

Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, 366 pp.

por Pablo Alarcón
Peña*

*E*l *derecho de los jueces*, de autoría del profesor colombiano Diego López Medina, se constituye en una de las principales obras que han aportado a la construcción y al cambio de la visión predominante del Derecho e *ius teoría* no solo en su país sino también en Latinoamérica. Dicha construcción se genera a partir de un análisis crítico de la concepción e influencia tradicional en el sistema jurídico colombiano del sistema de fuentes del Derecho de origen francés y español, comprendido desde el S. XVIII hasta finales del S. XIX y,

por tanto, del papel de subordinación que desempeñaba la jurisprudencia en relación a la ley bajo la escuela de pensamiento jurídico predominante en ese entonces, el formalismo jurídico.

En esa línea la obra parte de un análisis del contexto histórico del sistema jurídico colombiano, principalmente desde la vigencia de la Constitución colombiana de 1991, texto constitucional que marcó un cambio en la forma de entender y concebir el Derecho. De manera sucinta se pueden destacar de la obra capítulos interesantes relacionados con los conceptos y evolución que ha tenido la jurisprudencia en tanto fuente de Derecho en Colombia, la lucha permanente entre los distintos actores políticos por lograr el control y hegemonía de las fuentes, el sistema de precedentes en las altas cortes colombianas y, finalmente, un aspecto trascendental desde la concepción del *Derecho judicial*, la forma cómo alcanzar certeza, seguridad jurídica e igualdad, a partir de una fuente distinta a la ley en sentido formal.

Con este contexto el autor ofrece las herramientas para el manejo del Derecho jurisprudencial, el cual, por su rasgos característicos, difiere del Derecho legislado, es decir, cuenta con una serie de parámetros especializados, entre ellos, el análisis estático y dinámico del precedente jurisprudencial. Como se desprende del contenido del libro, quizás sus mayores contribuciones desde el punto de vista sociológico se concentran en su intento por sistematizar la jurisprudencia colombiana y, consiguientemente, generar un aporte para jueces y usuarios del sistema de administración de justicia.

Aun cuando los efectos positivos más palpables de la obra de López Medina se pueden percibir claramente en la dimensión pragmática del Derecho, ello no habría

* Secretario Técnico Jurisdiccional, Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. Docente del Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

sido posible sin el análisis pormenorizado de la dimensión abstracta del Derecho, que generalmente es menospreciado en nuestra cultura legalista; nos referimos en particular a la evolución de la *ius teoría* desde la concepción comparada del Derecho. En esa línea, considerando la relación con la experiencia jurídica ecuatoriana, y con la finalidad de facilitar la lectura del texto, se sugiere al lector que el capítulo final de la obra denominado “Teoría del derecho judicial: el papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica antiformalista del derecho” sea objeto inicial de lectura antes de abordar los capítulos iniciales del libro.

Por su importancia, haremos referencia al capítulo en mención. En él se ponen de manifiesto inicialmente las características y rasgos comunes de la escuela formalista y su influencia en la estructura del sistema de fuentes. Así, por ejemplo, durante el predominio de la escuela formalista del Derecho, el sistema de fuentes se caracterizaba, acorde con la influencia propia de los sistemas prestigiosos pertenecientes a la familia romano-germánica, por su estructura *ordenada-piramidal* en donde la ley de origen parlamentario se constituía en la fuente hegemónica del Derecho, dejando a otras fuentes ajenas a la producción legislativa una función auxiliar. Es así que, dentro del sistema ordenado de fuentes del Derecho de origen formalista, se parte de la plenitud y coherencia de la ley en sentido formal y se advierte la imposibilidad de realizar interpretaciones con carácter *post legislativo*. En cuanto a los efectos de las fuentes desde la dimensión formalista, la ley es la única autorizada para generar efectos *sistémicos*, dejando a la jurisprudencia, en tanto fuente subordinada a la ley, la generación de efectos exclusivamente *inter partes*. En definitiva, tal como lo destaca el autor, se parte de la confianza plena en la capacidad del legislador para regular *a priori* todas las circunstancias sociales que se puedan generar en el futuro.

Posteriormente, continuando en su análisis *ius teórico*, López Medina destaca desde el punto de vista del Derecho comparado una corriente de pensamiento jurídico antagónica al formalismo jurídico, muy propio de los sistemas jurídicos que integran la familia del *common law*; nos referimos al *realismo jurídico*. En ellos, como acertadamente analiza el autor, a diferencia de lo que sucede en el sistema ordenado de fuentes inherente al formalismo jurídico, la jurisprudencia desempeña un papel diferente, pues mientras la ley en sentido formal partía de una concepción de validez formal sustentada en los procedimientos de formación de la misma y en su carácter estático, el realismo jurídico se construye a partir de la dimensión sociológica del Derecho y, por tanto, evalúa su eficacia respecto a sus destinatarios. Desde esta dimensión sociológica, la jurisprudencia se constituye en la fuente hegemónica encargada de crear Derecho vivo, acorde con la sociedad que pretende regular y, por consiguiente, desconociendo cualquier tipo de Derecho objetivo, incluso los propios precedentes jurisprudenciales.

Ante esta relación de tensión entre las escuelas de pensamiento jurídico formalistas y realistas, concentrada principalmente en el planteamiento de tesis extremas sobre la hegemonía de dos fuentes distintas del Derecho (ley *vs.* jurisprudencia), se destacan en la obra una serie de *ius* teóricos de finales del siglo XIX, particularmente un grupo denominado “inquietos franceses”, liderado por pensadores como Francois Géný, Salleiles, Josserand, René David, entre otros, que reciben esa denominación por sus planteamientos por demás sorprendentes, respecto al papel que desempeña la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes, si consideramos que fueron educados bajo la influencia tradicional formalista francesa. Los inquietos franceses, integrantes de esta nueva escuela de pensamiento jurídico catalogada como *antiformalista*, a diferencia de la tesis principal del formalismo jurídico y, en coincidencia con la escuela de pensamiento predominante en el sistema angloamericano de la época, advierten una sensibilidad y cuestionamiento frente a la posibilidad de que la ley en sentido formal pueda continuar regulando *a priori* y hacia el futuro todas las circunstancias sociales que podrían generarse en la sociedad. De esta manera, los conceptos de coherencia y plenitud del sistema ordenado de fuentes del Derecho y la imposibilidad de realizar interpretaciones *post legislativas*, todas ellas características fundamentales del formalismo jurídico, sufren desde esta escuela de pensamiento jurídico una erosión considerable. Sin necesidad de recurrir a posiciones extremas, la escuela antiformalista se constituye como una *tesis intermedia*, que se puede sintetizar en los planteamientos de Roscoe Pound en 1933: “No tenemos que escoger entre el derecho concebido como un cuerpo de reglas y el derecho concebido como todo aquello que determina la acción del juez. El derecho es más complejo que un conjunto de reglas, pero tampoco es tan heterogéneo como para creer que sean fuentes de ese derecho todos los factores que ocurren en las salas de audiencias”.¹

Consecuentemente, el antiformalismo parte de la insuficiencia de la ley para regular todas las circunstancias de la sociedad y de la necesidad de contar con un juez activo que logre alcanzar la eficacia del Derecho objetivo. Se trata, en definitiva, de concebir que el Derecho no pueda bajo las circunstancias actuales, reducirse a la ley en sentido formal. En este punto se marca una diferencia categórica con el realismo jurídico, pues conforme señala el autor, no se pretende desconocer el Derecho objetivo, tampoco se parte de una pérdida de fuerza normativa de la ley, por el contrario, lo que se busca es revalorizar el papel de la jurisprudencia en tanto fuente, y dinamizar a partir de la hermenéutica al ordenamiento jurídico y a sus distintas fuentes del Derecho. Es así que, desde la escuela antiformalista, se parte de la

1. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, p. 274.

estructura de un sistema de fuentes *paritario*, en el que la jurisprudencia está en un nivel jerárquico igual al de la ley en sentido formal el momento en que la interpreta, muy similar a como opera el sistema de fuentes del Derecho angloamericano, en el cual es común el aforismo de que la Constitución es lo que el juez dice que es.

En definitiva, la escuela antiformalista destaca una revalorización de la jurisprudencia y resalta la necesidad de establecer distinciones entre lo que es una prescripción normativa y una norma, esta última producto de una necesaria interpretación de la primera. A consecuencia de este rol activo del juez, y de la insuficiencia de la prescripción normativa, se matiza la necesidad de contar con un parámetro de legitimidad en las decisiones de los jueces, la *argumentación científica*. Como se evidencia, producto del análisis que realiza el autor de la dimensión abstracta del Derecho en el capítulo 7 de la obra, y de la evolución de las distintas escuelas de pensamiento jurídico que allí se destacan, es posible comprender la utilidad que reviste el análisis de *El derecho de los jueces*, que se aborda a lo largo del libro.

Debe enfatizarse, acorde a lo analizado por el autor, que la realidad de una jurisprudencia revalorizada no es una circunstancia jurídica ajena a los sistemas jurídicos latinoamericanos, pues basta examinar sus ordenamientos para constatar que la influencia hegemónica y exclusiva de la familia romano germánica ha sido superada, encontrando, ahora, una clara influencia también de los sistemas pertenecientes al *common law*. Ante esta nueva realidad normativa latinoamericana, que se puede identificar en sistemas jurídicos como el colombiano, es preciso la generación de diálogos comparativos críticos con sistemas que cuentan con experiencia en el manejo y desarrollo de fuentes alternativas a la ley en sentido formal; ejemplo de ello es la obra del profesor Diego López Medina, que, más allá del análisis del Derecho judicial, nos brinda insumos importantes para la generación de una nueva visión y estudio del Derecho comparado desde la realidad de los sistemas latinoamericanos.

Finalmente, es importante destacar los aportes del libro respecto al caso ecuatoriano, sistema jurídico que, de manera similar a lo sucedido en Colombia con la Constitución de 1991, marca a partir de la vigencia de la Constitución de 2008 una serie de reconocimientos a la jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho objetivo; ejemplo de ello son los artículos 11 numeral 8 y 436 numerales 1 y 6 de la Carta Política ecuatoriana. Por otro lado, desde la dimensión abstracta del Derecho, el texto nos invita a cuestionarnos acerca de la escuela de pensamiento jurídico predominante en los sistemas jurídicos latinoamericanos contemporáneos. *El Derecho de los jueces* en definitiva, es un texto de consulta obligatorio para operadores jurídicos y académicos ecuatorianos.

Ramiro Ávila Santamaría,
El neoconstitucionalismo transformador: el Estado de Derecho en la Constitución de 2008, Quito, Ediciones Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar, 307 pp.

por Pablo Bonilla
Urbina*

El texto de Ramiro Ávila no se clausura a sí mismo, ya que obliga a una constante relectura por su extenso patrimonio semántico, que permite al lector tomarlo y retomarlo. La carga de conceptos con el que cuenta brinda la oportunidad para realizar un ejercicio hermenéutico permanente.

Al realizar la lectura de *El neoconstitucionalismo transformador*, he identificado tres factores que invitan a sumergirse en sus páginas. El primero es su carácter interdisciplinario, el segundo es la búsqueda de una identidad propia,

y el último es su carácter provocador y crítico.

Ramiro Ávila aboga por la interdisciplinariedad, que se encuentra transversalmente expuesta en toda su obra, llevando a la práctica a la misma, por lo cual no requiere de una justificación o defensa expresa,¹ salvo en pequeños pasajes donde manifiesta esta inclinación por el diálogo fluido entre saberes,² eliminando todo tipo de prejuicios relativos a este tema, como la limitación originada en la existencia de estructuras lingüísticas exclusivas y diversas al derecho, así, como también, en el escollo relativo al carácter autopoiético o autorreferencial de la ciencia jurídica.

Para entender estos inconvenientes de carácter epistemológico, y, posteriormente, adherirnos a la propuesta de Ramiro Ávila, resumimos las ideas expresadas por Minor Salas³ en uno de sus ensayos: el obstáculo de comunicación, entre campos de estudio e investigación, se debe a cada uno de ellos cuenta con herramientas metodológicas y conceptuales específicas, que impiden construir vínculos por la

* Abogado en libre ejercicio profesional.

1. En la presentación de la obra *El neoconstitucionalismo transformador*, surgió la sugerencia, de parte de José Vicente Troya, que Ramiro Ávila desarrolle su concepción relativa a la interdisciplinariedad en futuras ediciones. No obstante, opino que la mejor forma de alegar por ella no es su descripción, o su motivación filosófica, sino en su aplicación directa, como lo hace Ávila, en el transcurso de todo el texto.
2. Ávila considera que la teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia deberían colaborar para transformar la realidad a partir del texto constitucional, evadiendo toda inclinación de autosuficiencia de estas disciplinas. Ver Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, p. 154.
3. Minor Salas, "Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas: ¿Impostura intelectual o aspiración científica?", en *Revista de Ciencias Sociales*, No. 113-114, San José, Universidad de Costa Rica, 2006, pp. 55-69.

ausencia de un lenguaje compartido o neutral que permita un diálogo entre juristas e investigadores de otras áreas sociales.

Las palabras o términos tienen sentidos o aplicaciones distintas, en cada paradigma de conocimiento. Por ejemplo, el lenguaje jurídico consta de categorías abstractas y aceptadas convencionalmente, no reproducibles en otras disciplinas que se basan en antecedentes empíricos. Además, el uso de lenguajes particulares condicionan la comprensión por parte del sujeto de las manifestaciones fenomenológicas de la realidad. Por ello, la producción de vocablos específicos, a cada espacio del saber, que en un inicio eran instrumentos técnicos para captar el mundo exterior, luego se convirtieron en barreras para la aprehensión del objeto de estudio, ya que su proceso de acercamiento está predeterminado por el lenguaje seleccionado.

Otro de los problemas del Derecho es el considerarlo como un sistema cerrado, autosuficiente, con capacidad para generarse a sí mismo, es decir, de originar sus propios elementos, preservarlos e interpretarlos sin ayuda o auxilio de otra disciplina.

Por lo tanto, el derecho se convierte en autorreferencial, en un círculo vicioso compuesto solo por componentes normativos, ya que el propio Derecho establece de forma autónoma sus exclusivos dispositivos de nacimiento, mutación y extinción. Sin embargo, hay una realidad que afecta el desarrollo y aplicación del orbe jurídico que no puede ser entendida dentro de los límites autoimpuestos por el Derecho. Al criticar este carácter autopoiético que impide la interdisciplinariedad, Ávila señala que el Estado de Derecho incorporó la idea equivocada de que el Derecho tiene un grado de autosatisfacción e independencia, que no necesita de otras ciencias, e incluso no precisa de la propia realidad, ya que el Derecho se remite al fruto exclusivo de la función legislativa, es decir, a la ley.⁴ Ávila, al final de su obra, aspira a sacar al Derecho de la “burbuja autorreferencial”⁵ a la cual se ha remitido, para exigir su comunicación con otras ciencias, con el único fin de promocionar nuevos arquetipos de construcción social que permitan una transformación en beneficio de los peor situados.⁶

En defensa de la postura interdisciplinaria de Ramiro Ávila, rescatamos la conclusión dada por Minor Salas, que expresa que la principal barrera para desarrollar un trabajo compartido e integral entre áreas de saber diferentes se encuentra en la disposición de los sujetos cognoscentes, en su voluntad por ser partícipes de una labor intelectual conjunta y vinculada, en la que se deje de lado la vanidad por el conocimiento especializado y reduccionista.⁷

4. Ver Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador...*, p. 137.

5. *Ibid.*, p. 274.

6. *Ibid.*

7. Minor Salas, “Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales...”, p. 68.

En búsqueda de una identidad jurídica, que permita la construcción de un pensamiento propio sin desconocer o rechazar los aportes constitucionales occidentales.

Para Ávila, es indispensable asumir el reto de crear y aceptar formas de organización política, diferentes a las patrocinadas por Europa occidental.

Sin duda, el neoconstitucionalismo del viejo continente ha brindado aportes significativos, entre los cuales tenemos: a) la priorización de los aspectos sustanciales o dogmáticos de la Carta Fundamental, como son los derechos en ella establecidos; b) la rigidez constitucional, que implica la imposibilidad por parte de la función legislativa de introducir cambios al texto fundamental por mecanismos ordinarios; c) la aplicación directa de los derechos constitucionales sin que se necesite desarrollo legislativo previo; d) la creación de dispositivos de control constitucional concentrado o difuso en caso de transgresión de normas fundamentales.⁸

Así mismo, Ávila destaca las siguientes contribuciones del neoconstitucionalismo latinoamericano: a) la ampliación de los derechos en las cartas constitucionales de América Latina, en las cuales se recogen los derechos económicos, sociales y culturales, fruto de la lucha de los movimientos sociales y de la aceptación por parte del constituyente de la existencia de demandas no cubiertas a grupos vastos de la población;⁹ b) la implementación del control mixto de constitucionalidad, que significa que los jueces ordinarios supervisan la aplicación correcta de la Constitución en los casos concretos y, simultáneamente, la Corte o Tribunal Constitucional crea decisiones de carácter abstracto que contienen fuerza vinculante general;¹⁰ c) la posición proactiva del Estado, garantizando de esta manera la cobertura de los derechos fundamentales, estimulando una conducta estatal solidaria y comprometida, y evitando una actuación neutral y subsidiaria;¹¹ d) por medio del constitucionalismo económico, el Estado debe fomentar modelos de desarrollo que tengan como fin la igualdad y la equidad;¹² e) en cuanto al presidencialismo reforzado, Ramiro Ávila considera que, más que un aporte positivo a la ingeniería constitucional, esta figura institucional permite un debilitamiento de la democracia participativa, una concentración excesiva del poder y una tentación al caudillismo y al populismo.¹³ Para Ávila, sería una opción válida un régimen semiparlamentario.¹⁴

8. Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador...*, pp. 53-54.

9. *Ibid.*, pp. 60-63.

10. *Ibid.*, p. 64.

11. *Ibid.*, pp. 65-69.

12. *Ibid.*, pp. 69-70.

13. *Ibid.*, pp. 71-73.

14. *Ibid.*, p. 115.

El tratamiento de la crisis, tanto del Estado como del Derecho contemporáneo, por parte de académicos europeos, es insuficiente para adoptarlo de forma integral en nuestro contexto; ya que dicho diagnóstico se basa en una realidad distinta a la de la región andina, la cual sufrió la imposición de un sistema colonial, que permanece a través de estructuras patriarcales de subyugación.¹⁵ Por ello, el modelo jurídico, es aquel que tome en cuenta un proceso de descolonización, que integre y reconozca a grupos humanos que fueron marginados de los beneficios sociales.¹⁶ La respuesta occidental restringida al Estado es débil e imperfecta, porque el mundo andino está conformado por una diversidad de pueblos, que se ordenan a través de aparatos organizativos distintos a los oficiales. Por lo tanto, es necesario el reconocimiento de estas estructuras institucionales y normativas que se encuentran al margen de la cultura hegemónica y que promueven conceptos distintos, como la democracia comunitaria o los modelos de desarrollo alternativos al extractivista.

Recogiendo el pensamiento de Boaventura de Sousa Santos, Ávila resalta el aporte del constitucionalismo posmoderno, en especial, el denominado “constitucionalismo oculto”,¹⁷ llevado a cabo por los pueblos aborígenes, ya que este “constitucionalismo antiguo de los ayllus”¹⁸ contiene características de distribución de la riqueza, de reconocimiento de la diversidad,¹⁹ que, unido a los otros constitucionalismos contemporáneos en una comunicación y trabajo permanentes y compartidos, pueden ser una fuente de transformación y emancipación. Para Boaventura de Sousa Santos esto se convertiría en un “neocostitucionalismo experimental”,²⁰ que se alimenta de y coexiste con el neoconstitucionalismo de raíz europea y el de raíz latinoamericana.

Relacionado con el mismo tema, Ávila asume riesgos al proponer nuevas categorías jurídico constitucionales para entender el contexto de la región andina, como la expresión “estado de derechos”, que, por un lado, el autor, justifica desde el punto de vista de la diversidad, como el reconocimiento por parte de la estructura estatal de los distintos ordenamientos normativos que conviven simultáneamente en un mismo espacio territorial; por lo tanto, uno de los criterios esgrimidos para entender el término “estado de derechos” sería la pluralidad jurídica, que implica a su vez una multiplicación de las fuentes del derecho.²¹ La argumentación de Ávila a su nueva

15. *Ibid.*, pp. 75-76.

16. *Ibid.*, pp. 76-77.

17. *Ibid.*, p. 85.

18. *Ibid.*, p. 202.

19. *Ibid.*, p. 85.

20. *Ibid.*, p. 239.

21. *Ibid.*, pp. 123-134.

expresión ha sido impugnada, puesto que se considera repetitivo e innecesario recalcar una característica que se puede enmarcar dentro del concepto de plurinacionalidad.²² Sin embargo, mi opinión es que la noción de “estado de derechos” sería adecuada ante un proceso que requiere legitimación permanente como la aceptación y vigencia de instituciones y sistemas jurídicos diferentes a los oficiales.

El último de los factores que invitan a la lectura de la obra *El neoconstitucionalismo transformador*, de Ramiro Ávila, es su disposición al debate permanente, ya que considera su propuesta conceptual y metodológica como un “saber crítico que cuestiona y se cuestiona”,²³ como un “neoconstitucionalismo inconforme e incompleto”²⁴ y, por lo tanto, susceptible de crítica y autocrítica; en fin, una obra no cerrada en sí misma, no terminada, sino una obra abierta a la discusión, una obra en construcción no solo en plano estrictamente teórico sino también en el plano práctico.

22. Crítica realizada por el Dr. Agustín Grijalva en la noche de presentación de la obra.

23. Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador...*, p. 239.

24. *Ibid.*

Agustín Grijalva Jiménez,
Constitucionalismo en Ecuador, t. 5, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011, 290 pp.

por María Elena
Jara V.*

Constitucionalismo en Ecuador es una obra que agrupa y sistematiza varios artículos del profesor Agustín Grijalva, docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar. Los *términos del proceso de constitucionalización* en el país constituyen el hilo conductor entre los componentes de esta obra, orientada por una premisa clara: a pesar de que es claro que el fenómeno de la constitucionalización —es decir, “la irradiación gradual de la Constitución sobre el Derecho, las instituciones y la política”—¹ está marcando nuestra época, existen varias contradicciones e inclusive retrocesos en la vigencia de la Constitución en nuestro país. En este contexto, la obra se centra en dos temas: derechos y justicia constitucional, previa una introducción sobre los cambios más importantes introducidos en la Constitución de 2008 frente a su antecesora.

SOBRE LA VISIÓN PANORÁMICA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

El autor analiza las modificaciones relevantes introducidas por la Constitución de Montecristi, en comparación con la Constitución de 1998, valiéndose de cinco ejes de reflexión: el fortalecimiento del rol del Estado en la economía; derechos y garantías; plurinacionalidad; nuevas funciones: participación y función electoral; y, organización territorial. Este panorama general se complementa con un análisis sobre el fundamento constitucional de la nueva economía,² que persigue determinar las características del sistema económico, etiquetado por la Constitución vigente como *social y solidario*.³ En este estudio, uno de los pocos que se han generado sobre este tema desde la perspectiva jurídica en el país, se establecen y analizan cinco principios rectores del nuevo ordenamiento económico: el ser humano como sujeto y fin; el equilibrio en la relación sociedad-Estado-mercado; la armonía con

* Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional/Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, 2011, p. 17.
2. Parte del libro elaborada con la colaboración de Julio César Trujillo.
3. Art. 283 de la Constitución de 2008.

la naturaleza; el *sumak kaway*; y la relación entre economía social y solidaria y plurinacionalidad. El ejercicio hermenéutico desarrollado en este capítulo, principalmente a través de la interrelación de normas constitucionales, para perfilar los contornos de conceptos tan amplios y tan importantes en la Constitución vigente, como economía *social*, economía *solidaria* y *buen vivir*, es particularmente interesante desde mi punto de vista.

SOBRE LOS DERECHOS⁴

El autor plantea inicialmente la cuestión de las tensiones y complementariedades entre democracia y derechos humanos. Para explicar las tensiones, el profesor Grijalva contrapone al constitucionalismo⁵ con la teoría democrática de la Constitución.⁶ El primero, caracterizado por establecer derechos humanos, indiscutibles e intocables por las mayorías políticas coyunturales, a fin de evitar que estas erosionen indebidamente los derechos. La segunda, orientada por la idea de la inexistencia de derechos intocables que deban ser abstraídos de la decisión ciudadana, y defensora de que sean los ciudadanos los que definan la extensión de los derechos. El autor canaliza críticamente los aportes de estas tendencias hacia una reflexión sobre la participación ciudadana, y procesos de reformas constitucionales, partiendo de la premisa de que es falsa la dicotomía que se suele plantear entre mantener los derechos estáticos o cambiarlos permanentemente, pues, si bien los derechos mantienen un contenido mínimo, son al mismo tiempo objeto de desarrollo y regulación. El profesor Grijalva concluye este tema destacando que son más las complementariedades que las tensiones entre derechos humanos y democracia, y subraya la importancia de los derechos humanos en el diseño de políticas públicas.

Ya en ámbitos específicos, el autor estudia la situación de los derechos de propiedad, relativos al ambiente, y de acceso al agua, dentro de un contexto más amplio que explora el régimen constitucional de la biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles, y recursos naturales; los avances y límites en el fortalecimiento de derechos colectivos, en conexión con los conceptos de plurinacionalidad e interculturalidad; la situación de derechos sociales, en el marco del fenómeno de la migración; y, la evolución de los derechos políticos de las mujeres en el contexto nacional; todos estos, temas relevantes para la consolidación de un Estado auténticamente democrático.

4. Sobre este tema, del mismo autor se puede consultar, por ejemplo: “Derechos humanos y democracia en Habermas”, en *Filosofía e historia del derecho*, Bogotá, 2010, pp. 255-272.

5. Corriente de la cual el autor escoge a Luigi Ferrajoli como representante.

6. Corriente de la cual el autor escoge a Roberto Gargarella como representante.

SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Este tema ha sido ampliamente estudiado por el autor.⁷ En la obra materia de revisión, Grijalva inicia su exposición mediante un análisis de los sistemas de control constitucional adoptados por el Ecuador a lo largo de su historia republicana, segmentada en tres períodos: soberanía parlamentaria (de 1830-1945); surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional (1945-1996), y desafíos de institucionalización (de 1996 hasta el presente).⁸

Posteriormente, el autor enfoca el tema de la independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador, como condición indispensable para la efectividad de la Constitución. Una de las reflexiones más interesantes, por los efectos prácticos que se vislumbran, es la atinente a la relación inversamente proporcional entre acceso a la justicia constitucional y eficiencia de la misma. El autor se refiere a lo acontecido con el amparo bajo la Constitución de 1998, cuyo diseño permitía en teoría mayor acceso a justicia constitucional, pues todos los casos llegaban al Tribunal Constitucional. Sin embargo, la congestión de casos repercutía en la calidad de los fallos y en la disponibilidad del Tribunal Constitucional para concentrarse en casos en los que se podía generar jurisprudencia más importante. La mayor protección de derechos era por lo tanto, solo aparente. Bajo estas consideraciones, el autor explica cómo se procedió a reformar la Constitución de 2008, permitiendo a la Corte seleccionar los casos a resolver, como sucede en otros países. Se impone la evaluación de este sistema, permisivo de un grado alto de discrecionalidad de la Corte, que, como el mismo autor expone, debería compensarse con un alto nivel de profesionalismo de quienes son miembros de tal Corte.

En este capítulo se tratan finalmente dos temas relevantes: las evoluciones de las garantías constitucionales en la Constitución de 2008 frente a la Constitución de 1998, con énfasis en las garantías jurisdiccionales: acción de protección, acción extraordinaria de protección, hábeas corpus, acción de incumplimiento, acceso a la información pública y hábeas data. La acción extraordinaria de protección es analizada con mayor detenimiento. Entre los aspectos más interesantes, se encuentra el análisis de las corrientes antagónicas que conviven la vigente Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expedida en el 2009: “una de corte garantista, acorde con la Constitución, que busca desarrollar las garantías e

7. Ver especialmente la disertación mediante la cual el autor obtuvo su título de PhD en la Universidad de Pittsburg, titulado “Courts and political parties: the politics of constitutional review in Ecuador”, disponible en [http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva_agustin_2010_etd.pdf], acceso: 13.I.2012.

8. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en el Ecuador*, p. 169.

instituciones constitucionales. Otra, restrictiva de las garantías, anclada en el formalismo y legalismo, que se expresa en disposiciones de la misma ley de dudosa constitucionalidad”.⁹ Finaliza el autor subrayando la necesidad de que se desarrolle jurisprudencia constitucional que corrija e interprete la normativa legal que se aparta del norte constitucional.

En conclusión, *Constitucionalismo en Ecuador* constituye otro aporte relevante del profesor Grijalva para el desarrollo de esta rama del Derecho en el Ecuador. La lectura de esta obra es ampliamente recomendable para quienes buscan un análisis de la evolución del constitucionalismo en el país, en el que se conjuguen corrientes doctrinarias, antecedentes fácticos y desarrollos normativos, con relación a los temas expuestos.

9. *Ibid.*, p. 254.