

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR  
SEDE ECUADOR**

**COMITÉ DE INVESTIGACIONES**

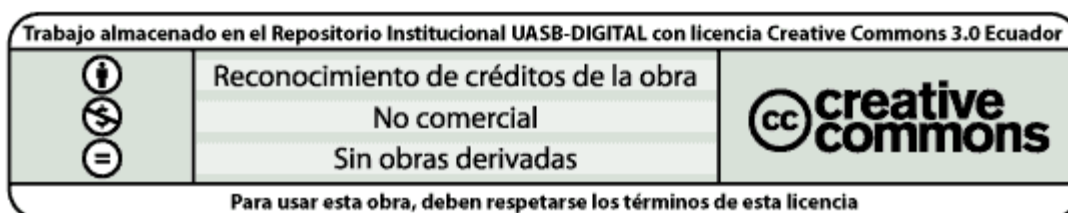
**INFORME DE INVESTIGACIÓN**

**CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

**BOLIVAR SANDRINO LEMA QUINGA**

**Quito- Ecuador**

**2012**



Datos del Autor:

Bolívar Sandrino Lema Quinga

Ex alumno U.A.S.B

Domiciliado: Ambato, barrio Ficoa, calles Aceitunas s/n y Chamburos

Teléfonos 32 421342-32 421175; celular 098322054

Correo Electrónico: bolivarlema hotmail.es

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

## INDICE

- 1.- Antecedentes del Cambio de Estado Legalista a Constitucional de Derechos
- 2.- Concepto de Constitución y Supremacía de la Misma
- 3.- El Derecho como Sistema de Fuentes y Garantías
- 4.- Los Principios de Orden Constitucional
- 5.- La Transición de la Legalidad a la Constitucionalidad del Derecho
- 6.- La Legalidad y su Función como Componente de Constitucionalidad
- 7.- El Proceso de Constitucionalidad del Derecho, sus Efectos y su Difusión
- 8.- La Constitucionalidad y la Desconstitucionalización del Derecho
- 9.- La Jurisprudencia del Juez Constitucional, como fuentes principal del derecho en el Estado Constitucional
- 10.- El Operador de Justicia y su Rol en el Proceso de Constitucionalidad del Derecho
- 11.- El Debido Proceso y su Relación con la Constitucionalidad del Derecho
- 12.- Presente y Futuro del Constitucionalismo Moderno

## Introducción

Constitucionalizar el derecho implica aceptar que en los actuales momentos el centro de regulación del ordenamiento jurídico, ya no es la ley porque cumplió su ciclo, sino al contrario, es la fuerza vinculante de la Constitución que se ha convertido en el núcleo o verbo rector de la nueva arquitectura jurídica.

Es así que nuestro trabajo parte de elementos o conceptos importantes, sobre la Constitución, los derechos fundamentales con sus garantías, el debido proceso desde los parámetros de la Ley Fundamental, la función del Juez dentro de un nuevo Estado; para luego desembocar en la trascendencia de los fallos de los operadores de una justicia constitucionalizada, que responde a la filosofía del constitucionalismo que se recoge en nuestra Carta Magna, que en varios pasajes así lo proclama y reitera con mayor contundencia cuanto trata sobre la supremacía de la misma, en cuya pirámide se encuentra en tercer orden la ley y, en la cúspide la Constitución.

Esta transformación responde a la identificación del Estado Constitucional de Derechos, que proclama el Artículo 1 del Código Político nuestro; a todo lo cual hay que sumar el aporte que generan las nuevas corrientes del derecho Moderno, entre las cuales se cuenta el Neoconstitucionalismo, así como el aporte de gran valía que representan las ideas de versados en el tema, como Luigi Ferragolí, Louis Favoreau, que son referentes en esta nueva percepción del derecho y señalados frecuentemente en nuestro trabajo.

Hoy en día no cabe discutir que la ley cumple una función secundaria dentro de la constitucionalización, en donde el Juez tiene la calidad de garantista no del proceso sino de los derechos fundamentales de las personas; siendo por lo tanto, que ese cambio ha motivado que la institución denominada “debido proceso” tenga la categoría de derecho constitucional, cuyas reglas elementales son de ineludible cumplimiento, como lo veremos en nuestro trabajo.

## Resumen

Constitucionalizar el derecho resulta una tarea que involucra, no solo a los operadores de justicia, sino a los abogados y la sociedad en su conjunto, porque aquello significa desarrollar nuestra conducta, en armonía con la filosofía del Estado Constitucional de Derecho y Justicia, conforme así se define el Ecuador en el Artículo 1 de la Constitución de la República.

Entonces, nuestro trabajo tiene como núcleo, llevar a consideración de ustedes, una serie de ideas, reflexiones, críticas con respaldo de estudios de varios autores, que han desarrollado el tema relativo a la constitucionalidad del derecho, para luego de la confrontación de ideas doctrinales con las nuestras, obtener una conclusión que permita afirmar cual “debe ser” la forma de interpretar y aplicar el derecho en los actuales momentos, teniendo como centro de regulación del ordenamiento jurídico a la Constitución que es la fuente de las fuentes del derecho contemporáneo, conforme lo vemos en nuestro trabajo.

## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

### 1.- ANTECEDENTES DEL CAMBIO DE ESTADO LEGALISTA A CONSTITUCIONAL DE DERECHOS.

En el proceso histórico-político el término Estado ha sufrido transformaciones en su esencia misma, que hoy en día nos obliga a replantear nuestras ideas, porque las corrientes del pensamiento jurídico que gobiernan en los actuales momentos, así lo imponen.

Un Estado cualesquiera que fuere su denominación requiere de condiciones jurídicas mínimas, para su funcionamiento, caso contrario su propia existencia se encuentra en peligro.

En la transformación del concepto de Estado la Revolución Francesa y, la Declaración Universal de los Derechos del Ciudadano, tiene un aporte de gran significación, porque se marca la división de poderes – funciones – y el reconocimiento de la existencia de derechos a favor de las personas, aún cuando la visión y regulación de los mismos es de tipo legalista, más no constitucionalista; y, aquella percepción tiene su propia lógica, porque responde al momento y circunstancia histórica que ocasionó su origen, como no puede ser de otra manera.

La conformación de un Estado responde en gran medida a las aspiraciones políticas, como también a la necesidad de gozar de seguridad jurídica de un grupo social, que guardan armonía e identidad entre si en varios aspectos de tipo material y espiritual que los identifican.

La necesidad de un cambio que involucre las aspiraciones de orden social, que luego se reflejan en el tipo de Estado que se adopte, ha motivado el tránsito histórico del Estado Legalista hasta llegar al llamado, Estado Constitucionalista moderno.

Es así, que del Estado de libre mercado que se preocupa del cumplimiento de la ley, en todas las facetas de producción, no reconoce o ignora el valor trascendental que tiene la Ley Fundamental en la estructura del régimen jurídico, peor aun conceder derechos básicos a las personas porque aquello significaría contrariar su propia naturaleza.

En nuestro medio debemos recordar que en el año 1998, al adoptar una nueva Constitución, nuestros legisladores constituyentes decidieron identificar al Ecuador, en calidad de Estado Social de Derecho, conforme así lo definía el Artículo 1 de la anterior Ley Fundamental, lo cual significó un avance muy significativo.

Claro está que ese tipo de Estado significó al menos en teoría, un cambio en la concepción misma de la sociedad política y jurídicamente organizada, en cuyo caso los derechos humanos plasmados en el trabajo del constituyente de aquel entonces, ganaron terreno en la medida que fueron reconocidos creándose mecanismos de protección o tutela.

En este tipo de Estado se empieza reconociendo la supremacía de la Constitución, pero las fuentes del derecho no cambiaron para nada, porque la ley siguió siendo el centro de regulación en todos los escenarios; y, el legislador el único creador de derechos.

Debemos mencionar que este tipo de Estado de una u otra forma, significó un avance en el camino hacia otra forma más apropiada de organización política- jurídica, lo cual siempre genera resistencia, porque el poder político ofrece variadas y constantes trabas en los cambio que experimenta tosa sociedad, con mayor razón cuando se trata de limitar su intervención para generar pesos y contrapesos, que obligan al gobernante ha someterse, supeditarse al control del poder, que es justamente lo que ocurre en un Estado Constitucional de Derechos.

La Constitución del año 2008 reconoce que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Social, Democrático, entro otras cosas, conforme así lo identifica el Artículo 1 de nuestra Ley Fundamental.

Es decir, nuestro constituyente recoge las tendencias actuales del constitucionalismo moderno y, lo plasma en la Ley Suprema, al que garantiza derechos fundamentales a favor de los gobernados, frente al gran poder que desde siempre ha gozado el Estado, mismo que en los actuales momentos se encuentra sometido al derecho y, no de manera inversa como ocurría en fechas remotas.

Lo indicado determina la supremacía de la Constitución que rige frente a todos, no solo en lo formal, sino también en lo material. En la producción de las normas jurídicas obliga al legislador que su labor o tarea de legislar tenga conformidad con los mandatos constitucionales, porque caso contrario las normas jurídicas pierden eficacia o validez, ante la declaratoria de inaplicabilidad por parte de un Juez, o de inconstitucionalidad por la Corte o Tribunal Constitucional, según el caso, en virtud del control de constitucional que para el efecto contempla el Código Político.



Varias Constituciones modernas en diferentes latitudes recogen la tendencia actual del constitucionalismo; y, al igual que la nuestra consagran expresamente el principio de supremacía de la Constitución, imponiendo al efecto que en caso de incompatibilidad de la ley con la Constitución, se deben aplicar las disposiciones constitucionales.

La supremacía y el fundamento insoslayable en el ordenamiento jurídico, que tiene la Constitución se ha consolidado fuertemente en América Latina, en donde la gran mayoría de los países aceptan la preeminencia de la misma, que controla tanto a gobernantes como gobernados, porque tiene el carácter normativo inmanente cuya idea básica es alcanzar “el deber ser”, que ha sido asumido por la comunidad con el carácter de obligatorio y, que en caso de incumplimiento se activan con plena libertad e independencia, los mecanismos de control que contempla la propia Constitución, que son al mismo tiempo instrumentos de auto protección.

Entonces, el paso de un tipo de Estado a otro depende, no solo de la adopción de una nueva Constitución, sino sobre todo del cambio cultural que experimente esa sociedad en conjunto, en donde cumplen un rol significativo todos los ciudadanos que lo integran, al empoderarse de los contenidos que tienen la Constitución; y, exigir su cumplimiento, así como también los jueces los legisladores, las autoridades de cualquier nivel que fuere, porque deben conocer sobre el verdadero y efectivo propósito que entraña un Estado Constitucional de Derechos, como el nuestro cuya temática lo abordamos a continuación.

## 2.- CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y SUPREMACÍA DE LA MISMA.

Debemos empezar con algunos conceptos relativos al término Constitución, para luego en un instante determinado esbozar uno propio, procurando ser lo más acertado posible.

Entonces, partiremos diciendo que la Ley Fundamental es el; “instrumento jurídico político que a mas de estructurar el Estado viabiliza el pacto social de un pueblo; esto es, que contempla el tipo “de gobierno que éste quiere, regula las relaciones jurídicas entre el pueblo y su gobierno, las obligaciones que éste tiene para con sus gobernados...”<sup>1</sup>, instrumento fundamental de gobernabilidad que reconoce libertades y derechos de sus asociados, que fija límites al racionales al poder del Estado; “convirtiéndose en instrumento jurídico político de obligatoriedad bilateral (pueblo-gobierno)...”.<sup>2</sup>

Es decir, la Constitución es el instrumento fundamental de conformación del Estado que regula la relación entre el gobernante y gobernados, estableciendo derechos y libertades fundamentales, así como mecanismos de control del poder público. Se afirman que la Ley suprema es “un instrumento jurídico que tiene por objeto concreto el de garantizar el carácter representativo de todos los órganos del poder y, al mismo tiempo, establece los limites eficaces de actuación del poder...”.<sup>3</sup> Por ende, el concepto de Ley Fundamental se construye sobre la base de la soberanía del pueblo y, con un

---

<sup>1</sup> Edwar Vargas Araujo, *Constitucionalidad y Derechos Humanos*, Quito, Inredh, Enero-Junio 1998, p. 6.

<sup>2</sup> Edwar Vargas Araujo, *Constitucionalidad y Derechos Humanos*, Quito,... p. 6.

<sup>3</sup> Francisco Rubio Llorente, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional No 76*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.27.

contenido determinado que se refiere a los derechos, libertades fundamentales, distribución y control del poder y su organización política.

Hemos de entender entonces que la Constitución es el “complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas capaz de trazar las líneas maestras del mismo ordenamiento...”;<sup>4</sup> es decir, es la esfera de regulación jurídica más elevada del ordenamiento del Estado, que impone sus mandatos consagrados por el legislador Constituyente.

En nuestro cotidiano caminar por las aulas universitarias en tiempos pasados y, hoy en el ejercicio diario de la profesión, en forma permanente hemos invocado y en los actuales momentos, con mayor insistencia el término Constitución, mismo que siempre lo relacionamos con el origen del Estado, la estructura, los derechos, los órganos de control; en una palabra, tiene el significado propio de orden político, que al mismo tiempo le distingue de cualquier otro cuerpo normativo de la estructura jurídica.

El propio concepto Constitución entraña una estructura o jerarquía de normas jurídicas, en cuya cúspide se encuentra la Carta Fundamental, que en el Estado Constitucional de Derechos como el nuestro, es el centro de regulación del sistema, que garantiza los derechos fundamentales de las personas, controla el poder; establece pesos y contrapesos, para evitar el abuso o degeneración de ese poder, entre otras cosas.

La supremacía de la Constitución está dada en la medida en que, en efecto los niveles de regulación del sistema jurídico en su conjunto, guardan conformidad en el

---

<sup>4</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 149

fondo y forma con los mandatos constitucionales, que bajo ningún concepto deben ser inobservados, violentados; porque la Constitución establece la validez del trabajo del legislador en la creación de ley, mediante mecanismo de control que no puede ni debe contrariar el mandato del legislador constituyente, consagrado en el Código Político.

Es decir, la supremacía de la Constitución determina que la creación normativa de un órgano constituido, quede sujeta a normas fundamentales que son el límite de su validez, cuyo cumplimiento es obligatorio por imposición del constituyente, para la propia existencia del Estado, según la filosofía que inspira su conformación o cambio de sistema.

La ubicación que ocupa el Código Político en la estructura de un sistema jurídico, determina su nivel de imposición o regulación en los otros niveles de un mismo sistema jurídico, porque establece “directa e indirectamente una vinculación para todos los órganos del Estado, incluidos los de aplicación...”;<sup>5</sup> para permitir la convivencia pacífica en sociedad.

Aceptamos entonces la supremacía de la Constitución, con respecto a la legislación y a todo acto de aplicación de la ley; es decir, en otras palabras la tarea del legislador así como de toda autoridad encargada de aplicar la creación legislativa, se encuentra condicionada su validez, aplicación en tanto y en cuanto, guarden sindéresis con la Ley Suprema, porque en la regulación de las normas de orden inferior, es necesario que impere la jerarquía de los preceptos constitucionales, porque el orden jurídico es “ un conjunto orgánico y escalonado de normas que va desde la norma

---

<sup>5</sup>Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel S.A., 1987, p. 16.

fundamental – la Constitución- hasta los actos de ejecución material, a través de las normas generales...”.<sup>6</sup>

La condición de validez que impone la Constitución respecto a las normas secundarias de la regulación jurídica, tiene como propósito la unidad y desarrollo armónico del ordenamiento jurídico, porque los actos de creación y aplicación de la ley tiene que ceñirse a los principios constitucionales, para que tengan validez y vigencia caso contrario no, porque la Constitución prima por sobre las demás normas jurídicas.

De tal forma, que en virtud de la jerarquía se acepta sin discusión alguna que la Constitución, es norma suprema y fuente principal de derechos, generando incluso “La sumisión de todos los poderes públicos a la constitución...”,<sup>7</sup> porque se reconocen principios de justicia material, no solo formal.

La jerarquía de las normas de orden constitucionales que se ubican en el primer peldaño, en la estructura o arquitectura jurídica impone que las normas, infra constitucionales, no pueden ni deben contrariar los preceptos que se consagran en la Ley Suprema, en atención estricta a su jerarquía porque cada nivel de la estructura, tiene afinidad entre si y formando un todo coherente.

La Constitución que se ubica en la cúspide de la pirámide jurídica determina el procedimiento, que el legislador ha de seguir para la elaboración de las normas secundarias, porque éstas debe incluso desarrollar los preceptos constitucionales; siendo entonces, otra de las condiciones para el sometimiento de una ley al Código

---

<sup>6</sup>Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, Bogotá, Temis S.A., 1992, p. 109.

<sup>7</sup> Cristina Pardo Schlesinger y Carlos Parra Dussan, *Teoría Constitución, Universidad del Rosario*, Bogotá, 2006, p. 75.

Político, estableciendo una gradación del ordenamiento jurídico que el Estado debe garantizar, para su propia existencia.

Es por aquella diferencia que prevalece los preceptos de la Constitución, en la regulación de las normas jurídicas secundarias, en cuanto a su creación y aplicación para mantener la unidad del orden jurídico, porque “cada norma realiza y objetiviza, al aplicarla, el contenido de la de grado superior, en una a modo de reproducción restringida de aquella, labor que envuelve a un mismo tiempo, participación en la creación del derecho...”.<sup>8</sup>

Unidad del orden jurídico que se complementa por la afinidad imperiosa de la norma de grado inferior, para que tenga validez la creación del legislador, que siempre deberá observar la norma de grado superior que tiene la calidad de fundamental y de aplicación directa.

En el caso nuestro el Artículo 424 de la Constitución de la República, claramente determina los niveles de unidad jurídica; señala la estructura de la arquitectura jurídica, ubicando como no puede ser de otra forma a la Constitución en el primer peldaño o “andamio”, de aquella estructura establecida por el constituyente de Montecristi del año 2008.

En efecto, nuestro Código Político en el artículo ya señalado cuando trata de la supremacía de la Constitución, expresa que “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre otra del ordenamiento jurídico...”,<sup>9</sup> dejando en claro la jerarquía de la

---

<sup>8</sup>Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, Bogotá, Temis S.A, 1992, p. 60

<sup>9</sup>Ediciones legales, *Constitución de la República*, Quito, 2010, p. 185.

misma sin excepción alguna, en respuesta lógica a la filosofía del Estado Constitucional de Derechos.

Se refiere además que toda norma y los actos del poder público deben mantener armonía, conformidad con las disposiciones constitucionales; en cuyo caso involucra la interpretación y aplicación de la ley, desde la Constitución por cualquier autoridad, ya sea en lo administrativo como en lo judicial.

Incluso, en el evento de existir divorcio entre los preceptos de una ley y la Constitución, aquella carece de eficacia jurídica por mandato de la propia Ley Suprema, misma que a fin de evitar cualquier tipo de fraude que se quiera introducir en el orden jurídico, en forma técnica en el artículo 425, cuando habla del orden jerárquico de aplicación de las normas, establece que en primer lugar opera la Constitución, luego los Tratados y Convenios Internacionales, las leyes orgánicas, entre otros niveles de regulación.

En cuya jerarquía cuenta el principio de competencia y en caso de conflicto, entre normas de distinto nivel, la Corte Constitucional, los Jueces, las autoridades administrativas, así como los servidores públicos, lo resolverán aplicando la norma de mayor jerarquía, para lograr aquella unidad jurídica que requiere todo Estado; porque toda persona; autoridad e institución sin excepción alguna, están sujetos a la Constitución, como lo refiere el artículo 426 de la Ley Fundamental, que trata sobre la supremacía de la misma.

### 3.- EL DERECHO COMO SISTEMA DE FUENTES Y GARANTÍAS.

Como producto de las guerras a nivel mundial, ante la necesidad de racionalizar las cosas y regular las relaciones en sociedad; convencidos que los gobiernos totalitarios habían contribuido en la confrontación interna y externa, se presenta la alternativa de aplacar los efectos nocivos de la

segunda guerra mundial, ante lo cual el ser humano ve la necesidad de constitucionalizar los derechos fundamentales de las personas, en aras de alcanzar una verdadera tutela de los derechos de los asociados; aparece una urgencia ineludible para establecer garantías mínimas aplicables a todo proceso judicial.

Aquella imperiosa necesidad tiene como esencia fundamental conseguir que en el futuro los derechos básicos del hombre se respeten; así como imponer que el legislador no viole o desconozca los llamados derechos fundamentales, toda vez que su poder no debe invadir espacios que frente a una nueva visión, están prohibidos, vedados; debiendo, al contrario mediante su labor desarrollarlos al máximo grado de expresión y aplicación, sin restricción alguna.

Para alcanzar la constitucionalización de los derechos fundamentales, se encuentra al proceso como el mejor elemento para constitucionalizar el derecho, es así que una serie de países comienzan a partir de mediados del siglo XX, con una serie de cambios y hasta reformas en sus Constituciones, pues resulta lógico que aquel propósito empiece con la base fundamental de toda estructura jurídica; esto quiere decir, que la Carta Suprema aparece como el instrumento apropiado para establecer un nuevo orden de cosas; y, por ende el ámbito político y social no resulta ajeno a dicho fin, porque constituyen los escenarios apropiados de respuestas a los cambios que exige la sociedad.

La protección de las garantías mínimas de las personas en un proceso, para ser objeto de algún tipo de reproche de orden judicial, debe contar con un instrumento de garantías mínimas para la realización y eficacia de dicho fin, que tiene la categoría de derecho constitucional.

Los derechos fundamentales frente a la necesidad de protección presentan una internacionalización, es así como aparecen y se adoptan Cartas y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, demostrando el interés de protegerlos fuera de los límites de un Estado, porque



son derechos supra estatales que tienen que ser respetados, garantizados por todos los Estados, por la vinculación y subordinación que tienen en el derecho internacional.

Con la internacionalización de los derechos fundamentales por influencia de los Derechos Humanos, se busca cubrir los espacios relativos a los derechos civiles, políticos y sociales, todo esto surge como respuesta al fenómeno de las inmigraciones masivas por lo que resulta más que necesario su protección, dada la categoría de derechos fundamentales que son aplicables a todas las personas, sin importar la ciudadanía o nacionalidad que los identifique.

Todo derecho que se instituye para beneficio de las personas naturales o jurídicas, por lógica requiere de garantías jurisdiccionales que aseguren su vigencia y efectividad, porque no basta solo su proclamación, sino su real vigencia para que tenga sentido haberles otorgado el rango de fundamentales en la Constitución de la República.

Estamos entonces frente a la relación derechos y garantías, que permiten la real vigencia con el carácter de fundamentales de los derechos humanos, que trascienden los linderos patrios para internacionalizarse, en procura de proteger al máximo a las personas; producto de lo cual surge la constitucionalización del derecho, que entraña un cambio de aptitud y actitud de todos frente al derecho, partiendo del respeto a la Carta Magna que en sus artículos busca “satisfacer las finalidades explicativas y operativas que con ellas se persiguen...”.<sup>10</sup>, en el afán de cambio imperiosos que persigue un Estado Constitucional de Derechos como el nuestro.

La jurisprudencia sobre libertades y derechos Fundamentales, juega un papel preponderante en la constitucionalización del derecho, que procura como fin último la “unificación del derecho...”.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías La Ley del más Débil*, Trotta, Madrid, Editorial, 2001, p. 59.

<sup>11</sup>Louis Favoreau, *Legalidad y Constitucionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 37.

Para el efecto, se requiere en gran medida del llamado bloque de constitucionalidad que a manera de cimientos, permitan la sustentación de una concepción distinta del derecho; es cuando, toma una real dimensión y vigencia los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, que en virtud de la jurisprudencia que sobre el tema se ha desarrollado, encuentra la mejor forma de hacer presencia real y efectiva en el ordenamiento jurídico.

El empeño por alcanzar la constitucionalización del derecho, encuentra en las Constituciones rígidas, el mejor aliado para dicho fin; así como, también en las Convenciones y Tratados sobre Derechos Humanos, que buscan proteger al máximo los derechos fundamentales.

El derecho pre moderno impone una visión distinta de las instituciones jurídicas de una sociedad, liberada de la influye del positivismo jurídico clásico en la regulación de los problemas de orden legal, para la solución de los problemas individuales o colectivos; porque la existencia y validez de una norma no depende únicamente de las formas de producción, sino de su positivización, es decir de la forma como nace al ordenamiento jurídico, respetando el fondo y la forma que exige la Constitución de una República.

Los derechos fundamentales aparecen “como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva...”.<sup>12</sup>, generando así un cambio en la naturaleza del derecho clásico y por ende, la mera legalidad sede terreno a la legalidad sustancial vinculada indisolublemente con la Constitución, para ser la reguladora de la existencia de las normas; porque la ley se encuentra sometida a vínculos, no solo formales sino sustanciales en armonía perfecta con los principios y los derechos fundamentales, consagrados en la Carta Suprema de un Estado.

Cuando hablamos de constitucionalizar el derecho aquello comprende un cambio de visión, no solo del operador de justicia, sino también dicha tarea corresponde a las autoridades

---

<sup>12</sup>Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías La Ley del más Débil*, Trotta, Madrid, Editorial, 2001, p. 66.

administrativas, así como a los particulares, que deben observar y aplicar las normas constitucionales en todos sus actos para su vigencia plena.

Para constitucionalizar el derecho urge contar con un gran abanico o stock de normas constitucionales; y, luego con un instrumento de difusión de dichas normas; todo esto a cargo del propio Estado, por medio de verdaderas políticas de difusión del Estado de los derechos fundamentales, para que los integrantes de una sociedad sin distinción alguna conozcan la realidad y vigencia de sus derechos básicos, que de una u otra manera garanticen la propia existencia de la sociedad, que en su modernidad ha construido un sistema de justicia constitucional, que recogen la gran mayoría de los países en sus Códigos Políticos, entre los cuales se cuenta el Ecuador, que se define como Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Es decir, se establece la constitucionalización del derecho en todos sus órdenes o materias, convirtiendo al debido proceso en el mecanismo apropiado para dicho fin, asegurando garantías básicas que no pueden ni deben ser soslayadas bajo concepto alguno.

En éste nuevo orden de ideas se comprende a la Constitución como una regla del derecho, conforme menciona Louis Favoreau en su obra ya citada; incluso las normas constitucionales son de aplicación directa, sin necesidad de requerimiento de parte ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, conforme lo reconoce el N° 4 del artículo 11 de nuestra Carta Magna, cuya aplicabilidad no se encuentra condicionada al desarrollo legislativo.

Claro está que el desarrollo legislativo que se ve plasmado en las leyes, debe guardar armonía con la Ley Suprema y, al mismo tiempo permitir la efectividad de las normas constitucionales en su máxima expresión, caso contrario no tendrían razón de existir sino procurasen su vigencia plena en todos los escenarios del derecho.

El debido proceso es uno de los escenarios mas apropiados para la constitucionalización del derecho, sumado a lo cual tenemos la presunción de inocencia, el derecho a la defensa en su más amplia expresión sin limitación, contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa, son entre otras cosas garantías básicas de orden constitucional, no solo de legalidad como en etapas remotas así se lo comprendía, en donde su inobservancia como garantías pasaba más que desapercibida.

#### 4.- LOS PRINCIPIOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL

Cabe indicar que las normas se pueden expresar como reglas y como principios; y, en el Estado Constitucional se manifiestan por principios y reglas, que se encargan de crear “derechos subjetivos a los destinatarios de los mismos...”,<sup>13</sup> es decir, en provecho de las personas.

Estos principios que se encuentran positivados en la Constitución, vinculan por igual a todas las personas llámese gobernantes y gobernados, con el poder público que se encuentra limitado.

Cuando hablamos de principios constitucionales debemos comprender que aquellos no cumplen, una función organizadora o estructural, sino que establecen un precepto de conducta “un deber ser”, una categoría normativa que impone la condición de su cumplimiento irrestricto y, que no requiere de ningún método para su interpretación y aplicación.

Los principios consagrados en la Ley Suprema se imponen en todo el ordenamiento jurídico, porque vinculan el poder público con los asociados; porque un principio significa el comienzo, el primer instante de una cosa, que bajo ningún concepto puede o debe ser considerado como algo accesorio o complementario.

---

<sup>13</sup>Jorge Zabala Egas, *Derecho Constitucional*, Neo constitucionalismo y Argumentación jurídica, Guayaquil Edilex S.A., 2010, p. 283.

De manera que los principios constitucionales equivalen a un “postulado rígido, infranqueable, intangible, indiscutible, inmodificable y carente de excepciones...”<sup>14</sup>, que no admite su vulnerabilidad o incumplimiento, porque es el fundamento de un sistema, representan los valores supremos de la arquitectura jurídica de un Estado, dirigidos a los aplicadores del derecho que se caracteriza por su considerable, grado de generalidad y exigibilidad superlativa, que ha sido aceptado por todos.

Y cuando hablamos de principios siempre nace la idea de aquello que constituye la base, el sustento la esencia misma de algo; la justificación axiológica de las cosas, que concede identidad material al ordenamiento jurídico que impregnan carácter; y, en el caso de los principios constitucionales estos “no puede ser modificado, derogado o subvertido de ninguna manera por cuanto hacerlo significaría desnaturalización de la filosofía incorporada en la Carta...”<sup>15</sup>.

Entendemos, por un lado que los principios establecen la identidad del ordenamiento jurídico, que elige un Estado para así definir su propia identidad filosófica, ya sea como Estado de Derecho, Social de Derecho, o Constitucional de Derechos, etc; principios que consagrados en la Constitución, imperan sobre todos los gobernantes y gobernados, sin excepción alguna por su categorización y fuerza vinculante e indisoluble, que impone su sello de autenticidad.

Más, en caso de conflictos entre principios de igual o similar categoría – constitucional – el intérprete de la norma o principio, se enfrenta a un problema de hermenéutica jurídica, que bajo un nuevo orden de casos que contempla el constitucionalismo, se soluciona en virtud de las técnicas de ponderación y armonización para no afectar el contexto.

---

<sup>14</sup>Álvaro Orlando Pérez Pinzón, *Los Principios Generales del Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 19.

<sup>15</sup>Álvaro Orlando Pérez Pinzón, *obra citada*, p. 22

Es decir, estas dos herramientas o instrumentos aplicables, contribuyen a solucionar un conflicto entre principios constitucionales de similar categoría, en procura de una solución justa, sin generar discriminación que provoque un desequilibrio en las relaciones interpersonales entre gobernantes y gobernados, o entre particulares.

De manera que los principios de orden constitucional gozan de una forma particular de interpretación, incluso extensiva porque siendo parte de la Ley Fundamental que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, se debe procurar su vigencia plena; y, como tal priman por sobre otros principios de tipo legal que se encuentran en otro nivel. Cuando opera la ponderación se debe tomar en cuenta el mayor grado, valor de un principio por sobre otro similar grado y, la preeminencia que se debe hacer de uno respecto de otro, opera “siempre sobre la base de decidir con fundamento en lo más justo a lo menos injusto...”.<sup>16</sup> .

Entre tanto, cuando hablamos de armonización de principios significa: la “búsqueda de solución teniendo en cuenta que una Constitución – y un ordenamiento jurídico – es una unidad, que sus disposiciones no se pueden mirar aisladamente y que sus normas, en caso de tensión entre ellas deben ser concordados ...”.<sup>17</sup> , imponiéndose una necesaria e ineludible armonización dentro de la arquitectura constitucional, para no generar fisuras peor aun grietas en el sistema, que culminaría con el colapso del propio Estado, cualesquiera sea su definición que adopte en atención a su Constitución.

Por consiguiente las normas constitucionales “reconocen principios de justicia material...”<sup>18</sup>, que son desarrollados en forma progresiva a través de normas secundarias, porque es obligación del Estado garantizar el pleno reconocimiento y ejercicio a todas las personas.

---

<sup>16</sup>Álvaro Orlando Pérez Pinzón, *obra citada*, p. 22

<sup>17</sup>Álvaro Orlando Pérez Pinzón, *obra citada*, p. 22

<sup>18</sup>Cristina Pardo y Carlos Parra Dussán *Teoría Constitucional*, Bogotá Universidad del Rosario, 2006, p. 77

Los principios establecen la identidad del sistema constitucional que adopta cada Estado; y, “expones postulados ético – políticos o proposiciones de carácter técnico – jurídicos, vinculados a aspectos vitales del Estado, tales son los casos del origen, ejercicio y organización del poder político; así como la relación entre gobernantes y gobernados...”.<sup>19</sup>

Cabe recordar que los principios aseguran la consagración y efectibización de los valores y fines constitucionales, que establecen la guía o modelo rector para el manejo y cumplimiento de la propia Constitución.

Esos principios de tipo u orden constitucional son importantes para la solución de conflictos normativos, que son reconocidos como fuente formal de derechos por el sistema jurídico; principios que establecen cierta jerarquía o nivel de aplicabilidad, constituyendo al mismo tiempo un instrumento de unidad orgánica e integridad del ordenamiento jurídico.

Siendo además que los principios constitucionales “no sólo están ponderados, sino que requieren de la ponderación, pues ésta es su forma de aplicación característica...”.<sup>20</sup> ; y, establecen al mismo tiempo en virtud de normas, lo que “debe ser” impregnando carácter al sistema jurídico, en donde la tarea de interpretar, aplicar e integrar la Constitución, se verifica de “manera lógica, armonía y sistémica...”.<sup>21</sup>, imponiendo un patrón de conducta para gobernantes y gobernados, que se expresan por medio de normas que el Estado Garantiza su fiel cumplimiento.

## 5.- LA TRANSICIÓN DE LA LEGALIDAD A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO

En la construcción de una nueva visión del derecho están involucrados, tanto operadores de justicia, fiscales, abogados y la sociedad en su conjunto, que es en definitiva quien recibe el servicio

---

<sup>19</sup> *Tribunal Constitucional Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Enmarce R. I. R. L., Lima, 1999, p. 620.

<sup>20</sup> Cristina Pardo y Carlos Parra Dussan, obra citada, p. 78.

<sup>21</sup> *Tribunal Constitucional, Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Enmarce E. I. R. L., Lima, 1999, p. 620.

de justicia, como una contraprestación obligatoria que tiene todo Estado con relación a sus asociados.

Para el objetivo antes mencionado, debemos reflexionar sobre los inconvenientes que hasta el momento vivimos, varios de aquellos como producto y hasta legado de los viejos esquemas mentales, que se han enraizados fuertemente, convirtiéndose muchas veces en un círculo vicioso, que afecta toda la institucionalización de un colectivo, e impide la prestación de un servicio público ágil, eficiente, como la justicia, para así brindar seguridad jurídica a todos.

En una sociedad globalizada resulta imperioso cambiar y hasta redefinir ciertos conceptos, a fin de que se encuentren acordes con el tiempo; es así que, cuando hablamos de constitucionalizar el derecho debemos entender como un enfoque distinto en cuanto a la naturaleza y aplicabilidad del derecho.

La legalidad en algún momento histórico de la sociedad cumplió su ciclo de regulación, quizá me atrevería a pensar que llegó a su máximo esplendor en la Revolución Francesa, claro está que en ese momento histórico nadie se atrevería a discutir sobre el valor absoluto de la ley para regular los problemas en la sociedad.

Cuando se habla de igualdad, de fraternidad, de justicia, en una etapa de evidente transformación social, aquello en el fondo implica que se estaba observando de distinta manera todo el esquema legal, que por fuerza de las arbitrariedades de la monarquía se había desgastado el poder. Frente a lo cual aparece la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que trasciende los linderos de Francia y hoy, regula en todo el mundo, inspirados en el objetivo de alcanzar la igualdad de todos ante la ley, bien supremo que en las Constituciones anteriores y actuales del Ecuador, una u otra manera se ha consagrado.



La herencia de un viejo sistema resulta extremadamente pesada, sobre todo cuando, corrientes nuevas irrumpen en el mundo jurídico y obligan, ha alinearnos en otras posiciones, aunque penosamente tenemos que aceptar que, una gran cantidad de sociedades como la nuestra se resisten a ese cambio, y una muestra de aquello es que los fallos o resoluciones de los Tribunales o Juzgados, todavía se encuentran impregnados de indiscutible legalidad y, la Constitución solo en contados casos que no superarían los dedos de una mano, se la menciona de manera fugaz y en la mayoría de casos termina ignorada, sin ser la viva expresión de regulación del derecho moderno.

Es cuando vemos la imperiosa necesidad de constitucionalizar el derecho, para empezar ha caminar por un nuevo sendero, que permita la realización plena de la Constitución, como base fundamental o centro de la regulación de una sociedad.

Cabe resaltar que el aporte de la jurisprudencia constitucional hoy en día, juega un rol importante en la medida que la explicación del alcance de un principio, un valor o derecho de orden constitucional, permite extraer la esencia misma de aquello y de lo abstracto de una norma, nos introduce en lo concreto de una regulación jurídica, con una visión distinta del derecho a la que tradicionalmente nos habíamos acostumbrado.

Como producto de un sistema desgastado y diría hasta atrofiado por el concepto de legalidad, debemos aceptar que el derecho en todas sus facetas ha entrado en crisis y, por ende hasta la razón jurídica sufre de este mal; es cuando urge replantear las cosas y reorientar los conceptos bajo el punto de vista constitucional en relación al derecho. La legalidad entró en crisis y debemos entender que “Dejo de ser la fuente suprema y su conformidad con la Constitución es menester, para que cumpla el rol de ser un complemento en la regulación de la convivencia en sociedad”...<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Loguis Favorean, *legalidad y constitucionalidad*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, año 2000, p. 10.

En el Estado legalista la ley era considerada la “única fuente del derecho verdadero; dicho de otro modo era la fuente de fuentes...”<sup>23</sup>; hoy en día la Constitución es la fuente de fuentes del derecho.

Pero aquella concepción de que la ley era el centro del sistema de fuentes, en la actualidad resulta tremendamente absurdo, pues guste o no la legalidad ha dejado de ser el centro del sistema y, los afectados jurídicos de las fuentes dependen ya no de la ley, sino de la Constitución.

Tenemos que aceptar que el Estado legalista el orden o prelación de aplicación de la ley ha sido afectado; esto, no quiere decir que la ley hubiere dejado de ser un componente de la regulación jurídica; lo cierto es que la ley ha cedido espacio y por lógica cubre todos los ámbitos la Constitución, que en toda sociedad se ha convertido en elemento transformador de la estructura jurídica, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

El tránsito del Estado Legalista al Estado Constitucional, es obvio que no resulta fácil o sencillo peor aun de simple maquillaje jurídico; al contrario, implica una profunda transformación, no de títulos en una Constitución, sino de concepciones y realidades que cambien hábitos de la escuela clásica del derecho, tan enraizada en la mentalidad de quienes intervienen en la labor de justicia, por una constitucionalización del derecho.

A estas alturas la ley ya no resulta adecuada en la estructura del Estado de Derecho, tanto es así que bien podríamos decir que la legalidad resulta absorbida por la constitucionalidad, exigiéndose de la ley su armonía, tanto en la forma como en el fondo con sus preceptos, sin que bajo concepto alguno puedan contrariarla.

Hoy en día el eje de todo ordenamiento jurídico es la Constitución y, la legalidad resulta un componente de la constitucionalidad, porque nos encontramos ante esta nueva visión del derecho,

---

<sup>23</sup>Loguis Favorean, *obra citada*, p. 10.

porque es una especie de “activación de los textos constitucionales por parte del Juez Constitucional...”.<sup>24</sup>, que en nuestro medio debe ser patrimonio de todo operador de justicia, cuya obligación es velar por el respeto de la Constitución, en primer orden y luego de la legalidad; tarea que resulta extremadamente dura, compleja pero que es necesario asumirla con empeño en un momento de transformación del orden jurídico a nivel mundial.

Cuando hablamos de constitucionalizar el derecho, surgen en nuestra mente una serie de ideas que hasta colisionan entre si, porque al habernos formado dentro de los esquemas de legalidad del derecho aquello afecta en gran medida a esa nueva visión que debemos demostrar, debiendo recordar que la falta de certeza ante las incoherencias de la ley, la abundancia de normas, se presentan como males propios del sistema de legalidad, acompañada de una ausencia de sistemas de garantías de los derechos, ya sea individuales o colectivos; a lo cual también se suma la crisis de Estado Nacional, como dice Luigi Ferrajoli en su obra *Derechos y Garantías, La Ley del Más Débil*, situación que terminó alterando el sistema de fuentes del derecho.

En el sistema legalista la constitucionalización el derecho, pasa desapercibido porque aquella terminología bien podríamos afirmarlo resultaba enteramente ajena al medio, en donde el centro de la estructura jurídica era la ley por sobre toda las cosas, en cuyo sistema juega un papel preponderante los principios generales del derecho, y su aplicación a las distintas materias llámese civil, penal, laboral, etc.

Bajo la constitucionalidad del derecho, la legalidad es de sus componentes, cuyo elemento integrador, ha cambiado ostensiblemente en razón de la activación constitucional, que en buena parte ha debido combatir la supralegalidad, enraizada fuertemente en países como Inglaterra,

---

<sup>24</sup>Loguis Favorean, *legalidad y constitucionalidad...*p. 29.

Finlandia, Luxemburgo, en cuyos escenarios la constitucionalidad debe redoblar su esfuerzo para su vigencia afectiva.

Para entender el derecho desde una nueva visión cabe indicar que la constitucionalidad, reemplaza la legalidad en las dos funciones esenciales, como fuente de fuentes; y como elemento regulador de los valores esenciales o fundamentales, convirtiéndose la Constitución en el eje central de regulación, que recoge la expresión del legislador constituyente que ha partir de la determinación, de valores o principios fundamentales se convierte en la esencia misma de una nueva arquitectura jurídica, que permite la interpretación amplia de las normas constitucionales, para alcanzar la realización plena sin restricciones, particular que no ocurre con la ley.

En efecto, es la Constitución la que aparece como garante del contenido esencial de los derechos fundamentales, más no la legalidad; lo cual representa al mismo tiempo un cambio en el status de la ley, que se ubica en un tercer orden porque ha cedido espacio, dando paso a la Constitución como el primer peldaño o nivel de la regulación en el orden jurídico en todas las materias.

## 6.- LA LEGALIDAD Y SU FUNCIÓN COMO COMPONENTE DE CONSTITUCIONALIDAD

Conforme proclama nuestra Carta Suprema el Artículo 11, No. 3, los derechos y garantías establecidas en la misma, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor publico, administrativo o judicial, ya sea a petición de parte o de oficio; lo cual significa que bajo la percepción de un Estado Constitucional de Derechos, las leyes “pierden el papel de activación de los textos constitucionales y se limitan a una tarea de ejecución...”.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup>Loguis Favoreau, *legalidad y constitucionalidad...*p. 23.

Frente a la constitucionalidad del derecho el principio de legalidad, está incluido dentro de una nueva visión de regulación que sufre una transformación, porque en ella lo esencial ya no es la ley, sino la Constitución; de tal forma que la jerarquía, la competencia y la habilitación en la regulación jurídica ya no es la ley sino la Carta Suprema, que es uno de los matices que identifican al Estado Constitucional.

En esta nueva visión del derecho los jueces juegan un papel fundamental, porque en gran medida-al recibir una petición de tutela de un derecho o valor fundamental-se transforman en jueces constitucionales, como así lo establece el Artículo 86 de la Constitución, cuando al hablar de las garantías jurisdiccionales en el N° 2 de la norma jurídica invocada, concede competencia para conocer al Juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión que vulnere alguna garantía de orden constitucional.

En estas circunstancias vemos que al Juez se le entrega un rol protagónico en un nuevo tipo de Estado y, por ende en una nueva visión del derecho, tarea que para los operadores de justicia constituye un reto, que exige una constante capacitación para así abandonar los esquemas mentales del Estado Legalista y, adentrarnos en una verdadera transformación del derecho que se traduce en la constitucionalidad del mismo.

De tal forma que la legalidad cede espacio y se convierte en componente de constitucionalidad, lo que genera un cambio radicalmente sobre la percepción del derecho, siendo que la Constitución emprende su posicionamiento en todo el orden jurídico que ha de regular, para así convertirse en el primer nivel infranqueable de la nueva arquitectura jurídica; siendo que la ley se constituye en fuente secundaria del ordenamiento jurídico; entre tanto la Carta Suprema abandona su pasividad que tiempo atrás tenía y se convierte en la fuente de fuentes del derecho.

Por consiguiente, al convertirse la Constitución en fuente de fuentes, se presenta dos consecuencias importantes que cabe mencionarlas, a saber: por un lado el legislador no puede restringir ni extender sus competencias como creador de las normas secundarias de regulación social, porque en caso de proceder de forma contraria abre la puerta a una acción de inconstitucionalidad de las leyes, ante la violación de su tarea principal; entre tanto, el otro espacio de intervención de la Carta Suprema es aquel relativo a la ejecución de las leyes y la regulación de sus actos, que deben guardar conformidad con la propia Constitución, misma que bajo ningún concepto pueden o deben contrariarla.

Una reflexión que conviene hacer o quizá una aclaración que resulta oportuna, es aquella relativa al cabal entendimiento de aquello que entraña la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, que no comprende una anarquía o un desorden permanente del derecho en todas sus facetas.

Al contrario, lo que se busca es transformar la visión que sobre el derecho, tenemos por habernos formado bajo la escuela legalista, pensando que la ley es la fuente de las fuentes del ordenamiento jurídico, sin haber tomado en cuenta para nada a la Constitución; lo cual en los momentos actuales nos obliga a cambiar sustancialmente nuestro punto de vista por el momento histórico que vivimos.

La aplicación del derecho no responde a una simple fórmula matemática, o ha confrontaciones insulsas; muy por el contrario, se traduce en el acoplamiento de los hechos conocidos del caso en relación con la norma positiva, partiendo de la esencia misma de todo ordenamiento jurídico, estos es desde la Constitución, que se ha transformado en el centro o en el núcleo de toda estructura jurídica, porque aporta con valores fundamentales que la legalidad jamás ha poseído.

Todo esto, porque en la humanidad las conflagraciones bélicas que ha debido pasar, han dejado huellas en dos facetas distintas: en lo político y jurídico, puesto que los problemas sobre derechos humanos, que aparecen luego de la segunda guerra mundial, trastocan el orden tradicional del sistema jurídico.

Por ello es entendible, que ante una nueva visión del derecho y la doctrina tradicional, formada bajo la sombra del Estado Legalista, se ofrezca resistencia a la jurisprudencia del Tribunal o Corte Constitucional, que se va formando en un Estado Social de Derechos o Constitucional de Derechos, que son distintos al primero de los tipos de Estados ya mencionados.

## 7.- EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO, SUS EFECTOS Y SU DIFUSIÓN.

Frente a sociedades extremadamente cambiantes, dinámicas y hasta volubles, podríamos decir que urge cambiar los esquemas mentales de todos, para que las nuevas teorías que sobre el derecho se van construyendo, encuentre suelo fértil, que avizore una real y efectiva visión, distinta de aquella que bajo el criterio legalista pretende mantenerse ha ultranzas, porque el derecho de los años 40 o 50, no es el mismo del año 2010; particular que de una u otra manera obliga ha sincerarse a todos para despojarnos de complejos o prejuicios y, asumir un cambio de mentalidad que beneficie al conglomerado en su conjunto.

Los cambios generan resistencia, pero no debemos continuar con una actitud pasiva, es hora de asumir con entereza la tarea de trazar un nuevo sendero, en la interpretación y aplicación del derecho, despojándonos de individualismo, permitiendo que las nuevas corrientes del pensamiento jurídico, ingresen a nuestras neuronas para conseguir en efecto, la humanización del derecho que ubique al ser humano como principio y fin de un esquema jurídico, de protección de derechos fundamentales, para la realización plena de las mujeres y los hombres en todas las facetas.

La legalidad ya cumplió su cometido en la historia de la humanidad, no puede continuar siendo el centro de regulación de los conflictos individuales o colectivos, es hora de darle el lugar que le corresponde a la Carta Suprema, que en el Estado Social de Derechos y con mayor razón en el Constitucional, es el eje o centro de gravitación en torno al cual se estructuran o giran los demás niveles del esquema jurídico, con armonía y equilibrio.

El principio de legalidad se encuentra subordinado a la Constitución, lo cual en definitiva implica un cambio de paradigmas en el derecho, porque obliga que toda ley para su validez, cumpla con dos condiciones: la una relativa a su forma de producción; y, la otra concerniente a su contenido, que deben mantener afinidad o coherencia con los principios establecidos en la Constitución de la República.

Entonces, en el Estado Constitucional en gran medida se va disciplinando la labor del legislador, en cuanto a la creación de la ley, que debe observar en el fondo y forma los mandatos de la Carta Magna; se establecen al mismo tiempo prohibiciones y obligaciones relativas a los principios fundamentales, que son una expresión plena de democracia que garantizan los derechos constitucionales, para lo cual se establecen mecanismos de protección, frente a los abusos del poder.

Constitucionalizar el derecho implica también transformar radicalmente, niveles culturales e institucionales como así lo reconoce Luigi Ferrajoli en su obra titulada Estado de Derecho, que reflejan el momento histórico por el cual atraviesa o debe atravesar una sociedad, que obligatoriamente tiene que asimilar esos cambios de esquemas mentales, para dar una respuesta apropiada a la regulación del derecho, con una visión constitucional, ya no legalista.

El derecho actual con su renovada concepción tanto en su naturaleza como en la aplicabilidad, entraña una composición de reglas y principios que son positivizados, tanto en la Constitución como en la ley, que cumplen un rol importante en la estructura jurídica, porque las



reglas lo refuerzan; entre tanto los principios desempeñan un papel constitutivo en la arquitectura jurídica.

Desde todo punto de vista hemos de aceptar que el derecho ha sufrido un enorme cambio, en cuanto a su propia concepción, mucho más en su aplicabilidad en los momentos actuales, puesto que sus principios se han transformado como producto del constitucionalismo moderno, evolución que se va presentando en forma permanente y que se evidencia, en la evolución de la estructura jurídico-político de la organización del poder; cambios fundamentales que presentan un escenario distinto de aquél que hemos tenido en un Estado legalista, toda vez que frente al constitucionalismo moderno, la idea de limitar el poder es una constante en la estructura del Estado.

El constitucionalismo moderno se va reflejando con el transcurso del tiempo, en las Constituciones de varios Estados, entre los cuales se cuenta a Ecuador obviamente, que siguiendo la línea de una visión moderna, hemos desembocado en el Neo-constitucionalismo.

Como consecuencia de esa transformación el concepto de Estado de Derecho, también a experimentado cambios, generándose al mismo tiempo la constitucionalización del ordenamiento jurídico, en donde juega un papel sumamente relevante la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, como también la jurisprudencia.

Esto en definitiva denota el cambio de paradigmas en el derecho, en donde la ley imperativamente debe guardar conformidad con las reglas y principios constitucionales, incluso los Tribunales Constitucionales de los Estados modernos, gozan de la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, tanto por el fondo como por la forma cuando resultan contrarias a los preceptos de Ley Fundamental.

El cambio de visión del derecho responde a la crisis del principio de la legalidad, que debido a la inflación legislativa como a la disfunción del lenguaje legal, ocasionaron su deterioro como

centro o núcleo del ordenamiento jurídico; a lo cual se suma, la existencia de normas de derecho de tipo comunitario, regionales y hasta continentales, como por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica, normativa jurídica que trasciende las fronteras de los Estados y, que sirven para regular las relaciones a nivel regional en procura de la defensa de derechos fundamentales, que no son de tipo estatal sino de naturaleza mundial.

Es necesario entender que la integración que buscan los Estados, no solo es de orden económico y político, sino también alcanza el escenario de lo jurídico e institucional, en donde intervienen como factores preponderantes la globalización y, como consecuencia de aquello obviamente la internacionalización del derecho, presentándose la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que en gran medida condiciona la legislación, la jurisprudencia e incluso la doctrina, a una nueva visión del derecho en donde prevalece la figura del ser humano por sobre todas las cosas, persona que tiene el poder en sus manos que anteriormente estaba en el Estado.

En la línea del cambio de mentalidad que sobre el derecho se visualiza, como una necesidad imperiosa para regular las relaciones sociales, cuando hablamos de constitucionalizar el ordenamiento jurídico, implica la existencia de varias condiciones, a saber:

1. Existencia de una Constitución rígida, cuyas normas constitucionales no pueden ser derogadas, ni modificadas, sino en virtud de un procedimiento especial establecido en la propia Carta Fundamental, procedimiento que es distinto a aquel de formación de leyes.
2. Que la Constitución esté revestida de garantías propias que la protejan como Carta Fundamental, entre lo cual encontramos sistemas de control constitucional, cuyas modalidades no vamos hacer referencia para no distraernos del motivo fundamental de nuestro trabajo.

3. Se reconoce la fuerza vinculante de la Constitución, que condiciona y establece una nueva forma de concebir al derecho, y sobre todo en cuanto a su aplicabilidad cuyo núcleo fundamental es la propia Constitución, ya no la ley como ocurría en el Estado legalista; elemento al cual se suma también, la importancia de los principios y valores constitucionales que actúan como pilares o columnas del nuevo ordenamiento jurídico en un Estado Constitucional, que le da su fisonomía propia.
4. La determinación sin discusión alguna de que la ley no puede ni debe escapar del control constitucional, ya sea en el fondo o en la forma; en cuya labor tiene una tarea relevante el Tribunal o Corte Constitucional, según el caso en cada país, cuyo pronunciamiento tiene fuerza vinculante; porque, justamente es el encargado de velar por la vigencia plena de la Carta Suprema, así como también tiene a su haber la interpretación exclusiva de las normas constitucionales.
5. Frente a la Constitucionalidad del ordenamiento jurídico, la aplicación en forma directa y de oficio de las normas, principios y valores constitucionales, es la característica propia que identifica a un Estado Social de Derechos, así como al Estado Constitucional y Social como el nuestro; aplicación que es un imperativo de orden constitucional, para cualquier Juez o autoridad en cualquier controversia, para cuyo efecto las leyes deben ser interpretadas desde la Constitución para su aplicación.

En nuestra tarea por el cambio sobre la percepción y aplicación de un nuevo derecho, bajo esquemas mentales distintos juega un papel relevante los operadores de justicia y, con mayor fuerza vinculante la Corte Constitucional, todos ellos encargados de declarar y reconocer el derecho, en aras de brindar seguridad jurídica, teniendo como materia primordial las normas constitucionales, sin desmerecer el valor que tienen las leyes en armonía con el mandato constitucional.

Es bueno mencionar que “el constitucionalismo consiste en una técnica dirigida a limitar el poder y garantizar derechos...”<sup>26</sup>, para encontrar el equilibrio indispensable que se requiere en la relación gobernantes-gobernados, neutralizando todo tipo de excesos del poder para beneficio de la sociedad en su conjunto; por ello se han creado sistemas de garantías de los derechos fundamentales, que brindan seguridad jurídica que es un imperativo del Estado Constitucional.

La constitucionalización del derecho comprende todas sus áreas sin excepción alguna, porque interesa lograr un efecto multiplicador que alcance a todas sus manifestaciones, porque la adecuación de la nueva legislación tiene que inspirarse en los postulados consagrados en la Norma Suprema, para desarrollar sus principios, que al mismo tiempo identifican el tipo de Estado que consagra en el Código Político.

Como producto de esa transformación es lógico que las ideas, los conceptos y la interpretación del derecho, se expresen de diferentes maneras, no bajo la línea tradicional del legalismo; lo que a su vez impone, una depuración del ordenamiento jurídico, cuyo ingrediente primordial es la Constitución, que debido a su fuerza vinculante y al poder de control que ejerce sobre los gobernantes y gobernados, conduce a una concepción nueva sobre la naturaleza del derecho, como también relativa a su aplicabilidad.

No debemos olvidar que el Estado Constitucional, se basa en la supremacía de la Carta Magna; y, con ello la preeminencia de los Derechos Humanos alcanza su máxima expresión y vigencia, que lleva emparentado en forma indisoluble el imperio del principio de juridicidad o legalidad, que somete a todas las persona al derecho.

En este tipo de Estado se crean mecanismos adecuados para que todos quienes integran el poder público, garanticen el goce de los derechos fundamentales, bajo una regulación apropiada que

---

<sup>26</sup>Gerardo Pisarella, *Derechos Sociales*, México, Fontana S.A., 2003, p. 24

cubran las aspiraciones sociales, dejando atrás el formalismo positivista; porque hoy en día vivimos en un Estado garantista de los derechos fundamentales, establecidos en el Código Político y en los Instrumentos internacionales, que son parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme así lo establece, el Artículo 425 de la Constitución de la República.

Cabe mencionar que la transformación que ha sufrido el concepto mismo de Estado de derecho, sin lugar a dudas repercute en la estructura jurídica en los actuales momentos, porque se presenta una percepción distinta a la que imperaba bajo los parámetros del Estado legalista, porque el centro de regulación de la arquitectura jurídica, ya no es la ley, al contrario es la Carta Fundamental, en cuyo nuevo escenario la jurisprudencia se convierte en fuente principal del derecho; toma fuerza contundente e innegable el principio de legalidad “como única fuente de legitimación...”.<sup>27</sup>, en armonía con la Ley Fundamental.

Constitucionalizar el ordenamiento jurídico implica, aceptar el derecho por principios, así como la conformidad de los niveles que integran la arquitectura jurídica, con las reglas y principios constitucionales; estructura en la cual aporta significativamente los derechos fundamentales y su fuerza vinculante; así como la labor que tiene la Corte o Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derechos, con capacidad plena para declarar la invalidez de leyes contrarias a la Carta Suprema por contener elementos nocivos, ya sea en el fondo como en la forma, porque atentan a la institucionalidad del propio Estado y la Democracia en su conjunto..

Por lo tanto, la constitucionalización del derecho es una cuestión de actitud y aptitud que involucra a todos en su conjunto y, con mayor razón a los operadores de justicia, a los abogados que

---

<sup>27</sup>.-Cristian Pardo Schlesinger y Carlos Parra Dussán, *Teoría Constitucional*, Bogotá, Universidad de Rosario, 2006, p. 63).

son parte fundamental del sistema, para contribuir a una adecuada administración de justicia, que permita la vigencia y realización de los derechos fundamentales de las personas, sin distinción alguna, tarea que es el momento de asumirla con plena convicción para alcanzar dicho propósito.

## 8.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.

En cuanto a la constitucionalización del derecho hemos agotado el tema en gran medida y, pensamos que es menester detenernos en aquello que entendemos por desconstitucionalización del derecho, término que de una u otra forma resulta nuevo para nosotros.

No queremos denotar indiferencia respecto al otro punto que comprende este subtema; pero, el mayor esfuerzo lo vamos a emprender en aquel término de desconstitucionalizar.

Recordemos que el proceso de constitucionalizar el derecho, entraña la acumulación de normas constitucionales a manera de bloque en el ordenamiento jurídico, que varios entendidos en la materia lo definen como bloque de constitucionalidad; y, en otros casos podríamos considerarlo como un stock, puesto a disposición de todas las personas y en particular de los jueces, bloque que debe desarrollarse no solo en la jurisprudencia constitucional sin en el trabajo cotidiano de los operadores de justicia.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho tiene como principal aliado, un sistema de justicia constitucional, sin dejar de lado aquellos nuevos sistemas políticos que países como el nuestro, han adoptado para terminar ingresando en la esfera del nuevo constitucionalismo.

La constitucionalización ha recibido un aporte extremadamente importante de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo antecedente histórico representa la mejor herencia de la Revolución Francesa, que dio origen a una nueva visión del Estado, aunque de tipo legalista.

Más, la legalidad cedió espacio o terreno con el devenir del tiempo a la constitucionalidad y, por consiguiente surge un Estado Social de Derechos, que entraña un avance significativo en la defensa de los derechos de las personas, para luego de un gran esfuerzo desembocar en el llamado Estado Constitucional de Derechos.

La constitucionalidad se encuentra en manos de todo tipo de jueces, sean ordinarios o constitucionales propiamente dichos, porque un Juez puede declarar inaplicable una norma que sea contraria a la Constitución, en el caso que se encuentra conociendo; debiendo remitir el proceso a la Corte Constitucional para el ulterior control de constitucionalidad, ya sea de fondo o forma de la ley, conforme así lo establece el Artículo 428 de nuestra Carta Fundamental.

Es decir, en la aplicación de la ley el control a priori que hace el Juez, permite “la interpretación constitucional de la ley desde su promulgación, lo que fortalece la eficacia de la propagación y de la difusión de las normas constitucionales...”<sup>28</sup>, permitiendo el control previo, así como la obtención de una jurisprudencia que hoy en día es fuente de derechos.

Luego de haber abordado la constitucionalización es momento de tratar, lo relativo a la desconstitucionalización del derecho, lo cual resulta sumamente complejo y hasta controversial, porque invita a un tráfico de ideas, varias de las cuales pueden y de hecho generan abierta discusión.

La desconstitucionalización del derecho, tiene íntima relación con la disfunción de la labor del ejecutivo e indiferencia del legislativo, que responde al aumento excesivo en la Constitución de las atribuciones del ejecutivo, que de una u otra manera en gran medida rebasa los niveles de control e influye en todos los espacios del poder público, degenerando en híper presidencialismo, en donde tiene parte de culpa el legislador que permite el abuso del poder, por la figura del Presidente que

---

<sup>28</sup>.- Luis Favoreau, *Legalidad y Constitucionalidad*, Bogotá, Universidad Externada de Colombia, Bogotá, 2000, p. 43.

gana amplios espacios en la vida política, por su desmedido proceder que sin control alguno actúa contrariando el espíritu propio de la Constitución, ocasionando un desequilibrio en los niveles de pesos y contrapesos.

La concentración de facultades que tradicionalmente había estado en manos del legislativo, que se trasfiere al ejecutivo, es uno de los elementos que distingue la desconstitucionalidad del derecho, que toma como gran pretexto la necesidad y la urgencia, para justificar la intromisión del ejecutivo en facultades propias del legislativo, que consiente y hasta deliberadamente acepta sin reparo, dejando que interfiera en su parcela de poder denotando hasta conformidad en la intromisión de atribuciones.

En este fenómeno de concentración de facultades-que desde siempre han sido ajenas- cumple un rol bastante nocivo la partidocracia, que mina la realización de los programas constitucionales del gobierno, porque genera un divorcio entre la parte dogmática y orgánica de la Constitución, en la ejecución de las labores propias de cada función, en particular del ejecutivo que interfiere en otras funciones, a lo cual se suma una crisis de legalidad por una excesiva normativa que genera enredos que en varias ocasiones resultan difíciles de solucionar.

Estos factores negativos influyen radicalmente en la percepción social sobre el poder público, porque invita a pensar que no existe un control para todos, con ausencia de contrapesos en el poder y, que deliberadamente se permite la intromisión del Presidente en las facultades o atribuciones de los otros órganos del Estado.

El hiperpresidencialismo es un factor que termina afectando la constitucionalidad del derecho, porque genera una crisis dentro del sistema y ubica a la Constitución fuera del rol político y fundamental, que por naturaleza le corresponde por la calidad de norma superior de aplicación directa en el ordenamiento jurídico, lo que desvaloriza la esencia misma de la Ley Fundamental.



La realidad que rodea a toda Constitución y su aplicación efectiva dentro de una sociedad, permite que en ocasiones sus disposiciones se cumplan, o en otros casos se terminen convirtiéndose en letra muerta por la falta de desarrollo de sus principios, convirtiéndolo en adorno de un texto constitucional.

Los equívocos en el manejo del poder al final de cuentas dejan secuelas, porque el hiperpresidencialismo no entiende que la Constitución, es un instrumento de gobierno al servicio de todos, no de unos cuantos, porque allí precisamente nace la distracción de las cosas, olvidándose que el equilibrio entre gobernante y gobernados, entre autoridad y libertades es tan necesario y, es la característica que identifica al nuevo sistema del orden político llamado constitucionalismo.

El desgaste o deformación de un sistema se presenta por la conducta arbitraria, equivocada de quienes ejercen en un espacio y tiempo determinado el poder político; y, el derecho como componente de la súper estructura social, no resulta ajeno aquellas distorsiones del poder y, hoy se habla de desconstitucionalizar el derecho, como si fuese una cuestión de simple formulas que dicho de paso no lo comparto.

En el constitucionalismo vemos que el Estado se somete al derecho y, sobre aquella base se desarrollan los principios de derecho, generando seguridad jurídica como una obligación del Estado para regular la conducta y las relaciones en igualdad de condiciones, entre gobernantes y gobernados.

Consagrado el principio de la soberanía popular en el constitucionalismo, despojando del rey de esta forma la soberanía que por siempre se consideraba atributo del aquel gobernante, trasladándola al pueblo que acuña como “tesoro” de la democracia; aquellos generó cambios en el sistema político tradicional..

Es cuando frente al constitucionalismo aparecen larvas o células “malignas” que siendo rezagos del viejo sistema legalista, encuentran espacios apropiadas para socavar los cimientos del nuevo sistema que había acabado con sus prebendas; concurriendo de esta manera la partidocracia, el hiperpresidencialismo, el abuso del poder, como gérmenes destinados ha destruir el constitucionalismo.

Entonces, la partidocracia dirige sus dardos contra del nuevo sistema porque precisamente, en dicho escenario sabe que no tiene cabida y su extinción se encuentra a la vuelta de la esquina, es cuando instrumenta alternativas para neutralizar o frustrar la realización del programa de gobierno en un Estado Constitucional, generando una crisis porque contrarían las normas fundamentales, ocasionando una ruptura entre la parte dogmatica y orgánica del Código Político, que por naturaleza debe mantener sincronía una con otra, para la realización del fin último esto es el beneficio social.

La partidocracia en procura de minar el constitucionalismo, corroe la lealtad de quienes resultan elegidos por el voto popular para desempeñar funciones públicas; porque la lealtad a sus electores así como al partido político al cual pertenecen, terminan severamente tergiversadas o neutralizando, desarrollando una oposición contraria al constitucionalismo generan una percepción equivocada del nuevo sistema, presentando una imagen deformada del mismo.

Cabe señalar que el individualismo subyace en toda persona y aflora en toda su expresión en la partidocracia; y, se convierte en elemento nocivo para el constitucionalismo, porque al establecer estructuras impenetrables y verticales que concentran el poder en la autoridad partidaria, se encargan de presentar como un gran mal del nuevo sistema, disfrazado conductas que evidencian desinterés absoluto por el bien común, prevaleciendo el interés corporativo.

Desconstitucionalizar el derecho implica una regresión a etapas pretéritas, con un nuevo ropaje o maquillaje que pretende justificar aquella involución social, negando en forma absoluta los

beneficios que aporta la constitucionalización en la estructura jurídica, que implica el ejercicio del poder con limitaciones reales y efectivas, establecidas en la Constitución para su propia protección.

En virtud del abuso del poder que en gran medida se refleja en el hiperpresidencialismo, han aparecido las dictaduras que son formas de gobernar contrarias al constitucionalismo, siendo una de las razones por las cuales somos contrarios a desconstitucionalizar el derecho.

Por consiguiente cuando hablamos de desconstitucionalizar, quiere decir la sumisión del derecho al Estado; lo cual no se puede aceptarse porque resulta que la voluntad del gobernante, se impone sobre el propio derecho que termina condicionando a quien o quienes, transitoriamente se encuentra en el poder público, eximiendo al Estado de toda limitación jurídica que ocasiona una indiscutible desigualdad, porque ubica a unos cuantos al margen de la ley o el derecho, por sobre la mayoría que en cambio no gozan de ese privilegio o excepción para abusar del poder e imponer su voluntad.

La omnipotencia estatal que se impone al derecho trae como consecuencia, el irrespeto a las normas jurídicas por el gobernante, que usa al derecho para satisfacer sus intereses particulares por el poder, ignorando el beneficio general, desconociendo el valor de los preceptos constitucionales, dando margen a los irresponsabilidad e impunidad de quienes ejercen el poder.

Esto origina, que el derecho se atrofie en su propia naturaleza como instrumento regulador de la sociedad, porque al desconstitucionalizar el derecho se excluye al gobernante de su control; porque al desconstitucionalizar se elimina la garantía de control sobre los derechos y libertades de las personas, que se ven seriamente afectados o en inminente riesgo por la voluntad del Jefe Supremo del Estado.

Al desconstitucionalizar el derecho se corre el riesgo evidente que la voluntad del Jefe de Estado, se convierta en fuente de derechos, lo cual resulta estrepitosamente ridículo en pleno siglo

XXI, porque no es posible que la voluntad de un hombre en el poder-que no es eterno-se pueda convertir en el centro de regulación del sistema jurídico; no es aceptable, que la voluntad individual se imponga por sobre la voluntad general, porque el gobernante es representante del conglomerado social, al cual se debe y, no lo contrario.

No podemos aceptar que las libertades, los derechos fundamentales, la soberanía popular, así como también el principio de gobierno de las mayorías, resulten negados, limitados por la desconstitucionalización del derecho, que pone al servicio del Estado la estructura jurídica en donde, el individuo que no goza de poder público, no puede hacer valer ningún derecho por el gran poder que tiene el Estado, porque se atropellan todos los principios y valores que identifican al constitucionalismo, llegando al extremo de negar la división del poder público en funciones con límites y atribuciones propias.

Al desconstitucionalizar el derecho se desconoce los niveles de regulación del poder, los pesos y contrapesos, el orden de cosas se alteran, siendo que hasta el sentido común resulta extraño a este fenómeno, que en lugar de generar seguridad jurídica, alimenta o contribuye a la incertidumbre.

Además, no reconoce la división del poder público, no acepta límites del poder en la autoridad pública, convirtiendo al hombre en instrumento al servicio del Estado; que dicho de paso representa a los grupos de poder político, económico, a las élites, la oligarquía remozada o maquillada, recupera su espacio que detentan el poder del viejo esquema, que aun siendo minoría resultan ser los representantes de la sociedad, permitiendo que surja el Estado totalitario que tiene como célula, la dictadura de un partido que se impone a todos cuya voluntad de un hombre, le convierte en Jefe del partido y del Estado a la vez, distorsionando el poder público que termina puesto al servicio del gobernante, más no de los gobernados.

Vemos entonces que la desconstitucionalización del derecho, es la versión opuesta o la otra cara de la misma moneda, con dos extremos opuestos e irreconciliables; por un lado tenemos que el poder público se somete al derecho, en el constitucionalismo; entre tanto, en el otro caso el derecho queda sometido al Estado, mismo que representado por el Jefe de Estado, es quien determina la “suerte” de la eficacia o no de las normas dentro de la arquitectura jurídica.

Entre tanto, el individuo no puede articular derecho fundamental alguno frente al poder desproporcionado que posee el Estado, afectando sobre manera las libertades y la propia dignidad del hombre, que se termina convirtiendo en esclavo del Estado, porque este no acepta limitación jurídica alguna de su poder, que se encuentra al beneficio de la clase dominante que impone las reglas de conducta de todos los miembros de la sociedad.

Es decir, la desconstitucionalización del derecho representa la vía contraria al constitucionalismo moderno; porque, el valor del individuo o la persona como tal, frente al Estado, el empoderamiento ciudadano, las libertades fundamentales, las limitaciones al propio poder estatal para evitar o neutralizar sus abusos, alcanzados por el constitucionalismo, terminan arrasados vía desconstitucionalización. Deformación de su naturaleza que termina afectando al derecho, que en atención a las etapas históricas vemos que se refleja bajo las formas totalitarias, que han sido superadas después de la segunda guerra mundial.

Se dice que la falta de coincidencia entre los postulados del constitucionalismo y la realidad política y social de una sociedad, es una de las causas para plantear la desconstitucionalización del derecho, porque se afirma que la teorización no toma en cuenta las diferencias políticas que rodean a una sociedad, que se encuentra marcada por enormes diferencias que ocasionan antagonismos.

Más, aquello responde según nuestra percepción-de pronto equivocada-a las células “malignas” que siempre se enquistan en los nuevos modelos o sistemas que aparecen, para

justamente socavar los cimientos, porque el apareamiento de un nuevo estado de cosas no responde a los intereses de una partidocracia, que busca recuperar su espacio perdido aún cuando frente a la sociedad, aparezcan como los más fervientes aliados al cambio, pero en el fondo son los principales detractores del sistema porque están a la expectativa del más mínimo tropiezo, para acabar con el nuevo orden de cosas.

Una norma y una ley son perfectibles en la medida en que el legislador constituyente, va adecuando la tipología a las realidades sociales, que nunca alcanzarán una perfecta armonía en la sociedad, porque la diferencia entre los niveles culturales del representante de los electores y, los requerimientos del soberano, sufren un desfase en la sintonía del uno con el otro, que al final determinan que las aspiraciones sociales no logran ser conjugados de forma apropiada en las normas jurídicas de la propia Constitución o de las leyes.

Lo anteriormente indicado genera un descontento que se presenta con mayor o menor grado en los distintos sistemas políticos, que en ocasiones dan origen a un “dique” que se va acumulando de varias necesidades insatisfechas, que luego desbordan de modo incontrolable alterando el escenario político-jurídico de la sociedad en su conjunto; de tal manera, que las distancias entre lo establecido en la Constitución o en ley y, su relación con el medio social en el cual se aplica y opera, vemos que no es un problema exclusivo del constitucionalismo sino de todo tipo de Estado, por lo que resulta equivocado considerarlo como uno de los factores negativos del sistema, como lo proclaman quienes hablan de desconstitucionalizar el derecho.

Al contrario, este problema alcanza a todo tipo de Estados, llámese legalistas, Social de Derecho y Constitucional de Derecho; con mayor énfasis en uno u otro tipo, porque debemos aceptar que es imposible que el legislador alcance a cubrir con su trabajo, todas las aspiraciones sociales que por cierto son múltiples y permanentes por la propia dinámica de la sociedad que hoy

más que nunca, vive una globalización en todas las facetas de lo cual resulta imposible que escape el derecho.

Al contrario, debemos reconocer que la constitucionalización del derecho se identifica como un nuevo sistema, que garantiza los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como impone el sometimiento del Estado al derecho -no viceversa-estableciendo límites jurídicos al poder, procurando disminuir las diferencias sociales para pagar la deuda social sobre todo respecto a sectores que durante largo tiempo, han sido invisibilizados por el poder por las apetencias personales de poder, que no debemos aceptar bajo ningún concepto.

#### 9.- LA JURISPRUDENCIA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL, COMO FUENTE PRINCIPAL DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Para desarrollar el tema partiremos en primer lugar de una premisa, que en la actualidad se encuentra cuestionada y desacreditada, nos referimos a la interrogante si el legislador es quien tiene la función exclusiva de crear derecho y, si el Juez solo se encarga de aplicar el derecho?, lo que a su vez genera otra nueva interrogante, si la jurisprudencia es fuente de derecho?; interrogantes que esperamos disiparlas en el desarrollo de este punto de nuestro trabajo.

Empezaremos manifestando que interrogantes como las señaladas en líneas anteriores, invitan a meditar, pensar, reflexionar, replantear el orden de las ideas y los conceptos que habitan en nuestra mente, como parte de la cultura jurídica que hoy en un nuevo modelo de Estado, tiene que ser reorientada.

El derecho clásico, entendía que el Juez tenía la función única de aplicar el derecho y nada más, estando vedada para el operador de justicia la función creadora que era exclusiva del legislador.

Esta concepción ha operado en gran medida en la mente de varias generaciones de abogados, que fueron formados bajo la escuela del derecho romano, en donde las reglas de interpretación de la ley son inmutables.

De aquella escuela de formación aún existe resistencia al cambio, que genera serios problemas en la administración de justicia, pero que es necesario ir superándolos para permitir que en efecto impere la nueva del derecho que trae la nueva Constitución del 2008.

Nuestra Carta Suprema en armonía con las nuevas tendencias del derecho, en el Título II, de los Derechos, Capítulo Primero, en lo relativo a los principios de aplicación de los derechos, en el Artículo 10, No. 8 reconoce que el contenido de los derechos-no excluye ninguno-se desarrolla de manera progresiva, a través no solo de las normas, sino también de la jurisprudencia en donde, el Estado se encarga de generar y garantizar su reconocimiento y pleno ejercicio.

Es decir, esta es una muestra de la importancia que en los actuales momentos tiene la jurisprudencia, en el desarrollo de los derechos y su aplicación en nuestro medio; todo esto, en respuesta a la filosofía del Estado Constitucional de Derechos. Lo señalado se complementa con lo dispuesto en el Artículo 185 del Código Político, que al referirse a las sentencias dictadas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, les otorga la calidad de jurisprudencia obligatoria, siguiendo obviamente el procedimiento que al efecto se contempla en aquella norma.

En este nuevo orden de cosas la jurisprudencia es vinculante, porque la Constitución impregna fuerza jurídica que ningún Juez debe soslayarla, en virtud de que las resoluciones o fallos de los Jueces, se sustentan en normas que aplican o desarrollan los principios, valores o derechos consagrados en la Carta Suprema, que incluso son de aplicación directa de oficio o a petición de parte.



Ahora bien, en este ineludible cambio de mentalidad que impone una nueva Constitución, nos obliga a recordar como un acto de sinceramiento con la historia, que nuestros operadores de justicia, jamás han estado familiarizados con la interpretación y aplicación de la Ley Fundamental; por lo cual, no existe ninguna tradición jurídica en los Tribunales de justicia sobre la aplicación de la misma, para así conocer el exacto alcance de sus normas, lo que genera inconvenientes para los justiciables que son los usuarios del servicio de justicia, que se lamentan por lo ortodoxo que resulta el contenido de ciertos fallos o resoluciones, que nada dicen sobre la Constitución, peor aun que desarrollen sus principios.

En nuestro medio en los actuales momentos todo Juez tiene la calidad de garantista y por ende, tiene que asumir un rol distinto al que estaba acostumbrado en el derecho clásico; porque el operador de justicia mediante los fallos, establece precedentes que vinculan la aplicación de las normas jurídicas de tal o cual manera.

Existe creación judicial de derecho en el caso concreto que conoce el Juez cuando parte su análisis del litigio desde la Constitución, con una verdadera motivación, que cumple una función endoprocetal y extraprocetal, ante lo cual podemos afirmar que “las decisiones judiciales se fundan, en parte, en lo establecido por las disposiciones legales y en parte en criterios normativos creados por el juez o tribunal...”<sup>29</sup>.

Entonces, la jurisprudencia ocupa un lugar supremamente importante en la esfera del derecho, convirtiéndose ésta aun en contra del criterio de varios pensadores, en fuente de derecho, mucho más cuando en un Estado Constitucional de derechos, los jueces tienen la calidad de garantistas al momento de conocer y resolver una causa, debiendo observar fielmente las garantías

---

<sup>29</sup>.- Luis Prieto Sánchez, *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 214.

básicas del debido proceso, que contempla el Artículo 76 del Código Político, que es un derecho constitucional.

Siendo obligación de todo Juez partir desde la Constitución en el análisis de los casos sometidos a su conocimiento, preciso resulta reconocer que en esos instantes el trabajo judicial, permite ubicar el exacto alcance de la Constitución, para dotarlo de “contenido real por los preceptos constituciones...”<sup>30</sup>

En virtud de la jurisprudencia, el Juez pone de manifiesto su posición sobre la interpretación y aplicación de la ley, se identifica o no con el sistema según la guía de su pensamiento; fallos que tienen eficacia general y se tornan vinculantes en el futuro debiendo recordar que existen sentencias que extinguen, modifican normas, o establecen la forma de interpretar la Constitución, la ley, que en atención a las razones que en ella se consagran o desarrollan sirven de guía a los jueces inferiores.

En un Estado Constitucional de Derechos, resulta ardua y compleja la labor del Juez, porque debe superar los escollos del viejo sistema del derecho clásico, para luego una vez allanada la vía entrar ha la interpretación e integración de las normas desde la Constitución; se impone además la obligación de motivar las decisiones judiciales, conforme así lo exige el literal L, del No. 7 del Artículo 76 de la Ley Fundamental, que impone “conlleve justificar una decisión mediante la técnica de la argumentación jurídica ...”<sup>31</sup>

El desarrollo actual de la jurisprudencia revestida de constitucionalidad, ha permitido la construcción de una nueva cultura jurídica que aún tiene trabas, para su realización plena porque las raíces del viejo modelo son extensas y resistentes. Pero el reto se encuentra planteado, es hora que los Jueces interpreten la ley desde los preceptos constitucionales, tarea en la cual el operador de

---

<sup>30</sup>.- Joan Picó I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 36.

<sup>31</sup>.- Cristian Pardo Schlesinger y Carlos Parra Pusson, *Teoría Constitucional...*p. 71.

justicia debe utilizar principios neutrales y generales para resolver las causas con visión constitucional.

El Juez, al momento de razonar para interpretar y aplicar la ley, en el nuevo modelo de Estado como el nuestro, tiene que aceptar que en el fondo la ley que utiliza para el caso, debe guardar subordinación con los principios constitucionales; es decir, tiene que existir dependencia o coherencia de su contenido con la Ley Fundamental.

Para el efecto debe realizar un juicio sobre la validez de la norma jurídica, no solo en cuanto forma, sino sobre todo en el fondo, contrastándola con los principios o normas constitucionales y, en el evento de existir un divorcio que altere la necesaria coherencia, el Juez debe declarar inaplicable la norma al caso que se juzga, debiendo suspender la tramitación de la causa y remitir a la Corte Constitucional, para la ratificación o revocatoria de su pronunciamiento, según el caso, conforme lo dispone el Artículo 428 de la Carta Suprema, órgano del Estado que tiene el plazo de 45 días máximo para resolver la consulta.

Es decir, opera un control difuso sobre la constitucionalidad de las normas secundarias, tarea que también se encuentra en manos del Juez ordinario, lo cual busca la protección de la propia Ley Suprema, así como de los “instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución...”<sup>32</sup>

Entonces, debemos aceptar que las normas establecidas en la Ley Suprema, se imponen por su contundencia en el orden jurídico, subordinado la ley a los principios constitucionales que equivale “a introducir una dimensión sustancial, no solo en las condiciones de validez de las normas sino también en la naturaleza de la democracia...”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup>.- Corporación de Estudios y Publicaciones, *Constitución de la República*, Quito, 2010, p. 71.

<sup>33</sup>.-Luigi Ferrajoli, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI S.A., 2002, p. 193.

Lo señalado impone al Juez la tarea de efectuar un juicio de valor para determinar la conformidad de la Ley con la Carta Suprema; y, en caso de censurar la incompatibilidad de la ley con la Constitución, la expulsión de la norma legal del ordenamiento jurídico, asumiendo el Juez el rol de legislador negativo, conforme los tipos de Constituciones que así lo reconocen y le otorgan facultad plena.

En la construcción de un nuevo derecho que entraña un cambio en la propia conciencia social, nos lleva a escenarios supremamente distintos, en donde la esencia misma de los derechos humanos, debe aflorar para lograr cubrir todos los espacios que el derecho tienen como meta en la regulación de las relaciones sociales.

En el sendero de transformación de la cultura jurídica nos encontraremos, en determinados momentos con antinomias o lagunas, que deben ser superadas por “medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten...”<sup>34</sup>, en aras de generar seguridad jurídica, tutela judicial efectiva para todos, dentro de una sociedad democrática, que respeta el derecho de las personas por sobre todas las cosas.

En la transformación del derecho la experiencia demuestra que su aplicación, no es mecánica, porque no es una cuestión de orden matemática o de algo por el estilo; al contrario, requiere del ejercicio mental de los abogados, juristas, jueces, para su aplicación correcta, en donde tiene un gran significado los elementos sociológicos, culturales que rodean a una sociedad, elementos que puede ser propios o asimilados.

El Juez de la época actual debe aceptar que “las palabras con que están redactadas las normas jurídicas tienen diversos significados posibles, que la combinación de palabras dentro de una frase normativa y la combinación de normas dentro de un sistema jurídico, así como la ubicación de la

---

<sup>34</sup>.- Luigi Ferrajoli, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho...*p.19

norma dentro de un contexto social determinado, ofrece varios sentidos abiertos a la interpretación...”<sup>35</sup>, en cuyo caso el Juez con nuevo criterio debe desentrañarla, para ilustrar su espíritu, sus alcances, sin ambigüedades.

Es decir, el sentido de las normas aflora por la interpretación que de ellas hace el Juez, para resolver una causa en base a la reflexión, la lógica, el conocimiento; lo que genera un espacio propicio para la creación del derecho por el Juez, cuyo límite son los principios constitucionales que lo regulan, para evitar el abuso del poder del juzgador; en aplicación de normas legales, que en algunos casos “es mucho más eficiente que la actividad de legislador con el propósito de lograr ciertos objetivos sociales, debido a que permite una apreciación más fiel del caso ya que el Juez se relaciona con personas y conductas concretas mientras que el legislador trabaja a un nivel general y abstracto...”<sup>36</sup>.

De tal manera que en el constitucionalismo la creación del derecho por parte del Juez en los momentos actuales, resulta indiscutible porque la doctrina y la jurisprudencia en abundancia así lo reconocen, criterios sumamente consolidados y ampliamente analizados entre los cuales se cuentan a Luigi Ferrajoli, en su obra *Estado de Derecho*, Fernando De Trazegnies, en la obra *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, entre otros versados en la materia, cuyos conceptos han soportado el embate de las críticas por el respaldo científico que les rodea.

Es cuando el momento actual que vivíamos impone un nuevo reto, no solo a los jueces, sino también a los abogados y usuarios del sistema de justicia, lo cual involucra dejar el viejo esquema mental que aún impera y, sustituirlo por una cultura jurídica impregnada de constitucionalidad; escenario social y cultural en donde el gran protagonista es el Juez, en cuyas manos se encuentra el futuro eficiente del derecho desde una nueva óptica.

---

<sup>35</sup>.- Fernando Trazegnies, *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, Quito, Itsa, 1986, p.44.

<sup>36</sup>.- Fernando Trazegnies, *Los Abogados y la Democracia en América Latina*,...p. 55.

Por ello se debe tener conciencia de la posibilidad creadora de derecho que posee el Juez, ante la imposibilidad de establecer límites exactos “entre la creación y la aplicación de las normas legales...”,<sup>37</sup> para desembocar en su reflexión o criterio agudo que revele su conocimiento así como otra forma de mirar el derecho, misma que debe ser fundamentado y publicitada para que toda la sociedad, entienda y conozca la labor que cumple sus jueces y se brinde seguridad jurídica.

## 10.- EL OPERADOR DE JUSTICIA, Y SU ROL EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.

En un mundo cambiante como el nuestro las tesis que se desarrollen sobre una y otra materia, se usan, tienen sus niveles de vigencias y decadencia, producto del cambio o replanteo de las cosas en la esfera social, fenómeno al cual no se encuentra excepto el derecho y, con mayor énfasis actúa en el Estado Constitucional de Derechos porque en atención a la filosofía de este tipo o modelo de Estados, se genera una relación estrecha y efectiva entre la democracia formal y la sustancial, cuyo objetivo entre otros, es la consolidación plena del rol o papel de la jurisdicción y por ende de los operadores de justicia, con independencia, como respuesta al modelo garantista que identifica al Estado Constitucional.

En esa transformación jurídica necesaria vemos como “cambian la relación entre el Juez y la ley, y asignan a la jurisprudencia una función de garantías del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos...”<sup>38</sup>, situación que es distinta en un Estado legalista.

Es decir, el Juez asume un papel preponderante en la regulación del debido proceso, porque a la fecha los operadores de justicia se identifican como “garantistas” de los derechos fundamentales

---

<sup>37</sup>.- Fernando Trazegnies, *Los Abogados y la Democracia en América Latina*,...p. 62.

<sup>38</sup>.-Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías*, Madrid, Trotta, 2001, p. 26.

de las personas; tarea que debe ser bien concebida para no convertirse en jueces garantistas del proceso y sus formalismos, sino de derechos fundamentales, sin que deban sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, como así lo declara el Artículo 169 de la Constitución de la República.

De manera que el operador de justicia, frente a un nuevo reto que impone la filosofía del Estado Constitucional de Derechos, tiene en sus manos la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado desde la constitucionalidad de sus actos, legitimando la democracia en la administración de justicia, ratificando su independencia de las otras funciones del Estado.

Porque los derechos fundamentales entre los cuales se cuenta el debido proceso, han sido incorporados al rango constitucional, en cuyo caso la sujeción del Juez a la ley opera siempre y cuando ésta mantenga coherencia con la Carta Magna, porque en el “modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley...”<sup>39</sup>

De tal forma que la aplicación de la ley en un Estado Constitucional de Derechos, ya no es una cuestión de formalidad, al contrario implica un verdadero juicio que sobre la misma, que realiza el Juez, interpretando la ley conforma la Constitución ya sea en lo formal o de fondo, para su aplicación al caso concreto.

Es decir, se presenta la Constitucionalización del debido proceso, como una transformación que requiere de una Constitución rígida, con amplia capacidad de “condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales...”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup>.- Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías*, Madrid, Trotta, 2001, p. 26.

<sup>40</sup>.- Ricardo Guastini, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico en el Caso Italiano*, en edición de Miguel Carbonelli (ed), Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2005, p. 49.

Es así que el Juez en este caso se encuentra sujeto a la Constitución y, al mismo tiempo es el garante de los Derechos Fundamentales de manera incondicional, porque esa garantía exige justamente un Juez imparcial e independiente, comprometido únicamente con la Carta Suprema, cuya labor al impartir justicia tiene que demostrar una real y efectiva independencia, por la intangibilidad que los derechos humanos gozan, que se imponen como protección de todas las personas.

Como vemos, en esta tarea de constitucionalizar el derecho y el debido proceso en particular, resulta supremamente importante la independencia del Juez frente a las otras funciones del Estado, no solo legitimando su propio poder público en la Constitución, sino que dentro de una democracia sustancial como llama Luigi Ferrajoli “el principio de igualdad y de legalidad se conjugan...”<sup>41</sup>, con extraordinaria armonía, en procura de indagar o averiguar la verdad procesal con sujeción a las garantías básicas del debido proceso.

El cambio radical sobre la concepción misma del derecho, que entraña en un Estado Constitucional de Derechos, involucra una nueva interpretación y aplicación de las instituciones jurídicas, labor que tiene sobre sus hombros el Juez, el operador de justicia y al mismo tiempo la sociedad en su conjunto, que debe entender al derecho bajo otra óptica distinta al modelo legalista; es decir, la cultura jurídica debe cambiar ostensiblemente en un modelo garantista; sustituyendo los esquemas tradicionales que sobre la ciencia del derecho nos hemos acostumbrado a utilizar dentro del esquema positivista.

El reto para el operador de justicia en el Estado Constitucional de derechos, es grande porque le obliga a pensar, reflexionar, criticar, replantear las cosas, las ideas, los conceptos, la visión definitiva sobre la aplicación propia del derecho desde la Constitución, y más no desde la ley.

---

<sup>41</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías*,...p.27



Una nueva visión conceptual y de aplicabilidad del derecho, que el Juez garantista debe imperativamente asumir para estar en armonía con la filosofía del Estado Constitucional de Derechos, imponen un reto que le exige un papel “crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocido para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista...”<sup>42</sup>, debiendo reorientar el derecho moderno.

El Juez, por consiguiente en un nuevo modelo de Estado como el nuestro, deja el papel pasivo que tenía anteriormente y se convierte, en un operador de justicia “propositivo” en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, desde la Constitución y aquello responde a la fuerza vinculante de las normas así como de los principios y valores constitucionales, que son de aplicación directa por y ante cualquier Juez o autoridad en la causa que se encuentre conociendo, como impone el Código Político.

Bien podríamos afirmar que los jueces en el modelo Constitucional de Derechos, se han convertido en Jueces Constitucionales en todos los niveles y materias, porque la constitucionalidad debe primar sobre la legalidad, en razón de que el núcleo del ordenamiento jurídico ya no en la ley, sino el Código Político, de aplicación inmediata, directa, de oficio porque interesa el respeto de la nueva arquitectura jurídica, plasmada en una Constitución garantista de derechos fundamentales.

De tal forma que el ordenamiento jurídico se enriquece con las “referencias a valores fundamentales emanadas de la Constitución...”<sup>43</sup>, en la construcción de una nueva cultura jurídica, en donde el vértice de regulación es la Carta Suprema y, la ley es un complemento de aquella; lo que a su vez permite ir creando una forma distinta de interpretación y aplicación de la ley, que se expresan por medio de los fallos o resoluciones que van formando una nueva jurisprudencia que se

---

<sup>42</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías*,...p. 28

<sup>43</sup> Louis Favoreau, *Legalidad y Constitucionalidad*,...p.27.

enriquece con la Constitución, que se ha convertido en fuente importante del derecho en un nuevo modelo de Estado como el nuestro.

Para alcanzar la tarea antes indicada de transformación radical del derecho, el Juez tiene en sus manos la imperativa tarea de desarrollar una interpretación uniforme, guiada por una línea de pensamiento acorde al nuevo modelo de Estado, que impone la aplicación directa de las normas constitucionales, sin esperar el desarrollo legislativo.

Todo Juez en un nuevo escenario como el nuestro, se convierte en defensor de la Constitución, en su tarea de interpretación y aplicación del derecho para la construcción de una nueva visión del mismo, debiendo recurrir a los valores, así como a los derechos fundamentales que instituye una Carta Suprema, de aplicación directa y de esa manera garantizar la tutela jurídica efectiva, que es única obligación del Estado.

De manera que frente a la tutela judicial efectiva que garantiza el Estado Constitucional de Derechos, la tarea que tiene el Juez en sus manos representa un pilar fundamental en la realización y vigencia plena, porque los fallos o resoluciones que de él dimanen, deben estar revestidos de constitucionalidad, para así permitir consolidar el cambio real que se busca en una nueva forma de concebir el derecho.

Los operadores de justicia deben pasar por una depuración radical en su esquema mental, que tienen sobre el derecho en un Estado Constitucional; porque la arquitectura jurídica en la cual fueron formados de corte romanista, constituye el polo opuesto en la nueva versión del derecho, bajo la óptica que en los actuales momentos vivimos en pleno siglo XXI, que impone resolver todas las causas desde la Constitución, más no desde la legalidad, permitiendo su vigencia efectiva e

imponiendo “una correlativa obligación de activar en determinado sentido por parte de los juzgados y tribunales...”<sup>44</sup>, la Carta Suprema para que impere el derecho con una nueva identidad.

En la construcción de una nueva mentalidad en los operadores de justicia, se presenta otro elemento que en efecto contribuye a ese fin; nos referimos al Artículo 424 de nuestro Código Político, que establece la supremacía constitucional, que en su parte pertinente dice: “La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico...”; es decir, señala que el primer peldaño de la arquitectura jurídica de nuestro país, es la Carta Suprema.

Se instituye al mismo tiempo la constitucionalidad de las normas y actos del poder público, por sobre la legalidad, en atención al orden jerárquico de aplicación de las normas que impone el Artículo 425 del Código Político, que en el evento de conflictividad de normas de distinta jerarquía en los casos que tengan conocimiento “las juezas y jueces, autoridades administrativas, servidoras y servidores públicos...”<sup>45</sup>, deben ser resueltos aplicando la norma de mayor jerarquía.

Más, en el evento de que una norma jurídica contraríe la Constitución, ésta prevalece por su jerarquía y aquella carece de eficacia jurídica; incluso cabe señalar que todas las personas, autoridades-jueces- e instituciones del poder público están sujetas a la Constitución como lo impone al Artículo 426 de nuestra Carta Suprema.

Todo esto responde a la filosofía de un Estado Constitucional de Derechos, que cambia radicalmente los escenarios de un Estado e impone, una necesaria armonía entre lo dogmático y lo práctico, en la regulación de normas para hacer efectiva un cambio de cultura jurídica en un nuevo modelo de Estado, como el que hoy vivimos en donde el centro de gravitación de su estructura es la Constitución.

---

<sup>44</sup> Joan Pico I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 3.

<sup>45</sup> Corporación de Estudios y Publicaciones, *Constitución de la República*, Quito, 2010, p.70.

Con la Constitucionalidad del derecho el Juez ineludiblemente debe analizar, criticar e interpretar las normas jurídicas, con referencia a los antecedentes históricos que motivan su creación y su repercusión en la sociedad; así como “en relación al sistema de fuentes del derecho, en procura de un reordenamiento teórico, sustentado en la teoría general del Derecho Constitucional...”<sup>46</sup>.

Esto en gran medida condiciona la adopción de una nueva conducta del Juez frente a la sociedad, porque del tradicionalismo legal del derecho se trasciende al constitucionalismo, superando los viejos conceptos del positivismo que ha perdido espacio en la regulación jurídica.

Es justamente en la aplicación del derecho que se revela la nueva visión del Juez, que adopta en el nuevo modelo de Estado, porque la mecánica de las cosas es ajena al derecho y, con mayor razón debemos exigir que la aplicación de una norma jurídica, sea fiel expresión de una nueva visión del derecho que comprende un proceso intelectual, en donde participa activamente el Juez “Y en esta forma, se introduce la posibilidad de creación del Derecho por el Juez...”<sup>47</sup>, por la constitucionalidad que proclama la Ley Suprema del Estado.

Porque debemos aceptar que el operador de justicia además de ser jurista, también resulta ser un político, cuyos fallos deben guardar armonía con los preceptos constitucionales en donde, entran en juego rangos, niveles o prelación en la aplicación de normas que son parte de la Constitución; y, así al resolver una causa se desciende del nivel superior al inferior dentro del esquema jurídico de aplicación del derecho, que se encuentra en manos de la Función Judicial, que en unidad con las otras funciones del Estado buscan el cumplimiento de la realización los preceptos constitucionales.

Por último, hemos de reiterar que en los actuales momentos urge un cambio de mentalidad, en todos los actores de la interpretación y aplicación del derecho, que no excluye bajo ningún concepto a los abogados y usuarios del servicio público de justicia, porque todos cumplen un rol o

---

<sup>46</sup> Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, Bogotá, Fermis S. A., 1992, p. 52.

<sup>47</sup> Joaquín Falcao y Fernando de Trazegnies, *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, Quito, Ilsa, 1986, p. 44.

papel en cultura jurídica, que impone la filosofía del Estado Constitucional de Derechos, con libertad plena para actuar y resolver los casos por los jueces, teniendo como sustento los preceptos constitucionales “que aliente y respalde válidamente una reflexión política propia de abogados, jueces y tribunales, independientes de toda presión del poder económico o del poder político, cualquiera que sea su procedencia...”<sup>48</sup>.

La tarea que tiene un Juez en nuestro sistema de justicia bajo un nuevo modelo de Estado, instituido desde el año 2008, es extremadamente compleja y diametralmente opuesta al esquema constitucional anterior; porque en los actuales momentos el Juez tutela los derechos fundamentales, cuyo fin es la eficacia de los derechos del hombre y de la naturaleza reconocidos por los jueces en sus sentencias, fallos o resoluciones.

Es por ello que el Juez tiene en sus manos la capacidad constitucional para actuar ante omisiones del legislador, a fin de conceder protección inmediata a los derechos fundamentales, que le concede capacidad para pronunciarse sobre el sentido y alcance de una norma jurídica, creando de esta manera derechos al momento de aplicar la ley fijando el sentido de los textos legales en relación con la Constitución que sirve de guía o parámetro para la interpretación y aplicación de las normas secundarias de la unidad jurídica.

El operador de justicia se convierte no solo en garante de los derechos de los asociados, sino también en garante de la estructura jurídica que sustenta al propio Estado, ante la “necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia...”<sup>49</sup>, teniendo como elementos sustanciales en los dos casos, los principios, los valores, los derechos fundamentales que armonizan el ordenamiento jurídico.

---

<sup>48</sup> Joaquín Falcao y Fernando de Trazegnies, *Los Abogados y la Democracia en América Latina...*, p.68.

<sup>49</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil, Ley Derechos y Justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 153.

Preciso es señalar que en este nuevo orden jurídico interesa la justicia material por sobre las cosas, perdiendo en gran medida la importancia de la ley, que es complemento de la constitucionalidad, para lograr una conexión apropiada entre el derecho y la sociedad sobre la cual regula.

La ley deja de ser el centro de regulación del ordenamiento jurídico; percepción que el operador de justicia debe comprenderla en lo formal y material, con relación a la Constitución, para generar validez y legitimidad del sistema político-jurídico que regula en una sociedad.

En el nuevo modelo de Estado el Juez tiene un papel preponderante, en la visión constitucional del derecho, porque los principios que reconoce se desarrollan en las decisiones judiciales, que son el reflejo del estado de cosas imperante.

El Juez en este marco de acción comprende que el derecho no puede recoger todas las soluciones a través de las normas legales; y, para su desarrollo requiere de principios que contempla la Ley Suprema, como consecuencia directa de aplicabilidad de los contenidos materiales que se reconocen.

Es decir, el Juez tiene que generar una especie de confrontación material entre la ley y los principios constitucionales, para ubicar o encontrar una armonía que permita solucionar el problema relativo ha interpretación y aplicación del derecho, porque el Juez “al poner en relación la Constitución con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación del derecho...”<sup>50</sup>.

Sobre una tesis nueva del derecho como viva expresión de una regulación con matices distintos, el Juez acepta que un principio constitucional jamás debe ser ignorado en perjuicio de la

---

<sup>50</sup> Capelleti Le Pouvoirdes, Jueces, Marcella, Press Universitaire daix, 1990, p. 35.

estructura jurídica, porque ésta debe adecuarse a la Constitución y no al contrario; siendo que aquello significaría desconocer el valor que tiene la Ley Suprema y viviríamos en un esquema jurídico artificial, porque solo en teoría se le ubicaría al Código Político en el primer peldaño, pero en la práctica terminaría prevaleciendo la ley, lo cual es contrario al Estado Constitucional de Derechos.

El imperativo de cambio mental en los jueces y la sociedad en conjunto, es una constante a partir del 2008 y, como resultado de aquellas nuevas corrientes del derecho se impone y no podemos ignorarlas.

Al contrario, debemos ubicarnos en aquellos nuevos senderos del derecho para obtener una justicia eficiente, que se refleja en los fallos que resuelvan los problemas de los justiciables. El Juez tiene que ser consciente que el centro de regulación en la actualidad es la Constitución, porque al proclamar derechos y principios fundamentales que son de aplicación directa de oficio o a petición de parte, se consagra su real vigencia.

Todo caso sometido a conocimiento del operador de justicia, su análisis en los actuales momentos debe partir desde los principios, valores, normas que contempla el Código Político, porque la capacidad reguladora de la ley, ha sufrido notable erosión cediendo espacio en la regulación de los casos, en donde los principios constitucionales adquieren relevancia dentro del sistema normativo.

Como el derecho no puede prever todas las soluciones posibles en su normativa, ante los problemas sociales porque el trabajo del legislador parte de cuestiones en abstracto, se requiere del Juez para desarrollar el espíritu de una norma al caso concreto, para encontrar la solución más justa.

Una mentalidad distinta en el operador de justicia, hará posible que la justicia deje de ser un instrumento de control formal, para convertirse en una expresión real que se adecúa a los derechos humanos, que es el límite de interpretación de una norma jurídica.

En este cambio, el rol del Juez es una guía para enrumbar a toda la sociedad por un camino distinto, en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales que no requieren la intermediación de una norma legal, para su vigencia porque tienen fuerza vinculante propia.

Nos hemos acostumbrado a la interpretación de la ley como una tradición hasta cultural; entre tanto, la interpretación de la Constitución es de fechas recientes, lo cual obviamente presenta un problema para el cambio de mentalidad de los Jueces en particular y de la sociedad en su conjunto.

Interpretación de la ley suprema que hoy es un imperativo que nadie puede o debe negarlo, porque sería vivir de espaldas a la realidad, en razón de que la interpretación de la Constitución es extensiva y distinta a la interpretación jurídica general; tarea que en primer orden compete al Juez garantista del propio sistema.

Esa interpretación constitucional que tiene en sus manos los jueces, no puede ser entendida como tradicionalmente se ha venido haciendo con la ley, porque son enteramente distintas y así debemos aceptarlo, tomando en cuenta que la Ley Suprema tiene como base de su interpretación tres criterios: 1) objetivos; 2) subjetivos; y, 3) teleológicos, que permiten sin alterar nada en absoluto una interpretación diferenciada de los textos constitucionales, en cuyo caso esa diferenciación se encuentra justificada por la preeminencia de los preceptos constitucionales, que deben ser adecuadamente digeridos por los señores Jueces, que tanta falta nos hace en nuestro sistema de justicia nacional.



## 11.-EL DEBIDO PROCESO Y SU RELACIÓN CON LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.

En la construcción de nuevas tesis que asimilen el vértigo que imponen los cambios en una sociedad, se hace más que imperioso mirar bajo un nuevo cristal al derecho, como instrumento de regulación de las relaciones sociales, para mantener la paz en medio de una conflictividad permanente, que obliga a todos ha adoptar una conducta socialmente tolerable.

El cambiar instituciones jurídicas que resultan desgastados o que jamás cumplieron o alcanzaran el propósito, que el legislador aspiraba; conlleva al cambio de esquemas mentales que ofrecen serias resistencias, peor aún cuando nos encontramos con la grande y pesada herencia de un Estado legalista, que sin lugar a dudas ha impregnado carácter en la mentalidad de varias generaciones de abogados, Jueces y en la propia sociedad, que aprendió que la ley es la fuente de las fuentes, que era todo en absoluto; surgiendo incluso una especie de culto a la ley, por su ubicación en la cúspide del ordenamiento jurídico.

Frente a sociedades extremadamente cambiantes, dinámicas y hasta volubles, podríamos decir que urge cambiar los esquemas mentales de todos, para que las nuevas teorías que sobre el derecho se van construyendo, encuentre suelo fértil que avizore una real y efectiva visión, distinta de aquella que bajo el criterio legalista pretende mantenerse ha ultranza, porque el derecho del siglo XIX, no es el mismo del siglo XX; particular que de una u otra manera obliga ha despojarnos de complejos o prejuicios y, asumir un cambio de mentalidad que beneficie al conglomerado en su conjunto.

Los cambios generan resistencia, pero no debemos continuar con una actitud pasiva, es hora de asumir con empeño la tarea de trazar un nuevo sendero, en la interpretación y aplicación del derecho, despojándonos de individualismo y permitiendo que las nuevas corrientes del pensamiento

jurídico, ingresen a nuestras mentes para conseguir la humanización del derecho, que ubique al ser humano como principio y fin de un esquema jurídico de protección de derechos fundamentales.

La constitucionalización del derecho, tiene como elementos primordiales los derechos fundamentales, que reciben una protección especial; porque a nivel mundial se acepta que sin aquellos derechos básicos, sería posible la existencia misma de la especie humana; y, por esa razón se reconoce al debido proceso como el instrumento idóneo que brinda a “las personas protección procesal...”.<sup>51</sup>

La constitucionalización del debido proceso, es un fenómeno que ofrece resistencia y aquello, es entendible en la medida que la legalidad como vieja herencia del modelo de Estado legalista, ha formado por varias generaciones miles de abogados y, por ende varios de aquellos cumplen la función de operadores de justicia, con una escuela romanista cuyas raíces superan cientos de años.

El instituto del debido proceso abarca una gama de derechos fundamentales, que van desde la protección en juicios o procesos en defensa de nuestros propios derechos, en la inviolabilidad de la defensa en cualquier estado o grado del proceso, la no autoincriminación; pasando por el derecho de acceso a la jurisdicción, a una resolución motivada, entre otros como evidencia del reconocimiento al máximo de derechos y garantías contemplados en la Ley Suprema.

De tal forma que cambiando el orden de las palabras, bien podemos concluir que el legislador constituyente, al establecer el debido proceso como institución en la Carta Magna, termina constitucionalizando las garantías procesales mínimas aplicables a las personas, en un proceso o juicio que se traducen en una frase “derechos fundamentales...”<sup>52</sup>, que hoy en día se han convertido en normas esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>51</sup> Joan Picó I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 18.

<sup>52</sup> Joan Picó I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del Proceso...*, p. 22.

La objetividad y subjetividad que le asiste a los derechos fundamentales, permiten convertirse en elementos primordiales para la existencia misma de las personas porque, por un lado impregnan carácter o fisonomía en el sistema y, por otro permiten que las personas puedan ejercitar esas mínimas garantías procesales; es decir, hacer pleno uso del debido proceso que es un derecho constitucional, no de orden legal como hasta ahora en gran medida existe la percepción equivocada en la mentalidad de varios abogados.

El derecho al debido proceso como garantía constitucional, tiene la particularidad de ser irrenunciable, carácter que es propio de los derechos fundamentales; de tal suerte, que bajo ningún concepto un justiciable puede renunciar al contenido del derecho a la presunción de inocencia, a la asistencia de un abogado, al tiempo necesario para preparar su defensa, a una resolución motivada, etc.

Por cuanto esa garantía mínima se encuentra revestida de objetividad, subjetividad; porque, en definitiva son normas de nuestro ordenamiento jurídico, de aplicación directa de oficio o a petición de parte cuya “vigencia y eficacia deben ser amparadas por el Juez...”<sup>53</sup>

Derecho fundamental al debido proceso que ha generado debate a nivel mundial, por la trascendencia del mismo y que en gran medida se patentiza en Convenciones, Pactos, Instrumentos Internacionales, que establecen normas esenciales para la viabilidad de una causa o proceso de reproche de las personas, garantizando los derechos que el Estado reconoce; por ello, entendemos por debido proceso al instrumento o mecanismo de tipo Constitucional, que observa fielmente las garantías básicas, las normas o principios fundamentales consagrados en la Carta Suprema, así como de los Instrumentos Internacionales reconocidos por los Estados.

---

48 Joan Picó I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del Proceso...*, p. 23.

No debemos olvidar que el “efecto inmediato del debido proceso es garantizar la seguridad jurídica del ciudadano, mediante la correcta administración de justicia...”<sup>54</sup>.

De manera que el debido proceso como institución de tipo constitucional, representa una coraza infranqueable para toda persona, con mayor razón frente a los operadores de justicia que en su trabajo cotidiano, deben ir transitando por el camino de mayor eficiencia, por el poder que tienen en sus manos, por mandato constitucional; porque los elementos estructurales de una causa, juicio o proceso de reproche, deben concurrir ineludiblemente en conjunto desde su inicio, desarrollo y fin, porque la ausencia o violación de las garantías mínimas impide la formación del debido proceso, y aquello genera inseguridad jurídica al vernos expuestos al abuso del poder por el propio Estado.

El debido proceso es un reflejo de la carga política que se plasma en la propia Constitución, por medio del legislador constituyente que busca proteger de la mejor manera los derechos “de los ciudadanos, limitando al poder...”<sup>55</sup>

Desde 1998 se instituye en Ecuador el llamado debido proceso en la Constitución Política, dentro de un Estado Social de Derecho, en su Artículo 23, No. 27, que proclamaba el reconocimiento y la garantía sin distinción alguna de las personas al derecho “al debido proceso y a una justicia sin dilaciones...”<sup>56</sup>.

El reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental, significa un gran avance en el objetivo de proteger a las personas del poder del Estado, para someterles a proceso de reproche, estableciendo límites razonables a dicho poder, a fin de que no impere la arbitrariedad.

---

<sup>54</sup> Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal*, Guayaquil, Edino, 2002, p.25.

<sup>55</sup> Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel S. A., 2002, p. 11.

<sup>56</sup> Corporaciones de Estudios y Publicaciones, *Constitución de la República*, Quito, Ediciones Legales, 2003, p. 81.

Esto responde en gran medida al cambio de mentalidad, que por cierto no ha resultado nada fácil, al contrario, viene atravesando grandes grietas relativas a una nueva visión del derecho en general y, del debido proceso en particular, que se encuentra revestido de garantías mínimas en respuesta a la extensión de libertades y derechos inmanentes al ser humano, para brindarles seguridad jurídica a los gobernados dentro de un Estado, frente al poder que aquel posee.

Y se encuentra también en armonía con los Convenios o Tratados Internacionales ratificados por Ecuador, sin olvidar el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, que impregna carácter en aras de alcanzar el respeto a los derechos humanos, entre los cuales se cuenta precisamente el debido o justo proceso, catalogado como fundamental para cualquier persona.

La existencia de reglas claras y previamente establecidas aplicables a todos los procesos, precisamente caracterizan al debido proceso, que protege a todas las personas por la sola existencia; porque el derecho al debido proceso por tener la calidad de fundamental es de tipo universal, inherente a la personalidad; de vigencia y aplicación inmediata, directa que no requiere de regulación legal para ser eficaz.

Esto quiere decir que el debido proceso como derecho fundamental, reconocido en la Constitución anterior y en la actual del 2008 (Artículo 76), sin lugar a duda representa un giro de 180 grados, en la concepción del proceso de reproche, ya sea en vía administrativa, civil o penal, mismo que se encuentra revestido de garantías básicas para neutralizar el abuso del poder del Estado en la determinación de derechos y obligaciones; y, al mismo tiempo pone de manifiesto la eficacia de ese derecho fundamental, bajo una nueva visión del constitucionalismo, en donde los gobernados tienen poder para exigir en forma directa e inmediata, la afectividad del debido proceso a cargo del Estado.

Concebido, como en efecto así lo es el debido proceso como un derecho fundamental, sujeto a reglas básicas dentro de la propia política del Estado, busca en gran medida mediante su realización plena, ir eliminando las desigualdades materiales que afectan a las personas, porque constituye una deuda social que es obligación del Estado satisfacerla, porque es un derecho fundamental vinculado su vigencia a todas las funciones del poder público, sin excepción alguna.

Frente a estas realidades el derecho como elemento de la súper estructura social, sufre una metamorfosis en cuanto a su concepción y aplicación, dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, porque obliga a todos a sustituir el lente o cristal de percepción que habíamos utilizado en el Estado legalista, para regular las relaciones jurídicas de los asociados con el propio Estado.

Esa concepción y aplicación distinta que nos obliga en los actuales momentos el derecho, requiere de la instrumentación de un sistema de garantías consagradas en la Carta Suprema, ante lo cual juega un papel relevante “la exigencia dirigida a los Jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales...”<sup>57</sup>, consagrados en el Artículo 76 del Código Político nuestro, que regula el debido proceso al instituir sus garantías básicas en varios numerales y literales.

Es entonces, cuando al referirnos al debido proceso como instrumento de una visión nueva del derecho, enmarcado en los límites propios de la Constitución del Estado, se introduce en el ordenamiento jurídico las garantías mínimas aplicables a una causa o proceso, en donde la Constitución se convierte en el primer peldaño o tamiz jurídico- político de regulación de aquel instituto, para brindar tutela judicial efectiva a todas las personas.

---

<sup>57</sup> Joan Picó I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*,... p.24.

Las personas tienen en sus manos la posibilidad de argüir a su favor cualquier precepto constitucional aplicable al debido proceso, como fundamento de su derecho a la defensa, invocación que sabemos no requiere de mediación legal, porque la inercia de la función legislativa en la creación de normas legales, no puede ni debe bajo ningún concepto servir de escudo para justificar la violación o desconocimiento de un derecho constitucional, peor aún restringirlo, conforme lo proclama los numerales 3 y 4 del Artículo 11 de nuestra Carta Suprema.

En armonía con nuevas tendencias del derecho es obvio entender que el Ecuador, por medio del legislador constituyente, ya sea en la Constitución de 1998 o del 2008, establece como institución jurídica de rango constitucional, el llamado debido proceso, que de una u otra forma se convierte en una especie de escudo de las personas, frente al poder del Estado y sus distintas instituciones que lo integran.

De esta manera se garantiza a toda persona frente al Estado, el no ser violentada, conculcada, limitada en sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República; y, de esta forma alcanzan un equilibrio en la balanza entre la relación gobernantes y gobernados, para desterrar el abuso de poder y alcanzar la paz social en las relaciones interpersonales.

## 12.- PRESENTE Y FUTURO DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Habiendo transcurrido más de un siglo de historia del constitucionalismo moderno, que ha debido transitar por un camino lleno de obstáculos hasta rodeado por detractores que resistiéndose al cambio, han formulado una serie de reparos y objeciones, en procura de minar esta nueva forma de concebir el derecho que se funda en la razón misma de los derechos humanos.

Cabe reflexionar que en el constitucionalismo moderno se han desarrollado ampliamente los derechos fundamentales, constituyendo uno de sus pilares de una corriente política tanto en el ámbito interno y externo, que recogen las nuevas Constituciones de varios Estados; a lo cual se suma

también los instrumentos Internacionales relativos a Derecho Humanos; todo aquello orientado en procura de alcanzar el beneficio común, al reconocer derechos y garantías fundamentales que trascienden las fronteras de los Estados, porque en definitiva entra en juego la existencia propia de una sociedad.

No podemos aceptar un ordenamiento jurídico que privilegie la posición del Estado frente a los asociados, convirtiendo a las personas son dueñas originarias del poder, esclavos de su propia creación; porque siendo el Estado una ficción del hombre para procurar vivir en armonía, resulta descabellado aceptar que prevalezcan los interés propios del Estado por sobre los individuos, en perjuicio de sus derechos y libertades mínimas, como seres humanos.

Es así que la nueva arquitectura constitucional ha ido incorporando paulatinamente nuevos derechos, entre los cuales se cuenta: los sociales, culturales, económicos, ambientales, los derechos de los pueblo indígenas; mismo que dentro de un Estado Constitucional de derechos se encuentran garantizados su cumplimiento.

Vemos entonces que no solo se reconocen los clásicos derechos civiles y políticos; al contrario, se avanza más allá de la regulación tradicional que las viejas Constituciones recogían y, hoy vemos que hasta la naturaleza alcanza su propio espacio, convirtiéndose en sujeto de derechos.

Aquellos cambios que observamos en la nueva visión del derecho, guiados por una lógica que responde a la naturaleza de los derechos humanos, nos presenta un escenario en donde el hombre puede alcanzar una interacción que genere beneficios, sin mayores confrontaciones sociales, porque el propio Estado asume la obligación de velar por la realización efectiva de todos los derechos y libertades fundamentales, que recogen el Código Político, así como los instrumentos internacionales que son parte de la legislación de un Estado.



Una prueba de aquello tenemos en nuestra Carta Fundamental que a partir del Artículo 10, cuando habla de los derechos y sus principios de aplicación, reconoce que la naturaleza será sujeto de derechos; consagrando la exigibilidad de todos los derechos que se recogen en la misma, garantizando el derecho del buen vivir y la promoción de la soberanía alimentaria, entre otras cosas.

En gran medida los cambios que exige un nuevo orden de cosas, ha generado y seguirá generando resistencia en la sociedad en su conjunto y, en los abogados en particular porque un cambio sustancial en la cultura jurídica no es sencillo, ni resulta a mediano o corto plazo; al contrario requiere del esfuerzo y empeño de todos, partiendo del propio Estado que representa los intereses de la sociedad en conjunto, que se revela en los operadores de justicia así como de los particulares. El Estado para hacer realidad el nuevo modelo que ha adaptado, requiere que los valores, principios, garantías que consagran la Carta Suprema, sean efectivizados y desarrollados en extenso para permitir su propia existencia.

En esa tarea de transformación de la cultura jurídica, cumple un rol de extraordinaria significación el Juez, que se convierte en garantista, no del proceso, sino de los derechos, fundamentales de las personas, consagrados en la Constitución y en los Convenios o Tratados Internacionales.

Debemos entender que en la filosofía del Estado Constitucional de Derechos, la fuerza vinculante que tiene los valores, principios, garantías, derechos fundamentales, consagrados en el Código Político, imponen al operador de justicia la ineludible tarea de evolucionar en la forma de entender y aplicar el derecho, que ha experimentado un cambio en su esencia misma que no debemos ignorarla.

El operador de justicia debe tener presente que los derechos fundamentales, por su dimensión objetiva trasciende los derechos individuales y, se poseionan en el esquema organizativo del

Estado, que permite su realización propia por su directa y esencial conexión con los principios constitucionales.

Definida la nueva función del Juez en el constitucionalismo moderno gracias a la doctrina de la separación de poderes- funciones diría- y su interpretación contemporánea, podemos decir que el Juez se ha convertido en un instrumento de presión frente al legislador, que le condiciona en su labor en la eficacia y eficiencia de las normas jurídicas que expide, porque que puede ver disminuido o neutralizado su trabajo, sino asume su responsabilidad en el desarrollo de las normas legales en armonía con la Constitución; lo cual a su vez genera un contrapeso, que garantiza el control de constitucionalidad de las normas jurídicas secundarias, para la protección efectiva de los derechos fundamentales, control que es de exclusiva responsabilidad del Estado.

En el nuevo modelo de Estado el Juez tiene un papel preponderante, en la visión constitucional del derecho, porque los principios que reconoce se desarrollan en las decisiones judiciales, son el reflejo del estado de cosas imperante.

El constitucionalismo moderno se ha preocupado por desarrollar los mecanismos de protección de los derechos humanos, debiendo recordar que varios de aquellos han sido incorporados en las diferentes Constituciones, que se alinean con ésta nueva visión del derecho, generándose una internalización de los mismos, que empieza después de la segunda guerra mundial y que en nuestro continente se recoge en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los derechos humanos han influido ostensiblemente en el constitucionalismo, generando nuevas tendencias que procuran el desarrollo de esos derechos, entre los cuales podemos mencionar el propio derecho a una Constitución, a la democracia como régimen político, que son principios fundamentales del constitucionalismo moderno.

El espacio alcanzado por el constitucionalismo moderno y sus ideas, se han convertido en paradigmas universales, que han transformado los Estados nacionales en las últimas décadas; y, hoy se acepta sin discusión alguna espacios supranacionales paralelos, como por ejemplo la CAN (Comunidad Andina de Naciones), la Unión Europea; siendo que en este tipo de organizaciones supranacionales los derechos fundamentales, juegan un gran papel convirtiéndose incluso en un elemento propio que permite hablar de su internacionalización.

Como consecuencia de aquellos cambios que experimenta esta nueva visión del derecho, encontramos derechos constitucionales específicos, entre los cuales se cuenta el derecho a la tutela judicial efectiva, a la participación política, a fiscalizar los actos del poder público, a la revocatoria del poder; para citar unos cuantos que son precisamente nuevos derechos constitucionales, que permite alcanzar la consolidación del constitucionalismo moderno, que trasciende más allá del texto que un Código Político.

Hoy se reconoce el derecho del ser humano a la Constitución misma, así como a la democracia directa que debe ser la fiel expresión del pueblo y, no de la omnímoda voluntad de un hombre transitoriamente en el poder; entre tanto, el derecho a la democracia como régimen político, que es fruto de la misma Constitución que en ella se consagra, influye ostensiblemente en la concepción del nuevo derecho.

Vemos entonces que la soberanía popular es una constante en este nuevo escenario del derecho, que debe ser canalizada adecuadamente para evitar su distorsión en provecho personal del gobernante de turno, neutralizando sus apetencias por el poder de tal forma que evitemos caer en las redes de la verborrea política, que a través del fraude a la Constitución o la democracia buscan mantenerse o perennizarse en el poder.

Ahora bien, en virtud del constitucionalismo se presenta la juridización del derecho, en donde juega un papel preponderante la jurisprudencia del Tribunal o Corte Constitucional, según el caso de cada Estado, que es el principal órgano encargado de velar por el respeto, cumplimiento e interpretación de la Constitución, y sus fallos o sentencias resultan vinculantes.

Precisa decir entonces que la normativa de la Constitución se impone también a los gobernantes y, la constitucionalización se traduce aquí en lo que podríamos llamar la “puesta en efectividad de las disposiciones del texto constitucional...”<sup>58</sup>.

La efectividad de las disposiciones constitucionales le concede sentido al texto de una Ley Suprema, porque permite la realización misma de los objetivos que el legislador constituyente, proclama para sus electores como expresión pura del mandato popular, en procura de alcanzar el beneficio general. Adicionalmente encontramos que el constitucionalismo ha generado el cambio del sistema de fuentes del derecho, como ya lo hemos tratado en líneas anteriores de nuestro trabajo, debiendo agregar que las competencias se reparten en la tarea de crear normas jurídicas, resultando una variedad de fuentes creadoras de normas, pero todas contribuyen a unificar y consolidar la estructura jurídica del Estado.

Es así que los derechos y las libertades consagradas en la Constitución, se expanden a las ramas del derecho y generan su transformación en sus contenidos, que avizora la consolidación de una nueva forma de observar y ejecutar el derecho con mayor grado humanista, que tanta falta nos hace para racionalizar nuestra convivencia social, para de ésta manera conseguir que nuestra conducta guarde armonía con los preceptos constitucionales.

Esa transformación ha provocado cambios en la interpretación de la ley, que debe seguir los lineamientos del Código Político, lo cual obliga a la formulación “de nuevas reglas del derecho, sea

---

<sup>58</sup> Louis Favoreau, *Legalidad y Constitucionalidad*, ... p.54.

por la anulación de disposiciones contrarias, sea aun por la interpretación de reglas existentes de conformidad con la Constitución...”<sup>59</sup>,

Esto quiere decir, que el constitucionalizar el derecho permite el avance de formas distintas de resolver los problemas individuales o colectivos de tipo jurídico, con el firme objetivo de conseguir la justicia en su máxima realización, para superar la formalidad y alcanzar la materialidad en la administración de justicia, que exige la sociedad con el aditamento o ingrediente de eficacia, eficiencia, agilidad; porque es menester que cambie la forma de ver, observar y aplicar el derecho, en respuesta al momento que vive la sociedad, cuyos patrones culturales ya no son los mismos que gobernaban el siglo anterior; por ello es justo, que cambiemos nuestro esquemas mentales, caso contrario nos quedaremos petrificados en la inmortalidad del tiempo.

Una mentalidad distinta en el operador de justicia, hará posible que la justicia deje de ser un instrumento de control formal, para convertirse en una expresión que se adecúa a los derechos humanos, que es el límite de interpretación de una norma jurídica.

El aporte del constitucionalismo moderno esta a la vista de todos para su evaluación, sin apasionamientos ni fobias porque al final el resultado debe ser lo que la razón nos guía, percibiendo la realidad que nos rodea para lograr ver lo que en ocasiones nos resistimos, eliminar aquello que nos inventamos para sustentar nuestras falsas tesis, porque urge tener fidelidad en la visión del derecho, para no extraviar nuestra razón, que tanta falta nos hace en estos momentos actuales; compromiso que debemos aceptarlo con entereza para contribuir positivamente a nuestra sociedad.

---

<sup>59</sup> Louis Favoreau, *Legalidad y Constitucionalidad*, p.55.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1973.
- 2.- Corporaciones de Estudios y Publicaciones, *Constitución de la República*, Quito, Cep, 2010.
- 3.- Capelleti Le Pouvoirdes, Jueces, Marcella, Press Universitaire daix, 1990.
- 4.- De Otto Ignacio, *Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel S. A., 2002.
- 5.- Falcón Joaquín y Fernando Trazegnies Fernando, *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, Quito, Itsa, 1986.
- 6.- Ferrajoli Luigi, *Derechos y Garantías La Ley del más Débil*, Madrid, Trotta, 2001.
- 7.- Ferrajoli Luigi, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI S.A., 2002.
- 8.- Favoreau Louis, *Legalidad y Constitucionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- 9.- Guastini Ricardo, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico en el Caso Italiano*, en edición de Miguel Carbonelli (ed), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2005.
- 10.- Pardo Schlesinger Cristina y Parra Dussan Carlos, *Teoría Constitución*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- 11.- Pérez Pinzón Álvaro Orlando, *Los Principios Generales del Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- 12.- Pisarella Gerardo, *Derechos Sociales*, México, Fontana S.A., 2003.
- 13.- Rubio Llorente Francisco, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional No 76*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- 14.- SÁCHICA Luis Carlos, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, Bogotá, Temis S.A. 1992.
- 15.- Tribunal Constitucional, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Enmarce R. I. R. L.1999.
- 16.- Vargas Araujo Edwuar, *Constitucionalidad y Derechos Humanos*, Quito, Inredh, Enero- Junio 1998.

17.- Zabala Egas Jorge, *Derecho Constitucional*, Neo constitucionalismo y Argumentación jurídica, Guayaquil, Edilex S.A., 2010.

18.- Zagrebelsky Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley Derechos y Justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

20.- Zavala Baquerizo Jorge, *El Debido Proceso Penal*, Guayaquil, Edino, 2002.