la violación de derechos (*actio popularis*); b) que todos los derechos derivados de la Constitución y convenios internacionales sean exigibles en sede judicial,<sup>146</sup> sin necesidad de mediación legislativa; y, c) que los procedimientos de las acciones constitucionales sean preferentes, sumarios, libres de trabas formalistas, apelables y

---

<sup>144</sup> Santiago Andrade Ubidia, miembro de la Comisión de Juristas del CONESUP declaró en este sentido lo siguiente: “nosotros hemos tratado de normar de tal manera la constitución para que toda violación de ella implique necesariamente un castigo a su trasgresor y haya una vía expedita en la materia de la justicia constitucional para que todos los ciudadanos tengan la debida protección de sus derechos”. Véase Diario La Hora, 07 de septiembre de 2007.

<sup>145</sup> Véase Iván Castro Patiño, Propuestas del proyecto de Comisión Especial de Juristas del CONESUP en materia de protección de derechos humanos. Disponible en [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=466&Itemid=51](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=466&Itemid=51) (15-11-2013).

<sup>146</sup> Para Ramiro Ávila, los derechos exigibles incluyen los derechos constitucionales, los derechos de convenios internacionales (no se refiere exclusivamente a los ratificados por el Estado), los derechos del *ius cogens* e incluso “cualquier derecho que se derive de la naturaleza humana”. En definitiva, Ávila mantiene una postura que “confirma la superioridad de la protección de la persona sobre las limitaciones de las definiciones normativas” (Ávila, 2007: 143-144).

ejecutorios. Con respecto a las acciones constitucionales, Ávila propuso que la Constitución establezca a) el amparo preventivo; b) el amparo reparatorio (mecanismo inspirado en el Sistema Interamericano); c) la reparación integral; d) el amparo contra decisiones judiciales; e) el hábeas corpus; f) el acceso a la información pública; y, g) el hábeas data (Ávila, 2007: 147-150).

En base a estas ideas, Ávila crítico el proyecto del CONESUP por adolecer de restricciones importantes a la garantía de los derechos civiles, políticos y sociales, imputables a la concepción liberal en materia de amparo (legitimidad restringida, concepción de derechos subjetivos que excluía derechos colectivos) y a la negación de igual jerárquica de los derechos sociales.<sup>147</sup> Con acusada preocupación, Ávila y otros autores, sostuvieron además que el proyecto del CONESUP restringía la garantía universal de los derechos mediante el concepto de ciudadanía, no permitía la acción popular en materia de amparo (esto es, que cualquier persona pueda denunciar la violación de los derechos civiles o sociales de un tercero), y no establecía con claridad que el Estado debe prestar de forma directa los servicios públicos para garantizar los derechos.<sup>148</sup> En tal virtud, podríamos señalar que el proyecto iusteórico abanderado por Ávila fue quizás el más radical debido a la fuerte vinculación que establecía entre derechos y canales estatales para la realización y garantía de los derechos.

En definitiva, pese a las diferencias anotadas debido a los múltiples diseños normativos que pueden idearse según la experiencia, los ideales y el conocimiento de cada jurista, en la iusteoría de las izquierdas predominó como ideal la consigna

---

<sup>147</sup> En realidad el proyecto del CONESUP establece que todos los derechos tienen igual jerarquía. Sin embargo, Ávila crítica que este proyecto establezca que el Estado “promoverá” tales derechos, en lugar de señalar categóricamente que los garantizará.

<sup>148</sup> “La propuesta del CONESUP no establece que el Estado debe prestar directamente, de manera obligatoria y preferente los servicios públicos, con lo que se hace inviable la concreción de un Estado Social y Democrático de Derecho; más aún, se cae nuevamente en el error de confiar al mercado la prestación de los mismos, lo que seguirá reproduciendo un esquema de inequidad e injusticia” (Ávila, Porras y Vargas, 2007a:88).

garantista de los derechos, sobre todo, debido a la importancia que los juristas otorgaron a los mecanismos jurídicos para hacer real la igualdad formal y material en una sociedad como la ecuatoriana.<sup>149</sup> Esta preocupación por desarrollar más y mejores garantías para los derechos en un sistema jurídico sometido a la supremacía de la justicia constitucional, sedimentó el paradigma neoconstitucional en el Ecuador. Un paradigma que, salvo algunas excepciones, se ha receptado entusiastamente sin mayor reflexión sobre sus posibilidades de realización o sobre el grado de validez democrática de la justicia constitucional en sentido fuerte.

## **2. De la producción iusteórica al diseño político: neoconstitucionalismo en Montecristi.**

Debido a la superioridad numérica de Acuerdo País en la Asamblea (73 de 130 asambleístas), este movimiento ocupó 8 de los 13 lugares disponibles en cada una de las mesas creadas para la redacción del texto constitucional.<sup>150</sup> Esta mayoría aplastante excluyó la negociación con otros actores, factor que se vio favorecido además por la metodología de trabajo de la Constituyente inspirada en la predisposición anti-pactista del Presidente Correa (Dieterich, 2007).<sup>151</sup> En estas circunstancias, la dogmática del texto constitucional resultaría del conjunto de ideologías que los líderes de AP

---

<sup>149</sup> El proyecto de Constitución del CONESUP proclamó el derecho a “la igualdad real, para corregir las inequidades de la sociedad y asegurar a todos la satisfacción de las necesidades básicas, aplicando el principio de acción positiva” (art. 24, 5).

<sup>150</sup> Las mesas se organizaron y tomaron su denominación en base a los siguientes bloques temáticos: 1. Derechos fundamentales y garantías constitucionales; 2. Organización, participación social y ciudadana y sistemas de representación; 3. Estructura institucional del Estado; 4. Ordenamiento territorial y asignación de competencias; 5. Recursos naturales y biodiversidad; 6. Trabajo, producción e inclusión social; 7. Régimen de desarrollo; 8. Justicia y lucha contra la corrupción; 9. Soberanía, relaciones internacionales e integración latinoamericana.

<sup>151</sup> En consonancia con la predisposición anti-pactista del Gobierno y del Presidente Correa, la Asamblea aprobó una metodología de trabajo que favoreció la imposición de la mayoría. Las mesas debían elaborar informes de proyectos de articulado que luego serían observados en el pleno a efectos de elaborar un segundo informe que llevaría a una votación de articulado “en bloque”. De esta manera, lo que la mayoría establecía como informe definitivo en cada una de las mesas se votaba en un pleno dominado por la misma mayoría. Además, en no pocos casos, se modificaba mediante mociones y votos de apoyo los informes definitivos de las mesas en aras de introducir cambios sugeridos por el buró de Acuerdo País.

intentaron armonizar en el Plan de Gobierno de Acuerdo País 2007-2011.<sup>152</sup> El punto común de este marco ideológico descansa, como menciona Pablo Andrade, en un lenguaje republicano que exigía la transformación de las relaciones Estado-sociedad y Estado-economía basadas en el régimen neoliberal, mediante la creación de un régimen soberano y una sociedad libre de dominación, en aras del autogobierno individual y colectivo.<sup>153</sup>

No obstante, la heterogeneidad interna del movimiento oficialista (en el plano sociológico e ideológico) (Andrade, 2012) así como las diferencias entre la tendencia ideológica (más cercana a las demandas de los movimientos sociales) liderada por Alberto Acosta<sup>154</sup> y las ideas del buró político de País liderado por el presidente Correa, conllevaron fuertes tensiones a la hora de definir elementos trascendentales del contenido constitucional, que se resolvieron en buena medida, en favor de los dictados del Ejecutivo.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> En realidad, el discurso del Plan de Gobierno de Acuerdo País, se caracterizó por recoger buena parte de las demandas de los movimientos sociales que resistieron a las políticas neoliberales: Estado social, democracia participativa, derechos laborales, subordinación del capital al trabajo, economía respetuosa de la naturaleza, pluralismo social y político, soberanía, etc. No obstante, como veremos, en este *collage* de valores, no todos tuvieron el mismo desarrollo e importancia en el discurso de los líderes iniciales de Acuerdo País.

<sup>153</sup> Cfr. Pablo Andrade, *La era neoliberal y el proyecto republicano. La recreación del Estado en el Ecuador contemporáneo: 1996-2006*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2006, p. 85.

<sup>154</sup> Varias obras que expresan una postura posneoliberal, posextractivista, participacionista y poscolonial en los discursos de Acosta y sus coidearios en Ecuador, pueden encontrarse en <http://www.rosalux.org.ec/es/mediateca/documentos.html>. La obra seminal que Acosta desarrolló sobre estos temas se publicó poco antes del referéndum constitucional de 2008. Algunas expresiones de los paradigmas indicados fueron recogidas en la Constitución de 2008 (el concepto de buen vivir, los derechos de la naturaleza, la idea de poder social). Véase Alberto Acosta, *Bitácora constituyente ¡Todo para la Patria, nada para nosotros!*, Quito, Abya-Yala, 2008, pp. 215-218.

<sup>155</sup> Los discursos de Correa y los intelectuales de su círculo más cercano, revelan cierto compromiso con políticas desarrollistas cercanas al cepalismo del siglo XX, así como una visión liberal de la política que asume la legitimidad de las decisiones estatales en la medida que son tomadas por representantes autónomos y deliberantes. En este afán desarrollista, es necesario que el Estado establezca el orden y el progreso, si se quiere mediante el decisionismo de líderes fuertes. Véase Pablo Ospina, "Historia de un desencuentro: Rafael Correa y los movimientos sociales en Ecuador (2003-2008)", en Raphael Hoetmer, coord., *Repensar la política desde América Latina. Cultura, Estados y movimientos sociales*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2009, pp. 195-218; y, Franklin Ramírez, "Las antinomias de la revolución ciudadana", en *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-447.html>. Sobre el concepto de

Dichas tensiones no se manifestaron en el pleno de la Asamblea Constituyente, sino principalmente en un espacio paralelo que fue creado desde un inicio para la construcción de decisiones entre el bloque oficialista, el buró político de Acuerdo País y tendencias minoritarias aliadas al oficialismo (MPD, Pachakutik).<sup>156</sup> En este espacio cerrado a la oposición se elaboró la mayor parte de la Constitución,<sup>157</sup> aunque lo discutido aquí se haya revelado públicamente en dos escenarios con diferentes ritmos y características.

El primer escenario se generó en el transcurso de los siete primeros meses de la Asamblea, mientras Alberto Acosta fungía como presidente de la misma. No podemos detallar aquí el proceso de toma de decisiones en esta primera etapa; baste señalar, que Correa fijó un límite a los asambleístas de AP desde el inicio de la Asamblea, al rechazar de plano, tanto en foros públicos como al interno del Movimiento, las propuestas del movimiento indígena relacionadas con la plurinacionalidad y el manejo de los recursos naturales (CONAIE, 2007), así como las ideas del movimiento feminista y GLBTI que proponían la ampliación de sus derechos de autonomía individual (Ospina, 2009). Acosta no logró consolidar alternativas a la posición del presidente al interior de la bancada oficialista.<sup>158</sup>

---

decisionismo usado en la teoría política de América Latina, véase Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996b, p. 27.

<sup>156</sup> Véase las declaraciones de Augusto Barrera en la entrevista publicada en *Entre voces*, Revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local, No. 15, Agosto/Septiembre, 2008, p. 59.

<sup>157</sup> El presidente Correa había manifestado antes de la votación para la Asamblea su deseo anti-pactista de conformar una mayoría que imponga las decisiones sin mayor deliberación con la oposición: “Lo idea es que saquemos los suficientes escaños para tener mayoría absoluta y no tener que conversar ni llegar a acuerdos con nadie...Es que en la realidad de la política ecuatoriana, el llegar a acuerdos, el negociar entre comillas es... un trueque, un comercio...”. Cfr. Heinz Dieterich, “Diálogo con el Presidente Rafael Correa”, en varios, *Ecuador y América Latina. El socialismo del siglo XXI*, Quito, 2007, p. 63.

<sup>158</sup> “...Yo no tuve una respuesta suficiente. A cuenta de no poner en riesgo la unidad del bloque, no tuvimos la capacidad para debatir eso...”. Entrevista a Alberto Acosta. Disponible en [www.b10.com.ec](http://www.b10.com.ec) (29 de septiembre de 2009).

Sin embargo, a pesar de estos límites, el segmento más abierto a la democracia participativa dentro del heterogéneo movimiento AP,<sup>159</sup> favoreció un intenso proceso de apertura a las demandas ciudadanas,<sup>160</sup> que en parte, ya habían sido recogidas en el Plan de Gobierno de AP y en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010. De allí que se hayan consolidado desde un inicio disposiciones que guardan relación con el cambio de modelo económico (de una economía guiada por el mercado a una economía social y solidaria guiada por el Estado), con la ampliación de canales de democracia participativa y principalmente con la gran cantidad de valores, principios, derechos y garantías impulsados por grupos particulares y que fueron recogidos bajo parámetros republicanos y poscoloniales en los informes trascendentales de la mesa 1.<sup>161</sup> En este contexto, son una innovación en la tradición constitucional ecuatoriana, el régimen del buen vivir, los derechos de la naturaleza, la defensa de áreas protegidas (sólo el legislativo puede aprobar proyectos de extracción minera en áreas protegidas), el derecho a la soberanía alimentaria, el derecho al agua y la declaratoria de plurinacionalidad. Estos cambios constitucionales en el plano dogmático, institucionalizaron formalmente algunos procesos que se venían dando en el espacio de

---

<sup>159</sup> “...disidentes de la clase media quiteña, sectores de clase media urbanos que mantenían hasta ese entonces una alianza suelta con la CONAIE, y “caciques de barrio” de organizaciones urbano-marginales antiguamente afiliadas al PRE y otros partidos políticos.” (Andrade, 2012: 38).

<sup>160</sup> Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador, Centro Carter, septiembre de 2008, pp.11-12. Disponible en [http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Informe\\_Final\\_AC\\_Centro\\_Carter\\_distribuido.pdf](http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Informe_Final_AC_Centro_Carter_distribuido.pdf)

<sup>161</sup> En efecto, desde una perspectiva republicana, los derechos civiles no fueron vistos por AP, como “como un muro frente al Estado y un fin en sí mismos, sino como un medio inseparable de los deberes de los ciudadanos para con su comunidad política” (Andrade, 2009:37). Al respecto, hubo modificaciones a los derechos de la Constitución de 1998, que en muchos casos ya se inscribían en la tradición republicana (Andrade, 2009: 260-265), aunque no del todo, en temas relacionados con la autonomía individual dentro de actividades económicas e informativas. Así, el derecho a la libre empresa que en la Constitución de 1998 sólo tenía como límite la ley (art. 23, 16), en los informes de la mesa 1 y en la Constitución de 2008 que recogió las propuestas de la mesa (art. 15, 66), fue limitado por los principios de solidaridad y responsabilidad social y ambiental. De igual manera, los derechos de comunicación fueron redactados en función de una mayor democratización de la comunicación en la comunidad nacional. Por otro lado, no hay duda de que las demandas del movimiento indígena inspiradas en un paradigma poscolonial, así como las demandas de otros pueblos y colectivos, terminaron recogiéndose en las normas constitucionales con mayor desarrollo que en la Constitución de 1998 (ídem). Cfr. el Acta No. 73 de la sesión del 01 de julio de 2008, pp. 4-9.

la construcción del Estado a partir del ascenso de Correa al poder y en el ámbito de la democracia participativa (centrada en el poderoso movimiento indígena) desde finales de los noventa.<sup>162</sup>

El diseño institucional que terminó plasmándose en la Constitución conformó un bloque dogmático muy extenso, repetitivo y ambiguo. Varias mesas constituyentes introdujeron disposiciones sobre derechos que ya habían sido recogidos en otras mesas. La pobre coordinación entre el trabajo de las mesas y el poco tiempo que se le otorgó a la discusión de los artículos en un pleno encargado de legislar en reemplazo del Congreso destituido, explica este resultado del texto constitucional. Los derechos aparecen en 72 artículos y sus garantías en 152. La organización que la Comisión de Redacción pudo darles en un trabajo de dos semanas, no alcanzó para eliminar repeticiones innecesarias y ambigüedades que resultan de los límites más o menos claros de algunos derechos, establecidos en el régimen de organización del Estado desarrollista y los principios de las políticas públicas (educación, comunicación, recursos estratégicos, etc.). Por último, resulta curiosa la organización de los derechos de varias generaciones en un bloque que ubica en primer lugar derechos sociales llamados “derechos del buen vivir”. Según la ex asambleísta constituyente, María Paula Romo, esta organización obedece al trabajo de la Comisión de Redacción, conformada por juristas que buscaron enfatizar la igualdad de todos los derechos constitucionales.<sup>163</sup>

Como veremos, los derechos y los principios de aplicación de los derechos, encuentran cierta disonancia pragmática con la influencia del presidencialismo fuerte que se consolidó en un segundo escenario de la Asamblea Constituyente, marcado por

---

<sup>162</sup> Véase Pablo Andrade, edit., Aldo Olano, *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la Región Andina*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005, pp. 70-72.

<sup>163</sup> Conversación con María Paula Romo. Quito, febrero de 2014. Esta perspectiva de Romo encuentra sustento en el perfil de los juristas de la Comisión de Redacción. Al menos uno de ellos, el jurista Ramiro Ávila, fue presentado antes como un defensor radical de los derechos humanos de todas las generaciones.

la renuncia de Alberto Acosta y la consiguiente sucesión del primer vicepresidente por AP, Fernando Cordero. El nuevo presidente, a diferencia de su antecesor, disminuyó la deliberación en la Asamblea (incluso contra normas procedimentales básicas) y aceleró la aprobación del texto constitucional, permitiendo una mayor influencia del presidente Correa y sus allegados. Esta era la tarea que le correspondía, luego de que el buró de AP le solicitara a Acosta que dé un paso al costado en aras de aprobar la Constitución en las cinco semanas que restaban para que se cumpla el plazo fijado hasta el 26 de julio de 2008.<sup>164</sup>

Como resultado de este nuevo escenario, la Asamblea aprobó de forma maratónica el articulado final de la Constitución (444 artículos). Las discusiones que se zanjaron en las últimas semanas favorecieron la influencia de Carondelet en el diseño del régimen político, en varias normas de políticas públicas y principalmente en la definición del régimen de transición del texto constitucional. En otras palabras, parte del texto constitucional se hizo a la medida del proyecto político impulsado por el presidente en funciones (Ospina, 2009: 214-215).

En este contexto, sin perjuicio de un régimen de transición que abría fuertes posibilidades para que la mayoría oficialista logre hacerse con el control inmediato de todas las funciones del Estado previstas en la Constitución de 2008,<sup>165</sup> es importante destacar las disposiciones del texto constitucional que además de permitir la reelección

---

<sup>164</sup> El buró político de AP consideró como un “suicidio político” la ampliación del plazo de deliberaciones y la toma de decisiones en una Asamblea que perdía legitimidad rápidamente. Cfr. Diario *El Comercio*, Quito, 24 de junio de 2008.

<sup>165</sup> A tenor del régimen de transición de la Constitución de 2009, la mayoría de la Asamblea constituyente conformaría de entre sus miembros la “Comisión Legislativa y de Fiscalización procurando mantener la proporcionalidad política que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente” (art. 17). Dicha Comisión dominada por la mayoría oficialista, tendría potestades para intervenir junto con el Ejecutivo (de forma indirecta e indirecta) en la designación de órganos clave del poder público previstos en la nueva Constitución (Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Concejo de Participación Ciudadana y Control Social, Consejo de la Judicatura, Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Contraloría, Procuraduría y Superintendencias) (arts. 18-29). Véase un análisis más detallado en César Montúfar, “¿Régimen de transición o golpe de Estado?”, en Revista Legisla, No. 004, junio-julio 2008b, pp. 3-6. Disponible en <http://www.gpa-lawyers.com/pdfs/LEGISLA%20No.%204.pdf>

inmediata del Presidente de la República le otorgan fuertes competencias sobre el control de las políticas públicas (más allá de las ya previstas en la Constitución de 1998),<sup>166</sup> le permiten disolver al legislativo sin control previo<sup>167</sup> y le atribuyen control, en última instancia, sobre la explotación de recursos naturales en territorios que no son parte de áreas protegidas (Constitución de 2008, art.398). Como puede colegirse, estas atribuciones fortalecen al ejecutivo en la gestión de políticas que preocupan a los movimientos sociales (ambiente, derechos culturales, participación ciudadana, etc.).

En todo caso, pese a las diferencias en las agendas impulsadas por los diversos sectores que participaron en la Asamblea, puede destacarse un acuerdo más o menos amplio, no sólo en las filas oficialistas, sino también en la oposición, que guardó relación con el fortalecimiento y ampliación de los principios de los derechos y las garantías constitucionales, y en menor medida, con la supremacía de la justicia constitucional. En otras palabras, el neoconstitucionalismo ecuatoriano logró convertirse en un proyecto comunicativo de gran impacto en el diseño del texto constitucional. En adelante, daremos cuenta de la influencia de los intelectuales del derecho en tal contexto, concretamente a través del diseño de tres componentes del texto constitucional: los principios de aplicación de los derechos, las garantías de los derechos y la justicia constitucional.

---

<sup>166</sup> De hecho, la Constitución de 2008 es menos presidencialista solamente cuando permite que el legislativo pueda censurar mediante juicio político a los ministros de Estado (art. 131) o cuando faculta a la Asamblea Nacional para que decida la explotación de recursos no renovables en áreas intangibles (art.407). No puede decirse lo mismo en otros aspectos relacionados con las políticas de Estado y la Administración Pública, más aún si se considera que el Estado (especialmente a través del ejecutivo) asume el control pleno sobre los sectores sociales (finanzas, comercio, producción, cultura, educación) susceptibles de regulación (Títulos V, VI y VII de la Constitución de 2008). Sobre el poder ejecutivo en la Constitución de 2008, véase Rafael Oyarte, “Relaciones Ejecutivo-Legislativo”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/ UASB, 2009, pp. 45-90.

<sup>167</sup> “Art. 148.- La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna.”

## 2.1. Los principios de aplicación de los derechos

Los primeros meses de la Asamblea transcurrieron dentro de un amplio consenso en materia de derechos y garantías, no obstante las reticencias del gobierno de Correa (y en algunos casos, de la oposición) a ciertos derechos reivindicados por el movimiento indígena y los sindicatos públicos.<sup>168</sup> El primer informe de mayoría que fue consensuado por todos los integrantes de la mesa 1, señaló que en la Constitución de 1998 “no todos los principios necesarios están establecidos, ni todo lo establecido puede tener una lectura desde el enfoque de principios. Además, el establecimiento de principios generales para los derechos debe ser visto como un intento de sentar ciertas bases que, necesariamente, se desarrollarían en la hermenéutica y en la práctica procesal constitucional, a través de la jurisprudencia”.<sup>169</sup> En esta línea que intenta establecer más y mejores principios para la realización judicial de los derechos (incluyendo los derechos de la naturaleza), el informe defendió varios postulados elaborados en un lenguaje propio de la recepción local de la iusteoría neoconstitucional (Acta No. 28: 8-22).

Estos principios, recogidos en parte en la Constitución de 1998 (arts. 16-22), fueron ampliados en la mesa 1, en los mismos términos propuestos por el paradigma neoconstitucional radical de autores como Ramiro Ávila. La influencia de este paradigma fue definitivo en el desarrollo del contenido constitucional. El informe de la

---

<sup>168</sup> Pese a que Gustavo Larrea, Ministro de Gobierno en 2007, había señalado que el gobierno “impulsará una Constitución que recoja todos los derechos de primera, segunda y tercera generación, es decir, los civiles y políticos, económicos y sociales, culturales y de los pueblos, el ambiental, de las mujeres, indígenas, niños, niñas y adolescentes, de los afroecuatorianos, de los discapacitados, los de la tercera edad y otros” (Diario *El Comercio*, 28 de marzo de 2007), era conocido el rechazo del gobierno a derechos que vayan más allá de los ya reconocidos en la Constitución de 1998 (v. gr. el derecho a la educación gratuita para todos) o que favorezcan a sindicatos públicos y autonomías indígenas. Véase Franklin Ramírez (2008).

<sup>169</sup> Acta No. 028 de la Asamblea Constituyente, 19 de marzo de 2007, p. 6.

mesa 1 se convirtió en la base del artículo 11 de la Constitución de 2008<sup>170</sup> que dogmáticamente implica la sujeción absoluta de los actos de gobierno al control de ciudadanos y autoridades judiciales y administrativas (art. 11, 3).

Lo anterior no revela sino que la concepción iusteórica de los principios que debe regular el ejercicio y garantía de los derechos fue sobre todo un producto de la agencia de asesores de la Asamblea Constituyente con suficiente poder de persuasión, no sólo sobre el bloque mayoritario, sino también sobre el grueso de la Asamblea (Acta, No. 28). Así lo corrobora Ramiro Ávila, probablemente el jurista con mayor influencia en la mesa 1 y en la mesa 8.<sup>171</sup>

Esto no quiere decir que en el seno de Acuerdo País o de la Asamblea, no se hayan presentado propuestas o debates sobre la teoría de los derechos aprobada por la mesa 1. En realidad, varios juristas que fungieron como asambleístas, como María Paula Romo (AP), Betty Amores (AP), León Roldós (RED) y Rafael Estévez (PSP) discutieron ampliamente los elementos recogidos en este artículo e incluyeron varias observaciones (v. gr. enunciar las garantías pero no desarrollarlas sino en una ley procesal, mejorar la técnica legislativa, etc.), aunque sin negar el valor del mismo. La única oposición a parte de este articulado, provino de visiones liberales representadas por algunos asambleístas de los partidos de derecha (PRIAN, PSC) que negaron la titularidad de los derechos a sujetos colectivos y a la naturaleza (ídem).

---

<sup>170</sup> Así lo puede corroborar cualquier análisis de contenido que relacione los informes de mesa de las sesiones número 28 y 35 (sesión del 10 de abril de 2008) con el contenido constitucional finalmente aprobado.

<sup>171</sup> “Y tengo autoridad también, por ejemplo, asesores eran mis alumnos. Yo influyó en la constitución sustancialmente, en estados de excepción, en garantías, en derechos...”. Entrevista realizada a Ramiro Ávila Santamaría. Quito, viernes 27 de septiembre de 2013.

## **2.2.Las garantías de los derechos**

El discurso garantista fue ampliamente receptado por los asambleístas de AP y en general por el pleno de la Asamblea Constituyente. La jurista Rosa Elena de la Torre, ponente en el segundo informe de la mesa 8, expresó los criterios compartidos en torno a los artículos diseñados para ampliar las garantías de los derechos:

"Desde ahora, el Ecuador no solo cuenta con las garantías judiciales y nuevas vías para hacerlas efectivas, sino también contaremos con garantías que obligan a las funciones Legislativa y Ejecutiva a velar por los derechos humanos. Esto estaría consagrado en las garantías normativas de políticas públicas, servicios públicos y de participación ciudadana. De esta forma, los órganos del poder público no solo deben precautelar los derechos fundamentales al momento de establecer una política o una norma jurídica, sino que el Estado debe organizar todo su aparato institucional para garantizar que estos derechos se hagan efectivos."<sup>172</sup>

En efecto, el articulado propuesto por la mesa 8 amplía la concepción tradicional de las garantías, que ahora no sólo comprenderían los recursos jurisdiccionales sino además todos los actos del poder público, convertidos en medios para la realización de los derechos, tal como lo plantea la concepción filosófico política del paradigma garantista receptado en Ecuador.

Respecto de las garantías jurisdiccionales, la mesa propuso normas comunes para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales que des-formalizan y amplían –en consonancia con los principios de aplicación de los derechos antes referenciados– el acceso a la justicia y los procedimientos judiciales. Además, la mesa amplía las garantías jurisdiccionales. Junto a las garantías reconocidas en la Constitución de 1998,

---

<sup>172</sup> Cfr. el Acta No. 084 de la Asamblea Constituyente, sesión del 13 de julio de 2008, p. 142.

se incluye la acción extraordinaria de protección, la acción de acceso a la información pública y la acción de incumplimiento.

Los informes de la mesa 8 se tradujeron integralmente en el texto constitucional (arts. 85-94). En la mayoría oficialista, no había duda de que la Constitución requería de las garantías para existir. Mauro Andino, asambleísta de AP señaló al respecto: "Con estos cambios revolucionarios y garantistas, hacemos efectivo el Estado constitucional de derecho, enterramos esa mentalidad y cultura legalista que había olvidado que la Constitución es la fuente de todo derecho, de toda legitimidad." (Acta No. 84: 167)

La adhesión ideológica de AP y del grueso de sus aliados al paradigma garantista, no fue sino el resultado de la influencia de una teoría normativista y bienintencionada en favor de la realización de los derechos. Este paradigma fue ampliamente compartido por juristas que trabajaron en torno a los proyectos del CONESUP, de la CONAIE, del Tribunal Constitucional<sup>173</sup> e incluso del Gobierno de Rafael Correa.<sup>174</sup>

En conclusión, el fortalecimiento y ampliación de las garantías obedeció a un consenso comunicativo generalizado en torno a lo que hemos denominado política de los derechos, que tuvo sin duda, un apoyo experto en varios juristas comprometidos con el aseguramiento garantista de esta política.<sup>175</sup> Es más, dentro de la oposición no hubo voces de rechazo al garantismo de la nueva Constitución, a no ser por la acción extraordinaria de protección, un recurso que en criterio de muchos, permitiría a la Corte Constitucional controlar las decisiones de la justicia ordinaria.

---

<sup>173</sup> Patricio Pazmiño, presidente del TC en el año 2007 incluso llegó a sugerir que la primacía de los derechos modifica el concepto de Estado. Este jurista difundió el término Estado Social y Democrático de los Derechos, considerado por él, como "superior y mejor que el Estado Social de Derecho". Si bien, esta idea no fue desarrollada en absoluto por Pazmiño, al parecer influyó en la denominación del Estado "de derechos y justicia" de la Constitución de 2008 (art. 1).

<sup>174</sup> Entrevista realizada a Juan Montaña Pino, miembro del Centro de Estudios Políticos y Sociales y asesor de la Presidencia en estos temas. Quito, jueves 26 de septiembre de 2013.

<sup>175</sup> Entre ellos, Ramiro Ávila. Entrevista realizada en Quito, el viernes 27 de septiembre de 2013.

### 2.3. La justicia constitucional como instancia suprema

Ya en la segunda fase del proceso constituyente, caracterizada por el escaso debate en el pleno (los artículos se tratan por “bloques” y de forma acelerada) y la nula apertura a ideas no consensuadas en la “Asamblea paralela” (a la que habían dejado de asistir Alberto Acosta y los asambleístas de Pachakutik y MPD), la mayoría oficialista impuso su concepción y diseño de la justicia constitucional. A partir de un diagnóstico previamente elaborado por la iusteoría de las izquierdas sobre la pobre institucionalización de la justicia constitucional en el Ecuador (Grijalva, 2007) y de una defensa normativista y abstracta de la justicia constitucional en el lenguaje del paradigma neoconstitucional,<sup>176</sup> la mesa 3 de la Asamblea Constituyente, propuso la creación de "...un control constitucional, concentrado, autónomo, eficiente, dinámico, responsable de la administración de justicia constitucional y oportuno"<sup>177</sup>.

En este sentido, el diseño constitucional resultante se basó en su mayor parte, en el informe de mayoría de la mesa 3.<sup>178</sup> Esta mesa recibió una influencia importante de los proyectos presentados a la Asamblea por organismos y movimientos sociales apoyados en la iusteoría local del neoconstitucionalismo (ver anexos); sin embargo, más del 40% de las competencias de la Corte fueron diseñadas por la mayoría oficialista (en la mesa 3 y en la Comisión de Redacción) sin que hayan sido problematizadas previamente en otros escenarios locales. Nos referimos básicamente a competencias que guardan relación con el control concentrado de constitucionalidad (art. 428),<sup>179</sup> las reglas

---

<sup>176</sup> Cfr. las actas del primer y segundo debate sobre estos temas: Acta No. 72 del 30 de junio de 2008 y Acta No. 83 del 12 de julio de 2008.

<sup>177</sup> Véase el discurso de Betty Amores, ponente de AP por la mesa 3. Cfr. Acta No. 83: 19.

<sup>178</sup> Cfr. Acta No. 87 de la sesión del 16 de julio de 2008, pp. 6-11.

<sup>179</sup> A diferencia de lo previsto en el artículo 428 de la Constitución, en el proyecto del CONESUP (art. 190), no se prevé que los jueces constitucionales consulten a la Corte Constitucional cada vez que consideren que una norma jurídica es inconstitucional. Más bien, en dichos casos, tienen la obligación de aplicar la Constitución de forma directa y declarar la inconstitucionalidad de la norma inferior, con efecto *inter partes*. Para juristas como Juan Montaña y Ramiro Ávila, la idea de control concentrado del artículo

relacionados con la interpretación constitucional (arts. 425 y 427), las competencias que facultan a la Corte para intervenir en crisis políticas (arts. 129, 130, 145, 148), las competencias sobre el proceso de descentralización (245), las competencias que permiten la intervención de la Corte en consultas populares (art. 104), y la competencia que permite a la Corte solamente el control *ex ante* las reformas constitucionales no sustanciales (art. 443).

Lo cierto es que las normas referenciadas sobre las competencias de la Corte, implican en un dos casos, importantes contradicciones con el paradigma neoconstitucional que logró institucionalizarse en los principios de aplicación de los derechos y las garantías constitucionales, mientras que en otros casos fortalecen el control de constitucionalidad en términos similares a los propuestos por el Tribunal Constitucional (arts. 436-444) o agregan competencias de control constitucional en contiendas políticas (arts. 129, 130, 145, 148), que no necesariamente riñen con la idea de Corte Constitucional como guardián absoluto de la Constitución y árbitro jurídico (Grijalva, 2007).

En el primer caso, nos referimos a aquéllos artículos que establecen reglas de interpretación constitucional (art. 425 y 427), y que precisamente, fueron objeto de debate en el pleno, incluso dentro de filas oficialistas. Este debate se originó debido a una disposición establecida en el informe de mayoría de la mesa 3 sobre cómo debe interpretarse la Constitución, según la cual el método preferente de interpretación sería aquél “que mejor se ajuste a la voluntad del constituyente, expresada en el tenor literal del texto y en sus respaldos documentales...” (Acta, No. 83: 7). Según Juan Montaña Pinto, esta idea fue impulsada por el jurista español del Centro de Estudios Políticos y

---

428 fue impulsada por asesores del CEPS y concretamente por Rubén Martínez Dalmau. Entrevistas realizadas a ambos juristas (op.cit.)

Sociales (CEPS), Rubén Martínez Dalmau, en atención a la “teoría” del nuevo constitucionalismo latinoamericano defendida por Dalmau, Montaña y Viciano (vid. supra.).<sup>180</sup> La propuesta del CEPS no fue bien recibida por assembleístas comprometidos con el paradigma neoconstitucional. María Paula Romo (AP) señaló al respecto:

“...Yo creo que es muy importante, entonces, poder despegar la Constitución de la voluntad primigenia que la origina. No puede ser una de las fórmulas, peor todavía, la principal o la única fórmula de interpretación, se deja de fuera todo el desarrollo que sobre la interpretación teleológica, pro-homine, contextual, el bloque de constitucionalidad, la proporcionalidad, la ponderación y se escoge una fórmula que es la interpretación al tenor literal del texto, que es exacta y adecuada para la ley, pero no hay nada más ajeno a la interpretación constitucional que esta fórmula...”(Acta No.83: 12-13).

Como producto de estas discusiones, la mesa 3 diseñó el artículo 427 de la Constitución<sup>181</sup> que representa un *collage* de las ideas sobre interpretación constitucional defendidas por el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y por el paradigma neoconstitucional ecuatoriano: “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”.

---

<sup>180</sup> El CEPS es una consultora española que ha prestado servicios de asesoría a los gobiernos de izquierda latinoamericanos. Llegó a Ecuador en 2006, para participar en la campaña presidencial de Acuerdo País, luego de que el presidente Evo Morales le recomendara al entonces ministro de economía, Rafael Correa, los servicios de la consultora y específicamente del jurista Roberto Viciano, quien a la vez, fue recomendado a Morales por el presidente Hugo Chávez, luego de su activa participación en el proceso político de la constituyente venezolana (1998-2000). Entrevista realizada a Juan Montaña Pinto, Quito, jueves 26 de septiembre de 2013. Sobre la participación del CEPS en Venezuela, véase Viciano y Martínez (2001).

<sup>181</sup> Cfr. Acta No. 87 de la sesión del 16 de julio de 2008, p. 6.

No puede decirse lo mismo del artículo 425, que en contradicción con la idea neoconstitucional de aplicación directa de la Constitución a la luz de los casos concretos, establece una “pirámide” de normas y dispone que todas las autoridades, incluyendo a la Corte Constitucional, apliquen la norma jerárquica superior en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía. Obviamente, estas ideas no pudieron ser defendidas desde el paradigma neoconstitucional, sino desde una idea formalista o positivista del derecho que al parecer fue introducida por asesores de la Presidencia.<sup>182</sup> Ya sea por cálculos políticos (el artículo favorece el predominio del derecho creado por el Estado central, constitucional o no) o por los rezagos formalistas de asambleístas que identificaban el sistema normativo con la “pirámide jurídica” de Hans Kelsen<sup>183</sup>, el pleno no discutió este artículo, asumiendo su coherencia con la idea de aplicación directa de la Constitución, expresada en el actual artículo 424 de la Constitución que fue aprobado en el pleno, minutos antes de la aprobación del actual artículo 425 (Acta No. 87: 11-12). Por el contrario, en el proyecto del CONESUP la jerarquía normativa estaba sujeta a la fidelidad de toda norma con la Constitución.<sup>184</sup>

Un segundo caso que muestra el rechazo relativo de principios del paradigma neoconstitucional y conlleva necesariamente problemas de ambigüedad y contradicción en el texto constitucional que dificultan la tarea interpretativa de la Corte Constitucional, puede comprenderse a partir de los artículos 425 y 436 (numeral 1) de la Constitución de 2008. Estas normas no revelan sino la idea de soberanía anti-neoliberal y nacionalista de AP, que exige –según el primer informe de mayoría de la mesa 1– “el condicionamiento de la exigibilidad los derechos contenidos en instrumentos

---

<sup>182</sup> Así lo afirma Juan Montaña Pinto. Entrevista realizada en Quito, jueves 26 de septiembre de 2013.

<sup>183</sup> En realidad, esta idea es la más común en las clases de introducción al derecho en el Ecuador.

<sup>184</sup> “Si el conflicto de la norma jerárquicamente inferior fuera con la Constitución o con las del Derecho Internacional, la corte, tribunal, juez o autoridad presentará un informe sobre el particular, para que la Corte Constitucional resuelva lo que sea conforme con la Constitución o el Derecho Internacional y, en su caso, anule de la norma que les contradiga” (art. 340, 2).

internacionales a su ratificación por parte del Estado...para garantizar así la soberanía de nuestro país” (Acta No. 28: 12). De allí que los instrumentos internacionales de derechos humanos ocupen un lugar jerárquico inferior a la Constitución en la pirámide normativa del artículo 425, y que la Corte Constitucional, se constituya en la “máxima instancia de interpretación” de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 436,1). Estas disposiciones contrarían las ideas de soberanía y de derechos humanos defendidas por el neoconstitucionalismo y también consagradas en la Constitución (art. 11), en la medida que oponen la soberanía del Estado a las decisiones del derecho internacional.

Por otro lado, un tema que causó gran revuelo entre los asambleístas y demás actores de la oposición, fue la sujeción indirecta de la Corte Suprema (la Asamblea le cambió el nombre, al denominarla Corte Nacional y dispuso su reorganización), a la Corte Constitucional. La propuesta de revisión de las sentencias de la justicia ordinaria defendida por la iusteoría de las izquierdas, despertó la preocupación de quienes veían en esta posibilidad una “cuarta instancia” o un medio de control de la justicia ordinaria desde un Corte politizada. Estas preocupaciones, se basaron sobre todo en un análisis de coyuntura política (se creía que el Gobierno tenía interés en intervenir la justicia), que la iusteoría de las izquierdas minimizó en su afán de constitucionalizar el ordenamiento jurídico mediante la intervención de una Corte Constitucional que desarrolle el nuevo paradigma iusteórico, aún distante de las masas de operadores jurídicos, señalados como formalistas y meros defensores de derechos patrimoniales (Ávila, 2009; Grijalva, 2011:36).

Lo anterior representa solamente la punta del iceberg de la discusión sobre la independencia de la Corte Constitucional. En los diagnósticos del oficialismo<sup>185</sup> y la academia (Grijalva, 2007a), tanto el Congreso como los gremios “corporativos” que intervenían en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional en base a la Constitución de 1998, habrían mermado la independencia y el profesionalismo de la justicia constitucional. Consecuentemente, los cambios que demandaba la justicia constitucional debían empezar por garantizar un proceso idóneo para evitar los problemas mencionados. Se propuso al respecto, mecanismos de control ciudadano (escrutinio público, impugnación ciudadana) y filtros meritocráticos (concurso público), así como el desplazamiento del Congreso de tal manera que no intervenga de forma mayoritaria en la designación de los jueces constitucionales, ni en juicios políticos en contra de la Corte Constitucional (Acta No. 83).

El diseño constitucional que aparentemente traería la solución a los problemas detallados, proponía que la Corte sea designada mediante concurso público por dos delegados del legislativo, dos del ejecutivo y dos de la nueva función de transparencia y control social (art. 434 de la Constitución de 2008). Los asambleístas de AP apoyaron ampliamente esta propuesta, que en criterio de la oposición (PSP) y de algunos asambleístas más moderados (RED) no resolvía el problema de falta de independencia en un contexto marcado por el predominio del ejecutivo en todo el régimen político (ídem).

Además, la eliminación del juicio político a los miembros de la Corte representaba para la oposición e incluso para asambleístas de AP, la supresión de todo control

---

<sup>185</sup> Véase el discurso que Juan Montaña Pinto (entrevista antes referenciada) elaboró para el presidente Correa, en Rafael Correa, “Una Corte Constitucional independiente y autónoma para garantizar la necesaria separación de todos los poderes”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007, pp. 16-18.

democrático sobre una corporación que estaba diseñada para controlar la constitucionalidad de todos los actos públicos e incluso de las iniciativas ciudadanas, pese a su falta de legitimidad representativa. Si bien la mayoría oficialista no cedió en su voluntad de inmunizar a la Corte, eliminando todo control de órganos que la habían sometido en el pasado,<sup>186</sup> es válido recordar la crítica de Mauro Andino, asambleísta por AP:

"...crear una Corte con mucho poder y sin control democrático, podría generar varios problemas. La Corte, con la interpretación y control constitucional, influye en las decisiones y actos normativos de poderes democráticamente legitimados... ¿Cómo asegurar que este órgano no abuse de su poder y se someta a los representantes de la voluntad soberana?.. La única manera de resolver este dilema entre el principio democrático y el control constitucional, es la obligación de la Corte Constitucional de rendir cuentas y ser (sic) responsables ante la Asamblea Nacional" (Acta No. 83: 70).

Lo cierto es que el oficialismo insistió en el diseño de una Corte con amplias competencias que la situó como órgano supremo (por sobre los poderes constituidos y las iniciativas ciudadanas) y la dotó además de cierta inmunidad frente al control político de los órganos representativos, no obstante las posibilidades de cooptación que ofrece el método elegido para la designación de los jueces constitucionales.

Dado el grado de influencia de la iusteoría neoconstitucional ecuatoriana en este diseño, podría afirmarse que el neoconstitucionalismo logró incidir de manera fundamental en este componente del texto constitucional (Grijalva, 2008: 133). Sin embargo, esto no implica (como hemos visto) un diseño plenamente consecuente con

---

<sup>186</sup> El artículo 431 de la Constitución de 2008 señala: "Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones".

esta corriente iusteórica en el Ecuador, o peor aún, un diseño “sincero” de los actores políticos. La predisposición anti-pactista del presidente Correa, junto a las tropelías contra las instituciones instrumentadas por la propia mayoría de AP, durante, antes y después del proceso constituyente,<sup>187</sup> revelan que al menos, la tendencia predominante de la “revolución ciudadana” no tenía la predisposición ni los incentivos para someter la política al derecho.

---

<sup>187</sup> Véase Santiago Basabe, “Ecuador: reforma constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas”, en *Revista de Ciencia Política*, Volumen 29, No. 29, Santiago, 2009, pp. 381-406; y,

### **III. CONCLUSIONES: LECCIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN MONTECRISTI**

#### **1. Radicalismo y voluntarismo en el programa neoconstitucional**

Hemos argumentado en el primer capítulo que la recepción de la iusteoría neoconstitucional originaria se consolidó en Ecuador mediante la iusteoría local que intentó orientar los cambios normativos del texto constitucional que sería aprobado en 2008. Este proceso tardó en el marco del neoconstitucionalismo latinoamericano (Rodríguez, 2009; López, 2004), se distinguió parcialmente de la tendencia regional, debido a dos concepciones que fueron armonizadas teóricamente en un programa coherente de cambio institucional desarrollado por el neoconstitucionalismo ecuatoriano.

La primera concepción guarda relación con la radicalización del neoconstitucionalismo originario –que hemos cifrado en la idea de Constitución invasora de derechos garantizada por la justicia constitucional–. El programa neoconstitucional quiso llevar hasta sus últimas consecuencias sus ideales principales, al defender una Constitución que desarrolle en detalle los derechos humanos que se constituirían en el fin de la República garantista, así como los mecanismos para armonizar, desarrollar y proteger su contenido, mediante las garantías constitucionales y la jurisprudencia suprema de la justicia constitucional. Así, la iusteoría de las izquierdas llevó el ideario neoconstitucional a un escenario más ambicioso que el previsto por el neoconstitucionalismo originario, no sólo debido a la inercia de procesos ideológicos transnacionales, sino también, debido a la percepción extendida en los intelectuales políticos sobre la “crisis” de la democracia representativa y, sobre todo, del sistema de

partidos representados en el parlamento (Andrade, 2006). Mientras que el neoconstitucionalismo originario intenta mantener por vía judicial los logros del Estado Social forjados principalmente en regímenes parlamentarios de los pa, la iusteoría ecuatoriana apela a una revolución constitucional contra la estructura jurídica existente, en aras de condicionar mediante la idea de Constitución invasora—cual “huevo jurídico originario” en palabras de *Forsthoff*—, la construcción del Estado de los derechos, orientado y controlado por la justicia constitucional.

La segunda concepción, refiere a la definición prescriptiva del Estado como “garantía”. Siguiendo la definición abstracta y normativa de la política propuesta por Ferrajoli (2011), la iusteoría de las izquierdas extendió y transmutó la concepción de garantías del autor italiano, para imaginar el aparato estatal como un engranaje orientado a tomar decisiones para la realización de los derechos constitucionales, bajo la coordinación normativa de la Corte Constitucional. Por ello, sin mayor reflexión sobre las consecuencias y posibilidades de sus aspiraciones, la iusteoría defendió que la legislación funcione como garantía normativa de la Constitución y que todo servidor público (administrativo o judicial) aplique directamente las normas constitucionales, en procesos contenciosos y en el proceso participativo de las políticas públicas, en ambos casos, bajo la orientación y disciplina de la Corte Constitucional. Empero, la iusteoría no fue más allá de este voluntarismo garantista, pues careció de una teoría política positiva que reflexione sobre las relaciones de poder que intentaba transformar el garantismo.

Las consecuencias de este ideario garantista en las propuestas que hiciera la iusteoría para fortalecer las garantías constitucionales fueron determinantes. Toda vez que los procesos judiciales debían ser un medio para la realización de los derechos, la iusteoría rechazó todo límite que impida a los ciudadanos acceder a la justicia y hacer

valer sus pretensiones. Por ello, se amplió en las propuestas iusteóricas y en la Constitución las garantías constitucionales en sede judicial así como su ámbito de protección a varios titulares de derechos (individuales y colectivos), y se reformuló sus procesos en aras de evitar que los rezagos formalistas de la cultura jurídica ecuatoriana prioricen reglas de procedimiento insustanciales por sobre los derechos constitucionales.

En síntesis, el neoconstitucionalismo ecuatoriano, pese las sutiles diferencias entre actores e ideas analizadas en el capítulo dos, confluyó en un programa de cambio institucional orientado a establecer un marco normativo riguroso para el desarrollo de las relaciones políticas y sociales. Este marco estaría dado por una Constitución, que debía reconocer y garantizar todos los derechos de la tradición constitucional ecuatoriana y latinoamericana (civiles, políticos, sociales y culturales) no sólo a través de las garantías jurisdiccionales, sino a través de todas las actuaciones del Estado, definido como un instrumento de garantía de los derechos. Para asegurar que este programa principalista se cumpla, el neoconstitucionalismo ecuatoriano abogó por una Corte Constitucional como órgano superior del Estado, cuya tarea consistiría en controlar que todos los actos jurídicos relevantes se enmarquen en la Constitución de los derechos.

El programa de cambio político desarrollado por el neoconstitucionalismo ecuatoriano, influyó mediante juristas expertos en el diseño de la Constitución de Montecristi. Como hemos evidenciado, en la primera fase de la Asamblea Constituyente, buena parte del ideario neoconstitucional cristalizó en artículos constitucionales que serían aprobados por el pleno de la Asamblea. En la Constitución de Montecristi, los principios de aplicación de los derechos, las garantías constitucionales, el diseño de la justicia constitucional y el lenguaje dogmático que

articula estos componentes del texto constitucional en función de la realización de derechos humanos universales, no fue sino el resultado de la influencia que ejerciera una concepción radical del neoconstitucionalismo y cierto garantismo voluntarista, sobre la base de la iusteoría ecuatoriana de las izquierdas.

Sin embargo, en la segunda fase de la convención constituyente, el equipo de juristas del Presidente Correa, con asesores del CEPS a la cabeza, logró que la mayoría de AP fiel al Presidente, apruebe cambios al diseño de la justicia constitucional y a la forma de interpretación de la Constitución, que para la iusteoría ecuatoriana representaban ideas espurias del neoconstitucionalismo ecuatoriano.<sup>188</sup> Nos referimos a aquéllos cambios que fortalecen a) la primacía de las normas del Estado Central a través de un mandato de interpretación ajustado a jerarquías normativas (art. 425), b) el control concentrado de constitucionalidad (art. 428)<sup>189</sup> y c) la primacía relativa de la voluntad constituyente por sobre la política transnacional de los derechos (art. 427 y 436, numeral 1).

Las contradicciones señaladas hicieron mella en la concepción “pura” del neoconstitucionalismo ecuatoriano, pero de ninguna manera se puede afirmar que eran suficientes para diluir las disposiciones que afianzaron este paradigma en la mayor parte del contenido constitucional. Después de todo, las ideas espurias del neoconstitucionalismo mantenían la primacía de la Corte Constitucional en el ordenamiento estatal, asegurando de esta manera que la suprema corporación judicial

---

<sup>188</sup> Entrevista realizada a Ramiro Ávila (ibíd.)

<sup>189</sup> El neoconstitucionalismo ecuatoriano abogó por un control mixto de constitucionalidad (concentrado y abstracto). Al tiempo que reconocía a todos los jueces la facultad para controlar la constitucionalidad de una norma jurídica en los casos sometidos a su competencia, reservaba a la Corte Constitucional la revisión de todas las sentencias judiciales, con el ánimo de orientar y disciplinar con efectos generales, la jurisprudencia de casos particulares, que la Corte considere inconstitucionales. Este mecanismo no es difuso, pero tampoco supone un control concentrado clásico. No se puede decir lo mismo de las competencias exclusivas que la iusteoría ecuatoriana previó para que la Corte Constitucional controle actos normativos generales, nacionales y subnacionales. En estos casos, el neoconstitucionalismo ecuatoriano abanderó la centralización del control constitucional.

defendida por el neoconstitucionalismo ecuatoriano, subordine toda pretensión que intente atentar contra la política de los derechos de la República neoconstitucional.

## **2. Más allá del neoconstitucionalismo ecuatoriano**

En base a un extenso análisis documental y a entrevistas con asesores de la convención constituyente, hemos argumentado que el neoconstitucionalismo ecuatoriano es un paradigma normativo periférico que, a través de intelectuales del derecho, logró influir en el diseño de la Constitución de 2008. Es más, la iusteoría de las izquierdas que se publicó para apoyar el referéndum de aprobación de aquella Constitución y guiar el diseño constitucional, hizo explícita su conformidad con la concepción de los derechos, las garantías y la justicia constitucional, que funcionó como piedra angular de la creación neoconstitucional en Montecristi (Trujillo y Ávila, 2008; Grijalva, 2008).

No obstante, el texto constitucional también recibió una fuerte influencia de otras concepciones que Pablo Andrade ha desarrollado mediante los conceptos “presidencialismo” y “participacionismo” (Andrade, 2012: 41-42). Como hemos argumentado más arriba, el neoconstitucionalismo, el participacionismo y el presidencialismo, lograron influir en el diseño constitucional, aunque este último terminó neutralizando en buena parte a las dos primeras concepciones, principalmente en el diseño orgánico de la Constitución y en el régimen de transición.

Como resultado, la Constitución de Montecristi (sin contar el régimen de transición), al tiempo que reconoce un amplísimo catálogo de derechos, principios y lineamientos desarrollados en consonancia con la idea de buen vivir (una mezcla de concepciones republicanas, igualitaristas, anti-neoliberales y poscoloniales que respetan los derechos humanos) y amplía los canales institucionales para el control de los actos

de gobierno (garantías jurisdiccionales de amplio acceso, revocatoria del mandato, iniciativa legislativa de la ciudadana, derecho a la resistencia, consejos sociales de planificación, control y gestión, etc.) establece la primacía del Ejecutivo en la gestión transversal de las políticas públicas y en general, en puntos neurálgicos de la dirección y administración del Estado.

En este contexto, cabría preguntarse si la Constitución de Montecristi viabiliza o dificulta la institucionalización del programa neoconstitucional, esto es, la constitucionalización de la vida política o social, o lo que es lo mismo, un gobierno basado principalmente en normas que incentivan comportamientos leales a la Constitución. A lo largo de este trabajo, hemos analizado los límites del paradigma neoconstitucional, tanto en su nivel teórico originario, como en la versión ecuatoriana de la iusteoría académica y el texto constitucional. En base a estos antecedentes, podemos destacar dos problemas, que en nuestra perspectiva, exigen ir más allá del neoconstitucionalismo.

### **2.1. El neoconstitucionalismo como “tipo ideal”**

El primer problema guarda relación con el modo de producción de las ideas neoconstitucionales receptadas por la iusteoría ecuatoriana. Conforme al análisis que desarrollamos en el primer capítulo, la idea de una Constitución de los derechos, invasora (cual “huevo jurídico originario” según *Forsthoff*) y garantizada en última instancia por un tribunal centralizado, es originaria del neoconstitucionalismo europeo. Ahora bien, el problema no es que esta teoría transnacional sea eurocéntrica (como en verdad, lo es) o que las ideas que surgen en otras latitudes sean malas por el mero hecho de nacer en contextos diferentes, el problema es que la iusteoría latinoamericana y ecuatoriana del neoconstitucionalismo asume la doctrina neoconstitucional originaria

como un “tipo ideal” universal, sin cuestionarla en su cualidad de lenguaje político particular (Palti, 2007) o problematizarla en relación con el contexto en el que se busca influir con ella. Basta observar cómo se repite *ad nauseam* los argumentos normativistas de los filósofos del derecho europeos o estadounidenses.

Por lo tanto, el problema de la recepción local del neoconstitucionalismo está asociado a cierta pobreza argumental que se demuestra precisamente por eso, por la falta de argumentos que cuestionen la validez y operatividad de las ideas receptadas y se atrevan a pensar alternativas diferentes en función de la historia institucional ecuatoriana, así como de los ideales locales (v. gr. el buen vivir) que supuestamente se alcanzarían mediante el formato de la Constitución invasora de derechos y garantizada judicialmente.

Estos cuestionamientos podrían empezar por hurgar en los supuestos implícitos de la teoría transnacional del derecho, que pese a su intención universalista, proviene de tradiciones orientadas a describir y prescribir en contextos particulares (López, 2004). También sería importante reflexionar sobre la validez de las ideas neoconstitucionales en la realidad (empírica) latinoamericana y ecuatoriana.

No podemos abordar aquí tales retos, pero podríamos sugerir dos argumentos relevantes que esperamos abordar en futuras investigaciones. En primer lugar, el tipo de lenguaje desarrollado por el neoconstitucionalismo receptado en América Latina se orienta claramente a sustentar un gobierno de los jueces, que pese a sus nobles ideales (la garantía de todos los derechos humanos), implica la primacía o “jerarquía”<sup>190</sup> de su ideología transnacional por sobre otras tendencias de pensamiento quizá más cercanas a las necesidades más vitales de la mayor parte de la población, que pese a los

---

<sup>190</sup> Véase Jack M. Balkin, “Práctica deconstructiva y teoría jurídica”, en Mauricio García, Isabel Jaramillo y Esteban Restrepo, *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006, pp. 287-288.

imperativos de la globalización, encontraría mayor defensa en su propio autogobierno. Además, como bien señala Habermas (1994: 323), son los paradigmas del derecho los que le dan sentido al contenido de los principios del Estado de derecho. Por tanto, el gobierno de los jueces orientado a judicializar los conflictos de una organización política, no sólo que antepondría su propia visión del mundo, sino los presupuestos de los paradigmas transnacionales del derecho, favoreciendo con ello la transformación de los ordenamientos nacionales por el proceso “sin sujeto” de la globalización. De allí que la primacía de los jueces conlleve por lo general la primacía de las oligarquías del proyecto neoliberal (Hirschl, 2004; Pisarello, 2011).

Se podría objetar que principalmente en los países del Sur Global los tribunales constitucionales han mostrado su compromiso con los grupos más desventajados y las minorías sociales (Rodríguez, 2009), pero estos enfoques suelen limitarse a destacar los casos judiciales progresistas, en base a trabajos de análisis que abundan en la calidad argumental de las normas y sentencias inspiradas en teoría transnacional y estándares de derechos (Carbonell, 2007: 11) o en los efectos simbólicos e indirectos de los procesos judiciales en los imaginarios colectivos (Rodríguez y Rodríguez, 2010). La realidad del activismo en sentido negativo (el aseguramiento de las relaciones capitalistas en sociedades altamente desiguales, la erosión de los poderes representativos, la desigualdad ante la ley, la ineficacia de los fallos, la debilidad de los incentivos culturales de la jurisprudencia, la dependencia política, la sobrecarga judicial, etc.) o positivo (deliberación democrática, inclusión social, legitimación de las instituciones, etc.) ha sido poco estudiada, especialmente en los lugares en los que el activismo se muestra deficiente. Menos aún se ha discutido el papel del activismo en la democracia y el desarrollo en sentido amplio (Dagnino, 2008). De esta manera el debate sobre el activismo neoconstitucional en América Latina soslaya por lo general los estudios

históricos e institucionales (sociológicos, políticos, económicos) que definan la relación entre el activismo judicial, el proceso de democratización (política y económica) y el aseguramiento mayoritario de los derechos fundamentales para alcanzar la libertad e igualdad en una sociedad determinada.

En todo caso, si se llega a sostener que la iusteoría neoconstitucional originaria propone una democracia deseable para nuestras realidades tan distantes de los lugares originarios del neoconstitucionalismo transnacional (v. gr. Alemania), debe considerarse que esta tradición ha nacido en contextos en los que se asume la existencia de un poder judicial que tiene fuerza gravitante en el sistema político y jurídico, aunque bajo condiciones no tan favorables como las implícitas en la iusteoría transnacional.<sup>191</sup> Por ello, la iusteoría local debería pensar el gobierno de los jueces, en relación con la historia institucional de una nación y a la posición de ésta en el sistema mundial. Si bien, en un país latinoamericano como Colombia, la Corte Constitucional parece tener un peso político importante, también es cierto que en este país, algunas condiciones institucionales (sistema de partidos estable, ausencia de populismo, predominio de gobiernos civiles, etc.) explican cierto culto al derecho entre las élites políticas, que ha permitido transferir al sistema jurídico, problemas del sistema político (Uprimny, 2003), aunque en el marco de una democracia “pactada” que no ha logrado superar sus grandes niveles de violencia, exclusión y desigualdad (Dávila, 1991). ¿Se puede decir lo mismo de Ecuador? La realidad es que el poder judicial ha estado siempre supeditado al reino de lo político (Grijalva, 2010). Además, los intentos por lograr un grado adecuado de independencia judicial han fracasado. En buena parte, porque el afán de lograr algo que

---

<sup>191</sup>“...i) la historia de la revisión judicial es muy ambigua en sus resultados, respecto del ideal de mantener la inviolabilidad de los derechos individuales; ii) los efectos de las decisiones judiciales resultan fundamentalmente insignificantes sin el apoyo de las otras ramas de gobierno, y sin una recepción adecuada por parte de la ciudadanía; iii) existen países que carecen de una práctica de revisión judicial de las leyes sin que ello en absoluto obste al mantenimiento de un alto nivel de respeto hacia los derechos individuales”. Cfr. Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Gargarella (2009: 262).

nunca hemos tenido nos ha llevado a diseñar “incentivos institucionales” que minimizan el factor más relevante para la independencia judicial según los estudios empíricos: la anuencia de los actores políticos.<sup>192</sup>En todo caso, es claro que los diseños institucionales dependen de las fuerzas políticas y de sus intereses, pero también de esfuerzos intelectuales que en Ecuador aún son muy escasos debido a su reducida academia jurídica orientada a la investigación.<sup>193</sup>

## **2.2. ¿Una utopía desarmada?**

Un segundo problema que hemos analizado antes, guarda relación con las fuertes tensiones expresadas en la Constitución de Montecristi y las repercusiones que éstas tienen en las estrechas posibilidades para hacer viable el neoconstitucionalismo en el Ecuador, o al menos, parte de sus ideales. A tenor de lo analizado en el capítulo dos, consideramos que los 444 artículos del texto constitucional, pese a sus ambigüedades y contradicciones, pueden servir como claros incentivos para exacerbar proyectos políticos diferentes (el presidencialismo, el participacionismo y el neoconstitucionalismo).

Es decir, la carta constitucional como norma formal tiene la potencialidad para modificar o fortalecer algunos esquemas cognitivos de la cultura política local. Por consiguiente, lo que nos interesa destacar aquí, no es el grado de respeto o aplicación de la Constitución luego de cinco años de aprobada, sino las implicaciones que ésta tiene en la cultura política local. Así, puede señalarse que la carta constitucional auspicia

---

<sup>192</sup> Véase Germán Burgos, “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”, en Burgos (2002: 23).

<sup>193</sup> De hecho, frente al proceso constituyente 2007-2008, solamente el trabajo de Agustín Grijalva presentó argumentos basados en investigaciones previas (Grijalva, 2007a), que como hemos visto, se centraron en deslindar al Congreso y a grupos corporativos de la elección de jueces constitucionales, así como en fortalecer la supremacía y autonomía de la Corte Constitucional. El presidente no aparecía como una amenaza para Grijalva, quizá, porque los intelectuales políticos afines al gobierno no veían posible que éste pueda hacerse con el control de la justicia. Entrevista a Juan Montaña Pinto (ibíd.)

proyectos que podrían superponerse y contradecirse hasta dejar de hacer sentido; y con ello, la Constitución se convertiría principalmente en aquél recurso cíclico que en el Ecuador ha servido para consolidar nuevos poderes y acuerdos inestables entre las élites políticas.<sup>194</sup>

En este sentido, debe señalarse en primer lugar que el proyecto neoconstitucional supone la armonización de intereses y valores expresados en los derechos igualitarios, diversos e interculturales, a partir de un Estado concebido como instrumento de garantía. De allí que la violación de estos principios deba sancionarse en última instancia mediante el control constitucional que canaliza el desarrollo político y social en los términos previstos por contrato social de la Carta Magna. En una sociedad como la ecuatoriana, caracterizada por la tendencial sujeción del derecho a reglas informales que afectan la realización de los derechos, este mandato representa un ideal revolucionario que implicaría transformaciones estructurales. Por tanto, es necesario un Estado fuerte (para hacer cumplir las leyes, guiar el desarrollo y repartir rentas) y una sociedad productiva y solidaria.

En la Constitución de Montecristi, la utopía neoconstitucional intenta hacer camino mediante el ejercicio de la democracia participativa y directa que pretende someter el Estado diseñado en Montecristi mediante demandas de derechos y actos de control ciudadano de las decisiones políticas. Es decir, la apuesta por el cambio revolucionario, espera que los individuos y grupos dispersos en un espacio pobremente articulado de la débil y desigual sociedad civil ecuatoriana, se sitúen frente al centralizado y jerárquico aparato estatal dirigido por el Presidente, como sujetos de derechos y agentes de transformación de lo público.

---

<sup>194</sup> Recuérdese que la Constitución de 2008 representa la Constitución número veinte en la historia republicana.

No obstante las implicaciones del régimen presidencialista que analizaremos más adelante, debe señalarse por separado, que el neoconstitucionalismo y el participacionismo, ven lo público como un instrumento para la realización de los derechos controlado por la ciudadanía y la justicia constitucional. De allí que la contraparte a ser controlada, esté conformada por representantes (que actúan como delegados sujetos a revocatoria del mandato), funcionarios, administradores y jueces dotados de grandes virtudes y cualidades que deben responder a la realización de un amplio catálogo de aspiraciones (art. 11).

En ambos casos, se espera que una sociedad orientada predominantemente por relaciones clientelares y particularistas, controle a agentes estatales escasamente virtuosos en función de un proyecto nacional. Lo contrario, significaría abrazar el tutelaje estatal o nuevas formas de reparto estatal inestable, dada las dimensiones de la transformación propuesta, con la consiguiente ruptura del pacto constitucional basado en los derechos. Este riesgo se torna más probable en virtud del régimen presidencial diseñado en la Constitución como veremos más adelante. Pero junto al presidencialismo fortalecido en Montecristi, hay al menos tres instituciones que amenazan el pacto constitucional y que son imputables directa o indirectamente al neoconstitucionalismo y al participacionismo en los términos concebidos por la mayoría de AP.

La primera institución es un órgano sin vínculos orgánicos con la sociedad civil, esto es, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (en adelante, CPCCS). Este organismo elegido por concurso de méritos (bajo la lógica anti-corporativista de la revolución ciudadana) posee las facultades para designar las autoridades públicas que deben controlar el mercado y el desempeño adecuado de las funciones estatales (art. 207). Más adelante veremos que el CPCCS tiene las potencialidades para convertirse en el mejor aliado del presidencialismo fuerte.

Otro factor, tanto o más perjudicial para las aspiraciones participacionistas en este caso, proviene del proyecto con el que comparte el pacto de los derechos. En efecto, el proyecto neoconstitucional, consagra una institución contramayoritaria que no está sujeta al control de la ciudadanía más allá de las posibilidades previstas para exigir su pronunciamiento (arts. 94, 104, 432, 443). De esto se sigue, que la Corte Constitucional tendría la potestad para resolver los enormes problemas hermenéuticos asociados a una Constitución programa y altamente principalista, que deja irresueltos problemas políticos fundamentales (incluyendo la disputa por el modelo de desarrollo). De esta manera, el neoconstitucionalismo pone en manos de un gobierno de jueces, la definición de lo que es constitucional, sin que existan canales idóneos para controlar desde la participación ciudadana u otras ramas de poder, las decisiones de esta alta magistratura. Por consiguiente, el ideal republicano que aspira a fortalecer el autogobierno mediante la salud cívica, se ve amenazado por el tendencial uso oligárquico y aristocrático<sup>195</sup> de una Corte no sujeta a la legitimidad popular o al escrutinio público (Ovejero, 2004). La única salida que el participacionismo puede ofrecer a este problema, no es sino el reformismo característico de cultura política local (León, 2011), esto es, un nuevo rompimiento de la rigidez y normatividad constitucional para recuperar el poder constituyente (art. 444).

Lo anterior se torna más grave para la permanencia del pacto constitucional cuando se devela la debilidad del poder legislativo, no sólo debido al desplazamiento del legislador en virtud de las atribuciones del CPCCS –promovido por participacionistas que creyeron que los actores de la democracia participativa pueden reemplazar a los partidos–, sino también, debido a las restricciones del legislativo frente al ejecutivo y la justicia constitucional (en lo principal, se eliminan en la Constitución las facultades

---

<sup>195</sup> Nos referimos al gobierno de unos pocos ilustrados o no, que deliberan sobre asuntos de interés general. Cfr. Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianza, 2001, libro IV.

legislativas para interpretar la Constitución, se excluye al legislativo de los puntos neurálgicos de la Administración Pública, se permite que el ejecutivo intervenga en la legislación, y se priva al legislativo de la participación en la planificación del desarrollo y la definición del presupuesto estatal). De allí que el legislador tenga una participación restringida en el proceso de las políticas públicas, quedándole solamente cierto margen de libertad para desarrollar leyes que deben ajustarse a la axiología constitucional invasora definida por la Corte Constitucional (art. 84) y superar las influencia del ejecutivo en la legislación.

En lo demás, el legislativo posee limitadas facultades (en virtud de las exigencias y dificultades políticas que implican los mecanismos constitucionales) para controlar la acción del ejecutivo, al CPCCS y a los organismo designados por éste último (arts. 129, 130 y 131). Estas modificaciones institucionales sumadas a los patrones históricos del débil sistema de partidos ecuatoriano (territorialización orientada a la defensa de ventajas regionales, fragmentación, personalismo, clientelismo y particularismo), que además, parecen estar asegurados por las nuevas cláusulas constitucionales (arts. 109-112), implican que el legislativo no puede convertirse en la panacea de la constitucionalización del ordenamiento.

Además, la ausencia de incentivos constitucionales para la colaboración entre los poderes del Estado en un país de significativa volatilidad electoral (Pachano, 2008), puede motivar, según las variables conformaciones del legislativo y el apoyo social, mediático y militar, que éste logre frente al ejecutivo en momentos de crisis política (Pérez Liñán, 2009), un nuevo proceso de inestabilidad institucional en contra de la permanencia del proyecto participacionista y del proyecto neoconstitucional que defiende la normatividad de la nueva carta constitucional. En otras palabras, el

relajamiento de las facultades parlamentarias, representa una fuerte amenaza para la vigencia de la Constitución de Montecristi.

En este contexto, el *collage* del neoconstitucionalismo y el participacionismo en el diseño atropellado del constituyente, no previó más recursos efectivos para la defensa de la Constitución de Montecristi que aquéllos dependientes de la fortaleza organizativa de la sociedad y de la independencia judicial. En ambos casos, se trata de recursos escasos en la tradición ecuatoriana, sin perjuicio de la probada capacidad de movilización insurgente de las clases medias y los movimientos sociales que no ha llevado sino al reformismo “formalista”, capaz de insuflar cambios normativos de ensueño, sin implicar modificaciones sustanciales en la realización de las libertades y capacidades de las grandes mayorías (Sen, 2010). Pero la más preocupante de lo dicho hasta ahora, es que las debilidades de ambos proyectos (el participacionismo y el neoconstitucionalismo), se tornan catastróficas para el frágil pacto constitucional, cuando se analiza su interacción con el proyecto presidencialista.

Como hemos sugerido, la Constitución de Montecristi se constituyó también en una herramienta para el aseguramiento y desarrollo de un nuevo poder, esto es, aquél representado por la tendencia de AP liderada por el presidente Correa. Pese a mantenerse dentro de la tradición presidencialista ecuatoriana, la Constitución exagera el poder presidencial en el proceso de las políticas del Estado central (desde la planificación del desarrollo, pasando por el manejo de los recursos minerales, la distribución de las rentas y la legislación, hasta la implementación administrativa), convirtiendo al Presidente “en una suerte de administrador único” (Andrade, 2011: 18). Pero además, este poder para controlar el aparato estatal se ve complementado por facultades políticas que permitirían al ejecutivo subordinar a la Asamblea Nacional

(arts. 138, 139, 140, y 148)<sup>196</sup> y apelar desde una posición favorable a la voluntad popular (arts. 104 y 444). Estas facultades le permitirían al Presidente en funciones, imponer su proyecto político y ejecutarlo, ya sea en provecho de la autonomía relativa del Estado o en favor de poderosas oligarquías –principalmente debido al centralismo y al rentismo de la política y la economía nacional–. No obstante, los componentes que demuestran fehacientemente cuan funcional es la Constitución a un nuevo poder, refieren a la reelección consecutiva del Presidente y los asambleístas de AP (art.114), y al régimen de transición, que como hemos visto, allanó el camino para que la mayoría oficialista se haga con el control de toda la institucionalidad estatal (Montúfar, 2008b). No podía esperarse mayores cambios en una tradición histórica en la que “los actores racionales no construyen reglas de juego para atarse a sí mismos, sino para atar a los demás” (Andrade, 2011: 24).

Consecuentemente, la Constitución de Montecristi, agudiza los incentivos institucionales para el reforzamiento del Ejecutivo, al menos, mientras éste cuente con el apoyo popular y pueda controlar amenazas provenientes de otros poderes, especialmente aquéllos que desencadenaron golpes de estado contra tres presidentes a partir de 1996, y que suelen estar relacionadas con patrones desarrollados por cuatro actores fundamentales: las masas populares movilizadas, los medios masivos de comunicación, el legislativo y las fuerzas armadas (Pérez Liñán, 2009). Además de estas reglas informales de la política nacional, existe un contrapeso formal al régimen presidencial previsto por la Constitución que podría desplegarse a partir de la acción política de dos órganos contramayoritarios, el CPCCS y la Corte Constitucional. Estos

---

<sup>196</sup> Estas normas permiten al presidente, dictar decretos-leyes (mediante proyectos de urgencia económica que obligan a la Asamblea a tratarlos en un plazo de treinta días); objetar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional; expedir reglamentos de ejecución y delegados (para “la buena marcha de la administración”); objetar leyes y sugerir modificaciones que obligan a la Asamblea a pronunciarse en treinta días; y, disolver la Asamblea a discreción, pudiendo permanecer en el cargo y dictar decretos-leyes hasta una nueva elección de asambleístas y presidente (que podría coincidir con quien disuelva la Asamblea).

poderes controlan de forma directa e indirecta la designación y permanencia de autoridades fundamentales y la mayoría de recursos del poder ciudadano propuestos por el participacionismo y el neoconstitucionalismo. Si el CPCCS y la Corte Constitucional actuaran en función de su legitimidad de origen (esto es, sus vínculos con la democracia participativa y la democracia constitucional respectivamente), esclerotizarían, en no pocos casos, las políticas promovidas por el poderoso ejecutivo, con las graves consecuencias que esto acarrearía sobre la independencia de tales órganos. De progresar su autonomía, inclinarían el sistema político hacia una política pluralista, fundada en reivindicaciones de derechos, que debido a la potencial colisión de tales reivindicaciones en un sistema jurídico que operaría sociológicamente mediante el impulso de intereses opuestos (Kelsen, 1995: 41-42), erosionarían la trayectoria de modernización del Ecuador impulsada “desde arriba” (Andrade, 2009), no necesariamente, en favor de los imaginarios que decantan en el *buen vivir* o *sumak kawsay*. Empero, este panorama se torna extremadamente improbable, si consideramos que el CPCCS y la Corte Constitucional, representan débiles y novatos sustitutos del legislativo y la movilización popular, y por tanto, estarían mucho más expuestos al control del ejecutivo en un sistema que tradicionalmente se ha caracterizado por la cooptación (Andrade, 2011:13-14).

Lo anterior no anularía por completo las funciones de estos organismos. Mientras subsista la apertura del sistema político al pluralismo ideológico de fuerzas minoritarias (León, 2010: 211), tanto el CPCCS, como la Corte Constitucional, seguirán reproduciendo y desarrollando las premisas discursivas que favorecieron el diseño constitucional; y en la medida que su grado de independencia lo permita, podrían orientarse a realizar mandatos constitucionales (garantía de derechos, promoción del control ciudadano, constitucionalización de áreas determinadas del ordenamiento

jurídico, etc.) y despertar las “cláusulas dormidas” de la Constitución que sean amenazadas por el nuevo régimen político (Gargarella, 2009). Al menos esto es lo que ha sucedido de forma tibia y contradictoria con la justicia constitucional del Ecuador (Grijalva, 2010). En todo caso, no se deben sobredimensionar estas proyecciones, toda vez que el diseño del régimen político de la Constitución, favorece el decisionismo<sup>197</sup> del ejecutivo en funciones, sobre todo, debido a los incentivos que tiene el Presidente para hacerse con todos los poderes constitucionales.

El predominio decisionista del ejecutivo y el consecuente rompimiento de la Constitución como pacto de derechos amparado por la justicia constitucional y la participación ciudadana, tiene fuertes probabilidades de realizarse en un sistema débil de partidos que no tiene incentivos formales e informales para transformarse. Desde el año 1996 el comportamiento electoral se ha orientado por opciones “anti-sistema” representadas por *outsiders* (Andrade, 2011: 6), sobre todo, porque la imagen de la democracia liberal ecuatoriana no ha estado muy lejana del retrato que el polémico Schmitt hiciera del funcionamiento parlamentario (Schmitt, 1996). Si a esta tendencia de una cultura políticopredominantemente personalista y clientelar, sumamos los incentivos constitucionales para la configuración de un presidencialismo fuerte y plebiscitario,<sup>198</sup> en una sociedad que no ha experimentado la “revolución sociológica” que conlleva la democracia constitucional (Rosanvallon, 2009: 206), lo más probable es que la Constitución sea instrumentalizada por el decisionismo del líder presidencial.

En síntesis, la Constitución de Montecristi pareciera estar condenada a conformar la larga lista de textos constitucionales con poca eficacia dogmático-normativa en la

---

<sup>197</sup> Nos referimos al decisionismo entendido en el sentido desarrollado por Carl Schmitt, esto es, como un orden basado en actos de voluntad en el que la fuente de todo derecho no es el procedimiento de una decisión sino la autoridad o soberanía de una decisión (Schmitt, 1996b: 27).

<sup>198</sup> Es decir, basado en un partido electoral, en la identificación y comunicación directa del líder con el pueblo, y en un gobierno decisionista que administra en base a “emergencias” y a la concentración de poderes (Ferrajoli, 2011a: 47-48).

historia ecuatoriana, sin que constituya una herramienta que favorezca un cambio de modelo (al menos en el sentido propuesto por el participacionismo y el neoconstitucionalismo). Más bien estaríamos frente a un texto constitucional que abre la puerta a un nuevo proyecto de modernización inestable del Estado nación, que encuentra sustento en el régimen político habilitado por la Constitución y en la capacidad de imposición de una nueva élite, cuyo decisionismo apoyado por los poderes constitucionales, se canalizaría a través del uso político de las premisas de la norma superior, que otorguen legitimidad política al Presidente representado como el defensor de la Constitución.

De allí que la Constitución de Montecristi no pueda funcionar como fuente de regulación social para viabilizar el proyecto neoconstitucional, que, como hemos visto, debe ser revisado en virtud de sus debilidades como teoría e ideología. Es decir, el problema no radica solamente en la arquitectura constitucional, en los patrones culturales y en los límites estructurales de la economía, sino también en las ideas que hemos analizado en este breve recorrido por la cultura jurídica ecuatoriana.

## Apéndice

	<b>Fuente axiológica de (análisis significados metajurídicos)</b>	<b>Proposiciones iusteóricas (análisis de significados jurídicos)</b>	<b>Contexto de enunciación (análisis de enunciados)</b>
<b>Neoconstitucionalismo originario</b>	Liberalismo igualitario y política de los derechos (con exclusión de derechos colectivos)	Pos-positivismo: Derechos como límites y vínculos que condicionan la validez de un ordenamiento sustancial (Constitución de derechos) garantizado judicialmente	Respuesta normativista a la crisis del Estado Social europeo.
<b>Neoconstitucionalismo latinoamericano</b>	Liberalismo igualitario y política de los derechos (con inclusión de derechos colectivos)	Uso mimético, transmutativo o ecléctico de las proposiciones del neoconstitucionalismo originario. En el plano ecléctico destaca la conciliación entre pluralidad jurídica indígena y Constitución de los derechos	Respuesta judicialista moderada (democracia de consensos) a la debilidad del Estado de Derecho y del Estado Social en América Latina.
<b>Neoconstitucionalismo ecuatoriano</b>	Liberalismo igualitario y política de los derechos (con inclusión de derechos colectivos)	Uso ecléctico del neoconstitucionalismo originario mediante una propuesta de	Respuesta radical (poder constituyente) del judicialismo (justicia constitucional)

---

radicalización del paradigma iusteórico transnacional: República de los derechos y Supremacía absoluta de la justicia constitucional (control invasivo de constitucionalidad)

---

## Anexos

TABLA 1

SÍNTESIS DE PROPUESTAS DE CAMBIO NORMATIVO EN TORNO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Propuesta	Proponentes	Similitudes	Diferencias
<b>Inconstitucionalidad por omisión declarada por la Corte Constitucional</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE	Todos los proyectos reconocen la inconstitucionalidad por omisión	En el proyecto de Grijalva debe demandarse la inconstitucionalidad por omisión. En los proyectos del TC y del CONESUP, la inconstitucionalidad por omisión puede además, declararse de oficio, sin perjuicio de la facultad de la Corte para subsanar la omisión en caso de que ésta persista. En todos los casos la Corte debe ordenar la promulgación de la norma o acto omitido. El proyecto de la CONAIE señala que la Corte podrá destituir a los parlamentarios que incurran en omisión legislativa más allá de los plazos permitidos por la Constitución (transitoria No. 17).

---

<b>Acción por incumplimiento</b>	CONAIE CONESUP	Ambos proyectos permiten acudir ante la justicia constitucional para reclamar el cumplimiento de normas generales.	El proyecto del CONESUP delega esta facultad a todos los jueces constitucionales (de primera y segunda instancia), mientras que el proyecto de la CONAIE la reserva a la Corte Constitucional.
<b>Control constitucional de normas generales y abstractas realizado por la Corte Constitucional</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE Constitución 1998	Todos los proyectos establecen el control constitucional de normas generales y abstractas	El proyecto del TC señala que además del control de lo demandado, la Corte controlará la constitucionalidad de normas distintas a las demandadas pero relacionadas con el caso en análisis.
<b>Control de disolución del Congreso por disposición del Ejecutivo</b>	CONESUP		Solamente el proyecto del CONESUP contempló la intervención de la Corte para confirmar la arrogación inconstitucional de funciones realizada por el Congreso. Dicha arrogación permite la disolución de este órgano por orden presidencial. (art. 156, 12)
<b>Control de objeciones de constitucionalidad a las leyes en proceso, cuando son presentadas por el Presidente</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP Constitución 1998	Todos los proyectos reconocen esta competencia de la Corte en los mismos términos	
<b>Control de constitucionalidad de reformas constitucionales realizadas por el parlamento</b>	Agustín Grijalva CONESUP CONAIE TC		Los proyectos de Grijalva y de la CONAIE señalan que la Corte sólo puede pronunciarse respecto de las reformas constitucionales operadas en el parlamento cuando existen vicios en el procedimiento legislativo. Los proyectos del TC y del CONESUP establecen que la Corte puede realizar además un control material de las reformas realizadas por el Congreso Nacional (art. 342).
<b>Control de constitucionalidad de convocatoria a Asamblea Constituyente</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP	El proyecto de Grijalva, al igual que el proyecto del TC establece que la Corte controlará la convocatoria a Asamblea Constituyente en todos los casos. El	El proyecto del CONESUP establece que la Corte controlará la convocatoria a Asamblea Constituyente solamente cuando el Congreso Nacional y el Presidente consideren que la reforma no amerita una Asamblea Constituyente (art. 343). Cuando las reformas constitucionales sean propuestas por

		proyecto de la CONAIE no prevé ningún tipo de control en este caso.	el Presidente, mediante referéndum (art. 226), o cuando el 5% del padrón electoral nacional solicite una Asamblea Constituyente, no procede el control constitucional previo de la Corte (art. 343).
<b>Control de constitucionalidad de convocatorias a consultas populares que no versen sobre reformas constitucionales</b>	TC		Solamente el proyecto del TC establece como competencia de la Corte el control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares
<b>Control de la constitucionalidad del procedimiento de revocatoria del mandato</b>	TC		Solamente el proyecto del TC faculta a la Corte para que controle el procedimiento de revocatoria del mandato de los dignatarios de elección popular
<b>Control de constitucionalidad de estados de emergencia</b>	TC		Solamente el proyecto del TC establece como competencia de la Corte el control de constitucionalidad de los estados de emergencia
<b>Control constitucional de tratados y convenios internacionales</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE Constitución 1998	Todos los proyectos radican en la Corte la competencia de control constitucional de tratados y convenios	
<b>Control constitucional de competencias y atribuciones asignadas por la Constitución</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE Constitución 1998	Todos los proyectos ordenan que la Corte dirima competencias y atribuciones constitucionales	
<b>Control de constitucionalidad de todos los actos administrativos</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP Constitución 1998	Los proyectos del TC y del CONESUP, así como la Constitución de 1998, facultan a la Corte para controlar y revocar los actos administrativos	Grijalva propone que se especialice a la Corte y se elimine las funciones de control de todo acto administrativo, puesto que en caso de violación de derechos se puede recurrir a la Corte por vía de amparo (2007a:89).

<b>Control de las providencias de la Función Judicial, incluyendo aquellas que dictare la Corte Suprema</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE	Todos los proyectos, a excepción de la Constitución de 1998, permiten el control constitucional de providencias judiciales	Grijalva propone el control de providencias cuando estas violaren el debido proceso (2007a:83), al igual que el proyecto del CONESUP. El TC y la CONAIE, va más allá. Promueve el control en caso de cualquier violación de derechos.
<b>Se elimina el juicio político a la Corte Constitucional, permitiendo sólo el control administrativo a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP Constitución 1998	A excepción de la Constitución de 1998, los proyectos eliminan la posibilidad de juicio político y encargan el control administrativo de la Corte al Consejo Nacional de la Judicatura	La Constitución de 1998 facultaba al Congreso Nacional para que inicie juicio político contra los miembros del Tribunal Constitucional (art. 130, 9).
<b>Se modifica la designación del Tribunal Constitucional</b>	Agustín Grijalva TC CONESUP Constitución 1998		El proyecto de Grijalva, propone que los magistrados de la Corte sean designados, previo proceso de control ciudadano y meritocrático a cargo de una comisión ad hoc, por la Corte Suprema, el Consejo de la Judicatura y el Presidente de la República. Por su parte, el proyecto del TC, reemplaza al Consejo de la Judicatura por el Congreso Nacional dentro de la forma de designación propuesta por Grijalva. El proyecto del CONESUP encarga la designación de la Corte a la “Comisión Técnica de Selección y Auditoría” conformada por sendos delegados del Congreso, de la Corte Suprema, de la Comisión Cívica Anticorrupción y la Presidencia de la República. La Constitución de 1998 facultaba al Congreso para designar de forma directa a los magistrados de la Corte.

Elaboración propia. Fuentes: Grijalva (2007a), ILDIS (2007), Proyecto de Constitución del Tribunal Constitucional, Proyecto de Constitución de la Comisión de Juristas del CONESUP, Proyecto de Constitución de la CONAIE y Constitución de 1998.

## **Bibliografía**

Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Barcelona, Trotta, 2002.

----- y Laura Pautassi, “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi, comp., *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudios de casos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2009.

Acosta, Alberto, *Bitácora constituyente ¡Todo para la Patria, nada para nosotros!*, Quito, Abya-Yala, 2008.

Aldunate, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en *Revista de Derecho*, XXIII, No. 1, Valdivia, 2010.

Alexy, Robert, *El Concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

- , Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, trad. de Carlos Bernal, en, *Revista Española de derecho constitucional*, año 22, nro. 66, 2002.
- Andrade, Pablo, “El reino (de lo) imaginario: Los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008”, en *Ecuador Debate*, No. 85, 2012.
- , “Negociando el cambio: fuerzas sociales y políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- , *De la democracia liberal a la revolución ciudadana*, Quito, UASB, en prensa, 2011.
- , *Democracia y cambio político en el Ecuador: liberalismo, política de la cultura y reforma institucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2009.
- , edit., Aldo Olano, *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la Región Andina*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.
- , *La era neoliberal y el proyecto republicano. La recreación del Estado en el Ecuador contemporáneo: 1996-2006*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2006.
- Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianza, 2001.
- Atienza, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Ávila, Humberto, "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência", en, Claudio Pereira de Souza Neto, et. al., orgs., *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

- Ávila, Ramiro, “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”, en Santiago Andrade y Luis Ávila, eds., *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- , “Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo. Propuesta de reformas para la constituyente”, en *Foro, Revista de Derecho*, no. 7, UASB/CEN, 2007.
- Balkin, Jack M., “Práctica deconstructiva y teoría jurídica”, en Mauricio García, Isabel Jaramillo y Esteban Restrepo, *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006.
- Barberis, Mauro, Libertad y liberalismo, *Isonomía*, No. 16, abril de 2002.
- Barroso, Luis, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil, México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- Basabe, Santiago, “Ecuador: reforma constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas”, en *Revista de Ciencia Política*, Volumen 29, No. 29, Santiago, 2009.
- , *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, FLACSO, 2011.
- , *Política judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, FLACSO, 2011.
- Berna Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho*
- Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- , *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

- Böhmer, Martín, *Lesus naturae*, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, introducción de Andrés García Inda, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- Burgos, Germán, edit., *Independencia judicial en América Latina*, Bogotá, ILSA, 2002.
- Cáceres, Enrique, *Constructivismo jurídico*, México D. F., UNAM, 2008.
- Cançado Trindade, Antônio, "Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano", en Antônio Cançado Trindade, coord., *Memoria del Seminario El sistema interamericano de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2a. ed., San José, Costa Rica, 2003.
- Carbonell, Miguel y Leonardo García, edits., *El canon neoconstitucional*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010.
- , edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003
- , edit., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007
- Carey, Jhon M., "Presidencialismo versus Parlamentarismo", en Posdata nro. 11, Abril, 2006.
- Castro, Iván, "Propuestas del proyecto de Comisión Especial de Juristas del CONESUP en materia de protección de derechos humanos". Disponible en [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=466&Itemid=51](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=466&Itemid=51) (15-11-2013).

- Comanducci, Paolo, “Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CONAIE, *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador*, Quito, 2007.
- Contesse, Jorge, “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Correa, Rafael, “Una Corte Constitucional independiente y autónoma para garantizar la necesaria separación de todos los poderes”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007.
- Dagnino, Evelina, et. al., *La disputa por la construcción democrática en América Latina*, México, FCE, 2008.
- Dávila, Andrés, *Democracia pactada. El Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991*, Bogotá, Universidad de los Andes, Alfaomega, 2002.
- De la Torre, Jesús, coord., *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, D. F., Universidad Autónoma de Aguascalientes/ Porrúa, 2002.
- Dezalay, Yves y Bryant Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Bogotá, ILSA/ Universidad Nacional de Colombia, 2002.
- Dieterich, Heinz, “Diálogo con el Presidente Rafael Correa”, en varios, *Ecuador y América Latina. El socialismo del siglo XXI*, Quito, 2007.
- Dworkin, Ronald *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

Esquirol, Jorge, “¿Hacia dónde va Latinoamérica? Una crítica al enfoque sociojurídico sobre América Latina”, en Mauricio García y César Rodríguez, edits., *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003.

FENOCIN y la CONGEUNASSC-CNC, *Propuestas desde las organizaciones sociales para la Asamblea Constituyente*, Quito, CAFOLIS, 2007.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.

-----, *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

-----, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

-----, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011a.

Gadamer, Hans, *Verdad y Método, II*, Salamanca, Sígueme, 1998.

Gargarella, Roberto, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

-----, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de Transición, 2011.

-----, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.

-----, org., *Courts and Social Transformations in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2006.

- Gaviria, Carlos, “Colegitimidad Democrática y Control Constitucional”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007.
- Grijalva, Agustín y José Troya, “Elementos para un derecho de la competencia en Ecuador”, en *Foro, Revista de Derecho*, no. 1, Quito, 2003.
- , “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *La Tendencia*, Quito, ILDIS, 2008.
- , “¿Constitución sin constitucionalismo? Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”, en *Foro, Revista de Derecho*, no. 7, UASB/CEN, 2007a.
- , “Independencia, acceso y eficiencia de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, edit., *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007b.
- , “Independencia judicial y derechos en el Ecuador”, en Ecuador Debate, Nro. 83, *Justicia y poder*, Quito, CAAP, 2011.
- , “Independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional en el Ecuador”, en Julio Echeverría y César Montúfar, edits., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008.
- , *Courts and political parties: the politics of constitutional review in Ecuador*, tesis doctoral, en [http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva\\_agustin\\_2010\\_etd.pdf](http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva_agustin_2010_etd.pdf).
- Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, coord., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

- Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1994.
- , *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1999.
- Hidalgo, Luis, *La telaraña legal*, Quito, Editorial jurídica del Ecuador, 1999.
- Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy*, Boston, Harvard University Press, 2004.
- Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. De J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.
- , *Teoría pura del derecho*, México D. F., UNAM, 1982.
- , *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, traducción de Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, estudio introductorio de César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes/ Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
- Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Lander, Edgardo, “Modernidad, colonialidad, posmodernidad”, en revista de *Estudios latinoamericanos*, No. 8, México D. F., UNAM, 1997.
- Lefort, Claude, “Derechos del hombre y política”, en *La invención democrática*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1990.
- León, Jorge, “Política y movimientos sociales en Ecuador de entre dos siglos”, en *Estado del país. Informe cero. Ecuador: 1950-2010*, FLACSO/ Contrato Social por la Educación, Quito, 2011.

- López Freile, Ernesto, “Control constitucional y organismos de control”, en Gonzalo Ortiz, edit., *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*, Quito, PROJUSTICIA/Corporación de Investigación y Estudios Multidisciplinarios, 1998.
- López, Diego, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.
- Losada, Rodrigo y Andrés Casas, *Enfoques para el análisis político*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- Montúfar, César, “Estado constitucional de derecho y democracia sustantiva en el Ecuador”, en Julio Echeverría y César Montúfar, edits., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008a.
- Neves, Marcelo, “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia Latinoamericana”, en Armin Von Bogdandy, et. al., coords., *La justicia constitucional y su internalización. ¿Hacia una Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México. D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Oliveira, Luciano, “Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance”, en Mauricio García y César Rodríguez, edits., *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003.
- Ospina, Pablo, “Historia de un desencuentro: Rafael Correa y los movimientos sociales en Ecuador (2003-2008)”, en Raphael Hoetmer, coord., *Repensar la política desde América Latina. Cultura, Estados y movimientos sociales*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2009, pp. 195-218.

- , *Corporativismo, Estado y revolución ciudadana. El Ecuador de Rafael Correa*, Quito, FLACSO, 2010. Disponible en: <http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativism.pdf>
- Ovejero, Félix, José Luis Martí y Roberto Gargarella, comp., *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, 2004.
- Oyarte, Rafael, “La acción de inconstitucionalidad de actos normativos”, en Rafael Oyarte, coord., *Procesos constitucionales en Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.
- , “Relaciones Ejecutivo-Legislativo”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edits., *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/ UASB, 2009.
- Pacari, Nina, “Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política”, Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Pachano, Simón, *El precio del poder: izquierda, democracia y clientelismo en Ecuador*, México, ponencia presentada al Segundo Coloquio Internacional de Ciencia Política Gobiernos de Izquierda en Iberoamérica en el Siglo XX, Xalapa, Veracruz, México, 2008.
- Palti, Elías, *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- , *La invención de una legitimidad. Razón y retórica en el pensamiento mexicano del siglo XIX (Un estudio sobre las formas del discurso político)*, México, FCE, 2005.

- Pazmiño, Patricio, *Corte Constitucional: consecuencia lógica la evolución del control constitucional*, en Tribunal Constitucional del Ecuador, Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007.
- Pérez Liñán, Aníbal, *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- Pérez Luño, Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001.
- Pérez, Rogelio Perdomo, *Los abogados en América Latina. Una introducción histórica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Pisarello, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comps., *Estado constitucional y globalización*, México, Editorial Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- , *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012.
- Pou Giménez, Francisca, “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Ramírez, Franklin, “Las antinomias de la revolución ciudadana”, en *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, septiembre de 2008. Disponible en:<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-447.html>.

-----, “Participación, desconfianza política y transformación estatal”, en *Estado del país. Informe cero. Ecuador: 1950-2010*, FLACSO/ Contrato Social por la Educación, Quito, 2011.

Rodríguez, César y Diana Rodríguez, Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia, Bogotá, Dejusticia, 2010.

-----, “Navegando la globalización. Un mapamundi para el estudio y la práctica del Derecho en América Latina”, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

-----, *La globalización del Estado de Derecho. El neoliberalismo, el neoconstitucionalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.

Rosanvallon, Pierre, *La legitimidad democrática*, Imparcialidad, reflexividad, proximidad, Buenos Aires, Manantial, 2009.

-----, *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Minor, Salas, "Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho", *Isonomía*, nro. 27, Octubre 2007.

Salazar, Pedro, et. al., *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

- Salgado, Hernán, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Sánchez, José, “La sociedad contra sí misma. O por qué nuestras sociedades son democráticamente ingobernables”, en ILDIS, *Ecuador. La democracia esquiiva*, ILDIS, Quito, 1991.
- , *Conflicto y democracia en Ecuador*, Quito, CAAP, 1995.
- Santamaría, Ángela y Virginia Vecchioli, edits., *Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.
- Santos, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *El Otro Derecho*, No. 28, Bogotá, ILSA, 2002.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- , *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996a.
- , *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996b.
- Sen, Amartya, *La idea de la Justicia*, traducción de Hernando Valencia Villa, Buenos Aires, Taurus, 2010.
- Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell (comp.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Simon, Farith, y Marco Navas, *Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador*, Quito, PUCE, American University y Red Académica de Derechos Humanos, V&M Gráficas, 2003.

- Slaughter, Anne-Marie, "The real New World Order", *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 5, 1997.
- Sunstein, Cass. R., *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- Trujillo, Julio César, "El Estado en la Constitución", en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- , "La Constitución económica, más allá del neoliberalismo", en *Foro, Revista de Derecho*, no. 7, UASB/CEN, 2007.
- , *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, UASB/ CEN, 1994.
- , *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudios de Derecho Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2006.
- Trujillo, Julio César y Ramiro Ávila, "Los derechos en el proyecto de Constitución", en *La Tendencia*, Quito, ILDIS, 2008.
- Uprimny, Rodrigo, "¿Una sociología jurídica latinoamericana o un programa de investigación en sociología jurídica para América Latina? Un comentario al texto de García y Rodríguez" en Mauricio García, César Rodríguez, edits., *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003.
- , "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Valadés, Diego, edit., *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México D. F., UNAM, 2005.

Viciano, Roberto, “El modelo de control de constitucionalidad en el contexto de cambio de paradigma social y constitucional en América Latina”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2007.

-----, y Roberto Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Luis Ávila, *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012.

-----, y Rubén Martínez Dalmau, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Gaceta Constitucional*, No. 48, Perú, diciembre 2011.

-----, y Rubén Martínez, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de transición, 2010.

-----, y Rubén Martínez, *Cambio Político y Proceso Constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Caracas, Vadell Hermanos, 2001.

Wolin, Sheldon, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2001.

Wray, Alberto, “Pensamiento Jurídico Ecuatoriano”, *Biblioteca Básica del Pensamiento Ecuatoriano*, Quito, BCE y CEN, 1997.