

SERIE 
Magister
VOLUMEN 213

Neoconstitucionalismo en Ecuador

*¿Judicialización
de la política
o politización
de la justicia?*

Israel Celi



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

25 años



CORPORACIÓN
EDITORA NACIONAL

Neoconstitucionalismo en Ecuador

*¿Judicialización de la política
o politización de la justicia?*

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 213

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12
www.cenlibrosecuador.org • cen@cenlibrosecuador.org

Israel Celi

Neoconstitucionalismo en Ecuador

*¿Judicialización de la política
o politización de la justicia?*



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

25 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2017

Neoconstitucionalismo en Ecuador
¿Judicialización de la política o politización de la justicia?

Israel Celi

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 213

Primera edición:
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional
Quito, 31 agosto de 2017

Coordinación editorial:

Quinche Ortiz Crespo

Armado:

Jorge Ortega Jiménez

Impresión:

Ediciones Fausto Reinoso,

Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, ofic. 103, Quito

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:
978-9978-19-808-7

ISBN Corporación Editora Nacional:
978-9978-84-973-6

Derechos de autor:
Inscripción: 051831
Depósito legal: 005943

Título original: *Neoconstitucionalismo en Montecristi: Actores, procesos e ideas*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,
con mención en Derecho Constitucional
Programa de Maestría en Derecho, 2014

Autor: *Israel Celi Toledo* (correo e.: israelcelitoleado@gmail.com)

Tutor: *Pablo Andrade*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1337

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

Índice

Introducción / 11

Capítulo I

El neoconstitucionalismo latinoamericano / 17

La literatura sobre el neoconstitucionalismo en América Latina / 18

El neoconstitucionalismo originario / 22

Neoconstitucionalismo y política jurídica / 38

Capítulo II

Neoconstitucionalismo en Montecristi / 45

El neoconstitucionalismo en la iusteoría ecuatoriana / 47

De la producción iusteórica al diseño institucional / 71

Capítulo III

Lecciones aprendidas: Más allá del neoconstitucionalismo / 87

Crítica al neoconstitucionalismo ecuatoriano / 89

Conclusiones / 103

Propuestas de diseño de la justicia constitucional / 106

Bibliografía / 111

*A mis padres Susana y Patricio,
a mis hermanos Andrea y Ricardo,
y a mi abuelita Genoveva, por desbrozar con amor,
mi camino hacia la felicidad.
A mi esposa, Andrea, por abrigar el hogar espiritual
que sostiene lo mejor de mi vida.*

En la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, aprendí que el calor humano y la disciplina académica pueden ir de la mano. Por ello mi gratitud a la comunidad de docentes, funcionarios y estudiantes de tan valiosa institución educativa. Merecen una mención particular, mi director de tesis, el doctor Pablo Andrade, el doctor César Montaña, y Vladimir Bazante, amigo y compañero de aula.

Introducción

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

Paradójicamente, la vaguedad conceptual del neoconstitucionalismo en América Latina y Ecuador, impide que se tenga claro qué fenómenos designa y cuál es la base teórica e ideológica sobre la que se funda tal concepción. Frente a este déficit, en esta investigación se buscará explicar, por medio de un análisis histórico intelectual de la literatura jurídica transnacional y latinoamericana, cómo ha sido usado el concepto neoconstitucionalismo en la región. Al respecto, nuestro análisis nos ha llevado a sostener que el neoconstitucionalismo es principalmente un paradigma usado en proyectos de política jurídica,¹ cuyo «modo de producción» está condicionado fuertemente por la recepción de ciertos «tipos ideales» (dotados de universalidad descriptiva y prescriptiva)

1. Según Kelsen, la política jurídica, a diferencia de la ciencia del derecho, se ocupa de prescribir normas, y no de «describirlas». En esta investigación, la literatura jurídica que se analiza es predominantemente prescriptiva. Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1982, p. 35.

de la teoría jurídica transnacional. Hemos denominado neoconstitucionalismo originario a los tipos ideales que se aceptan a partir del seguidismo intelectual en América Latina.²

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

La narrativa neoconstitucional no estaría completa, si no recordamos que la Constitución de los derechos, normativa e invasora, está protegida por un «guardián» capaz de corregir las desviaciones normativas en las que incurran los poderes del Estado o los poderes fácticos. Nos referimos a un Tribunal Constitucional concebido como la panacea del Estado constitucional de derechos.

Aunque todo neoconstitucionalista promueva de forma más o menos fiel la narrativa indicada, existen diferencias en la teoría «implícita» de cada actor vinculado a esta tendencia ideológica (preocupaciones, valores, ideas sobre la realidad, etc.). Esta idea, por demás trivial, es importante para comprender el «contexto de enunciación» del neoconstitucionalismo. Pese a que la teoría del derecho latinoamericana y ecuatoriana está relativamente atrapada en construcciones discursivas eurocéntricas –que no obstante, su particularismo, tienen fuerza transnacional–, su producción pretende transformar las condiciones institucionales de la región.

2. Cuando hablamos de iusteoría original no hacemos alusión a ideas «originales», sino a los centros culturales que predominan en el intercambio cultural de la iusteoría neoconstitucional. Este predominio, merecido o no, les da el carácter originario.

En efecto, desde los 90, el neoconstitucionalismo latinoamericano, apoyado por recursos provenientes de la cooperación extranjera, ha impulsado redes formales e informales de educación jurídica, así como nuevas prácticas jurisprudenciales y proyectos de ingeniería constitucional, en aras de hacer realidad la fórmula del «Estado social de derecho» en América Latina. En esta empresa, impulsada por élites intelectuales de la región, la fuerza de las ideas transnacionales y la percepción optimista de los cambios institucionales operados gracias al neoconstitucionalismo como política jurídica, han generado suficientes incentivos para la conformación de un paradigma normativista que delimita las preguntas y respuestas que se presentan como necesarias para impulsar la Constitución de derechos en América Latina.

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

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

A no ser por la influencia que un grupo de asesores de la presidencia logró tener en el diseño de varios artículos sobre los componentes indicados, la Constitución de 2008 representaría, en lo que corresponde a los componentes detallados, la fiel expresión del neoconstitucionalismo ecuatoriano. No obstante, algunas modificaciones que se orientaron a fortalecer el control concentrado

de constitucionalidad y la primacía de las concepciones de soberanía e interpretación constitucional que interesaban al proyecto político de Acuerdo País, hicieron mella de la concepción «pura» del neoconstitucionalismo ecuatoriano que intentó consagrarse en la Constitución de Montecristi. Pese a todo, el texto constitucional conserva primordialmente el lenguaje neoconstitucional.

Pero lo más preocupante para el proyecto neoconstitucional, es que la Constitución, auspicia a la vez, otros proyectos económicos y políticos no necesariamente compatibles. Por una parte, genera un régimen político que se aleja de la clásica división de poderes, fortaleciendo al Ejecutivo, y a espacios de poder, fácilmente cooptables, como la Corte Constitucional y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Por otra parte, favorece la modernización «desde arriba», mediante el fortalecimiento de la Administración, al tiempo que plantea propuestas de resistencia a los proyectos desarrollistas y neocoloniales que pueden fomentarse desde los mecanismos de la democracia participativa, y los mecanismos de acceso a la justicia constitucional.

Los proyectos mencionados (denominados neoconstitucionalismo, presidencialismo y participacionismo en esta investigación), están amparados por una pluralidad de fines constitucionales, aunque el régimen político diseñado en la Constitución, y especialmente en el régimen de transición, tienda a fortalecer al presidencialismo. Al respecto, es evidente que la temprana implementación de la Constitución favoreció la concentración de poderes en el Ejecutivo.

Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la viabilidad del proyecto neoconstitucional en una Constitución que alberga importantes tensiones políticas y está abierta a una pluralidad de fines que ofrecen diferentes perspectivas sobre el desarrollo y la toma de decisiones democráticas. Argumentaremos que otorgar la última palabra sobre la normatividad constitucional al poder judicial, asegura la politización de la justicia. No solo debido a los problemas inherentes a la Constitución, sino principalmente a la trayectoria institucional del Ecuador, y en general, de los países antiliberales de América Latina, que hoy se muestran, altamente personalistas y renuentes a trasladar las decisiones sobre los problemas políticos a la arena judicial. Asimismo, mostraremos una postura crítica frente a los intentos por judicializar la política, pese a los efectos adversos del activismo judicial en la responsabilidad política de los representantes y en el grado de intensidad de la movilización popular.

En consonancia con lo dicho hasta ahora, el lector podrá encontrar en este texto, argumentos que intentan dar cuenta no solo de la forma cómo se ha receptado y desarrollado el paradigma neoconstitucional en Ecuador —a partir de abundantes fuentes documentales y de entrevistas con actores que incidieron directamente en el diseño de la Constitución—, sino también de los límites del neoconstitucionalismo como teoría e ideología.

El capítulo I propone un análisis conceptual del neoconstitucionalismo latinoamericano, destacando los niveles del discurso neoconstitucional, así como su uso ideológico en Europa y América Latina en proyectos transnacionales de política jurídica. El capítulo II plantea un recorrido por el trayecto de consolidación del paradigma neoconstitucional en Ecuador, desde la iusteoría de los años 90 hasta su máxima expresión en la ingeniería constitucional desarrollada en el contexto político de Montecristi. Finalmente, en el capítulo III, nos esforzamos por dar cuenta de las lecciones aprendidas a partir del estudio del neoconstitucionalismo en Montecristi, tratando de continuar –desde los aportes conceptuales y empíricos del institucionalismo histórico–, con la tradición del pensamiento constitucional que ahonda en la descarnada relación entre política y derecho.

De esta manera, nuestro trabajo también pretende plantear interrogantes al pensamiento jurídico ecuatoriano, desde la historia y crítica del neoconstitucionalismo, un paradigma que pese a su potencial para espolear el debate jurídico en una cultura sujeta al marasmo de concepciones ingenuas y formalistas del derecho, merece ser revisado y si se quiere, abandonado; no solo porque esconde rasgos formalistas que transforman la realidad en apéndice de la norma, sino también, por los límites que representa como «tipo ideal» en un contexto institucional en el que la política no está dispuesta a trasladar al campo jurídico los conflictos más relevantes del proceso democrático. El afán por crear un gobierno de jueces, en contextos institucionales como el nuestro, no contribuye sino, a la politización de la justicia, y con ello, al debilitamiento de la democracia.

CAPÍTULO I

El neoconstitucionalismo latinoamericano

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

Lo anterior no impide diferenciar las características particulares de este proyecto comunicativo en diversos contextos enunciativos y sociales. Por ello, en esta investigación, destacamos el origen de las proposiciones o significados del neoconstitucionalismo y el sentido que se les otorga en la iusteoría de Europa y América Latina.³ En cuanto al origen, mostraremos en la segunda parte de este capítulo, que las tradiciones de significados que asociaremos con el neoconstitucionalismo, nacieron en el intercambio iusteórico entre Europa (especialmente Alemania e Italia) y Estados Unidos (EUA), en virtud de transformaciones de la cultura jurídica europea que sedimentaron luego de la Segunda

3. Entendemos por iusteoría el discurso «metateórico» y «teórico» del derecho, desde la filosofía del derecho, pasando por la teoría del derecho, hasta llegar a la dogmática jurídica y la jurisprudencia. Este discurso tiene un enfoque normativista y normativo. Normativista porque parte esencial de su objeto de estudio son las normas jurídicas del derecho positivo; normativo, porque además de dar luces sobre las relaciones sistemáticas entre normas, sus modalidades deónticas (mandatos, permisos, prohibiciones) y sus márgenes de ambigüedad e indeterminación en la tarea interpretativa, toman partida por una forma de interpretar las normas jurídicas en aras de influir en la razón práctica, esto es, en la toma de decisiones de los creadores del derecho (desde los legisladores hasta los funcionarios judiciales). Se trata por tanto de trabajos inscritos dentro del «viejo» institucionalismo, que no obstante su eficacia simbólica (especialmente en los operadores del derecho) y valor analítico (en el caso de la filosofía analítica del derecho), están desprovistos de herramientas teóricas y metodológicas para explicar los efectos sociológicos de las normas en la sociedad (en las mentes y conductas). Cfr. Rodrigo Losada y Andrés Casas, *Enfoques para el análisis político*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana (PUJ), 2008, y Enrique Cáceres, *Constructivismo jurídico*, México DF, UNAM, 2008.

Guerra Mundial y que buscan mantenerse frente a la crisis del derecho en estas latitudes. Llamaremos neoconstitucionalismo originario a este conjunto de tradiciones que han influido de manera determinante en la cultura jurídica global.

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

En el cuarto apartado, analizaremos cómo el uso del neoconstitucionalismo originario en la región ha conformado una corriente iusteórica periférica (es decir, creada a partir de la teoría transnacional proveniente de centros culturales europeos), así como un paradigma⁴ o esquema de percepción normativa que opera como la base intelectual de proyectos de política jurídica de alcance transnacional en América Latina. Hemos agrupado estos proyectos a partir de sus características, denominándolos proyectos de ingeniería constitucional, judicialización de la política y educación jurídica. Llamaremos a este paradigma forjado dentro de la escena política regional, neoconstitucionalismo latinoamericano.

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

LA LITERATURA SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA

Quizá la literatura más citada sobre el concepto neoconstitucionalismo en América Latina, se refiere al trabajo editorial de Miguel Carbonell,⁵ quien

4. En adelante usaremos el concepto paradigma para designar aquellas visiones compartidas de lo jurídico que estructuran un lenguaje en el que se delimitan los problemas o preguntas fundamentales de una tradición intelectual, así como sus posibles respuestas y los caminos metodológicos para alcanzarlas. Esta concepción se basa en Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (FCE), 2004.
5. Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; Miguel

ha difundido mediante el análisis de los ensayos y teorías de autores europeos y estadounidenses, la idea de que el neoconstitucionalismo es un conjunto de teorías del derecho que dan cuenta de tres fenómenos contemporáneos «en términos bastante positivos o incluso elogiosos» (Carbonell, 2003: 10): a) las constituciones iberoamericanas que contienen normas procedimentales y materiales que limitan los poderes y garantizan los derechos; b) las prácticas jurisprudenciales que interpretan y aplican el contenido de estas constituciones; y, c) los desarrollos teóricos de autores que al tiempo que explican las constituciones y prácticas jurisprudenciales, han logrado orientarlas (Carbonell, 2007: 9-11).

En un sentido bastante cercano, R. Uprimny (2011) y Francisca Pou (2011: 232), pese a citar como referencia las compilaciones de Carbonell, limitan el uso de la categoría para referirse a las reformas constitucionales de América Latina, que podrían definirse como «ordenamientos que no se restringen a poner límites al Estado o a diseñar las instituciones, sino que reconocen una amplia gama de derechos y principios y le imponen metas, pero también establecen formas de justicia constitucional más o menos fuertes para que esos mandatos se cumplan» (R. Uprimny, 2011: 124).

Por otra parte, el sociólogo y jurista colombiano C. Rodríguez, haciendo uso de teorías sociojurídicas⁶ y estudios de caso,⁷ afirma que el neoconstitucionalismo latinoamericano –del que se siente parte–⁸ es básicamente un

Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia (UEC), 2010. Véase citas que hacen coincidir sus afirmaciones sobre el neoconstitucionalismo latinoamericano con el trabajo de Carbonell, en César Rodríguez, «Navegando la globalización: Un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina», en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 71; Francisca Pou Giménez, «Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: El debate sobre la regionalización del activismo», en C. Rodríguez, coord., *op. cit.*, p. 232, y Rodrigo Uprimny, «Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos», en C. Rodríguez, coord., *op. cit.*, p. 124.

6. Nos referimos a investigaciones sociojurídicas realizadas en América Latina que combinan los estudios culturales, la sociología de las élites, la antropología política, la sociología jurídica y la sociología de la mundialización. Véase Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004; Yves Dezalay y Bryant Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder: La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*, Bogotá, ILSA / Universidad Nacional de Colombia, 2002, y Ángela Santamaría y Virginia Vecchioli, edit., *Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.
7. César Rodríguez, *La globalización del Estado de derecho: El neoliberalismo, el neoconstitucionalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes (UA), 2009.
8. [E]l autor de estas líneas se identifica como «partícipe de ese proyecto», C. Rodríguez, coord., *op. cit.*, p. 72.

proyecto transnacional contemporáneo que compite dentro del campo social y jurídico global mediante agentes que intentan imponer su particular «visión del mundo» que «ha adoptado una combinación de las versiones ligera [liberal] y densa [socialdemócrata] del ED [Estado de derecho] y que vive en tensión con el proyecto neoliberal» (2009: 18).⁹ En un texto reciente Rodríguez (2011) expone con mayor claridad parte de esta definición:

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

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

Nos encontramos frente a representaciones poco homogéneas sobre objetos de estudio abordados desde diversas disciplinas (teorías del derecho, sociología del derecho) y niveles de análisis (textos positivos, jurisprudencia, doctrina, ideología transnacional). Por tanto, al menos en el nivel descriptivo del debate, el neoconstitucionalismo es un concepto combinatoriamente vago.

En todo caso, si tomamos «el mínimo común denominador» de la literatura analizada para comprender el neoconstitucionalismo, es posible disminuir la vaguedad del concepto, siempre que lo usemos para identificar solamente un proyecto comunicativo de América Latina que denominaremos «neoconstitucionalismo latinoamericano». Este proyecto se manifestaría en un compromiso

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

militante de los juristas latinoamericanos con un conjunto medular de ideas defendidas por el neoconstitucionalismo originario: constituciones socialdemócratas que condicionan todo el ordenamiento jurídico, derechos humanos constitucionalizados y justicia constitucional activista.

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

Por tanto, el paradigma o ideología¹⁰ neoconstitucional, en atención a la claridad conceptual y empírica, debe distinguirse de categorías como uso alternativo del derecho, teorías deliberativas de la democracia, teorías de la democracia participativa, etc. Rodríguez no hace esta diferenciación cuando identifica el neoconstitucionalismo latinoamericano con varias fuentes ideológicas.¹¹ Creemos por el contrario, que si bien el neoconstitucionalismo tiende a mezclarse con diversas ideologías en la región, ello no justifica identificarlo con el crisol en el que se unen tales ideologías. El neoconstitucionalismo es una corriente, cuyo origen y desarrollo puede distinguirse de otras teorías con las que suele confundirse en el plano activista.

A la luz de esta concepción, es necesario comprender primero qué significados y sentidos están asociados con los contenidos mínimos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Puesto que la evidencia documental sobre la iusteoría regional muestra una masiva repetición y transmutación de iusteoría europea y norteamericana que hemos denominado neoconstitucionalismo originario, es momento de ocuparnos de este género de la iusteoría transnacional, para encontrar ahí las categorías medulares del neoconstitucionalismo.

10. Toda vez que hablamos de ideas que motivan la acción política, es aplicable el concepto gramsciano de ideología al paradigma neoconstitucional.

11. Señala Rodríguez: «En cuanto a sus bases intelectuales e ideológicas, el proyecto constitucional en América Latina se inspira en una combinación de fuentes. La tradición del uso alternativo del derecho y de los tribunales para transformar la sociedad inspira a aquellas ONG de la red que trabajan de manera muy cercana con los movimientos sociales» (C. Rodríguez, 2007). También han sido influyentes las tradiciones constitucionales de los Estados europeos que cuentan con vigorosos derechos sociales, en general, y con tribunales constitucionales activistas, en particular –v. g. Alemania–» (C. Rodríguez, 2009: 42-43); véase también C. Rodríguez, coord., *op. cit.*, p. 72-73.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO ORIGINARIO

A juzgar por los significados que se difunden en la literatura sobre neoconstitucionalismo en la región, ya sea por medio de análisis de autores iberoamericanos o de traducciones de obras o ensayos de juristas de EUA, Alemania o Italia, es claro que se trata de «tradiciones de significados»¹² desarrolladas por el intercambio simbólico europeo y norteamericano.

Hemos denominado a estas tradiciones, neoconstitucionalismo originario, para diferenciar el lugar y el contenido de la producción cultural que se receipta y transmuta como paradigma o esquema de percepción más o menos coherente en el neoconstitucionalismo latinoamericano. Este grado de coherencia en el neoconstitucionalismo latinoamericano no es un reflejo del neoconstitucionalismo originario. Como veremos, en esta corriente europea (tal como es concebida y receiptada en la iusteoría predominante de la región), participan escuelas y autores que se consideran rivales –dentro de los límites del liberalismo igualitario y del pospositivismo–. Si nos atrevemos a encasillarlos en el neoconstitucionalismo originario, es por dos razones: a) la iusteoría neoconstitucional latinoamericana suele conciliar escuelas y autores rivales de la iusteoría noratlántica (D. López, 2004); y b) estas escuelas y autores, comparten en un plano axiológico y político general, la defensa del Estado constitucional y su filosofía liberal igualitaria. En tal virtud, a continuación desarrollaremos de forma sucinta las tradiciones del neoconstitucionalismo originario, intentando rescatar los puntos comunes entre ellas, sin por ello dejar de discernir las diferencias entre las escuelas y autores rivales.

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

Las fuentes metajurídicas del neoconstitucionalismo

En cuanto a las fuentes axiológicas del neoconstitucionalismo, puede afirmarse que el neoconstitucionalismo originario asume junto con otras teorías de los países capitalistas avanzados, que el mejor régimen político y moral posible es el realizable en el Estado constitucional, esto es, una forma ideal de

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

organización política y jurídica que somete el accionar de los poderes públicos y privados a principios contractualistas de justicia de la filosofía liberal igualitaria. En el lenguaje iusteórico, estos principios son plenamente conciliables con la socialdemocracia europea en el sentido ideal del Estado social de derecho (*Sozialrechtsstaat*).

Nos referimos a los principios justicia que promueven un «consenso constitucional» rawlsiano sobre libertades básicas, que sin afectar los bienes relativos a la autonomía individual, permitan resolver mediante acuerdos propios de las democracias de partidos,¹³ los problemas relativos a la desigualdad, la equidad y el pluralismo, que aparecen como más preocupantes en las sociedades avanzadas. En estas teorías, junto a los poderes tradiciones de la democracia representativa (Ejecutivo y Legislativo), la justicia constitucional siempre juega un papel relevante en la garantía de los derechos individuales y el autogobierno colectivo, que va desde la revisión judicial de las leyes en las posturas más comprometidas con la *judicialización* de los conflictos constitucionales, hasta el rechazo del papel judicial en la definición de la última palabra sobre la Constitución –sin perjuicio de la protección judicial de las minorías y la garantía judicial de los procedimientos democráticos–.¹⁴

El neoconstitucionalismo originario asume como derechos fundamentales aquellas conquistas sociales alcanzadas originariamente en los países capitalistas avanzados, que desde los años 80 se han visto amenazadas por el proyecto neoliberal. Los derechos civiles, políticos y sociales, bajo esta concepción, son realizables en economías capitalistas reguladas por el Estado.¹⁵ Esta visión, está plasmada en las declaraciones de derechos humanos impulsadas por las tradiciones europeas.¹⁶

Lo anterior revela que el neoconstitucionalismo originario no supone una concepción intercultural de los derechos humanos o del derecho. En el paradigma neoconstitucional originario, las reivindicaciones de las culturas no

13. Esta categoría ha sido desarrollada por Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1999.
14. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 210; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1994, p. 332; Amartya Sen, *La idea de la justicia*, trad. por Hernando Valencia Villa, Buenos Aires, Taurus, 2010, p. 356 y, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
15. Probablemente el modelo económico que más resonancia ha tenido en la iusteoría asociada a este paradigma.
16. Nos referimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), París, 10 de diciembre de 1948 y a los pactos de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales aprobados por las Naciones Unidas en 1966.

europas (v. g., el derecho indígena), están supeditadas al proyecto modernizador de la iusteoría eurocéntrica.¹⁷ Los derechos culturales atribuidos a «sujetos» colectivos, son rechazados por los autores más célebres de esta tradición. Un autor como Luigi Ferrajoli, de obra canónica en el neoconstitucionalismo latinoamericano, se opone a reconocer derechos humanos a las culturas. Para Ferrajoli, los derechos humanos «se atribuyen igualmente a todos y cada uno de los individuos en igual medida y tutelan a cada uno frente a todos: frente a las mayorías y frente a cualquier otro» (L. Ferrajoli, 2012a: 58). Consecuentemente, los derechos fundamentales no pueden atribuirse a culturas, entendidas como agregaciones de individuos que pretenden reconocimiento por sus «formas de hacer»:

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

Pese a esta particularidad, el neoconstitucionalismo originario es una corriente que coincide con los postulados de aquello que podríamos denominar como «política de los derechos». Esta representa una teoría de la justicia extendida a escala global, que ha reemplazado toda opción política radical (luego de la caída del muro de Berlín), por opciones progresivas de cambio social, respetuosas de los derechos humanos.¹⁸ Desde esta perspectiva, los de-

17. El eurocentrismo comprende dos mitos: el mito de que el desarrollo alcanzado en Europa es la expresión máxima del desarrollo histórico ascendente de la humanidad, y el mito que atribuye dicho desarrollo al mérito de Europa, que además, por estar en una posición tan ventajosa, tiene una «misión civilizatoria». Cfr. Edgardo Lander, «Modernidad, colonialidad, posmodernidad», en *Revista de Estudios latinoamericanos*, No. 8, México DF, UNAM, 1997, p. 83-106.
18. Cfr. Boaventura de Sousa Santos, «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», en Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA), *El otro derecho*, No. 28, Bogotá, ILSA, 2002, p. 239-268; Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 53-62. Esta postura explica las obras de iusteoría transnacional dedicadas a fortalecer la defensa de los derechos por sobre todo proyecto político que pueda amenazarlos. Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984; Gerardo Pisarello, «Globalización, constitucionalismo y derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico», en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comp., *Estado constitucional y globalización*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) / Porrúa, 2001, p. 239-268; Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011b, p. 35; Cass R. Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, y Claude Lefort, «Dere-

rechos son concebidos como noción de legitimidad política (todo poder local o global se justifica siempre que respete los derechos humanos) y representación de valores plurales que deben coexistir en una sociedad democrática (C. Lefort, 1990).

En el plano activista, la política de los derechos, pretende satisfacer un amplio espectro de proyectos sociales que pueden venir «desde abajo», «desde arriba» y «desde el extranjero».¹⁹ Es decir, es una política transnacional impulsada por redes de movimientos sociales y ONG de conformación multclasista.

Los derechos entendidos como «fragmentos de soberanía» (L. Ferrajoli, 2011) ponen en el centro al ser humano. La soberanía popular es la soberanía de los derechos. En otras palabras, la comunidad humana ideal estaría definida por la armonización progresiva de los derechos interdependientes que se vienen reivindicando aceleradamente desde el siglo XX (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).²⁰

La política de los derechos se presente como una alternativa voluntarista a la democracia, al asumir que «la política se convierta en un instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales» (L. Ferrajoli, 2011: 35). Tales principios, no solo reflejan los compromisos del Estado nación, sino también del sistema internacional de derechos humanos con los derechos de las personas (G. Pisarello, 2001: 239-268). Las implicaciones iusteóricas de esta visión normativista en el ámbito de la soberanía estatal y del sistema internacional, son desarrolladas con precisión por Antonio Cançado, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Tres siglos de un ordenamiento internacional marcado por el predominio de las soberanías estatales y por la exclusión de los individuos, fueron inca-

chos del hombre y política», en *La invención democrática*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1990, p. 45.

19. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, comp., *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, UEC, 2008, p. 19-20.
20. La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 muestra el grado de penetración de esta idea en el movimiento global de los derechos humanos: «5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

paces de evitar las violaciones masivas de los derechos humanos, perpetradas en todas las regiones del mundo, y las sucesivas atrocidades de nuestro siglo [...] Tales atrocidades despertaron la conciencia jurídica universal para la necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento internacional, restituyendo al ser humano la posición central de donde había sido desplazado. Esta reconstrucción, sobre bases humanas, tomó por fundamento conceptual cánones enteramente distintos, como lo son los de la realización de valores comunes superiores, de la titularidad de la titularidad de derechos del propio ser humano, de la garantía colectiva de su realización, y del carácter objetivo de las obligaciones de protección. El orden internacional de las soberanías cedió terreno al de la solidaridad.²¹

En síntesis, el neoconstitucionalismo representa, en un plano axiológico, el compromiso de un segmento importante de iusteoría transnacional con los derechos humanos reconocidos por el consenso metajurídico y jurídico del movimiento internacional de derechos humanos y su política de los derechos (C. Rodríguez, 2009). Tanto el neoconstitucionalismo originario como su recepción latinoamericana coinciden en esta postura ética, al menos cuando se trata de la defensa de derechos civiles, políticos y sociales.²² Constantemente, este consenso es desarrollado por las declaraciones de derechos impulsados en la esfera pública transnacional (C. Rodríguez, 2011) y el diálogo transnacional entre juristas y tribunales.²³

El neoconstitucionalismo originario como teoría del derecho

Como teoría del derecho positivista, el neoconstitucionalismo de la tradición continental europea (el neoconstitucionalismo originario en sentido

21. Antônio Cançado Trindade, «Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano», en Antônio Cançado Trindade, coord., *Memoria del Seminario El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, San José, 2a. ed., 2003, p. 12, en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2454>>. Consulta: junio de 2013.
22. En América Latina, el Convenio 169 de la OIT, que desarrolla los derechos de los pueblos originarios, supone el punto de partida en la inclusión de derechos culturales, que son defendidos junto a los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos en las declaraciones de derechos humanos de los 40 y 60. Como se puede colegir de este convenio, la visión que se tiene de los derechos de los pueblos, no se contradice teóricamente con los derechos de primera y segunda generación. Al analizar el caso ecuatoriano, desarrollaremos con mayor detenimiento esta idea.
23. Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2004, p. 65-103.

estricto),²⁴ se ocupa de las normas positivas, aunque bajo la influencia de su enfoque axiológico, como cualquier teoría. Por ello asume, de manera más fuerte y quizá ideológica, tres ideas complementarias que lo distancian (en parte) de otras propuestas iusteóricas con las que coincide en el plano axiológico antes analizado –v. g., el garantismo, el positivismo no inclusivo o las teorías deliberativas de la democracia²⁵–: a) los principios de justicia fruto del objetivismo moral contractualista de la política de los derechos (en la versión socialdemócrata europea), han sido institucionalizados o «positivizados» en los catálogos de derechos del Estado constitucional;²⁶ b) el Estado constitucional de los derechos debe condicionar mediante sus garantías, toda norma inferior del ordenamiento jurídico (en esta idean coinciden el neoconstitucionalismo y el garantismo)²⁷ y c) los tribunales de justicia constitucional centralizados, deben satisfacer las exigencias morales y jurídicas del modelo de Estado constitucional, aplicando la Constitución como norma mediante la extensión de la «razón práctica» (y su técnica por antonomasia: la ponderación de derechos) al procedimiento judicial de control constitucional y defensa de los derechos fundamentales.²⁸

Analicemos con más detenimiento el neoconstitucionalismo iusteórico sintetizado en los literales anteriores. En primer lugar, la justicia positivizada en los derechos constitucionales, revela por una parte un compromiso con la política de los derechos humanos y el Estado social, y por otra, una continuación, aunque trastocada, de la concepción kelseniana del derecho positivo, que podríamos explicar mediante una modificación a la metáfora de la pirámide

24. Cfr. Eduardo Aldunate, «Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo», en *Revista de Derecho*, vol. XXIII, No. 1, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2010, p. 80-82.
25. Así, el neoconstitucionalismo se diferencia de teorías deliberativas de la justicia constitucional como la planteada por Habermas en favor del desarrollo legislativo de la Constitución (J. Habermas, 1994: 329-332), y de teorías garantistas y positivistas (en cuanto a la separación entre derecho y moral) que buscan limitar la discrecionalidad de los jueces y su incidencia política más allá de la «comprobación» de presupuestos de hecho y de derecho, en el sentido propuesto por las tesis liberal de Luigi Ferrajoli, *Garantismo: Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 96-98.
26. Esto es, aquella moral insuflada dentro del derecho positivo del Estado constitucional. Véase Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001; en el mismo sentido, se pronuncian Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 52-53, y L. Ferrajoli (2006: 16).
27. Así lo señala L. Ferrajoli, el filósofo más autorizado del garantismo: «Luis Prieto, a su vez, ha destacado con acierto el nexo entre garantismo y neoconstitucionalismo, identificando en el Estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivación del «deber ser» constitucional impone al propio derecho positivo», *ibid.*
28. Cfr. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, UEC, 1995, p. 67.

jurídica.²⁹ Así, en la cúspide de la pirámide encontramos a la Constitución material y en los escalones siguientes, a las normas infraconstitucionales (leyes, reglamentos, jurisprudencia, actos administrativos, etc.). La diferencia entre el neoconstitucionalismo y el positivismo liberal de Kelsen, es que la Constitución en la pirámide del ordenamiento no solo comprende contenidos procedimentales que servirían para regular el ejercicio del poder (incentivos para la coordinación, el conocimiento, los costos y el control),³⁰ sino también contenidos materiales que establecen los fines de la actuación estatal, condicionando así, lo que se debe hacer, y no solo, los procedimientos de toma de decisiones.

Ahora bien, para el neoconstitucionalismo, la Constitución material contiene normas de derechos fundamentales, que operan deónticamente (suponen obligaciones, prohibiciones y permisos) para sujetar los poderes públicos y privados a lo que dice la Constitución. Por ello se habla de una Constitución invasora³¹ que se distingue del concepto liberal decimonónico de Constitución.³²

29. Esta metáfora intenta explicar el sistema jurídico como proceso de producción normativa autorregulado, en el que el escalón superior de las normas, condiciona el escalón inferior. Al respecto, Kelsen sostuvo: «La producción de normas jurídicas generales, esto es, el procedimiento legislativo, se encuentra regulado por la constitución, mientras que leyes de forma o procesales regulan la aplicación de leyes materiales mediante los tribunales y las autoridades administrativas. De allí que los actos de producción y aplicación del derecho constitutivos del proceso jurídico (que como veremos, también es producción del derecho) [...] constituyen el contenido de normas jurídicas». Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura...*, 84. Véase una extensión de esta tradición en Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011a, p. 66, y Robert Alexy, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», trad. por Carlos Bernal, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, No. 66, p. 13-64, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
30. Hans Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución», en Juan Ruiz Manero, edit., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, p. 142 y s. y Humberto Ávila, «Neoconstitucionalismo: entre a «ciência do direito» e o «direito da ciência»», en Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento y Gustavo Binbenjy, org., *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 187-202.
31. Cfr. Riccardo Guastini, «La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: El caso italiano», en M. Carbonell, coord., *op. cit.*, p. 49 y s.
32. Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—, mientras que pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente». Cfr. Paolo Comanducci, «Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 99-100.

La Constitución invasora es una idea de Constitución diferente a la desarrollada por la tradición continental de derecho público (representada en gran medida por Kelsen)³³ o al *judicial review* estadounidense (R. Gargarella, 2011: 35 y s.). Toda vez que estaríamos frente a Constituciones con un amplio contenido textual –que los neoconstitucionalistas llaman «densidad normativa»–,³⁴ la idea de justicia constitucional abstracta (control de leyes) y concreta (control de casos de aplicación de leyes y demás normas), supone como señala metafóricamente Ernst Forsthoff, la defensa de un «huevo jurídico originario», que condiciona todo desarrollo jurídico posterior (R. Alexy, 2004).

Por otra parte, cuando el neoconstitucionalismo «desciende» al método adecuado para la constitucionalización del ordenamiento jurídico promueve una forma de antiescalonamiento³⁵ que tensiona la pretensión de «justicia» general o representativa de la Constitución, y su aparente desarrollo mediante las normas generales y particulares de carácter inferior (leyes, reglamentos, actos administrativos). Para el neoconstitucionalismo, los principios de la Constitución de derechos (abiertos e indeterminados), cuya interpretación es respon-

33. Frente a las críticas «realistas» que Carl Schmitt hiciera contra la idea de control constitucional de Kelsen, el autor austriaco no dudó en reconocer que el poder del Tribunal Constitucional se tornaría «insoportable» en caso de que la Constitución que debiera ser garantizada jurídicamente apele a fórmulas que invitan a satisfacer valores y principios abstractos (justicia, igualdad, solidaridad, etc.). Véase Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983; H. Kelsen (1988: 142-143), y Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 33-34.
34. Entendemos por contenido textual el conjunto de proposiciones de una Constitución, que pueden tener estructura semántica abierta (principios) o relativamente cerrada (reglas). En un sentido cercano, los neoconstitucionalistas europeos hablan de la «densidad normativa» para referirse a textos cargados de valores, principios, directrices, derechos y reglas, en las Constituciones vigentes de Alemania, Italia, Portugal y España (Carbonell, 2003). Por su parte, los neoconstitucionalistas latinoamericanos, sostienen que la densidad normativa es mayor en las Constituciones vigentes de América Latina. Véase, R. Uprimny, *op. cit.*, p. 132.
35. El antiescalonamiento quiere decir que no se aplicaría la escala normativa en los casos concretos (Constitución, tratados, leyes, actos administrativos, etc.), sino los principios constitucionales, cuya amplitud deóntica y axiológica definida por la discrecionalidad judicial permitiría «absorber» cualquier norma inferior que contradiga la Constitución. Este enfoque diferencia el neoconstitucionalismo del garantismo y la tradición positivista en general. Así, mientras que el neoconstitucionalismo promueve la aplicación directa de los principios constitucionales mediante la garantía judicial, el garantismo defiende la necesidad de desarrollo legislativo para la garantía de los derechos constitucionales y del principio de separación de poderes, llegando a aceptar la denegación de la justicia por falta de ley o laguna. Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 919-925. Lo anterior no obsta para que el garantismo defienda el control de constitucionalidad de las leyes inválidas en caso de que estas falten a los derechos constitucionales, conceptualizados (a diferencia del neoconstitucionalismo de rasgos iusnaturalistas) como cualquier norma jurídica interpretable sobre la base de su «significado» textual y no como principios metajurídicos. Cfr. L. Ferrajoli (2011b: 75).

sabilidad de los tribunales constitucionales, deben derrotar cualquier norma infra-constitucional contenida en reglas hipotéticas y sancionatorias. Por ello el neoconstitucionalismo representa una iusteoría judicialista³⁶ que somete la generalidad de la ley a la particularidad de la Constitución, representada en la justicia de los casos concretos o del control abstracto de constitucionalidad (H. Ávila, 2009).

La preocupación por los derechos en los imaginarios de los juristas europeos, luego de los enormes costos humanos de la Segunda Guerra Mundial (E. Aldunate, 2010), la defensa de la idea anglosajona y continental sobre las necesarias garantías judiciales de una Constitución, y la creciente valoración de la justicia constitucional a escala global debido a su compromiso con los derechos humanos (F. Pou, 2011), parecen haber calado fondo en la promoción de un sistema jurídico sujeto al control jurídico y político de los tribunales. De allí que el tercer rasgo del neoconstitucionalismo guarde relación con su interés en normar el ejercicio argumentativo de la justicia constitucional.

Puesto que la Constitución aparece como un texto coherente y completo, que puede funcionar como «huevo jurídico originario», se asume que los jueces estarían sometidos a los límites semánticos de los textos constitucionales y a reglas de razón práctica kantiana en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Bajo este supuesto normativista –las Constituciones no suelen ser coherentes y completas, sus límites semánticos no son tan claros y la razón práctica solo supone que podemos actuar racionalmente, pero no, que tendamos a hacerlo–, el neoconstitucionalismo ha propuesto ideas no siempre pacíficas de «metodología jurídica»³⁷ que orienten el razonamiento judicial en aras de

36. Hablamos de judicialismo para referirnos a la ideología de judicialización de todo conflicto social relevante, esto es, la sujeción de la política y el orden social al derecho de los jueces, independientemente del grado de discrecionalidad que el derecho positivo permita a los jueces y del grado de activismo que estos ejerzan para usar las normas con fines políticos. Cuando la judicialización favorece la primacía de la justicia constitucional en las relaciones políticas entre poderes estatales, puede hablarse de un gobierno de los jueces. Véase Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, Boston, Harvard University Press, 2004.
37. Al respecto es indicativa la discusión entre Habermas (1994: 333) y Alexy (1995: 52-53). Véase también, Manuel Atienza, «Entrevista a Robert Alexy», en *Doxa*, No. 24, Alicante, Universidad de Alicante, 2001, p. 15. Sobre las corrientes básicas de la metodología jurídica contemporánea, véase, Minor Salas, «Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho», en *Isonomía: Revista de teoría y Filosofía del derecho*, No. 27, octubre, México DF, ITAM, 2007, p. 111-142.

evitar la discrecionalidad (sobre todo en los «casos difíciles»³⁸) y el conflicto de poderes en regímenes parlamentarios.³⁹

Por ello se ha recurrido a una colección amplia de técnicas jurisprudenciales (v. g. la ponderación, la razonabilidad, la eficacia entre terceros de los derechos fundamentales, la irradiación de los derechos, etc.), que supondrían métodos racionales de interpretación constitucional. Es más, un célebre autor como Robert Alexy, dice identificar, en la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, los rasgos de una teoría de la interpretación constitucional, que extiende la concepción deliberativa de la democracia a la práctica de los tribunales, mediante la universalización de la razón práctica.⁴⁰ A partir de este hallazgo, Alexy se ha esforzado en ofrecer una teoría de la interpretación constitucional que popularice el método de la ponderación, un método que no establece *a priori* qué contenido tienen las normas constitucionales, sino el deber de considerar en igualdad de condiciones a quienes entran en conflicto, en razón de que sus derechos fundamentales, deben ser optimizados (R. Alexy, 2002).

En síntesis, el neoconstitucionalismo originario puede concebirse como una iusteoría europea pos-positivista, que pretende realizar la justicia de los derechos (civiles, políticos, y económicos) positivizada en normas de derechos e instituciones del Estado constitucional, mediante la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que a la vez, vendría asegurada por la división de poderes, la seguridad jurídica y la garantía judicial de la Constitución (R. Alexy, 1995).

Este ideal del neoconstitucionalismo, en todo caso, pone en riesgo los valores que dice defender. Es difícil conciliar el Estado constitucional garantizado por los jueces con la seguridad jurídica (la certeza ofrecida por reglas generales y abstractas) y la división de poderes, principios que en lenguaje neoconstitucional, siempre son derrotables. La seguridad jurídica y la independencia de poderes, pueden ser desplazadas, cuando la administración de

38. Para las posturas neoconstitucionalistas, la coherencia del sistema jurídico, tan preciada (como ideal regulativo) por los positivistas, se desvanece siempre que los actos jurídicos del legislador o de la administración, atenten contra los principios constitucionales, representados principalmente por los derechos fundamentales. En estos «casos difíciles» los jueces deben derrotar las normas infra-constitucionales, especialmente cuando se trata de reglas «extremadamente injustas», esto es, normas que afectan la moral «objetiva» que se encuentra institucionalizada en el Estado constitucional y democrático de derecho. Véase Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 23-34.

39. Recuérdese que en Europa predominan los regímenes parlamentarios. Quizá por ello, la filosofía política de la iusteoría neoconstitucional se refiere constantemente al «Legislador». Véase John M. Carey, «Presidencialismo versus parlamentarismo», en *Postdata: Revista de reflexión y análisis político*, No. 11, abril, Buenos Aires, Grupo Interuniversitario Postdata, 2006, p. 123.

40. Cfr. R. Alexy (1995: 52-53).

justicia invade competencias legislativas tradicionales mediante el control constitucional abstracto y concreto, no solo porque de esta manera la libertad del legislador, quedaría sometida a la interpretación material que el juez hace de la Constitución invasora, sino también, porque la continua modificación de las normas constitucionales, podría favorecer la discrecionalidad del poder estatal (J. Habermas, 1998: 311-317).

Pese a que todo neoconstitucionalista conserva en su retórica la división de poderes y el principio de legalidad, subordina estos principios a la justicia de los derechos constitucionales mediante actos jurisprudenciales que pueden intervenir en todo ámbito del ordenamiento jurídico, incluyendo los actos «políticos», que en el paradigma del Estado constitucional, no podrían ir más allá de los límites y vínculos impuestos por los derechos constitucionales (L. Ferrajoli, 2011).

Finalmente, cabe indicar que el neoconstitucionalismo originario es una tradición iusteórica eurocéntrica, que pese a pretender «universalidad»,⁴¹ se plantea de forma implícita y explícita, como una respuesta pospositivista a la crisis del derecho en el Estado social europeo.⁴² Se trata de una de las varias respuestas que dialogan en el norte global. El neoconstitucionalismo originario vive en tensión con otras teorías particulares –v. g. derecho reflexivo, realismo jurídico, teoría deliberativa del derecho, etc.–, de los países capitalistas avanzados.

Lo anterior devela el «parroquialismo» de la iusteoría neoconstitucional, característica que no hace mella a la idea de universalidad del paradigma que tiende a predominar en la recepción del neoconstitucionalismo originario en América Latina.

El neoconstitucionalismo originario como teoría transnacional

Como evidencia Diego López (2004), el contexto hermenéutico del derecho en América Latina opera en gran medida como un «lugar de recepción» de «teorías transnacionales del derecho», usadas como ideas de autoridad universal en la prescripción y descripción de la producción iusteórica regional.

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

42. Nos referimos a las ideas sobre el contexto social (económico, político, cultural) que aparecen de forma implícita o explícita en la iusteoría de alcance transnacional. Véase en sentido similar, López (2004) y Martín Böhmer, «Lesus naturae», en C. Rodríguez, coord., *op. cit.*, p. 204-205.

Siguiendo este patrón, el neoconstitucionalismo originario receptado en la región, se ha configurado desde los años 80 del siglo XX, como una teoría transnacional que se evidencia en la repetición *ad nauseam* de significados asociados al neoconstitucionalismo originario, todo ello desvinculado de análisis empíricos que problematicen la relación entre el paradigma de cambio institucional (el neoconstitucionalismo) y la realidad local.

La expansión global de la justicia constitucional (F. Pou, 2011), el contacto directo en las últimas décadas con obras traducidas del constitucionalismo originario y la expansión de la educación formal sobre el tema en una cultura jurídica tradicionalmente periférica (D. López, 2004; C. Rodríguez, 2009), han contribuido para que buena parte de la iusteoría regional –al menos en un grado proposicional de sus textos–, reproduzca de forma más o menos fiel los códigos del neoconstitucionalismo originario.⁴³

Al respecto, la repetición de metodologías como la ponderación, en la jurisprudencia de tribunales constitucionales de Colombia, Perú o Ecuador, muestra el uso más o menos correcto (en el sentido de la repetición fiel), del neoconstitucionalismo originario de Alemania y sus lugares de recepción en Europa –v. g. España y Portugal–. Lo mismo puede decirse del uso de la teoría garantista en la Suprema Corte de México,⁴⁴ o de las obras más elaboradas de discípulos regionales, que analizan el trabajo de maestros del neoconstitucionalismo originario (v. g., R. Alexy, R. Dworkin, L. Ferrajoli). Aunque se trata de productos teóricos diferentes, estamos frente a la recepción acrítica de elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales provenientes de culturas jurídicas prestigiosas.

Por otra parte, sin que se elimine la repetición de significados de la iusteoría transnacional, los textos de iusteoría latinoamericana se presentan en gran medida como una muestra de transmutación que implica una forma de modificación de lo receptado de la iusteoría originaria, ya sea por incompreensión o eclecticismo. Así, buena parte de la iusteoría regional que usa el neoconstitucionalismo originario, modifica por falta de comprensión el significado y el sentido originario de la teoría transnacional⁴⁵ o intenta conciliar, mediante uso ecléctico, el neoconstitucionalismo originario con teorías incompatibles en

43. Es imposible para nosotros ofrecer evidencia suficiente sobre este tipo de literatura que difícilmente alcanzaríamos a revisar en varios años. No obstante, cualquier abogado familiarizado con ella aceptará que nuestra afirmación no es arbitraria. Es frecuente que la iusteoría latinoamericana utilice «tipos ideales» derivados de la recepción de literatura transnacional, como Estado Social de Derecho, principio de proporcionalidad y demás, para mostrar las «desviaciones» del contexto local, o para celebrar que nuestro derecho es heredero legítimo del derecho europeo.

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

45. Por sentido originario nos referimos a la interpretación de un texto compartida tanto por su

el plano conceptual, esto con el objetivo de sostener proposiciones adaptadas a necesidades de enunciación particulares.⁴⁶

Sobre la falta de comprensión del neoconstitucionalismo originario no hay mucho que descubrir. La mayor parte de practicantes del derecho en América Latina recepta el paradigma neoconstitucional en un «contexto hermenéutico pobre»,⁴⁷ que explica en buena medida este tipo de transmutación. Además, la recepción del paradigma neoconstitucional en las masas de practicantes es aún limitada. Buena parte de los abogados de la región, gracias a la educación jurídica tradicional y la práctica profesional (orientada a la defensa de derechos patrimoniales dentro de sistemas procesales ritualistas y caducos), aún comparten una cultura formalista, que es la manera como el sistema romano-germánico se ha expresado culturalmente en Latinoamérica.⁴⁸

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

autor como por sus destinatarios. Cfr. Hans Gadamer, *Verdad y método*, vol. II, Salamanca, Sígueme, 1998.

46. Cuando hablamos de necesidades de enunciación referimos al uso del lenguaje en contextos particulares: «[El enunciado] [...] no puede establecerse independientemente de su contexto particular de elocución. Éste refiere no solo a «qué se dijo» (el contenido semántico de las ideas), sino a «cómo se dijo», «quién lo dijo», «dónde», «a quién», «en qué circunstancias», etc. La comprensión del sentido supone un entendimiento del significado; sin embargo, ambos son de naturaleza muy distinta. El segundo pertenece al orden de la lengua, describe hechos o situaciones; el primero en cambio, pertenece al orden del habla, implica la realización de una acción». Cfr. Elías Palti, *El tiempo de la política: El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 294.
47. D. López ha evidenciado que en América Latina la transmutación de iusteoría obedece a un contexto hermenéutico pobre en el que no existen tradiciones intelectuales fuertes que faciliten la circulación, discusión y refinamiento del discurso teórico. No se discute con tradiciones, sino con autores y obras que «están a la mano» (D. López, 2004: 48). Como resultado, al menos en teoría jurídica, se produce la eliminación de cuestiones epistemológicas, filosóficas y teóricas que son centrales para comprender los presupuestos de un texto. Consecuentemente, son comunes, las traducciones imprecisas; las reconstrucciones de la obra de un autor a partir de uno de sus textos; la toma de partes de una obra por el todo; la creación de alianzas locales de autores o teorías rivales en contextos hermenéuticos más desarrollados, etc. (143).
48. Rogelio Pérez Perdomo, *Los abogados en América Latina: Una introducción histórica*, Bogotá, UEC, 2004.

(las soluciones a todos los problemas estarían «contenidos» en ella), y por otra, confía en que la norma suprema que representa la «voluntad popular» condicione todo desarrollo político y jurídico posterior.

Luego, cuanto hablamos del uso ecléctico del neoconstitucionalismo originario, la iusteoría regional (especialmente la filosofía del derecho y la jurisprudencia), presenta textos que dan cuenta de una clara intención por tomar componentes del neoconstitucionalismo originario (concebidos como universales) y separar otros que no favorecen los sentidos que se pretenden transmitir dentro de proyectos políticos relacionados con el «uso» que debe darse a la justicia en América Latina. D. López (2004) habla de «lecturas selectivas» en estos casos. Así por ejemplo, en Colombia, el neoconstitucionalismo se ha conciliado con el derecho alternativo latinoamericano (esto es, la opción marxista en favor de los débiles y pobres) para avanzar en lo que se concibe como un uso progresivo del derecho (C. Rodríguez, 2011).

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

Cabe destacar entre otros discursos de recepción y creación, la iusteoría que defiende la complementariedad del neoconstitucionalismo europeo y el «nuevo constitucionalismo latinoamericano» de cuño «revolucionario»;⁴⁹ la iusteoría que defiende con intensidad la justiciabilidad directa (sin ley que medie) de los derechos económicos y sociales en sociedades extremadamente desiguales;⁵⁰ la iusteoría que mezcla el neoconstitucionalismo con concepciones amplias (cuasi paternalistas) de «garantismo» estatal y plurinacional;⁵¹ la iusteoría que propone el «derecho de interés público» como una alternativa de la democracia participativa para la transformación del derecho regional,

49. Roberto Viciano y Rubén Martínez, «Presentación: Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: Desafíos y retos para el siglo XXI*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2010, p. 9-38.

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

51. Una muestra de este tipo de iusteoría es buena parte del texto constitucional de Ecuador (2008). Al respecto, véase Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, UASB-E / Abya-Yala, 2011.

impulsada por «la sociedad civil y sus tribunales»;⁵² y, la iusteoría liberal, comprometida con la gobernabilidad, la justicia constitucional moderada (garante de las libertades y la seguridad jurídica) y el liberalismo económico.⁵³

Sin perjuicio de la calidad de estas formas eclécticas de iusteoría (en la medida que toman parte del paradigma neoconstitucional sin mayor preocupación por la sofisticación conceptual), lo importante es destacar que buena parte de la iusteoría regional muestra una concepción sobre el derecho que obedece principalmente a la recepción del neoconstitucionalismo originario como teoría transnacional y por tanto, universal.

Este paradigma de la iusteoría regional periférica, considera que los problemas de América Latina que suelen preocupar a los juristas,⁵⁴ pueden encontrar caminos de resolución por medio de procesos de cambio institucional, bastante similares a la narrativa del neoconstitucionalismo originario: cambios constitucionales que recojan amplios catálogos de derechos (que en América Latina incluirían los derechos culturales indígenas, además de los derechos de primera y segunda generación) y sean implementados con la ayuda de regímenes garantistas, que definan los procedimientos y fines del poder estatal, y otorguen a la justicia constitucional la protección suprema de la Constitución.

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

No obstante, en el plano de los contextos de enunciación particulares, debe insistirse que el neoconstitucionalismo originario representa una defensa del Estado social en contra del proyecto neoliberal y la crisis del derecho que

52. M. Böhmer (2011: 204-205).

53. Véase los ensayos publicados en Diego Valadés, edit., *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México DF, UNAM, 2005.

54. En la iusteoría regional predomina una fuerte denuncia teórica o moral de referentes fácticos comunes en América Latina, como la desigualdad social, la anomia institucional, el autoritarismo, la ineficacia de la ley, el pluralismo jurídico negativo, la cultura jurídica formalista, las violaciones de derechos cometidas por regímenes militares, etc. Véase Jorge Esquirol, «¿Hacia dónde va Latinoamérica?: Una crítica al enfoque sociojurídico sobre América Latina», en Mauricio García y César Rodríguez, edit., *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 13-35.

amenaza las conquistas sociales alcanzadas en los países avanzados,⁵⁵ mientras que su recepción latinoamericana representa el anhelo por replicar los logros sociales del Estado social en América Latina (D. López, 2004: 432). En ambos casos, la preocupación por la avalancha neoliberal y la valoración de la intervención estatal y las prestaciones sociales, evita que la doctrina en mención discuta desde perspectivas liberales sobre los límites intervencionistas del poder estatal (P. Comanducci, 2003), aunque ello no implica que el Estado siga apareciendo como una amenaza a los derechos civiles y políticos cuando degenera en aparato represor, como sucedió a lo largo del siglo XX.

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

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

El neoconstitucionalismo latinoamericano, como proceso aparentemente mimético no es solamente un paradigma vinculado a procesos de recepción y «consumo» periférico de ideas. Por el contrario, se trata de una ideología construida dentro de procesos institucionales particulares a los que se busca dar respuesta desde la iusteoría receptada en la periferia. Por ello, la comprensión del neoconstitucionalismo latinoamericano en un sentido más amplio, exige analizar los textos de la iusteoría regional como «acciones asociadas a sistemas y modos particulares de práctica política».⁵⁶ Como intentaremos mos-

55. Véase Gerardo Pisarello, *Un largo termidor: Historia y crítica del constitucionalismo anti-democrático*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 135.

56. Cfr. Elías Palti, *La invención de una legitimidad. Razón y retórica en el pensamiento mexi-*

trar en el siguiente apartado, estas acciones toman sentido dentro de proyectos transnacionales de política jurídica.

NEOCONSTITUCIONALISMO Y POLÍTICA JURÍDICA

El neoconstitucionalismo latinoamericano como paradigma vinculado a prácticas políticas, puede identificarse dentro de un campo global de proyectos económicos, culturales y sociales de política jurídica,⁵⁷ que se manifiesta en tres escenarios diferenciables pero vinculados entre sí: *ingeniería constitucional, jurisprudencia activista y difusión de iusteoría transnacional en redes formales e informales*.

Sobre la *ingeniería constitucional*, estudios de caso en países como Colombia (C. Rodríguez, 2009), Ecuador⁵⁸ y Brasil,⁵⁹ han mostrado la influencia de los agentes transnacionales del neoconstitucionalismo latinoamericano, en el diseño de los textos constitucionales de dichos países. En el resto de países de América Latina, se ha producido abundante literatura que coincide en señalar, aunque a partir de un análisis discursivo de los textos constitucionales de la «tercera ola» democrática, la clara influencia del neoconstitucionalismo (M. Carbonell, 2007; R. Uprimny, 2011; F. Pou, 2011).

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

cano del siglo XIX (Un estudio sobre las formas del discurso político), México DF, FCE, 2005, p. 471.

57. Nos referimos a un campo global que reproduce formas de capital económico, social y cultural, a partir de la creación de normativa jurídica. Véase Pierre Bourdieu, coord., *Poder, derecho y clases sociales*, introducción de Andrés García Inda, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, p. 132.
58. Cfr. Pablo Andrade, «El reino (de lo) imaginario: Los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008», en *Ecuador Debate*, No. 85, 2012, p. 35-47, y Pablo Andrade, *Democracia y cambio político en el Ecuador*, Quito, UASB-E / CEN, 2009.
59. Véase Luis Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho: El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México DF, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

No obstante, que algunos textos constitucionales hayan sido redactados por agentes inspirados por el neoconstitucionalismo, no puede autorizarnos para hablar de una Constitución que recoge fielmente el canon neoconstitucional, puesto que toda Constitución representa la expresión discursiva de un contexto político más complejo que es soslayado en los análisis iusteóricos. Es más, ni siquiera puede afirmarse que la teoría neoconstitucional originaria sirva para explicar plenamente dichos textos, incluso si se trata solamente de los elementos normativos que esta ha teorizado (H. Ávila, 2009).

Esto es válido sobre todo para las Constituciones que establecen cambios significativos en la concepción de elementos fundamentales del neoconstitucionalismo originario y su recepción latinoamericana: los derechos, las garantías, la división de poderes, el principio de legalidad (y la concomitante seguridad jurídica) y la garantía judicial de la Constitución. Ejemplos de este tipo de Constituciones, son la venezolana de 1999,⁶⁰ la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.⁶¹

Sobre la *jurisprudencia activista*, existe suficiente evidencia que muestra la influencia del paradigma neoconstitucional en la interpretación y aplicación de la Constitución a cargo de los jueces constitucionales. Hemos indicado antes, que Cortes de Colombia, Perú, Ecuador, México y Brasil, suelen usar el neoconstitucionalismo originario como una teoría transnacional y universal. Cabe preguntarse ahora sobre el sentido político y el escenario institucional del neoconstitucionalismo que imbuje la jurisprudencia activista. La respuesta que podemos esbozar según al testimonio de jueces latinoamericanos y al consenso teórico sobre el tema, es que el activismo judicial, cuando usa el neoconstitucionalismo originario, busca por un lado (de forma no necesariamente consciente), posicionar la justicia constitucional como un nodo institucional, político y jurídico que se ha extendido a nivel global después de la Segunda Guerra Mundial (C. Rodríguez, 2009; F. Pou, 2011, L. Barroso, 2008) y, por otro, dar respuesta a los problemas de violación de derechos y desigualdad en la región.⁶²

60. Roberto Viciano y Rubén Martínez, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Caracas, Vadell Hermanos, 2001.

61. Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

62. Véase un justificación similar en la ponencia del exsenador y expresidente de la Corte Constitucional de Colombia, Carlos Gaviria, en Carlos Gaviria, «Colegitimidad democrática y control constitucional», en Tribunal Constitucional del Ecuador (TCE), edit., *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, TCE, 2007, p. 33-39. En el mismo sentido, se pronuncia el actual presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, Patricio Pazmiño, «Corte Constitucional: consecuencia lógica la evolución del control constitucional», en TCE, edit., *Un cambio...*, p. 12-17.

En esta empresa, el neoconstitucionalismo latinoamericano inspira la labor judicial, pero solo en parte. Junto al neoconstitucionalismo latinoamericano, las teorías alternativas del derecho,⁶³ la jurisprudencia activista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁴ y la participación de cortes nacionales en una comunidad global de tribunales que comparte valores comunes, influyen de manera relevante en numerosas decisiones judiciales nacionales y transnacionales, y sobre todo, en los imaginarios normativos de los juristas.

La explicación de esta «mezcla» de corrientes doctrinarias en la jurisprudencia activista reside en parte en la comunidad axiológica que une todas las doctrinas jurídicas contemporáneas en la defensa de los derechos humanos y de una justicia constitucional comprometida con ellos. Aunque los fines y medios de la justicia constitucional sean objeto de debate y disenso en la iusteoría, no existe obra iusteórica relevante que niegue la necesidad de defender los derechos humanos (de todas las generaciones) y sus garantías judiciales (F. Pou, 2011: 235-236) en el marco de lo que hemos denominado política de los derechos.

En cuanto a la valoración que la iusteoría latinoamericana realiza del activismo judicial, cabe señalar que el neoconstitucionalismo latinoamericano tiene una percepción positiva del activismo judicial dentro y fuera de la región. Si ubicáramos de forma escalonada (de mayor a menor valoración) la percepción iusteórica sobre la actividad judicial, en la parte superior estaría la Corte constitucional colombiana y luego, la Corte argentina, reconocidas principal-

63. El uso alternativo del derecho ha tenido éxito principalmente en Brasil, pero no en el nivel de la justicia constitucional centralizada, sino en los escalones inferiores del sistema judicial que fueron usados para resistir las políticas neoliberales. Normativamente, el uso alternativo del derecho se entiende como «las diversas acciones encaminadas a que toda la juridicidad (normas, derechos subjetivos, objetivación de lo justo) sea usada al servicio de los pobres». Cfr. Jesús Antonio de la Torre, coord., *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México DF, Universidad Autónoma de Aguascalientes / Porrúa, 2002, p. VIII. Véase también, Luciano Oliveira, «Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance», en M. García y C. Rodríguez, edit., *op. cit.*, 223-246.

64. Jorge Contesse, «Constitucionalismo interamericano: Algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos», en C. Rodríguez, coord., *op. cit.*, p. 251-269 y, Marcelo Neves, «Transconstitucionalismo con especial referencia a la experiencia latinoamericana», en Armin Von Bogdandy *et al.*, coord., *La justicia constitucional y su internalización: ¿Hacia una Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México DF, UNAM, 2010, p. 724.

mente por su actividad activista en derechos humanos,⁶⁵ y en especial, en favor de grupos humanos vulnerables.⁶⁶

En un segundo escalón, destacan las Cortes de Costa Rica, Chile y Brasil, que junto a las Cortes nombradas y a otras Cortes situadas en escalones inferiores, son valoradas por su diverso grado de incidencia en la garantía de los derechos civiles y políticos; la igualdad de ciudadanos ante la ley; la consolidación de las libertades económicas en la transición a economías de mercado (C. Rodríguez, 2009); el combate legal contra regímenes autoritarios (transparencia, separación de poderes, etc.); y, la mejora del desempeño democrático⁶⁷ (rendición de cuentas, democratización de las políticas públicas, desarrollo de la cultura jurídica, etcétera).

Finalmente, el neoconstitucionalismo como paradigma usado en redes formales e informales de *difusión de iusteoría transnacional*, representa un componente importante de un proyecto comunicativo mayor dentro de la enseñanza jurídica global, favorable a los derechos humanos, la justicia constitucional, el Estado de derecho y la democracia con equidad en la región. Así lo demuestra la creciente interacción académica entre académicos transnacionales y juristas periféricos en América Latina a partir de los años 80 (D. López, 2004).

La evidencia disponible muestra cómo la cooperación internacional (fundaciones alemanas y estadounidenses), la formación doctoral de académicos latinoamericanos en EUA⁶⁸ y Europa, y la institucionalización de centros

65. Debe señalarse que en no pocos casos el activismo de la Corte colombiana se limita a abrir canales de diálogo entre la sociedad civil y Estado, controlando la calidad deliberativa del proceso. Véase Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
66. César Rodríguez y Diana Rodríguez, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010 y, Roberto Gargarella, org., *Courts and Social Transformations in New Democracies: An institutional voice for the poor?*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2006.
67. Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Manantial, 2009, p. 201-224.
68. Un indicador de la forma como está estructurado un sector significativo de la red de académicos del derecho en Latinoamérica, lo ofrece la lista de autores de la obra coordinada por Rodríguez (2011) que en criterio de Gargarella y Bergallo «ofrece una muestra especial del gran cambio experimentado por la reflexión sobre el derecho latinoamericano en las últimas dos décadas» (C. Rodríguez, 2011: 8). Esta lista está conformada entre hombres y mujeres, por 18 personas, 5 provenientes de la academia colombiana, 5 de la academia brasileña, 3 de la academia argentina, 2 de la academia mexicana y sendos autores provenientes de Chile, Ecuador y Perú. De entre las 18 personas, 11 (61%) han estado vinculadas a la academia estadounidense. Esta red, según Rodríguez, «tiene como fines centrales la promoción de la inclusión social, de los derechos humanos, de la democracia, del Estado de derecho y del desarrollo con equidad en la región» (C. Rodríguez, 2011: 19).

regionales de investigación jurídica, en universidades de élite fuertemente vinculadas a universidades prestigiosas de todo el planeta, han favorecido la educación jurídica global y la consecuente difusión de iusteoría transnacional, que incluye principalmente a la iusteoría neoconstitucional originaria, concebida como la literatura más avanzada dentro de una tradición iusteórica latinoamericana ubicada en la periferia del intercambio cultural (c. Rodríguez, 2009 y 2011). Cabe señalar que los agentes de estas redes culturales conciben su actividad como una reacción progresista frente a la cultura jurídica formalista que predomina en las masas de operadores del derecho en América Latina.⁶⁹ No obstante, como se ha señalado antes, el neoconstitucionalismo pos-positivista no dista mucho del formalismo jurídico latinoamericano. Ello explica en buena parte el éxito de su recepción, puesto que no es posible que una cultura use códigos que le son completamente extraños (E. Palti, 2007).

No obstante lo anterior, debe señalarse que el neoconstitucionalismo en los proyectos de política jurídica (*cambios constitucionales, activismo judicial, redes transnacionales de formación*) forma parte de esquemas de percepción más amplios. En este sentido es un componente relevante para la acción política, pero no el único. En realidad, los proyectos de política jurídica impulsados en la región desde los 80, parecen recibir mayor inspiración del uso ecléctico del neoconstitucionalismo originario, que del uso «puro» de este. Como hemos visto, esto puede predicarse especialmente de la producción académica regional (C. Rodríguez, 2011) y de parte de la jurisprudencia (D. López, 2004).

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

69. Cfr. Alberto Wray, *Pensamiento jurídico ecuatoriano*, Quito, BCE / CEN, 1997, p. 46; Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho* (CLS), trad. por Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, estudio introductorio de César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre / UA / PUJ, 1999; Agustín Grijalva, «Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador», en TCE, edit., *Un cambio...*, p. 53; Agustín Grijalva, «Independencia judicial y derechos en el Ecuador», en *Ecuador Debate*, No. 83, Quito, CAAP, 2011, p. 35; Ramiro Ávila, «Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial», en Santiago Andrade y Luis Ávila, edit., *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 380-386; Farith Simon y Marco Navas, *Diagnóstico de la enseñanza legal de los derechos humanos en el Ecuador*, Quito, PUCE / American University / Red Académica de Derechos Humanos / V&M Gráficas, 2003, p. 33 y 61 y, Proyecto Tuning Derecho en Ecuador, 1 de julio de 2013, disponible en *Universidad del Azuay*: <<http://uazuay.edu.ec/tuningderecho/>>. Consulta: abril de 2013.

comprender cómo estos significados interactúan dentro de esquemas de percepción particulares en el marco de proyectos de diseño institucional.

Con mayor razón puede afirmarse que la iusteoría neoconstitucional representa un camino inadecuado para comprender empíricamente las Constituciones, el activismo judicial y las redes de cultura jurídica en el marco de procesos institucionales históricos.⁷⁰ La riqueza empírica de estos procesos solo puede abordarse desde un lenguaje teórico más elaborado en términos conceptuales y empíricos, que permita identificar los agentes, las ideas y el sentido de estos componentes dentro de fenómenos de política jurídica que forman parte del proceso de democratización (política y económica) de América Latina.

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

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

70. Véase argumentos históricos, culturales y económicos que explican más allá de los casos judiciales exitosos, las razones de la eficacia simbólica del derecho en Colombia, en Rodrigo Uprimny, «¿Una sociología jurídica latinoamericana o un programa de investigación en sociología jurídica para América Latina?: Un comentario al texto de García y Rodríguez», en M. García y C. Rodríguez, edit., *op. cit.*, p. 15-66, y Andrés Dávila, *Democracia pactada: El Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991*, Bogotá, UA / Alfaomega, 2002, p. 200-202.

CAPÍTULO II

Neoconstitucionalismo en Montecristi

El golpe de Estado contra el presidente Lucio Gutiérrez en 2005, mediante el mecanismo de juicio político orquestado por el Congreso y sostenido principalmente por la denuncia mediática, la movilización popular y la avenencia militar, no fue sino un episodio más dentro de un nuevo patrón de inestabilidad política desde el regreso a la democracia (1979), que inició en Ecuador con la caída del presidente Abdalá Bucaram en el año 1997.⁷¹

La respuesta de los actores políticos (partidos, movimientos sociales, medios de comunicación, intelectuales, grupos de interés, etc.) a esta forma recurrente de crisis política –que se mantenía pese a la recuperación de la economía y la mejora de las condiciones de vida desde inicios de la primera década del siglo XXI–⁷² no expresó sino el descontento popular frente a un sistema político regionalizado, inestable, fragmentado y extremadamente deficiente en el ámbito de las políticas públicas y sus resultados.⁷³ Pese a que las movilizaciones populares exigieron «que se vayan todos», los partidos políticos imperantes, debido su faccionalismo (Andrade, 2005) y particularismo (Pachano, 2008), no lograron proyectos consensuados de cambio social.

No obstante, una parte relevante de los actores políticos vinculados a la tendencia de izquierda, generó frente a la crisis, lo que Pablo Andrade ha denominado «un momento republicano», esto es «una búsqueda colectiva de sentido» (Andrade, 2011: 37) sobre lo político y la política⁷⁴ que desencadenó

71. Aníbal Pérez Liñán, *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*, Buenos Aires, FCE, 2009.

72. Véase Simón Pachano, «El precio del poder: izquierda, democracia y clientelismo en Ecuador», ponencia presentada en el Segundo Coloquio Internacional de Ciencia Política Gobiernos de Izquierda en Iberoamérica en el Siglo XX, 20, 21 y 22 de octubre de 2008, Xalapa, Veracruz, 2008, p. 8, en *FLACSO Andes*, <<http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1228342227.PachanoPonenciaGosIzquierda.pdf>>. Consultado en octubre de 2013.

73. Jorge León, «Política y movimientos sociales en Ecuador de entre dos siglos», en *FLACSO-E et al., Informe cero. Estado del país: Ecuador 1950-2010*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador (FLACSO-E) / Contrato Social por la Educación, 2011, p. 207-227.

74. Pierre Rosanvallon, *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, FCE, 2002.

un proyecto radical, cuya máxima expresión fue la Asamblea Constituyente de 2007-2008.

Este proyecto consistía básicamente en una variopinta propuesta de «refundación» moral y política del Estado,⁷⁵ en rechazo al orden económico y político imperante, identificado en gran medida por los radicales republicanos, con los males de la economía y la política que fueron etiquetados con los conceptos neoliberalismo y partidocracia respectivamente. La organización política que expresó este lenguaje con mayor intensidad y respaldo electoral fue el movimiento Acuerdo País (en adelante AP).

Este movimiento político defendió una propuesta radical antipartidaria que expresaba la desconfianza popular frente a las instituciones y actores tradicionales de la democracia representativa⁷⁶ —que para muchos llegó a presentar una imagen *schmittiana* del parlamentarismo—. ⁷⁷ AP tomó la resolución de no presentar candidatos en las elecciones parlamentarias y propuso una vez obtenido el poder presidencial bajo el liderazgo de Rafael Correa, la realización de una Asamblea Constituyente.

Ya electo, el 15 de enero de 2007, mediante decreto 002, el presidente Correa convocó a una consulta que permitiría la instalación de la Asamblea Constituyente. El electorado ecuatoriano aprobó la consulta con un 82% de aprobación, y eligió luego, a una mayoría de asambleístas de entre los candidatos de Acuerdo País (62% de los escaños). Este apoyo popular, sumado a la composición interna de Acuerdo País y a la estrategia del gobierno en fun-

75. Se trató de discursos que embebían de las más diversas fuentes ideológicas, no obstante su común rechazo al orden político y económico imperante. Quizá las fuentes ideológicas más relevantes, refieren a las narrativas que se presentaban como alternativas a la democracia liberal y la economía de mercado: la democracia participativa, el neodesarrollismo, el posextractivismo, la plurinacionalidad y el discurso socialdemócrata de los derechos humanos.
76. Cfr. Franklin Ramírez Gallegos, «Participación, desconfianza política y transformación estatal», en FLACSO-E *et al.*, *op. cit.*, p. 233-235.
77. En numerosos folletos y artículos periodísticos se subrayan los fallos y errores más evidentes del funcionamiento parlamentario: el dominio de los partidos y su inadecuada política de personalidades, el gobierno de aficionados, las permanentes crisis gubernamentales, la inutilidad y banalidad de los discursos parlamentarios, el nivel, cada vez más bajo, de los buenos modales parlamentarios, los destructivos métodos de obstrucción parlamentaria, el abuso de la inmunidad y privilegios parlamentarios por parte de una oposición radical que se burla del parlamentarismo mismo, la indigna práctica de las dietas y la escasa asistencia a las sesiones [...] así como que la verdadera actividad no se desarrolla en los debates públicos del pleno, sino en comisiones (y ni siquiera necesariamente en comisiones parlamentarias), tomándose las decisiones importantes en reuniones secretas de los jefes de los grupos parlamentarios o, incluso, en comisiones no parlamentarias; así, se origina la derivación y supresión de todas las responsabilidades, con lo que el sistema parlamentario resulta ser, al fin, solo una mala fachada del dominio de los partidos y de los intereses económicos». Cfr. Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996a, p. 24.

ciones para controlar la Asamblea (P. Andrade, 2012), permitió al presidente Correa dominar en gran medida el proceso constituyente.

No obstante, el control de Correa y su equipo, sobre asambleístas funcionales, no alcanzó todos los espacios de diseño constitucional. Aunque en los días finales de la Asamblea Constituyente se lograron votos para modificar y aprobar en el pleno algunos artículos que interesaban al presidente y sus colaboradores más cercanos,⁷⁸ el texto constitucional terminó expresando las tensiones internas de la coalición gobernante, así como la influencia de actores y proyectos políticos diversos que participaron del proceso constituyente. Según P. Andrade (35), estos proyectos se fundaron en tres concepciones diferentes: participacionismo, neoconstitucionalismo y presidencialismo.

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

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

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA IUSTEORÍA ECUATORIANA

La academia jurídica orientada a la investigación, coincide en denunciar el divorcio que han mantenido los estudios jurídicos y las ciencias sociales en el país.⁷⁹ En efecto, salvo escasas excepciones, el tratamiento de los problemas jurídicos suele quedar en manos de juristas, mientras que la sociología y la ciencia política ecuatoriana, se desentiende de un problema que es visto como dependiente de factores de poder extra-judiciales. Ello explica que el tratamiento del derecho constitucional, de la teoría de la Constitución y de los

78. Cfr. Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta 091, 18-19 de julio de 2008, p. 90.

79. A. Grijalva (2007), y Santiago Basabe, *Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, FLACSO-E, 2011.

derechos humanos se haya desarrollado exclusivamente, en el interior de las comunidades nacionales y transnacionales de juristas.

De allí que el neoconstitucionalismo ecuatoriano constituya un paradigma desarrollado principalmente por una comunidad pequeña de juristas académicos,⁸⁰ cuyas huellas documentales aparecen en un escaso número de obras de iusteoría normativa que tiende a usar por imitación y/o eclecticismo teoría transnacional; al tiempo que proponen cambios normativos que resultan de preocupaciones y estudios sobre los problemas jurídicos locales. La literatura más importante que nos autoriza a hablar del neoconstitucionalismo ecuatoriano, remite a un conjunto limitado de autores, cuya producción intelectual es más rigurosa y elaborada que la dogmática común.⁸¹

Dentro de esta literatura que empezó a publicarse en los 90, al tiempo que iniciaron los mayores intentos por institucionalizar definitivamente la justicia constitucional en Ecuador,⁸² destaca aquella producción que ha dirigido su atención a los procesos constituyentes y textos constitucionales de 1998 y 2008. Se trata de textos que develan el proceso de consolidación del paradigma neoconstitucional en Ecuador.

Para intentar probar cómo se ha consolidado el paradigma neoconstitucional en Ecuador, mediante la recepción de teoría transnacional y cómo ha sido usado de forma ecléctica, analizaremos la literatura que se presentó como propuesta de legitimación o cambio constitucional frente a los textos constitucionales de 1998 y 2008. Expondremos nuestro análisis, mostrando la relación de la iusteoría con los proyectos de Constitución y los textos constitucionales nombrados. Así, expondremos de forma sistemática, el contenido de los textos elegidos frente a temas básicos del paradigma neoconstitucional originario: el concepto de los derechos, el concepto de Constitución y el concepto de garantía judicial de la Constitución.

80. Dos indicadores pueden sostener esta proposición: a) una sola universidad (la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador –UASB-E– contaba con un programa de doctorado en derecho y una revista jurídica indexada en 2008; y b) tres de los once juristas que participan como investigadores de planta en las universidades que ofertan doctorados, reconocen que la investigación jurídica es predominantemente formalista y normativista (A. Grijalva, 2011; R. Ávila, 2011; Santiago Basabe, «Ecuador: reforma constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas», en *Revista de Ciencia Política*, No. 29, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, p. 381-406).
81. La iusteoría a la que nos referimos empezó a publicarse bajo un formato académico en tres revistas de derecho (dos de Quito y una de Guayaquil) que han venido publicándose desde aproximadamente una década. La única revista indexada de derecho, hasta el proceso constituyente (en Latindex), fue *Foro: Revista de derecho* de la UASB-E.
82. Agustín Grijalva, «Courts and Political Parties: The Politics of Constitutional Review in Ecuador», en *University of Pittsburgh*, <http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva_agustin_2010_etd.pdf>. Consulta: julio de 2013.

La iusteoría liberal ecuatoriana y la Constitución de 1998

Mientras se realizaba la Asamblea Constituyente de 1998, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (Quito) (UASB-E), se desarrolló un Seminario Internacional de Derecho Comparado. En él, juristas ecuatorianos representativos como Ernesto López y Alberto Wray,⁸³ propusieron con especial énfasis, fortalecer la justicia constitucional en Ecuador (entendida como control de constitucionalidad de actos normativos inferiores), en virtud de su inveterada debilidad, inestabilidad y dependencia política (E. López, 1998: 63; A. Wray, 1998: 131). El énfasis axiológico de estos autores descansaba en la necesidad de constitucionalizar mediante las garantías jurisdiccionales y a tenor de la «ley superior», el ordenamiento jurídico, entendido como un sistema escalonado de normas.

La preocupación principal de estos autores descansa en la «jerarquía normativa».⁸⁴ Aunque este enfoque, no implica que los derechos pasen inadvertidos en los textos citados, lo cierto es que el eje articulador del discurso normativo, descansa en la idea de Constitución como norma superior y jerárquica. Por tanto, la Constitución es importante sobre todo, porque representa la «voluntad popular», que una vez traducida jurídicamente, permite racionalizar el ordenamiento. Detrás de este afán de racionalización mediante interpretaciones asumidas como puramente jurídicas, se devela un paradigma paleo-positivista de unidad, plenitud y coherencia, que en el caso ecuatoriano, ha tomado una versión menos sofisticada que la desarrollada por el positivismo transnacional.⁸⁵

83. Ernesto López Freile, «Control constitucional y organismos de control», en Gonzalo Ortiz, edit., *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*, Quito, ProJusticia / Corporación de Investigación y Estudios Multidisciplinarios, 1998, p. 59-86, y Alberto Wray, «Orden jurídico y administración de justicia», Quito, ProJusticia / Corporación de Investigación y Estudios Multidisciplinarios, 1998, p. 103-127.

84. Señala López: «La justicia constitucional es la autoconciencia que la constitución posee (sic) de su propia eficacia y dinamismo. De su propia jerarquía y poder» (López, 1998: 63). En un sentido similar Wray sostiene: «hay normas que prevalecen sobre otras en razón de su jerarquía. En virtud de este principio es que la constitución está llamada a prevalecer sobre cualquier otra norma jurídica»; Alberto Wray, «Orden jurídico y administración de justicia», en Gonzalo Ortiz, edit., *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*, Quito, ProJusticia / Corporación de Investigación y Estudios Multidisciplinarios, 1998, p. 116.

85. Quizá la mejor expresión de esta iusteoría formalista es la interpretación común del Título Preliminar del *Código Civil* aún vigente en Ecuador y que conserva el contenido del Código Civil de 1861. Las normas interpretadas a partir de este Título, representan varios dogmas para los juristas: la ley que supuestamente desarrolla la Constitución es la máxima expresión de la voluntad general que se expresa con claridad de forma deóntica (manda, prohíbe o permite), el máximo intérprete de la ley es el legislador, y el juez es boca de la ley. Aunque no

En cuanto al contexto de enunciación de esta versión iusteórica desarrollada luego del regreso a la democracia, debe señalarse que nuestros juristas pretendían racionalizar un sistema jurídico incoherente e incompleto, heredado de la dictadura y mantenido sin mayor transformaciones, por un sistema político que se representaba como «ingobernable».⁸⁶ Cuando estas preocupaciones dejaron de ser centrales, a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, la iusteoría de derecho constitucional abandonó el énfasis en el análisis de la «sintaxis» del derecho que estriba en el principio de jerarquía y el cuidado de las cadenas de validez, para dar paso a enfoques normativistas que se preocupan por los derechos y sus garantías (políticas, jurisdiccionales y normativas) en el contexto de un «Estado social de derecho».

Es decir, la iusteoría ecuatoriana empezó a preocuparse por el deber ser de las normas socialdemócratas que hemos asociado al neoconstitucionalismo originario. Solo era aceptable el derecho que reconociera la justicia de los derechos. Y ese derecho, estaba representado en la Constitución y en su «bloque de constitucionalidad» –contenido en los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que la Constitución remitía para ampliar progresivamente el sentido de sus normas de derechos–.⁸⁷ Quizá la expresión académica más relevante de este enfoque normativo es la iusteoría recogida en los 12 tomos

se puede afirmar seriamente que los abogados del Ecuador crean seriamente en estos dogmas, lo cierto es que en su mayoría, los estudios jurídicos en el país y la práctica del derecho, se inspiran en esquemas de percepción poco reflexivos que asumen la dogmática formalista del derecho civil, pese a que del propio *Código Civil* (art. 18) pueden extraerse interpretaciones más sofisticadas, concretamente a partir de las disposiciones que ordenan a los intérpretes tratar los «pasajes oscuros de la ley» mediante juicios sobre la «historia», el contexto» o el «espíritu» de la ley; o «la falta de ley», mediante «los principios del derecho universal». Para la tradición positivista (analíticamente superior al formalismo o paleo-positivismo), disposiciones como estas, pueden dar lugar a métodos de interpretación complejos (semántico, teleológico, sistemático, histórico, razonamiento por analogía, interpretación extensiva y analogía iuris) que se han desarrollado para evitar desconocer la voluntad del legislador expresada en la ley. Véase Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, p. 215-225.

86. En los 90 los juristas y algunos sociólogos, percibían como grave problema la conflictividad política que provocaba el anquilosamiento institucional y por tanto, la ausencia de racionalidad normativa para subsanar la legislación inválida (en términos de jerarquía normativa y violación de derechos humanos) o la falta de legislación. Véase Luis Hidalgo, *La telaraña legal*, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 1999, p. 15-21; José Sánchez, «La sociedad contra sí misma: O por qué nuestras sociedades son democráticamente ingobernables», en ILDIS, *Ecuador: La democracia esquivada*, ILDIS, Quito, 1991, p. 48 y, José Sánchez, *Conflicto y democracia en Ecuador*, Quito, CAAP, 1995, p. 104-109.
87. «Sabemos que la democracia es inseparable del Estado social de derecho y que únicamente en los regímenes democráticos encuentran efectividad los derechos humanos». Cfr. Hernán Salgado, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Quito, UASB-E / CEN, 2004, p. 20.

de la serie «Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador» (*sic*), que se publicó entre 2003 y 2005.⁸⁸

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

No obstante, en este período no se desarrolló en la iusteoría local, un paradigma que consolide la idea de Constitución invasora y la constitucionalización judicialista del derecho, como sucede con el neoconstitucionalismo originario y su derivación latinoamericana contemporánea. Al menos dos argumentos pueden sustentar este criterio.

Por un lado, la mayoría de juristas, al igual que los intelectuales cercanos a la versión ecuatoriana de la democracia liberal,⁸⁹ preferían inclinarse por una idea de Constitución «marco», esto es, una Constitución que si bien debía considerarse como un texto normativo y por tanto exigible en todos sus componentes,⁹⁰ no necesitaba contener en su trama textual todas las respuestas sobre la constitucionalización de la vida social. Es decir, la Constitución, aunque normativa, establecía derechos y directrices generales que debían concretarse mediante la práctica política, dentro de los límites legales y constitucionales que serían definidos por la justicia ordinaria y constitucional, respectivamente. Incluso, Julio César Trujillo, probablemente el jurista ecuatoriano que más había teorizado sobre el Estado social, sostenía un criterio cercano a esta idea:

88. Estas publicaciones resultaron del proyecto impulsado por la Universidad Carlos III de Madrid y el TCE, con el apoyo de la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea.

89. Pablo Andrade, *Democracia y cambio político en el Ecuador: Liberalismo, política de la cultura y reforma institucional*, Quito, UASB-E / CEN, 2009.

90. Cada uno de los adjetivos con los que se caracteriza al Estado ecuatoriano se refleja, en mayor o menor grado, en todas las instituciones y normas de la Constitución y deberían incidir también en todo el ordenamiento jurídico del país, lo mismo que en el comportamiento de los poderes públicos, como sería lo debido a una constitución normativa y no meramente nominal». Cfr. Julio César Trujillo, «El Estado en la Constitución», en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edit., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, UASB-E / CEN, 2004, p. 89.

Las reformas de 1998 [...] recuperaron las funciones propias del Estado social y democrático de derecho, cuya vigencia pasa a depender de los resultados que arrojen las urnas y de la lucidez de las fuerzas sociales y políticas que hagan de la igualdad real o material, de la justicia social y de la democracia participativa algo más que palabras en los discursos que los diferencien de la derecha (J. C. Trujillo, 2004: 92).

Lo anterior es comprensible, en la medida que la democracia liberal intenta hacer lugar a varios proyectos políticos cobijados por el Estado social y democrático de derecho, un ideal de la iusteoría que no reniega de la economía de mercado legitimada por la Constitución de 1998 (art. 242 y s.). Es decir, aunque la iusteoría ecuatoriana haya participado de la política de los derechos, intentó legitimar toda la institucionalidad prevista por la Constitución de 1998, que no se limitaba a instrumentalizar la política y la economía solamente en función de los derechos, en la medida que otros fines y objetivos participaban de su entramado textual (J. C. Trujillo, 2004: 100). De hecho, la iusteoría reconocía como fines constitucionales, no solo a los derechos, sino también a principios de la «economía social de mercado»: ⁹¹ crecimiento, empleo, estabilidad de precios, sustentabilidad, etcétera. ⁹²

Por otro lado, la iusteoría predominante, salvo notables excepciones, ⁹³ consideraba que el control de constitucionalidad encargado a los tribunales tenía un carácter «a-político» o «jurídico». ⁹⁴ Por tanto, se asumía que la interpretación constitucional no otorgaba poder político a los tribunales. Bajo este argumento, la defensa de la justicia constitucional impulsada en Ecuador desde 1945, encuadraba mejor con la idea proveniente de la recepción kelseniana predominante en el país: el juez constitucional debía funcionar como «legislador negativo». ⁹⁵ Esto es, como un actor que «no busca soluciones a los problemas sociales (eso le corresponde al legislador), solo evita que se den soluciones que

91. Cfr. Rolf H. Hasse, Hermann Schneider y Klaus Weigelt, edit., *Diccionario economía social de mercado*, México DF, Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 160-168.

92. Sobre la concepción iusteórica ecuatoriana que ha problematizado los principios de mercado reconocidos en la Constitución de 1998, véase Agustín Grijalva y José Troya, «Elementos para un derecho de la competencia en Ecuador», en *Foro: Revista de derecho*, No. 1, Quito, UASB-E / CEN, 2003, p. 5-47.

93. Cfr. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, UASB-E / CEN, 1994, p. 84.

94. Estudios empíricos realizados en el país muestran que los jueces que conformaron el TCE de los 90, concebían su actividad como apolítica, puesto que según sus representaciones (honestas o no) su trabajo interpretativo se ceñía al tenor de las disposiciones normativas. Cfr. Santiago Basabe, *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, FLACSO-E, 2011, p. 95.

95. «El legislador negativo se abstiene de dar nuevas normas legales en reemplazo de aquellas inconstitucionales, únicamente las anula o, como dice nuestra Constitución, las suspende, es decir son retiradas del mundo jurídico» (H. Salgado, 2004: 18).

no se deben dar» por ser inconstitucionales. En este sentido, «cuando el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución verifica si el legislador traspasó o no ese límite, impidiendo que el legislador cree derecho anticonstitucional».⁹⁶

Una explicación plausible sobre la ausencia de una teoría de la interpretación constitucional judicialista⁹⁷ frente a la Constitución de 1998, puede estar relacionada con al menos tres factores: a) la norma fundamental aún permitía que el legislador interprete la Constitución de manera obligatoria, pese a garantizar el control constitucional en manos del Tribunal Constitucional;⁹⁸ b) en la teoría transnacional receptada en el país, las teorías judicialistas del neoconstitucionalismo eran poco relevantes, frente a la recepción de iusteoría positivista de cuño kelseniano o al predominante formalismo antiteórico de la cultura jurídica ecuatoriana⁹⁹ y, c), no había llegado la crisis política del año 2005 que expresó un proceso acumulado de desconfianza en la función legislativa y, consecuentemente, dio lugar a la búsqueda de nuevos arreglos institucionales (v. g., el sometimiento de la legislación a la jurisprudencia constitucional) que desplacen el predominio de la democracia representativa (F. Ramírez, 2011).

Finalmente, debe indicarse que la iusteoría de los 90, ya se adentró en los debates ecuatorianos sobre pluralismo jurídico, que hoy, en criterio de algunos autores, ha dado lugar a un paradigma diferente del neoconstitucionalismo originario o europeo (R. Ávila, 2011). Los juristas se preocuparon en función

96. Cfr. Rafael Oyarte, «La acción de inconstitucionalidad de actos normativos», en Rafael Oyarte, coord., *Procesos constitucionales en Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005, p. 33.

97. Nos referimos a la llamada «metodología jurídica» del neoconstitucionalismo originario (Salas, 2007).

98. La Constitución de 1998, en su art. 130, num. 4, establecía entre las atribuciones del Congreso Nacional: «Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria».

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

de su especialidad, de la administración de justicia indígena en la Constitución de 1998. Al respecto, Julio César Trujillo zanjó las discusiones afirmando que el constitucionalismo ecuatoriano reconoce el pluralismo jurídico, es decir, la coexistencia del derecho estatal y un derecho «propio o consuetudinario» de las comunidades indígenas o afroecuatorianas «sometido a la Constitución».¹⁰⁰ Este criterio y otros similares, no entienden el «sometimiento» del derecho indígena a la norma fundamental como una forma de proyección del derecho estatal sobre las prácticas de justicia consuetudinarias o viceversa. Más bien se trata de hacer «compatible» desde una perspectiva liberal culturalmente sensible (P. Andrade, 2009), el derecho indígena con la Constitución y las leyes. Es decir, el derecho plurinacional, se reconoce de forma condicional (Constitución de 1998, art. 191),¹⁰¹ en la medida que su existencia –que no puede ser negada–, debe respetar los derechos constitucionales.

Que en esta época, no se haya discutido ampliamente sobre la coexistencia entre el derecho indígena y el derecho del Estado social, no implica que la concepción de pluralismo jurídico defendida por la iusteoría ecuatoriana, trastoque sustancialmente la percepción neoconstitucional del Estado social de derecho (división de poderes, seguridad jurídica, garantía judicial de la Constitución de derechos) (J. C. Trujillo, 2004: 92). Quizá porque la Constitución, no diseñó un régimen político funcional al reconocimiento del pluralismo jurídico, más allá del reconocimiento de «áreas de poder donde se debía reconocer el especial interés de los pueblos indígenas en controlar y determinar su propio desarrollo, por medio de mecanismos y organizaciones específicos que debían ser apoyados (política y económicamente) por el Estado».¹⁰²

Transformaciones de la iusteoría ecuatoriana frente a la Constitución de 2008

Los juristas ecuatorianos vinculados a las izquierdas,¹⁰³ dominaron el debate iusteórico favorable al proceso Constituyente de 2007-2008 gracias al

100. Cfr. J. C. Trujillo, «El Estado en la Constitución», p. 109.

101. Cfr. Nina Pacari, «Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política», en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edit., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, CEN, 2004, p. 135.

102. Cfr. Pablo Andrade, «Negociando el cambio: fuerzas sociales y políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2008», en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edit., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, UASB-E / CEN, 2004, p. 54.

103. Las izquierdas estaban representadas por la coalición de movimientos sociales, ONG, partidos políticos e intelectuales que participaron de un espectro ideológico bastante amplio y

predominio de esta tendencia ideológica en el momento político que se vivía luego del ascenso de Acuerdo País al poder. Sus postulados se distinguieron del predominante consenso «liberal-democrático» (P. Andrade, 2009) en la iusteoría ecuatoriana, al defender y desarrollar aquello que la tradición precedente no había pensado o querido en grado suficiente para coincidir con el neoconstitucionalismo latinoamericano: una paradigma iusteórico que integre la idea de Constitución normativa e invasora de los derechos (individuales, sociales y culturales) con la idea de una justicia constitucional garantista de derechos que tenga supremacía en el ordenamiento estatal.

Ya en el marco del proceso constituyente, juristas como Ramiro Ávila y Agustín Grijalva, ligaron esta idea de los derechos con una que apuntaba al fortalecimiento de la justicia constitucional. En este sentido, Ávila expresó: «Hay dos reformas constitucionales que son claves y que, solo si ellas se logran, bastarían para justificar toda la inversión política y económica en la Asamblea Constituyente: el fortalecimiento de un órgano supremo de control constitucional y la expansión de las garantías constitucionales de los derechos humanos».¹⁰⁴

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

diverso. Empero, sus ideales abstractos y comunes, apoyaban básicamente la reestructuración del Estado para superar el neoliberalismo y la «crisis de representación» o «bloqueo» de la democracia, por medio de un Estado garantista de derechos (libertades y prestaciones) y una democracia semipresidencial con mayor espacio a la participación ciudadana. Hemos identificado la iusteoría de las izquierdas dentro de esta tendencia que predominó en varios espacios comunicativos relacionados entre sí gracias a la movilidad de los intelectuales de izquierda. Estos espacios se generaron gracias al apoyo del Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales, el TCE (2007-2008) y la Comisión de Juristas del CONESUP auspiciada por el gobierno del presidente Correa en 2007. Véase ILDIS, «Las izquierdas y la Constituyente: Programa constitucional», en *La Tendencia*, Quito, Friedrich Ebert Stiftung (FES) / Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), 2007, p. VII-VIII.

104. Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, «Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: Propuesta de reformas para la constituyente», en *Foro: Revista de derecho*, No. 7, UASB-E / CEN, 2007, p. 135.

La supremacía de la justicia constitucional

En este apartado nos ocuparemos de la idea de supremacía de la justicia constitucional en favor de los derechos, defendida en general por la iusteoría de las izquierdas. Quien desarrolló los argumentos más elaborados sobre la justicia constitucional en el trabajo coordinado por el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (dentro del proyecto «*Las izquierdas y la constituyente*») fue sin duda, el jurista y politólogo Agustín Grijalva.¹⁰⁵

A partir de varias premisas normativas y descriptivas relativas a la necesaria consolidación de la democracia constitucional moderna en un país distante de estos objetivos (inestabilidad institucional, instrumentalización política del derecho y la justicia, ausencia de garantías para la realización de los derechos),¹⁰⁶ Grijalva formuló una propuesta de cambio constitucional comprendida en tres proposiciones principales que hemos agrupado conforme al tipo de respuesta que el autor ofrece a las siguientes preguntas: ¿Cuál es el fin de una Constitución?, ¿quién debe garantizar la Constitución? y ¿cómo debe garantizarla?¹⁰⁷

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

Si la Constitución ideal debe proteger estos valores es necesario garantizarla. Frente a la pregunta sobre quién debe garantizar la Constitución, Grijalva afirmó categóricamente: «para que una Constitución tenga vigencia, es decir para que sea una ley sobre las demás leyes y normas inferiores a la ley, es necesario un juez ante el cual reclamar por su violación, un juez que determine estas violaciones y que tenga poder para sancionarlas» (A. Grijalva, 2007a: 76). En otras palabras: «Sin Tribunal Constitucional –o más amplia-

105. Cfr. Agustín Grijalva, «Independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional en el Ecuador, en Julio Echeverría y César Montúfar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 117.

106. Cfr. Agustín Grijalva, «¿Constitución sin constitucionalismo?: Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente», en *Foro: Revista de derecho*, No. 7, UASB-E / CEN, 2007a, p. 76.

107. Estas preguntas son elementales para conocer el uso que hace Grijalva de la teoría transnacional, especialmente del neoconstitucionalismo originario.

mente justicia constitucional– no hay, en cierto sentido, Constitución, pues esta queda reducida a una declaración o programa político sin medios jurídicos para asegurar su eficacia» (76).

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

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, que Grijalva sitúa en la cúspide de la justicia constitucional,¹⁰⁸ «debe ser independiente y tener poder real, debe ser altamente profesional y respetado por la opinión pública y la comunidad jurídica» (A. Grijalva, 2007a: 76). Para que estas condiciones puedan realizarse, son necesarias otras condiciones relacionadas con la designación de los magistrados, la capacidad de los magistrados y el ejercicio de la magistratura.

Este autor propuso en atención a la experiencia ecuatoriana,¹⁰⁹ que se realicen las siguientes reformas: a) exclusión del Congreso en elección de magistrados; b) eliminación del juicio político; c) elección sobre la base del mérito; y, d) ampliación del período y eliminación de reelección (A. Grijalva, 2008: 116). Estas condiciones debían contribuir a fortalecer la independencia externa del Tribunal y mejorar su funcionamiento, puesto que suponen filtros meritocráticos, así como inmunidades frente los intereses partidistas y corporativos.

Por otra parte, Grijalva también reveló como debería garantizarse jurisprudencialmente la Constitución. Manifestó que un Tribunal con poder para definir el contenido de los derechos y zanjar conflictos entre actores políticos en virtud de sus funciones de control constitucional,¹¹⁰ debe legitimar su actuación mediante un ejercicio interpretativo profesional que esté orientado por «métodos específicos de interpretación constitucional desarrollados por el moderno constitucionalismo» (A. Grijalva, 2007a: 83), así como por el deber de

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

109. En otros términos, lo que tenemos en el país es una suerte de instrumentalización o manipulación del derecho y la justicia constitucional, a efectos de legitimar lo que en realidad son decisiones político partidarias» (A. Grijalva, 2007: 55-56).

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

protección de los «derechos fundamentales, por la lógica y el lenguaje jurídico, por la cultura constitucional de los ciudadanos, por su propia jurisprudencia y un maduro sentido de prudencia política» (A. Grijalva, 2007: 55).

En otras palabras, este autor no concibe el ejercicio de garantía jurisdiccional de la Constitución como un proceso aséptico y aislado de la conflictividad política y social, como sucede con el formalismo jurídico ecuatoriano. Por el contrario, cree que la justicia constitucional, dentro de la lógica del derecho constitucional como práctica moderna, debe valerse de recursos técnicos y políticos para hacer avanzar la cultura constitucional, la democracia deliberativa y la garantía de los derechos (A. Grijalva, 2008: 64).¹¹¹

Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre el esfuerzo teórico de Grijalva y de la iusteoría que coincide con los argumentos de este autor en Ecuador. De lo relatado hasta ahora, no puede afirmarse que nuestro autor defienda a las claras la postura judicialista que hemos identificado en el nivel iusteórico del neoconstitucionalismo originario y latinoamericano. Empero, pese a su rechazo expreso de una «élite de jueces» (A. Grijalva, 2007: 64) y a sus ideas a veces inspiradas en el método sociológico de la interpretación constitucional (adaptación prudente del derecho a realidades cambiantes), Grijalva defiende condiciones suficientes para que podamos afirmar su participación en el proyecto neoconstitucional de América latina.

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

Esto no quiere decir que Grijalva y otros partícipes ecuatorianos del neoconstitucionalismo latinoamericano eviten reflexionar sobre el contexto institucional local. En realidad, el uso de teoría transnacional en la narrativa de este autor,¹¹² además de estar relacionada con la fuerza de ideas que se asumen como universales y la inercia de los procesos transnacionales del constitucio-

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

112. Debe recordarse que la teoría transnacional tiene tal cualidad cuando es usada como un discurso dotado de universalidad descriptiva o prescriptiva.

nalismo centrado en los derechos humanos y los tribunales (F. Pou, 2011), tiene una estrecha relación con las representaciones locales sobre las disfuncionalidades de la justicia constitucional.

El problema que más preocupó a Grijalva, guardaba relación con la escasa independencia judicial del Tribunal Constitucional.¹¹³ Por ello rechazó que en la designación del Tribunal participe el Congreso o cualesquier sector social «corporativo» que pretenda convertir la justicia constitucional en un espacio de negociación de intereses ajenos a la función de control constitucional (2007: 77-78). En este sentido, Grijalva coincidió con las propuestas oficialistas que reivindicaban la primacía del mérito, la capacidad y la ausencia de vínculos partidistas o corporativos, para ejercer la justicia o las funciones de control.¹¹⁴

Llama la atención que Grijalva, pese a demostrar que la interpretación constitucional no es una tarea que se limita a interpretar textos jurídicos, afirme que el control constitucional es puramente jurídico. Quizá entiende lo jurídico en sentido muy amplio, o quizá buscó usar esta palabra para minimizar el papel político de los jueces constitucionales.

Lo cierto es que la iusteoría desarrollada por A. Grijalva, a partir de la tradición neoconstitucional originaria, parece haber influido de manera relevante en la idea de justicia constitucional de las izquierdas y en las propuestas concretas derivadas de tal idea.¹¹⁵ De hecho, la propuesta de articulado sobre la justicia constitucional desarrollada por Grijalva, es muy similar a la que apare-

113. Sobre la percepción teórica de la independencia judicial en América Latina, véase Germán Burgos, edit., *Independencia judicial en América Latina*, Bogotá, ILSA, 2002.

114. En palabras de Gustavo Larrea, Ministro de Gobierno, era necesario «ciudadanizar los organismos de control y justicia, que estén formados por jueces y hombres y mujeres capaces que no representen a ningún sector específico». Cfr. «El régimen entregará en abril su propuesta de Constitución». Quito, 28 de marzo de 2007, en *El Universo*, <<http://www.eluniverso.com/2007/03/28/0001/8/312A86296F174BADAF743D5E0EB97505.html>>. Consulta: 28 de agosto de 2010.

Las declaraciones de Larrea, son parte de una narrativa más amplia de los dirigentes de la revolución ciudadana, que rechaza el particularismo y «corporativismo» de la política ecuatoriana. Esta característica, cruzaría todos los escenarios y organizaciones de arriba hacia abajo, impidiendo una representación del interés general mediante el voto, que al parecer, solo podría ser asumida por quienes deben ganar las elecciones, «ciudadanos» de clase media, de «manos limpias» y «mentes lúcidas», ciudadanos que valen por sí mismos, por su educación y capacidad, y no por sus vínculos con algún sector social «particularista». Véase un análisis sobre la narrativa anticorporativista de la revolución ciudadana en Pablo Ospina, *Corporativismo, Estado y revolución ciudadana: El Ecuador de Rafael Correa*, Quito, FLACSO-E, 2010, p. 10-11, en *FLACSO Andes*, <<http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativism.pdf>>. Consulta: junio de 2013.

115. Así parece reconocerlo nuestro autor: «La propuesta de Corte Constitucional no es resultado de ninguna novelería, sino de un proceso de estudio e investigación en el Derecho Comparado y la historia constitucional ecuatoriana, investigación que incluso antecedió a la Constitu-

ce en el proyecto coordinado por el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS) y en el proyecto de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE).¹¹⁶ Además, la propuesta de este autor coincide en buena parte con el articulado propuesto dentro de otros escenarios de la tendencia de izquierda. Nos referimos al proyecto del TCE,¹¹⁷ y al Proyecto de Constitución de la Comisión de Juristas del Consejo de Educación Superior (CONESUP).¹¹⁸

Tanto en el proyecto de Grijalva, como en los del TC, del CONESUP y de la CONAIE, se recoge parte del articulado de la Constitución de 1998. Probablemente porque este texto normativo, expresa ya un intento de superación del paradigma formalista o legalista del derecho¹¹⁹ en aras de asegurar la supremacía del Tribunal Constitucional sobre otros poderes en materia de control constitucional (art. 276 de la Constitución de 1998).

Los proyectos que hemos analizado,¹²⁰ promueven la justicia constitucional en los términos más generales del neoconstitucionalismo latinoamericano. No obstante, el paradigma neoconstitucional que hemos conceptualizado en este trabajo es principalmente un ideal con propuestas muy abstractas, salvo cuando se trata del «uso ecléctico» del neoconstitucionalismo. En tal caso, la transformación del paradigma neoconstitucional en un programa de cambio normativo concreto, supone un trabajo de «compatibilización» del ideal neoconstitucional con ideales paralelos (v. g. la democracia participativa), o con

yente e Montecristi por varios meses». Cfr. Agustín Grijalva, «La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías», en *La Tendencia*, Quito, FES-ILDIS, 2008, p. 133.

116. Véase CONAIE, *Constitución de la República Plurinacional del Ecuador. Propuesta de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador* Quito, CONAIE, 2007, p. 1-125, disponible en <https://www.yachana.org/earchivo/conaie/propuesta_constitucion_conaie.pdf>. Consulta: septiembre de 2016. Sobre el proyecto auspiciado por el ILDIS, véase ILDIS, *op. cit.*

117. Cfr. Tribunal Constitucional del Ecuador, *Proyecto de Constitución Política de la República del Ecuador*, Quito, TCE, 2008.

118. El CONESUP conformó una Comisión de Juristas por pedido del presidente Correa en enero de 2007. El proyecto de Constitución elaborado por dicha Comisión serviría como propuesta del Ejecutivo a la Asamblea Constituyente. La Comisión estuvo conformada por: Medardo Mora, Gustavo Medina López, Fernando Gutiérrez, Patricio Cordero, Julio César Trujillo, Iván Castro, Santiago Andrade Ubidia, Xavier Tomalá y María Paula Romo, véase CONESUP, Comisión de Juristas del CONESUP, *Proyecto de Constitución Política de la República del Ecuador*, en *Universidad Católica Santiago de Guayaquil*: <http://www2.ucsg.edu.ec/dmdocuments/isej_PROYECTO_CONSTITUCION_POLITICA_ECUADOR.pdf>. Consulta: abril de 2011.

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

120. Proyectos de Grijalva, del TCE, del CONESUP y la Constitución de 1998.

premisas realistas que resultan de la reflexión sobre el escenario político o cultural ecuatoriano.

En términos generales hemos identificado que en algunos componentes, a) el proyecto de Grijalva (adoptado por el ILDIS) y el proyecto de la CONAIE buscan compatibilizar la supremacía de la justicia constitucional con la democracia deliberativa;¹²¹ b) los proyectos, tanto de la CONAIE como del CONESUP pretenden fortalecer fórmulas de democracia directa relajando en este aspecto el control de constitucionalidad¹²² y, c), el proyecto del TC intenta someter todas las decisiones políticas y administrativas posibles a la supremacía de la justicia constitucional, cayendo en una radicalización del neoconstitucionalismo originario.¹²³ En los demás, debe señalarse que todos los proyectos mencionados fortalecen la justicia constitucional en comparación con el diseño normativo de la Constitución de 1998, principalmente debido a la facultad de revisión que tiene la Corte Constitucional sobre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

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

Debemos recordar que la Corte, como institución por antonomasia de la justicia constitucional, no es un fin en sí misma en la narrativa iusteórica de que se trata. Su función es la garantía de los derechos humanos, entendidos por la iusteoría de las izquierdas como principios metajurídicos universales y por tanto sujetos no solo al control de la Corte, sino a un control transnacional de los tribunales de derechos humanos. El proyecto de Constitución de la

121. En el plano de la democracia deliberativa, Grijalva sostiene que el control de las reformas constitucionales solamente debe atender al procedimiento aplicado por el parlamento, mas no al contenido material. En el mismo sentido, el proyecto de la CONAIE señala que la Corte Constitucional podrá «decidir sobre la inconstitucionalidad por la forma de cualquier reforma constitucional» (art. 215, 10).

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

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

CONAIE expresa claramente esta postura: «Las normas sobre derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la jurisprudencia, opiniones y decisiones de los órganos correspondientes del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y del Sistema de las Naciones Unidas (art. 5)».

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

Las propuestas de diseño constitucional que pretenden inmunizar a la Corte contra toda intervención política (v. g., eliminación de juicio político, filtros meritocráticos, intervención minoritaria de órganos representativos en elección de magistrados, rechazo de formas de designación corporativistas), nos llevan a colegir que la iusteoría de las izquierdas ve en la justicia constitucional una institución que para ser democrática y servir a los derechos, solo requiere liberarse de su crónica dependencia política y aplicar metodologías jurídicas modernas. En el capítulo III, ensayaremos una crítica sobre esta postura.

Por otro lado, una idea de difícil conciliación con la Constitución de los derechos garantizada judicialmente, refiere a la apertura que la iusteoría de las izquierdas muestra frente a la realización de asambleas constituyentes. Cuando la iusteoría asume que este es un mecanismo normal de disolución del poder constituido, desvirtúa la rigidez constitucional, y por tanto, somete los derechos fundamentales que busca precautelar mediante la supremacía de la justicia constitucional, a la voluntad de las mayorías, tan temida por el neoconstitucionalismo europeo en virtud de las experiencias totalitarias del siglo XX (E. Aldunate, 2010). Este es un problema que la mayor parte de la iusteoría ecuatoriana no logró problematizar, quizá porque asume junto a la postura celebratoria del «constitucionalismo experimental» de B. de Souza Santos (2010)¹²⁴ que, en ningún caso, una convención constituyente ecuatoriana, puede atentar contra la política de los derechos y las garantías constitucionales.

No obstante, un grupo de asesores españoles que intervinieron en varios foros y espacios institucionales de la tendencia de izquierda, se ocuparon de la relación entre poder constituyente y Constitución aunque desde un enfoque

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

condescendiente con los procesos políticos coyunturales. El líder intelectual de estos asesores, Roberto Viciano, sostuvo que el poder constituyente es el «pueblo soberano» que toma decisiones fundamentales mediante un referéndum que valida el trabajo de una Asamblea Constituyente elegida en las urnas. Consecuentemente, los poderes constituidos deben estar sometidos a estas decisiones fundamentales.¹²⁵

Para que esto se logre, Viciano propone que el órgano responsable de controlar la constitucionalidad sea el Tribunal Constitucional entendido como «elemento de cierre del sistema y de conexión entre el poder constituyente del pueblo, delegado en sus manos, y los poderes constituidos» (R. Viciano, 2007: 46). Un Tribunal de estas características, requeriría independencia política, y por tanto condiciones diferentes a las del constitucionalismo tradicional: a) la elección del Tribunal no debería quedar en manos de los poderes constituidos, sino depender de la decisión universal de la ciudadanía; b) el Tribunal podría estar conformado por juristas o por ciudadanos no juristas; y, c) el análisis del texto constitucional a cargo del Tribunal debe responder a criterios jurídicos y políticos (no partidistas) en función de la primacía de la voluntad política del constituyente, la defensa de marco político de convivencia social y la garantía de los derechos fundamentales frente al poder constituido (46-49).

Las ideas de Viciano, si bien mantienen la postura judicialista de la ius-teoría neoconstitucional, se distinguen de esta por dos razones fundamentales: a) los fines que propone Viciano no se limitan a la realización de los derechos como propone el neoconstitucionalismo; incluyen además, principios indefinidos de cierto inspiración schmittiana como la «voluntad del constituyente» y la «defensa del marco político para la convivencia social»; y, b) la designación y el rol de los jueces constitucionales, atiende a criterios políticos relacionados con los fines indicados, y solo de forma secundaria al fin principal del neoconstitucionalismo (la protección judicial de los derechos). Esta posición solo es comprensible, si se explicita que el enfoque de Viciano milita en favor del «nuevo constitucionalismo latinoamericano» que ha «encontrado su plasmación, con algunas dificultades, en los recientes procesos constituyentes latinoamericanos llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador».¹²⁶ La idea de que estos procesos, son producto de las luchas sociales contra las políticas neoliberales, y buscan básicamente reivindicar soberanamente la igualdad me-

125. Cfr. Roberto Viciano, «El modelo de control de constitucionalidad en el contexto de cambio de paradigma social y constitucional en América Latina», en TCE, edit., *Un cambio...*, p. 42-49.

126. Cfr. Roberto Viciano y Roberto Martínez, «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en Luis Ávila, *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 164.

dian­te la proclama­ción de dere­chos ci­viles, po­líticos y so­ciales en un Es­tado cons­titucio­nal y fuer­te­mente so­cial, ex­plica la con­for­midad de Vi­ciano con la «volun­tad po­pular». Di­cha volun­tad, se­gún este au­tor, debe ser ga­ran­zada por un Tri­bunal que en vir­tud de los fi­nes a de­fen­der, debe ac­tuar de for­ma po­lítica y ju­rídica a la vez en de­fen­sa de la Cons­titución. Para lo­grar esta ac­tuación del Tri­bunal, hay que evi­tar su par­tidiza­ción. Si esto no se lo­gra, la Cons­titución que­daría a mer­ced de los po­deres cons­titui­dos. Frente a la ine­ficacia de los me­ca­nismos tra­di­cio­na­les de de­signación, Vi­ciano op­ta por la elec­ción univ­er­sal de los miem­bros del Tri­bunal Cons­titucio­nal, que una vez en el po­der, deben «cons­titucio­nalizar el or­dena­miento».

Como he­mos vi­sto, la cons­titucio­naliza­ción en tér­minos del neo­cons­titucio­nalismo se cen­tra en me­to­do­logías ju­dicialistas en de­fen­sa de los dere­chos. Pare­ce que Vi­ciano mix­tifica esta dis­tin­ción, toda vez que al mis­mo tiem­po que de­fiende fi­nes po­líticos no ne­ce­sa­ria­mente re­lacio­na­dos con dere­chos, se­ñala que la «teoría» del «nuevo cons­titucio­nalismo la­ti­noa­me­ri­cano», «man­tiene las po­si­cio­nes sobre la ne­ce­sa­ria cons­titucio­naliza­ción del or­dena­miento ju­rídico con la mis­ma firmeza que el neo­cons­titucio­nalismo».¹²⁷ La va­guedad del dis­curso elabo­rado por los ase­so­res es­pa­ñoles que par­ti­ci­pa­ron de las dis­cusio­nes sobre el pro­ceso cons­ti­tu­yente, pro­babe­lamente in­fluyó en la es­ca­sa re­cep­ción de estas ideas en el de­bate ius­teórico ecua­to­riano. En todo caso, pese a los pro­blemas de la ius­teoría de Vi­ciano y sus coidearios queda claro que la de­fen­sa del prin­cipo «au­to­ri­ta­tivo» del de­re­cho po­si­ti­vi­sta¹²⁸ en de­tri­mento del «es­en­cialismo» de los dere­chos, se opone a la apues­ta del neo­cons­titucio­nalismo ecua­to­riano en aras de su­jetar todo el de­re­cho es­ta­ble­cido por las ma­yo­rías, a los dere­chos des­ar­rollados y ga­ran­zados por la jus­ticia cons­titucio­nal.

En sín­te­sis, se­gún el aná­li­sis que he­mos re­ali­zado sobre el uso del neo­cons­titucio­nalismo en la ius­teoría de las iz­quierdas, po­de­mos afir­mar que la con­cep­ción de jus­ticia cons­titucio­nal su­pre­ma triun­fó sobre todo en­fo­que al­ter­na­tivo, de­bido a la fuer­za trans­na­cio­nal de esta idea y a ar­gu­men­tos nor­ma­ti­vi­stas sobre el con­texto lo­cal.¹²⁹

127. Cfr. Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, «Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en *Gaceta Constitucional*, No. 48, diciembre, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p. 312.

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

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

Por otro lado, algo que no hemos enfatizado lo suficiente es la necesaria conexión entre justicia constitucional fuerte y derechos fundamentales. Como veremos, la justicia constitucional, en la iusteoría de las izquierdas, es sobre todo, un medio para la realización de los derechos, entendidos como el fin de la República.

Los derechos: el fin de la República

La iusteoría de las izquierdas, además de buscar consolidar la justicia constitucional, abogó por un cambio constitucional que abunde en derechos y garantías (normativas, políticas y jurisdiccionales), como respuesta al proyecto neoliberal institucionalizado en el país.¹³⁰ Toda vez que la Constitución de 1998 había desarrollado de manera importante derechos individuales, sociales y colectivos, el problema del cambio constitucional no pasaba tanto por el reconocimiento de más derechos,¹³¹ sino sobre todo por diseñar en la Constitución la mayor cantidad de instituciones (garantías) que favorezcan la realización de los derechos en un Estado social y democrático. Julio César Trujillo expresó tempranamente esta sensibilidad intelectual al defender «que los derechos no solo estén reconocidos [...] sino que además estén provistos de los medios para gozarlos de verdad y de mecanismos para poderlos exigir [...] sin distinción alguna entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos o de cualquier clasificación».¹³²

Consecuentemente, la iusteoría de las izquierdas, desde el marco axiológico de la política de los derechos y el uso ecléctico del garantismo y el neo-

130. Julio César Trujillo, «La Constitución económica, más allá del neoliberalismo», en *Foro: Revista de derecho*, No. 7, UASB-E / CEN, 2007, p. 127.

131. Esto supone que los intelectuales que produjeron iusteoría, no tuvieron la iniciativa de incorporar más derechos, aunque, es claro que en el contexto de la Constituyente (2007-2008), hayan decidido apoyar otros derechos promovidos por movimientos sociales, como el derecho a la alimentación y la soberanía alimentaria, nuevos derechos de las mujeres (incluyendo el derecho a decidir sobre su cuerpo), derechos de la comunidad GLBTI y derechos de los migrantes (ILLDIS: 37-67). Sobre los derechos promovidos por el movimiento indígena, véase FENOCIN y la CONGEUNASSC-CNC, *Propuestas desde las organizacionales sociales para la Asamblea Constituyente*, Quito, CAFOLIS, 2007 y, CONAIE, *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente: Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador*, Quito, CONAIE, 2007, disponible en <<https://www.yachana.org/earchivo/conaie/ConaiePropuestaAsamblea.pdf>>. Consulta: abril de 2011.

132. Véase Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudios de derecho constitucional*, Quito, UASB-E / CEN, 2a. ed., 2006, p. 448. Sobre la posición favorable de la iusteoría de las izquierdas para con los nuevos derechos, véase Julio César Trujillo y Ramiro Ávila, «Los derechos en el proyecto de Constitución», en *La Tendencia*, Quito, FES-ILLDIS, 2008, p. 69-85.

constitucionalismo, le apostó al Estado constitucional de derecho, entendido a partir de la recepción de iusteoría transnacional europea:

Este enfoque, desarrollado por autores como Luigi Ferrajoli, propone otorgar a la justicia constitucional un lugar preeminente dentro de la estructura de un Estado constitucional de derecho. Esta nueva forma de Estado fortalecería el principio ya consagrado de primacía de la Constitución, pero profundizando el mandato sustantivo de toda la institucionalidad estatal de impedir la violación de derechos u ordenar a las autoridades públicas, elegidas o no, la ejecución de acciones que los hagan efectivos. De esta forma, el modelo de Estado constitucional complementa las dimensiones formales y sustantivas de democracia, insistiéndose en que los derechos humanos no funcionen como simples aspiraciones escritas en la Constitución sino que sean derechos garantizados y exigibles.¹³³

César Montúfar captó con precisión los argumentos principales que hemos relacionado con el nivel axiológico y político de la iusteoría neoconstitucional. En primer lugar, al afirmar que «la protección de los derechos fundamentales pasaría a funcionar como el núcleo constitucional y sustento de la legitimidad de la República» (Montúfar, 2008a: 362) revela la noción filosófica de derechos humanos más extendida en las corrientes liberal igualitarias que están en la base del neoconstitucionalismo originario y su recepción ecuatoriana. Según esta tendencia, la política se justifica siempre que sirva para la realización de los derechos de toda generación en las sociedades plurales (C. Lefort, 1990; L. Ferrajoli, 2011). Paralelamente, Montúfar sostuvo que la democracia debe subordinarse a los derechos, y por tanto, el Tribunal Constitucional, principal órgano encargado de proteger los derechos, debe tener preeminencia sobre cualquier función estatal (C. Montúfar, 2008a: 371).

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

133. Cfr. César Montúfar, «Estado constitucional de derecho y democracia sustantiva en el Ecuador», en Julio Echeverría y César Montúfar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008a, p. 361.

El punto de partida para definir las garantías en la iusteoría ecuatoriana, provino de la recepción y desarrollo trasmutativo del constitucionalismo global o paradigma garantista (R. Ávila, 2007: 139; C. Montúfar, 2008a: 362). Este paradigma, desarrollado ampliamente por L. Ferrajoli, sostiene que las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales, pueden y deben consistir en prohibiciones de lesión (o garantías negativas) y en obligaciones de prestación (o garantías positivas) realizables en el marco de un Estado que debe actuar como un «actor de satisfacción» de los derechos (L. Ferrajoli, 2006: 114). Así entendido el paradigma garantista propone que el Estado constitucional asuma los costos de realización de los derechos oponibles a las mayorías políticas y al mercado.¹³⁴

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

La recepción las tesis desarrolladas por Ferrajoli, dio lugar a un componente filosófico político fundamental del neoconstitucionalismo ecuatoriano –también partícipe de la política de los derechos–. Este paradigma local, operó mediante mezclas eclécticas, que pueden identificarse en dos planos. En primer lugar, para la iusteoría local era necesario expandir las garantías, pero no solo para realizar los derechos humanos de libertad y los derechos sociales, sino también para garantizar los derechos culturales reivindicados para los pueblos y colectividades originarias.¹³⁵

En segundo lugar, la expansión de las garantías de todos los derechos humanos, debía estar acompañada por el papel activista de la justicia constitucional, debido a los argumentos ya señalados en el apartado anterior: las violaciones de derechos provenían del poder político y la democracia representativa se encontraba en crisis, en tal virtud, era necesaria una Corte Constitucional que intervenga como garante de derechos y árbitro jurídico. Este no es, evi-

134. [N]o podemos olvidar que las amenazas más graves para la democracia provienen hoy de dos potentes ideologías de legitimación del poder: la idea de omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de libertad de mercado como nueva *Grund-norm* del presente orden globalizado» (L. Ferrajoli, 2006: 84).

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

dentemente, el uso que Ferrajoli le daría a su filosofía del derecho fuertemente comprometida con la democracia representativa de corte liberal.¹³⁶

Puede sostenerse que la recepción local del paradigma garantista en los términos brevemente mencionados, fue receptada con entusiasmo dentro de la iusteoría de las izquierdas en Ecuador. César Montúfar señaló que la iusteoría de Ferrajoli «nos conduce a una radical redefinición de la democracia y sus alcances» (C. Montúfar, 2008a: 363), refiriéndose a la idea de derechos como vínculos sustanciales y por tanto indisponibles frente a las mayorías y frente al mercado. Consecuentemente, este autor sugirió a partir de estos ideales, la necesidad de optar por la «adopción y fortalecimiento de un sistema de garantías» (364).¹³⁷

Este sistema de garantías integrales supone un proyecto bastante ambicioso si consideramos que la tendencia de izquierda defendía el marco de la política global de los derechos, la igual jerarquía de todos los derechos (civiles, políticos, sociales, culturales). Ramiro Ávila propuso en esta línea que «todo el Estado social de derecho es en general una garantía, y en particular la eficacia de los postulados dependen de la Función Judicial, cuando ejerce control constitucional» (R. Ávila, 2007: 141). Bajo esta lógica, todos los principios y deberes del Estado propuestos por la iusteoría local, buscaron convertirlo en un instrumento para la realización de los derechos. Desde los principios iusteóricos del constitucionalismo económico inspirados en la economía socialdemócrata (J. C. Trujillo, 2007: 111), hasta la versión del «modelo económico social, solidario y comunitario» (CONAIE, 2007), pasando por una organización estatal plurinacional, se plantearon como mandatos, programas y premisas de política pública en aras de realizar los derechos, asegurados en caso de incumplimiento estatal, por la justicia constitucional. En este sentido, la iusteoría entendió que las garantías de los derechos «son los fines externos y por tanto la razón social de aquellos artificios que son el Estado y las demás instituciones políticas» (L. Ferrajoli, 2012a: 48).

Por otra parte, en el plano de las garantías jurisdiccionales o garantías secundarias, todos los proyectos presentados por la tendencia de izquierda coincidieron de forma más o menos amplia. Así, el proyecto de la CONAIE,

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

137. Recuérdese que Montúfar defiende la primacía de la justicia constitucional sobre los poderes constituidos.

apostó a principios garantistas conocidos para la realización de los derechos dentro del Estado social y democrático (art. 4-8), así como a garantías como la «acción de cumplimiento» destinada a hacer valer ante la Corte Constitucional los mandatos constitucionales o legales.¹³⁸ De igual manera, el proyecto del CONESUP, demostró que los juristas a cargo se esforzaron por diseñar mecanismos para garantizar los derechos concebidos como «inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía» (art. 23).¹³⁹ Consecuentemente, este proyecto estableció dentro de los «procesos constitucionales» de garantía, la acción extraordinaria de amparo (contra decisiones judiciales) y la acción de inconstitucionalidad por omisión, junto a los procesos ya reconocidos en la Constitución de 1998 (hábeas corpus, hábeas data y amparo).¹⁴⁰

De igual manera, el jurista Ramiro Ávila, inspirado por el paradigma que afirma la expansión de las garantías hacia la tutela de todos los derechos frente a cualquier poder (público o privado) y en cualquier contexto (estatal o internacional), recibió ampliamente los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de cortes nacionales exitosas (v. g., la Corte Constitucional de Colombia), así como los mecanismos más avanzados en materia de protección judicial de los derechos propuestos por el derecho comparado y la doctrina neoconstitucional. A partir de esta profusa recepción, propuso básicamente, que a) cualquier persona pueda denunciar la violación de derechos (*actio popularis*); b) que todos los derechos derivados de la Constitución y convenios internacionales sean exigibles en sede judicial,¹⁴¹ sin necesidad de

138. Según Luis Macas, Presidente de la CONAIE, en el proyecto constitucional de esta organización colaboró el jurista «Julio César Trujillo y su equipo de juristas: Dr. Patricio Cordero, Dr. Ramiro Ávila, Dra. Angélica Porras y el Dr. Edgar Vargas, que nos apoyaron con sus valiosos puntos de vista y conocimientos». Véase proyecto de Constitución de la CONAIE, disponible en *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador*, <http://www.ecuarunari.org/es/info_especiales/anc/propuesta_constitucion_conaie.pdf>. Consulta: febrero de 2013.

139. Santiago Andrade Ubidia, miembro de la Comisión de Juristas del CONESUP declaró en este sentido lo siguiente: «nosotros hemos tratado de normar de tal manera la constitución para que toda violación de ella implique necesariamente un castigo a su trasgresor y haya una vía expedita en la materia de la justicia constitucional para que todos los ciudadanos tengan la debida protección de sus derechos». Véase *La Hora*, 7 de septiembre de 2007, en <http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/615842/-1/CONESUP_present%C3%B3_su_tercer_informe_del_proyecto_de_Constituci%C3%B3n.html#.V_ehBfnhAdU>. Consulta: noviembre de 2013.

140. Iván Castro Patiño, «Propuestas del proyecto de Comisión Especial de Juristas del CONESUP en materia de protección de derechos humanos», disponible en *Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=466&Itemid=51>. Consulta: noviembre de 2013.

141. Para Ramiro Ávila, los derechos exigibles incluyen los derechos constitucionales, los derechos de convenios internacionales (no se refiere exclusivamente a los ratificados por el Esta-

mediación legislativa; y, c) que los procedimientos de las acciones constitucionales sean preferentes, sumarios, libres de trabas formalistas, apelables y ejecutorios. Con respecto a las acciones constitucionales, Ávila propuso que la Constitución establezca a) el amparo preventivo; b) el amparo reparatorio (mecanismo inspirado en el Sistema Interamericano); c) la reparación integral; d) el amparo contra decisiones judiciales; e) el hábeas corpus; f) el acceso a la información pública, y g) el hábeas data (R. Ávila, 2007: 147-150).

Según estas ideas, Ávila crítico el proyecto del CONESUP por adolecer de restricciones importantes a la garantía de los derechos civiles, políticos y sociales, imputables a la concepción liberal en materia de amparo (legitimidad restringida, concepción de derechos subjetivos que excluía derechos colectivos) y a la negación de igual jerárquica de los derechos sociales.¹⁴² Con acusada preocupación, Ávila y otros autores, sostuvieron además que el proyecto del CONESUP restringía la garantía universal de los derechos mediante el concepto de ciudadanía, no permitía la acción popular en materia de amparo (esto es, que cualquier persona pueda denunciar la violación de los derechos civiles o sociales de un tercero), y no establecía con claridad que el Estado debe prestar de forma directa los servicios públicos para garantizar los derechos.¹⁴³ En tal virtud, podríamos señalar que el proyecto iusteórico abanderado por Ávila fue quizás el más radical debido a la fuerte vinculación que establecía entre derechos y canales estatales para la realización y garantía de los derechos.

En definitiva, pese a las diferencias anotadas debido a los múltiples diseños normativos que pueden idearse según la experiencia, los ideales y el conocimiento de cada jurista, en la iusteoría de las izquierdas predominó como ideal la consigna garantista de los derechos, sobre todo, debido a la importancia que los juristas otorgaron a los mecanismos jurídicos para hacer real la igualdad formal y material en una sociedad como la ecuatoriana.¹⁴⁴ Esta preo-

do), los derechos del *ius cogens* e incluso «cualquier derecho que se derive de la naturaleza humana». En definitiva, Ávila mantiene una postura que «confirma la superioridad de la protección de la persona sobre las limitaciones de las definiciones normativas» (R. Ávila, 2007: 143-144).

142. En realidad el proyecto del CONESUP establece que todos los derechos tienen igual jerarquía. Sin embargo, Ávila critica que este proyecto establezca que el Estado «promoverá» tales derechos, en lugar de señalar categóricamente que los garantizará.

143. La propuesta del CONESUP no establece que el Estado debe prestar directamente, de manera obligatoria y preferente los servicios públicos, con lo que se hace inviable la concreción de un Estado social y democrático de derecho; más aún, se cae nuevamente en el error de confiar al mercado la prestación de los mismos, lo que seguirá reproduciendo un esquema de inequidad e injusticia. Cfr. Ramiro Ávila, Angélica Porras y Edwar Vargas, «Crítica a la propuesta de constitución del CONESUP», citado por Ramiro Ávila, «Golpes de timón y cambio de régimen político», en *La Tendencia*, No. 6, noviembre, Quito, FES-ILDIS, 2007, p. 89.

144. El proyecto de Constitución del CONESUP proclamó el derecho a «la igualdad real, para

cupación por desarrollar más y mejores garantías para los derechos en un sistema jurídico sometido a la supremacía de la justicia constitucional, sedimentó el paradigma neoconstitucional en Ecuador. Un paradigma que, salvo algunas excepciones, se ha receptado entusiastamente sin mayor reflexión sobre sus posibilidades de realización o sobre el grado de validez democrática de la justicia constitucional extremadamente activista.

DE LA PRODUCCIÓN IUSTEÓRICA AL DISEÑO INSTITUCIONAL

Debido a la superioridad numérica de Acuerdo País en la Asamblea (73 de 130 asambleístas), este movimiento ocupó 8 de los 13 lugares disponibles en cada una de las mesas creadas para la redacción del texto constitucional.¹⁴⁵ Esta mayoría aplastante excluyó la negociación con otros actores, factor que se vio favorecido además por la metodología de trabajo de la Constituyente inspirada en la predisposición antipactista del presidente Correa (H. Dieterich, 2007).¹⁴⁶ En estas circunstancias, la dogmática del texto constitucional resultaría del conjunto de ideologías que los líderes de AP intentaron armonizar en el Plan de Gobierno de Acuerdo País 2007-2011.¹⁴⁷ El punto común de este marco ideológico descansa, como menciona Pablo Andrade, en un lenguaje

corregir las inequidades de la sociedad y asegurar a todos la satisfacción de las necesidades básicas, aplicando el principio de acción positiva» (art. 24, 5).

145. Las mesas se organizaron y tomaron su denominación a partir de los siguientes bloques temáticos: 1. Derechos fundamentales y garantías constitucionales; 2. Organización, participación social y ciudadana y sistemas de representación; 3. Estructura institucional del Estado; 4. Ordenamiento territorial y asignación de competencias; 5. Recursos naturales y biodiversidad; 6. Trabajo, producción e inclusión social; 7. Régimen de desarrollo; 8. Justicia y lucha contra la corrupción; 9. Soberanía, relaciones internacionales e integración latinoamericana.
146. En consonancia con la predisposición antipactista del gobierno y del presidente Correa, la Asamblea aprobó una metodología de trabajo que favoreció la imposición de la mayoría. Las mesas debían elaborar informes de proyectos de articulado que luego serían observados en el pleno a efectos de elaborar un segundo informe que llevaría a una votación de articulado «en bloque». De esta manera, lo que la mayoría establecía como informe definitivo en cada una de las mesas se votaba en un pleno dominado por la misma mayoría. Además, en no pocos casos, se modificaba mediante mociones y votos de apoyo los informes definitivos de las mesas en aras de introducir cambios sugeridos por el buró de Acuerdo País.
147. En realidad, el discurso del Plan de Gobierno de Acuerdo País, se caracterizó por recoger buena parte de las demandas de los movimientos sociales que resistieron a las políticas neoliberales: Estado social, democracia participativa, derechos laborales, subordinación del capital al trabajo, economía respetuosa de la naturaleza, pluralismo social y político, soberanía, etc. No obstante, como veremos, en este collage de valores, no todos tuvieron el mismo desarrollo e importancia en el discurso de los líderes iniciales de Acuerdo País.

republicano que exigía la transformación de las relaciones Estado-sociedad y Estado-economía basadas en el régimen neoliberal, mediante la creación de un régimen soberano y una sociedad libre de dominación, en aras del autogobierno individual y colectivo.¹⁴⁸

No obstante, la heterogeneidad interna del movimiento oficialista (en el plano sociológico e ideológico) (P. Andrade, 2012), así como las diferencias entre la tendencia ideológica (más cercana a las demandas de los movimientos sociales) liderada por Alberto Acosta,¹⁴⁹ y las ideas del buró político de País liderado por el presidente Correa, conllevaron fuertes tensiones a la hora de definir elementos trascendentales del contenido constitucional, que se resolvieron en buena medida, en favor de los dictados del Ejecutivo.¹⁵⁰

Dichas tensiones no se manifestaron en el pleno de la Asamblea Constituyente, sino principalmente en un espacio paralelo que fue creado desde un inicio para la construcción de decisiones entre el bloque oficialista, el buró político de Acuerdo País y tendencias minoritarias aliadas al oficialismo (MPD, Pachakutik).¹⁵¹ En este espacio cerrado a la oposición se elaboró la mayor parte de la Constitución,¹⁵² aunque lo discutido aquí se haya revelado públicamente en dos escenarios con diferentes ritmos y características.

148. Cfr. Pablo Andrade, *La era neoliberal y el proyecto republicano: La recreación del Estado en el Ecuador contemporáneo, 1996-2006*, Quito, UASB-E / CEN, 2006, p. 85.

149. Varias obras que expresan una postura posneoliberal, posextractivista, participacionista y poscolonial en los discursos de Acosta y sus coidearios en Ecuador, pueden encontrarse en *Fundación Rosa Luxemburg*, <<http://www.rosalux.org.ec/es/mediateca/documentos.html>>. Consulta: abril de 2013. La obra seminal que Acosta desarrolló sobre estos temas se publicó poco antes del referéndum constitucional de 2008. Algunas expresiones de los paradigmas indicados fueron recogidas en la Constitución de 2008 (el concepto de buen vivir, los derechos de la naturaleza, la idea de poder social). Véase Alberto Acosta, *Bitácora constituyente: ¡Todo para la Patria, nada para nosotros!*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 215-218.

150. Los discursos de Correa y los intelectuales de su círculo más cercano, revelan cierto compromiso con políticas desarrollistas cercanas al cepalismo del siglo XX, así como una visión liberal de la política que asume la legitimidad de las decisiones estatales en la medida que son tomadas por representantes autónomos y responsables. En este afán desarrollista, es necesario que el Estado establezca el orden y el progreso, si se quiere mediante el decisionismo de líderes fuertes. Véase Pablo Ospina, «Historia de un desencuentro: Rafael Correa y los movimientos sociales en Ecuador (2003-2008)», en Raphael Hoetmer, coord., *Repensar la política desde América Latina: Cultura, Estados y movimientos sociales*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2009, p. 195-218 y, Franklin Ramírez Gallegos, «Las antinomias de la revolución ciudadana», en *Le Monde Diplomatique*, septiembre, Buenos Aires, 2008, en *Institut de recherche et débat sur la gouvernance*, <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-447.html>>. Consulta: abril de 2013. Sobre el concepto «decisionismo» usado en la teoría política de América Latina, véase Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996b, p. 27.

151. Véase las declaraciones de Augusto Barrera, entrevista publicada en *Entre voces, Revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local*, No. 15, agosto-septiembre, 2008, p. 59.

152. El presidente Correa había manifestado antes de la votación para la Asamblea su deseo anti-

El primer escenario se generó en el transcurso de los siete primeros meses de la Asamblea, mientras Alberto Acosta fungía como presidente de la misma. No podemos detallar aquí el proceso de toma de decisiones en esta primera etapa; baste señalar, que Correa fijó un límite a los asambleístas de AP desde el inicio de la Asamblea, al rechazar de plano, tanto en foros públicos como dentro del Movimiento, las propuestas del movimiento indígena relacionadas con la plurinacionalidad y el manejo de los recursos naturales (CONAIE, 2007), así como las ideas del movimiento feminista y GLBTI que proponían la ampliación de sus derechos de autonomía individual (P. Ospina, 2009). Acosta no logró consolidar alternativas a la posición del presidente dentro de la bancada oficialista.¹⁵³

A pesar de estos límites, el segmento más abierto a la democracia participativa dentro del heterogéneo movimiento AP,¹⁵⁴ favoreció un intenso proceso de apertura a las demandas ciudadanas,¹⁵⁵ que en parte, ya encontraban recepción en el Plan de Gobierno de AP y en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010. De allí que se hayan consolidado desde un inicio disposiciones que guardan relación con el cambio de modelo económico (de una economía guiada por el mercado a una economía social y solidaria guiada por el Estado), con la ampliación de canales de democracia participativa y principalmente con la gran cantidad de valores, principios, derechos y garantías impulsados por grupos particulares y que fueron recogidos bajo parámetros republicanos y poscoloniales en los informes trascendentales de la mesa 1.¹⁵⁶

pactista de conformar una mayoría que imponga las decisiones sin mayor deliberación con la oposición: «Lo ideal es que saquemos los suficientes escaños para tener mayoría absoluta y no tener que conversar ni llegar a acuerdos con nadie [...] Es que en la realidad de la política ecuatoriana, el llegar a acuerdos, el negociar entre comillas es [...] un trueque, un comercio». Cfr. Heinz Dieterich, «Diálogo con el presidente Rafael Correa», en Eduardo Alcívar *et al.*, *Ecuador y América Latina: El socialismo del siglo XXI*, Quito, Asamblea Permanente de Derechos Humanos, 2007, p. 63.

153. «Yo no tuve una respuesta suficiente. A cuenta de no poner en riesgo la unidad del bloque, no tuvimos la capacidad para debatir eso», *América Economía*, entrevista de Hernán Ramos a Alberto Acosta, 25 de septiembre de 2008, en <<http://m.americaeconomia.com/analisis-opinion/correa-acosta-el-primer-round-fue-en-la-base-de-manta-i>>. Consulta: septiembre de 2009.
154. Disidentes de la clase media quiteña, sectores de clase media urbanos que mantenían hasta ese entonces una alianza suelta con la CONAIE, y «caciques de barrio» de organizaciones urbano-marginales antiguamente afiliadas al PRE y otros partidos políticos». (Andrade, 2012: 38).
155. Centro Carter, *Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador*, septiembre de 2008, p. 11-12, en <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Informe_Final_AC_Centro_Carter_distribuido.pdf>. Consulta: febrero de 2013.
156. En efecto, desde una perspectiva republicana, los derechos civiles no fueron vistos por AP, como «como un muro frente al Estado y un fin en sí mismos, sino como un medio inseparable de los deberes de los ciudadanos para con su comunidad política» (P. Andrade, 2009: 37). Al respecto, hubo modificaciones a los derechos de la Constitución de 1998, que en muchos

Son una innovación en la tradición constitucional ecuatoriana, el régimen del buen vivir, los derechos de la naturaleza, la defensa de áreas protegidas (solo el Legislativo puede aprobar proyectos de extracción minera en áreas protegidas), el derecho a la soberanía alimentaria, el derecho al agua y la declaratoria de plurinacionalidad. Estos cambios constitucionales en el plano dogmático, institucionalizaron formalmente algunos procesos que se venían dando en el espacio de la construcción del Estado a partir del ascenso de Correa al poder y en el ámbito de la democracia participativa (centrada en el poderoso movimiento indígena) desde finales de los 90.¹⁵⁷

El diseño institucional que terminó plasmándose en la Constitución conformó un bloque dogmático muy extenso, repetitivo y ambiguo. Varias mesas constituyentes introdujeron disposiciones sobre derechos que ya constaban en el trabajo de otras mesas. La pobre coordinación entre el trabajo de las mesas y el poco tiempo que se le otorgó a la discusión de los artículos en un pleno encargado de legislar en reemplazo del Congreso destituido, explica este resultado del texto constitucional. Los derechos aparecen en 72 artículos y sus garantías en 152. La organización que la Comisión de Redacción pudo darles en un trabajo de dos semanas, no alcanzó para eliminar repeticiones innecesarias y ambigüedades que resultan de los límites más o menos claros de algunos derechos, establecidos en el régimen de organización del Estado desarrollista y los principios de las políticas públicas (educación, comunicación, recursos estratégicos, etc.). Por último, resulta curiosa la organización de los derechos de varias generaciones en un bloque que ubica en primer lugar derechos sociales llamados «derechos del buen vivir». Según la exasambleísta constituyente, María Paula Romo, esta organización obedece al trabajo de la Comisión de Redacción, conformada por juristas que buscaron enfatizar la igualdad de todos los derechos constitucionales.¹⁵⁸

casos ya se inscribían en la tradición republicana (260-265), aunque no del todo, en temas relacionados con la autonomía individual dentro de actividades económicas e informativas. Así, el derecho a la libre empresa que en la Constitución de 1998 solo tenía como límite la ley (art. 23, 16), en los informes de la mesa 1 y en la Constitución de 2008 que recogió las propuestas de la mesa (art. 15, 66), fue limitado por los principios de solidaridad y responsabilidad social y ambiental. De igual manera, los derechos de comunicación fueron redactados en función de una mayor democratización de la comunicación en la comunidad nacional. Por otro lado, no hay duda de que las demandas del movimiento indígena inspiradas en un paradigma poscolonial, así como las demandas de otros pueblos y colectivos, terminaron reconociéndose en las normas constitucionales con mayor desarrollo que en la Constitución de 1998. Cfr. el Acta No. 73 de la sesión de 1 de julio de 2008, p. 4-9.

157. Pablo Andrade, edit., y Aldo Olano, *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la Región Andina*, Quito, UASB-E / CEN, 2005, p. 70-72.

158. Entrevista a María Paula Romo, Quito, febrero de 2014. Esta perspectiva de Romo encuentra sustento en el perfil de los juristas de la Comisión de Redacción. Al menos uno de ellos, el

Como veremos, los derechos y los principios de aplicación de los derechos, encuentran cierta disonancia pragmática con la influencia del presidencialismo fuerte que se consolidó en un segundo escenario de la Asamblea Constituyente, marcado por la renuncia de Alberto Acosta y la consiguiente sucesión del primer vicepresidente por AP, Fernando Cordero. El nuevo presidente, a diferencia de su antecesor, disminuyó la deliberación en la Asamblea (incluso contra normas procedimentales básicas) y aceleró la aprobación del texto constitucional, permitiendo una mayor influencia del presidente Correa y sus allegados. Esta era la tarea que le correspondía, luego de que el buró de AP le solicitara a Acosta que dé un paso al costado en aras de aprobar la Constitución en las cinco semanas que restaban para que se cumpla el plazo fijado hasta el 26 de julio de 2008.¹⁵⁹

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

Así lo demostraron, tanto el régimen de transición, que generó grandes posibilidades para que la mayoría oficialista logre hacerse con el control inmediato de todas las funciones del Estado previstas en la Constitución de 2008,¹⁶⁰

jurista Ramiro Ávila, fue presentado antes como un defensor radical de los derechos humanos de todas las generaciones.

159. El presidente Correa consideró un «suicidio político» ampliar el plazo de deliberaciones y la toma de decisiones en una Asamblea que perdía legitimidad rápidamente. Cfr. «Correa crítica a Acosta tras su renuncia a la Presidencia de la Constituyente», Quito, 24 de junio de 2008, disponible en *La Hora*, <http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/738794/-1/Correa_critica_a_Acosta_tras_su_renuncia_a_la_Presidencia_de_la_Constituyente.html#.V_gHOPnhDes>. Consulta: abril de 2011.

160. A tenor del régimen de transición de la Constitución de 2008, la mayoría de la Asamblea Constituyente debía conformar de entre sus miembros la «Comisión Legislativa y de Fiscalización procurando mantener la proporcionalidad política que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente» (art. 17). Dicha Comisión dominada por la mayoría oficialista, tuvo potestades para intervenir junto con el Ejecutivo (de forma indirecta e indirecta) en la designación de órganos clave del poder público previstos en la nueva Constitución (Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Consejo de la Judicatura, Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Contraloría, Procuraduría y Superintendencias) (art. 18-29). Véase un análisis más detallado en César Montúfar, «¿Régimen de transición o golpe de Estado?», en *Legisla*, No. 4: Apuntes sobre legislación y negocios, junio-julio, 2008b, p. 3-6, en <<http://www.gpa-lawyers.com/pdfs/LEGISLA%20No.%204.pdf>>. Consulta: enero de 2013.

como las disposiciones del texto constitucional que además de permitir la reelección inmediata del Presidente de la República, le otorgan fuertes competencias sobre el control de las políticas públicas (más allá de las ya previstas en la Constitución de 1998),¹⁶¹ le permiten disolver al Legislativo sin control previo¹⁶² y le atribuyen control, en última instancia, sobre la explotación de recursos naturales en territorios que no son parte de áreas protegidas (Constitución de 2008, art. 398). Como puede colegirse, estas atribuciones fortalecen al Ejecutivo en la gestión de políticas que preocupan a los movimientos sociales (ambiente, derechos culturales, derechos sociales, plurinacionalidad, participación ciudadana, etcétera).

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

161. De hecho, la Constitución de 2008 es menos presidencialista solamente cuando permite que el Legislativo pueda censurar mediante juicio político a los ministros de Estado (art. 131) o cuando faculta a la Asamblea Nacional para que decida la explotación de recursos no renovables en áreas intangibles (art. 407). No puede decirse lo mismo en otros aspectos relacionados con las políticas de Estado y la Administración Pública, más aún si se considera que el Estado (especialmente por intermedio del Ejecutivo) asume el control pleno sobre los sectores sociales (finanzas, comercio, producción, cultura, educación) susceptibles de regulación (títulos V, VI y VII de la Constitución de 2008). Sobre el Poder Ejecutivo en la Constitución de 2008, véase Rafael Oyarte, «Relaciones Ejecutivo-Legislativo», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / CEN, 2009, p. 45-90.

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

Los principios de aplicación de los derechos

Los primeros meses de la Asamblea transcurrieron dentro de un amplio consenso en materia de derechos y garantías, no obstante las reticencias del gobierno de Correa (y, en algunos casos, de la oposición) a ciertos derechos reivindicados por el movimiento indígena y los sindicatos públicos.¹⁶³ El primer informe de mayoría que fue consensuado por todos los integrantes de la mesa 1, señaló que en la Constitución de 1998:

no todos los principios necesarios están establecidos, ni todo lo establecido puede tener una lectura desde el enfoque de principios. Además, el establecimiento de principios generales para los derechos debe ser visto como un intento de sentar ciertas bases que, necesariamente, se desarrollarían en la hermenéutica y en la práctica procesal constitucional, por intermedio de la jurisprudencia.¹⁶⁴

En esta línea, orientada a establecer, más y mejores principios para la realización judicial de los derechos (incluyendo los derechos de la naturaleza), el informe defendió varios postulados elaborados en un lenguaje propio de la recepción local de la iusteoría neoconstitucional que hemos analizado páginas atrás.¹⁶⁵

Estos principios, recogidos en parte en la Constitución de 1998 (art. 16-22), fueron ampliados en la mesa 1, en los mismos términos propuestos por el paradigma neoconstitucional radical de autores como Ramiro Ávila. La influencia de este paradigma fue definitiva en el desarrollo del contenido constitucional. El informe de la mesa 1 se convirtió en la base del art. 11 de la Constitución de 2008¹⁶⁶ que dogmáticamente implica la sujeción absoluta del poder estatal y privado, a los límites y vínculos impuestos por los derechos (art. 11, 3).

163. Pese a que Gustavo Larrea, Ministro de Gobierno en 2007, había señalado que el gobierno «impulsará una Constitución que recoja todos los derechos de primera, segunda y tercera generación, es decir, los civiles y políticos, económicos y sociales, culturales y de los pueblos, el ambiental, de las mujeres, indígenas, niños, niñas y adolescentes, de los afroecuatorianos, de los discapacitados, los de la tercera edad y otros» (El Universo, «El régimen entregará...»), era conocido el rechazo del gobierno a derechos que vayan más allá de los ya reconocidos en la Constitución de 1998 (v. g., el derecho a la educación gratuita para todos) o que favorezcan a sindicatos públicos y autonomías indígenas. Véase F. Ramírez (2008).

164. Asamblea Constituyente, Acta No. 028, sesión de 19 de marzo de 2007, p. 6.

165. Cfr., *ibid.*, p. 8-22.

166. Así lo puede corroborar cualquier análisis de contenido que relacione los informes de mesa de las sesiones No. 28 y 35 (sesión de 10 de abril de 2008) con el contenido constitucional finalmente aprobado.

Lo anterior no revela sino que la concepción iusteórica de los principios que debe regular el ejercicio y garantía de los derechos fue sobre todo un producto de la agencia de asesores de la Asamblea Constituyente con suficiente poder de persuasión, no solo sobre el bloque mayoritario, sino también sobre el grueso de la Asamblea (Acta, No. 28). Así lo corrobora Ramiro Ávila, probablemente el jurista con mayor influencia en la mesa 1 y en la mesa 8.¹⁶⁷

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

Las garantías de los derechos

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

Desde ahora, el Ecuador (sic) no solo cuenta con las garantías judiciales y nuevas vías para hacerlas efectivas, sino también contaremos con garantías que obligan a las funciones Legislativa y Ejecutiva a velar por los derechos humanos. Esto estaría consagrado en las garantías normativas de políticas públicas, servicios públicos y de participación ciudadana. De esta forma, los órganos del poder público no solo deben precautelar los derechos fundamentales al momento de establecer una política o una norma jurídica, sino que el Estado debe organizar todo su aparato institucional para garantizar que estos derechos se hagan efectivos.¹⁶⁸

167. «Y tengo autoridad también, por ejemplo, mis alumnos fueron asesores. Yo influí en la Constitución sustancialmente, en estados de excepción, en garantías, en derechos». Entrevista a Ramiro Ávila Santamaría, Quito, septiembre de 2013.

168. Cfr. Asamblea Constituyente, Acta No. 084, sesión de 13 de julio de 2008, p. 142.

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

Respecto de las garantías jurisdiccionales, la mesa propuso normas comunes para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales que desformalizan y amplían —en consonancia con los principios de aplicación de los derechos antes referenciados— el acceso a la justicia y los procedimientos judiciales. Además, la mesa amplió las garantías jurisdiccionales. Junto a las garantías reconocidas en la Constitución de 1998 (amparo, habeas data), se incluye la acción extraordinaria de protección, la acción de acceso a la información pública y la acción por incumplimiento.

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

La adhesión ideológica de AP y del grueso de sus aliados al paradigma garantista, no fue sino el resultado de la influencia de una teoría normativista y bienintencionada en favor de la realización de los derechos. Este paradigma fue ampliamente compartido por juristas que trabajaron en torno a los proyectos del CONESUP, de la CONAIE, del TCE¹⁶⁹ e incluso del gobierno de Rafael Correa.¹⁷⁰

En conclusión, el fortalecimiento y ampliación de las garantías obedeció a un consenso comunicativo generalizado en torno a lo que hemos denominado política de los derechos, que tuvo sin duda, un apoyo experto en varios juristas comprometidos con el aseguramiento garantista de esta política.¹⁷¹ Es más, dentro de la oposición no hubo voces de rechazo al garantismo de la nueva Constitución, a no ser por la acción extraordinaria de protección, un recurso

169. Patricio Pazmiño, presidente del TC en el año 2007 incluso llegó a sugerir que la primacía de los derechos modifica el concepto de Estado. Este jurista difundió el término Estado social y democrático de los derechos, considerado por él, como «superior y mejor que el Estado social de derecho». Si bien, esta idea no fue desarrollada en absoluto por Pazmiño, al parecer influyó en la denominación del Estado «de derechos y justicia» de la Constitución de 2008 (art. 1).

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

171. Entre ellos, R. Ávila, entrevista.

que en criterio de muchos, permitiría a la Corte Constitucional controlar las decisiones de la justicia ordinaria.

La justicia constitucional en la Constitución de 2008

Ya en la segunda fase del proceso constituyente, caracterizada por el escaso debate en el pleno (los artículos se tratan por «bloques» y de forma acelerada) y la nula apertura a ideas no consensuadas en la «Asamblea paralela» (a la que había dejado de asistir Alberto Acosta y los asambleístas de Pachakutik y MPD), la mayoría oficialista impuso su concepción y diseño de la justicia constitucional. A partir de un diagnóstico previamente elaborado por la iusteoría de las izquierdas sobre la pobre institucionalización de la justicia constitucional en Ecuador (A. Grijalva, 2007) y de una defensa normativista y abstracta de la justicia constitucional en el lenguaje del paradigma neoconstitucional,¹⁷² la mesa 3 de la Asamblea Constituyente, propuso la creación de «un control constitucional, concentrado, autónomo, eficiente, dinámico, responsable de la administración de justicia constitucional y oportuno».¹⁷³

El diseño constitucional resultante se basó en su mayor parte, en el informe de mayoría de la mesa 3.¹⁷⁴ Esta mesa recibió gran influencia de los proyectos presentados a la Asamblea por organismos y movimientos sociales apoyados en la iusteoría local del neoconstitucionalismo; sin embargo, más del 40% de las normas que regulan el ejercicio de la justicia constitucional, fueron diseñadas por la mayoría oficialista (en la mesa 3 y en la Comisión de Redacción) siguiendo el proyecto propuesto por el entonces Tribunal Constitucional y las recomendaciones de asesores de la Asamblea.

Dentro de ese 40%, la Constitución consagró el control concentrado de constitucionalidad (art. 428),¹⁷⁵ definió principios originalistas de interpretación constitucional (art. 425 y 427) y asignó a la Corte competencias de árbitro

172. Cfr. las actas del primer y segundo debate sobre estos temas: Asamblea Nacional Constituyente Acta No. 72 de 30 de junio de 2008, y No. 83 de 12 de julio de 2008.

173. Véase el discurso de Betty Amores, ponente de AP por la mesa 3. Cfr. Acta No. 83 de 12 de julio de 2008.

174. Cfr. Asamblea Nacional Constituyente Acta No. 87, sesión de 16 de julio de 2008, p. 6-11.

175. A diferencia de lo previsto en el art. 428 de la Constitución, en el proyecto del CONESUP (art. 190), no se prevé que los jueces constitucionales consulten a la Corte Constitucional cada vez que consideren que una norma jurídica es inconstitucional. Más bien, en dichos casos, tienen la obligación de aplicar la Constitución de forma directa y declarar la inconstitucionalidad de la norma inferior, con efecto inter partes. Para juristas como Juan Montaña y Ramiro Ávila, la idea de control concentrado del art. 428 fue impulsada por asesores del CEPS y concretamente por Rubén Martínez. Cfr. Entrevistas a R. Ávila y J. Montaña Pinto.

en crisis políticas (art. 129, 130, 145 y 148). Además, la facultó para dictaminar sobre la constitucionalidad de todas las preguntas de las consultas populares (art. 104), y delimitó el control judicial de las reformas constitucionales a la definición del procedimiento requerido (art. 443).¹⁷⁶

Por otra parte, también pueden identificarse, dentro de las normas que regulan la justicia constitucional, disposiciones que no sintonizan con el paradigma neoconstitucional que hemos analizado. Nos referimos a tres disposiciones que resultan un tanto ajenas al paradigma neoconstitucional.

En primer lugar, dentro de las técnicas de interpretación constitucional recogidas en la Constitución, se incluyen el respeto a la voluntad del constituyente y el apego al tenor literal que expresa dicha voluntad (art. 425 y 427). Estas técnicas de interpretación, fueron objeto de disenso el pleno, incluso dentro de filas oficialistas. El debate se originó debido a una propuesta establecida en el informe de mayoría de la mesa 3 que señalaba como método preferente de interpretación a aquel «que mejor se ajuste a la voluntad del constituyente, expresada en el tenor literal del texto y en sus respaldos documentales» (Acta, No. 83: 7).

Según Juan Montaña Pinto, la propuesta de interpretación originalista, fue impulsada por el jurista español del Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS), Rubén Martínez, en atención a la «teoría» del nuevo constitucionalismo latinoamericano defendida por Martínez, Montaña y Viciano (vid. supra).¹⁷⁷ La propuesta del CEPS no fue bien recibida por assembleístas comprometidos con el paradigma neoconstitucional. María Paula Romo (AP) señaló al respecto:

Yo creo que es muy importante, entonces, poder despegar la Constitución de la voluntad primigenia que la origina. No puede ser una de las fórmulas, peor todavía, la principal o la única fórmula de interpretación. Se deja fuera todo el desarrollo que existe sobre la interpretación teleológica, pro-homine, contextual, el bloque de constitucionalidad, la proporcionalidad, la ponderación

176. Es decir, la Constitución permite a la Corte definir qué mecanismo debe activarse (reforma o enmienda con sus respectivos procedimientos) antes de que se reforme la Constitución. Pero no atribuye competencias a la Corte para que realice un control posterior al contenido de la reforma.

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

y se escoge una fórmula que es la interpretación al tenor literal del texto, que es exacta y adecuada para la ley, pero no hay nada más ajeno a la interpretación constitucional que esta fórmula (Acta No. 83: 12-13).

Como producto de estas críticas, que morigeraron un poco el afán por atar la interpretación a la voluntad del constituyente, la mesa 3 diseñó el art. 427 de la Constitución¹⁷⁸ que representa un *collage* de las ideas sobre interpretación constitucional defendidas por el «nuevo constitucionalismo latinoamericano» y por el paradigma neoconstitucional ecuatoriano:

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

No puede decirse lo mismo del art. 425, que en contradicción con la idea neoconstitucional de aplicación directa de la Constitución a la luz de los casos concretos, establece una «pirámide» de normas y dispone que todas las autoridades, incluyendo a la Corte Constitucional, apliquen la norma jerárquica superior en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía. Obviamente, estas ideas no pudieron ser defendidas desde el paradigma neoconstitucional, sino desde una idea formalista o positivista del derecho que al parecer fue introducida por asesores de la presidencia.¹⁷⁹ Ya sea por cálculos políticos (el artículo favorece el predominio del derecho creado por el Estado central, constitucional o no) o por los rezagos formalistas de asambleístas que identificaban el sistema normativo con la «pirámide jurídica» de Hans Kelsen,¹⁸⁰ el pleno no discutió este artículo, asumiendo su coherencia con la idea de aplicación directa de la Constitución, expresada en el actual art. 424 de la Constitución que fue aprobado en el pleno, minutos antes de la aprobación del actual art. 425 (Acta No. 87: 11-12). Por el contrario, en el proyecto del CONESUP la jerarquía normativa estaba sujeta a la fidelidad de toda norma con la Constitución.¹⁸¹

178. Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, Acta No. 87, p. 6.

179. Véase entrevista a J. Montaña Pinto.

180. En realidad, esta idea es la más común en las clases de introducción al derecho en el Ecuador.

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

Un tercer conjunto de disposiciones que muestran el rechazo relativo de principios del paradigma neoconstitucional y conlleva necesariamente problemas de ambigüedad y contradicción en el texto constitucional –que a la vez, dificultan la tarea interpretativa de la Corte Constitucional–, puede comprenderse a partir de los art. 425 y 436 (num. 1) de la Constitución de 2008. Estas normas no revelan sino la idea de soberanía antineoliberal y nacionalista de AP, que exige –según el primer informe de mayoría de la mesa 1– «el condicionamiento de la exigibilidad los derechos contenidos en instrumentos internacionales a su ratificación por parte del Estado [...] para garantizar así la soberanía de nuestro país» (Acta No. 28: 12). De allí que los instrumentos internacionales de derechos humanos ocupen un lugar jerárquico inferior a la Constitución en la pirámide normativa del art. 425, y que la Corte Constitucional, se constituya en la «máxima instancia de interpretación» de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 436,1). Estas disposiciones contrarían las ideas de soberanía y de derechos humanos defendidas por el neoconstitucionalismo y también consagradas en la Constitución (art. 11 y 428), en la medida que oponen la soberanía del Estado a las decisiones del derecho internacional, sin discriminar entre la denominada *lex mercatoria* y los instrumentos de derechos humanos.

Por otra parte, un tema de gran relevancia sobre la justicia constitucional, fue aquel relativo a la independencia de la justicia constitucional. En los diagnósticos del oficialismo¹⁸² y la academia (A. Grijalva, 2007a), tanto el Congreso como los gremios «corporativos» que intervenían en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, según la Constitución de 1998, habrían mermado la independencia y el profesionalismo de la justicia constitucional. Consecuentemente, los cambios que demandaba la justicia constitucional debían empezar por garantizar un proceso idóneo para evitar los problemas mencionados. Se propuso al respecto, mecanismos de control ciudadano (escrutinio público, impugnación ciudadana) y filtros meritocráticos (concurso público), así como el desplazamiento del Congreso de tal manera que no intervenga de forma mayoritaria en la designación de los jueces constitucionales, ni en juicios políticos en contra de la Corte Constitucional (Acta No. 83).

El diseño constitucional que aparentemente traería la solución a los problemas detallados, proponía que la Corte sea designada mediante concurso público por dos delegados del Legislativo, dos del Ejecutivo y dos de la nueva Función de Transparencia y Control Social (art. 434 de la Constitución

182. Véase el discurso que J. Montaña Pinto elaboró (así lo afirmó en la entrevista realizada) para el presidente Correa, en Rafael Correa, «Una Corte Constitucional independiente y autónoma para garantizar la necesaria separación de todos los poderes», en TCE, edit., *Un cambio...*, p. 16-18.

de 2008). Los asambleístas de AP apoyaron ampliamente esta propuesta, que en criterio de la oposición (PSP) y de algunos asambleístas más moderados (RED) no resolvía el problema de falta de independencia en un contexto marcado por el predominio del Ejecutivo en todo el régimen político.

Además, la eliminación del juicio político a los miembros de la Corte representaba para la oposición, e incluso para asambleístas de AP, la supresión de todo control democrático sobre una corporación que estaba diseñada para controlar la constitucionalidad de todos los actos públicos e incluso de las iniciativas ciudadanas, pese a su falta de legitimidad representativa. Si bien la mayoría oficialista no cedió en su voluntad de inmunizar a la Corte, eliminando todo control de órganos que la sometieron en el pasado,¹⁸³ es oportuno recordar la crítica de Mauro Andino, asambleísta por AP:

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

Lo cierto es que la mayoría oficialista insistió en el diseño de una Corte con amplias competencias que la situó como órgano supremo (por sobre los poderes constituidos y las iniciativas ciudadanas)¹⁸⁴ y la dotó además de cierta inmunidad frente al control político de los órganos representativos, no obstante las posibilidades de cooptación que ofrece el método elegido para la designación de los jueces constitucionales en un contexto como el ecuatoriano. En efecto, en un sistema de partido hegemónico que tenga predominio en todas las funciones estatales, una Corte sin tradición de independencia judicial y sin ningún capital político, podría ceder fácilmente a las presiones de quienes definen la estabilidad de los jueces.

Dado el grado de influencia de la iusteoría neoconstitucional ecuatoriana en el diseño constitucional, podría afirmarse que el neoconstitucionalismo

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

184. Como cuando se faculta a la Corte para que califique las preguntas presentadas para consulta popular, inclusive si éstas provienen de la ciudadanía.

logró incidir de manera fundamental en los mecanismos orientados a garantizar la independencia judicial de la Corte Constitucional (A. Grijalva, 2008: 133). Ello no implica (como hemos visto), un diseño plenamente consecuente con esta corriente iusteórica en Ecuador, o un diseño «sincero» de los actores políticos. La predisposición antipactista del presidente Correa, junto a las tropelías contra las instituciones instrumentadas por la propia mayoría de AP, durante, antes, y después del proceso constituyente,¹⁸⁵ revelan que al menos, la tendencia predominante de la «revolución ciudadana» no tenía la predisposición ni los incentivos para someter la política al derecho.

185. S. Basabe, «Ecuador: reforma constitucional...», p. 381-406.

CAPÍTULO III

Lecciones aprendidas: Más allá del neoconstitucionalismo

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

La primera concepción guarda relación con la radicalización del neoconstitucionalismo originario –que hemos cifrado en la idea de Constitución invasora de derechos garantizada por la justicia constitucional–. El programa neoconstitucional quiso llevar hasta sus últimas consecuencias sus ideales principales, al defender una Constitución que desarrolle en detalle los derechos humanos que se constituirían en el fin de la república garantista, así como los mecanismos para armonizar, desarrollar y proteger su contenido, mediante las garantías constitucionales y la jurisprudencia suprema de la justicia constitucional. Así, la iusteoría de las izquierdas llevó el ideario neoconstitucional a un escenario más ambicioso que el previsto por el neoconstitucionalismo originario, no solo debido a la inercia de procesos ideológicos transnacionales, sino también, debido a la percepción extendida en torno a la «crisis» de la democracia representativa y, sobre todo, del sistema de partidos representados en el parlamento (P. Andrade, 2006).

Mientras que el neoconstitucionalismo originario intenta fomentar por vía judicial los logros del Estado social forjados principalmente en regímenes parlamentarios de los países europeos, la iusteoría ecuatoriana apela a una revolución constitucional contra la estructura social existente, en aras de condicionar mediante la idea de Constitución invasora –cual «huevo jurídico originario» en palabras de *Forsthoff*–, la construcción del Estado de los derechos, orientado y controlado por la justicia constitucional.

La segunda concepción, refiere a la definición prescriptiva del Estado como «garantía». Siguiendo la definición abstracta y normativa de la política propuesta por Ferrajoli (2011), la iusteoría de las izquierdas extendió y trans-

mutó la concepción de garantías del autor italiano, para configurar el aparato estatal como un engranaje orientado a garantizar en todos sus niveles, la realización de los derechos constitucionales, bajo la coordinación normativa de la Corte Constitucional. Por ello, sin mayor reflexión sobre las consecuencias y posibilidades de sus aspiraciones, la iusteoría defendió que la legislación funcione como garantía normativa de la Constitución y que todo servidor público (administrativo o judicial) aplique directamente las normas constitucionales, en procesos contenciosos y en el proceso participativo de las políticas públicas, en ambos casos, bajo la orientación y disciplina final de la Corte Constitucional (mediante su jurisprudencia vinculante).

Las consecuencias de este ideario garantista en las propuestas que hiciera la iusteoría para fortalecer las garantías constitucionales fueron determinantes. Toda vez que los procesos judiciales debían ser un medio para la realización de los derechos, la iusteoría rechazó todo límite que impida a los ciudadanos acceder a la justicia y hacer valer sus pretensiones. Por ello, se amplió en las propuestas iusteóricas y en la Constitución, las garantías constitucionales en sede judicial, así como su ámbito de protección a varios titulares de derechos (individuales y colectivos), y se reformuló sus procesos en aras de evitar que los rezagos formalistas de la cultura jurídica ecuatoriana prioricen reglas de procedimiento insustanciales por sobre los derechos constitucionales.

Este programa de cambio político desarrollado por el neoconstitucionalismo ecuatoriano, influyó mediante juristas expertos en el diseño de la Constitución de Montecristi. Como hemos evidenciado, en la primera fase de la Asamblea Constituyente, buena parte del ideario neoconstitucional cristalizó en artículos constitucionales que serían aprobados por el pleno de la Asamblea. En la Constitución de Montecristi, los principios de aplicación de los derechos, las garantías constitucionales, el diseño de la justicia constitucional y el lenguaje dogmático que articula estos componentes del texto constitucional en función de la realización de derechos humanos universales, no fue sino el resultado de la influencia que ejerciera una concepción radical del neoconstitucionalismo y cierto garantismo voluntarista, sobre la base de la iusteoría ecuatoriana de las izquierdas.

Sin embargo, en la segunda fase de la convención constituyente, el equipo de juristas del presidente Correa, con asesores del CEPS a la cabeza, logró que la mayoría de AP, fiel al presidente, apruebe cambios al diseño de la justicia constitucional y a la forma de interpretación de la Constitución, que para la iusteoría ecuatoriana representaban ideas espurias del neoconstitucionalismo ecuatoriano.¹⁸⁶ Nos referimos a aquellos cambios que fortalecen

186. Entrevista a R. Ávila.

a) la primacía de las normas del Estado central por medio de un mandato de interpretación ajustado a jerarquías normativas (art. 425), b) el control concentrado de constitucionalidad (art. 428),¹⁸⁷ y c) la primacía relativa de la voluntad constituyente por sobre la política transnacional de los derechos (art. 427 y 436, num. 1).

Las contradicciones señaladas hicieron mella en la concepción «pura» del neoconstitucionalismo ecuatoriano, pero de ninguna manera se puede afirmar que eran suficientes para diluir las disposiciones que afianzaron este paradigma en la mayor parte del contenido constitucional. Después de todo, las ideas espurias del neoconstitucionalismo mantenían la primacía de la Corte Constitucional en el ordenamiento estatal, asegurando de esta manera que la suprema corporación judicial defendida por el neoconstitucionalismo ecuatoriano, subordine (nominalmente) toda pretensión que intente atentar contra la política de los derechos de la república neoconstitucional.

CRÍTICA AL NEOCONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO

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

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

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

Como resultado, la Constitución de Montecristi, al tiempo que reconoce un amplísimo catálogo de derechos, principios y lineamientos desarrollados en consonancia con la idea de buen vivir (una mezcla de concepciones republicanas, igualitaristas, antineoliberales y poscoloniales que respetan los derechos humanos) y amplía los canales institucionales para el control de los actos de gobierno (garantías jurisdiccionales de amplio acceso, revocatoria del mandato, iniciativa legislativa de la ciudadana, derecho a la resistencia, consejos sociales de planificación, control y gestión, etc.) establece la primacía del Ejecutivo en la gestión transversal de las políticas públicas y en general, en puntos neurálgicos de la dirección y administración del Estado.

Cabría preguntarse si la Constitución de Montecristi viabiliza o dificulta la institucionalización del programa neoconstitucional, esto es, la constitucionalización de la vida política o social, mediante un gobierno basado principalmente en normas que incentivan comportamientos leales a la jurisprudencia constitucional. A lo largo de este trabajo, hemos analizado las representaciones del paradigma neoconstitucional, es hora de marcar una distancia crítica frente a estas.

El neoconstitucionalismo como «tipo ideal»

Conforme al análisis que desarrollamos en el capítulo I, la idea de una Constitución de los derechos, invasora (cual «huevo jurídico originario», según *Forsthoff*), y garantizada en última instancia por un tribunal centralizado, es originaria del neoconstitucionalismo europeo. Ahora bien, el problema no es que esta teoría transnacional sea eurocéntrica (como en verdad, lo es) o que las ideas que surgen en otras latitudes sean malas por el mero hecho de nacer en contextos diferentes, el problema es que la iusteoría latinoamericana y ecuatoriana del neoconstitucionalismo asume la doctrina neoconstitucional originaria como un «tipo ideal» universal, sin cuestionarla en su cualidad de lenguaje político particular (E. Palti, 2007; E. López, 2004) o problematizarla en relación con el contexto en el que se busca influir con ella. Basta observar

cómo se repite *ad nauseam* los argumentos normativistas de los filósofos del derecho europeos o estadounidenses.

Por lo tanto, el problema de la recepción local del neoconstitucionalismo está asociado a cierta dependencia intelectual que se demuestra precisamente por la falta de ideas que cuestionen la validez y eficacia de las ideas receptadas y se atrevan a pensar alternativas diferentes, en función de problemas que respondan a las necesidades más hondas de nuestra sociedad.

Cuando hablamos de validez de las ideas receptadas, nos referimos a su valor prescriptivo, en tanto, que la eficacia es entendida como la posibilidad de que las ideas influyan en el comportamiento social. En el caso del neoconstitucionalismo, podemos identificar problemas de validez y eficacia de gran importancia.

En primer lugar, afirmar que una Constitución que no está garantizada judicialmente no existe, como sugiere la doctrina neoconstitucional, es empíricamente falso. Tanto el régimen constitucional más antiguo del mundo (el Reino Unido), como países reconocidos por su alto desarrollo democrático, como Canadá, Suecia, Nueva Zelanda y Países Bajos, han logrado garantizar los derechos humanos y conservar sus prácticas democráticas, sin implementar el control judicial de constitucionalidad.¹⁸⁸

Ahora bien, podría argumentarse que especialmente en los países del Sur, los tribunales constitucionales han resultado necesarios para contribuir a consolidar los procesos de transición a la democracia liberal, luchar contra la corrupción y favorecer a grupos sociales desamparados y excluidos (C. Rodríguez y C. Rodríguez, 2010). No discutimos que tales logros sean menores, aunque de ninguna manera podría afirmarse que resultan estables o definitivos. Pero cabría preguntarse, si estos fines requieren inexorablemente del activismo judicial.

Es más sensato reconocer que los tribunales activistas, vienen a llenar el vacío dejado por la debilidad y corrupción de las instituciones representativas, en un contexto en el que las demandas sociales se formulan en el lenguaje de los derechos. Por el contrario, si los poderes representativos del Estado funcionaran adecuadamente, difícilmente podrían presentarse oportunidades para la judicialización de la política, puesto que los logros positivos atribuidos a la justicia constitucional habrían sido alcanzados sin su auxilio (R. Gargarella, 2009: 262).

La experiencia colombiana, marcada por la judicialización de la política, ilustra nuestra lectura. La Corte Constitucional de ese país, ha trasladado a la arena judicial, problemas mayúsculos que la clase política y la participación

188. Javier Couso, «Consolidación democrática y poder judicial: Los riesgos de la judicialización de la política», en *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV, No. 2, p. 29-48, 2004.

social no han logrado enfrentar, ya sea por la falta de voluntad política del bipartidismo, o por los peligros que supone la movilización social en ese país. En numerosos casos, la Corte ha intervenido exitosamente en el control de la corrupción y en la definición de políticas económicas, tributarias y sociales. Para académicos como Rodrigo Uprimny ello obedece a varios factores: a) el desprestigio y lejanía de la clase política; b) la debilidad de la movilización social y los riesgos a los que se enfrenta en un contexto de violencia criminal; c) la facilidad de acceso a los mecanismos judiciales de control constitucional; d) el liderazgo solitario de la Corte Constitucional, en la defensa de las dimensiones progresistas de la Constitución de 1991; y, e) una tradición centenaria de *judicial review* respetada generalmente por las clases políticas.¹⁸⁹

El caso colombiano, pese a cierta especificidad, ilustra las condiciones que pueden resultar necesarias para que el activismo judicial florezca en contextos como el latinoamericano. No todas son condiciones deseables, y buena parte de ellas no guardan relación con el contexto ecuatoriano. Pero quizá la condición más relevante, en la medida que aparece en los más variados contextos, es la existencia de una clase política dispuesta a instaurar una tradición de respeto al *judicial review*.¹⁹⁰

El neoconstitucionalismo ecuatoriano, no reflexionó lo suficiente sobre este problema. Pese a que se reconoció abiertamente, que lo único que habíamos logrado en materia de control constitucional era la politización de la justicia (A. Grijalva, 2007), el neoconstitucionalismo insistió en crear mecanismos que fortalezcan la justicia constitucional por sobre otros poderes del Estado. Ello es más llamativo si consideramos que el contexto constituyente fue liderado por una fuerza política personalista, totalmente renuente a enmarcar la política bajo reglas jurídicas.

Lo más preocupante, desde una perspectiva evolucionista del derecho, es que el afán por judicializar la política en democracias antiliberales como la ecuatoriana (es decir, poco respetuosas del Estado de derecho), puede llevar a una mayor politización de la justicia, en la medida que los actores políticos tendrían enormes incentivos para hacerse con el control del sector judicial. De esta manera, en lugar de incentivar el imperio del derecho, estaríamos favoreciendo el uso político del derecho y la desinstitucionalización de la vida política:

189. Rodrigo Uprimny, «La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos», en John Ferejohn *et al.*, *Los jueces: entre el derecho y la política*, Bogotá, ILSA, 2008, p. 81-99.

190. Germán Burgos, «¿Qué se entiende hoy por independencia judicial?: Algunos elementos conceptuales», en Burgos (2002: 23).

En otras palabras, la introducción prematura de procesos de judicialización de la política –al transformar a la judicatura en una arena política más– introduce incentivos irresistibles para que los gobiernos intervengan al poder judicial. Por ello, alentar la judicialización de la política en democracias no consolidadas, antes de que se haya institucionalizado firmemente la independencia de la judicatura, conlleva el riesgo de que en lugar de una judicialización de la política, se produzca más bien una politización de la justicia (J. Couso, 2004: 46).

Este argumento es consecuente con lo que sucede actualmente en Ecuador. La cooptación de la Corte Constitucional por el Ejecutivo, ha venido a reforzar el poder del presidente en funciones, en detrimento de las instituciones formales que era necesario construir sobre la base de reglas jurídicas claras. Todo es discutible en la retórica de la Corte y cualquier premisa constitucional, favorece las preferencias políticas del gobierno en funciones. La interpretación constitucional es demasiado laxa. Con ello, el derecho constitucional, que debería enmarcar el ejercicio del poder, se ha convertido en el sirviente del poder.

Por otra parte, habría que resolver que tan valioso es para un democracia que los jueces intervengan de forma tan amplia –como sugiere el neoconstitucionalismo ecuatoriano– en la judicialización de la política. Por supuesto, ello requiere asumir que los jueces, tiene la última palabra sobre lo que es Constitucional, algo que en la mayor cantidad de regímenes personalistas de América Latina, es una entelequia.

Bajo este supuesto, no hay duda de que los jueces pueden y deben jugar un papel importante (cuando no exista una respuesta adecuada de otras ramas de gobierno) en la defensa de las minorías y de los presupuestos necesarios para que los procedimientos democráticos funcionen (v. g. libertad de expresión, mecanismos de participación, libertad de asociación, etc.), pero resulta poco democrático asignar, a un órgano contra mayoritario, competencias que le permitan incidir en el contenido de cualquier política pública. Siempre es más democrático que sean los órganos representativos, políticamente responsables en contextos de incertidumbre,¹⁹¹ los que tomen decisiones sobre lo que se debe hacer desde el Estado en aras de la legitimidad de las decisiones políticas. Legitimidad que estaría asegurada si el procedimiento de formación de las leyes y políticas es respetuoso de la inclusión, la deliberación y las demandas de las grandes mayorías. Creemos que la democracia procedimental, así concebida, necesariamente se orientará, a garantizar, en la medida de lo posible, los derechos fundamentales. Habrá casos en los que la ley (una vez legitimada desde una perspectiva procedimental), atente gravemente contra los criterios de equidad de los jueces en los casos concretos, quienes deberían evaluar si

191. B. Manin, *op. cit.*

es posible hacer justicia, sin fomentar el particularismo en la política estatal, con los consiguientes costos en los niveles de independencia judicial y en la racionalidad de las políticas públicas.

Estos criterios, se justifican en un contexto en el que existe estabilidad política y rendimientos positivos en el ámbito de las políticas públicas. Mal podríamos defender que en contextos que supongan la afectación sistemática de estos bienes, los jueces opten por una actitud pasiva, aunque su activismo suponga graves consecuencias para la estabilidad en sus cargos. Ello sin embargo, no es lo más probable en Ecuador. Los jueces se han caracterizado por una actitud conservadora y funcional (S. Basabe, 2011), que debería hacernos reflexionar sobre otras instituciones constitucionales, más originales y viables, en procura de los derechos y bienes imprescindibles para el proceso democrático.

Asimismo, trasladar las esperanzas de cambios sustanciales a los tribunales de justicia no es la mejor opción si lo que se busca, es fortalecer la democracia representativa y mantener la vitalidad de la lucha social en procura de los derechos fundamentales (asegurados principalmente por políticas públicas aseguradas por el principio de legalidad) y de cambios estructurales de la economía y la sociedad, tan necesarios en América Latina. Como bien demuestra la experiencia colombiana, la judicialización de la política puede contribuir a retardar los cambios institucionales, así como a desincentivar el compromiso de la clase política frente a problemas que deberían enfrentarse políticamente en lugar de ser judicializados (R. Uprimny, 2008).

Vemos entonces que el neoconstitucionalismo abordó el cambio institucional de 2008, desde una perspectiva demasiado normativa, sobre todo en virtud de la inercia de los procesos ideológicos transnacionales. Ello por supuesto, no es atribuible solamente a los actores que impulsaron el neoconstitucionalismo, sino sobre todo, a la pobreza del contexto académico del derecho en Ecuador.¹⁹²

192. De hecho, frente al proceso constituyente 2007-2008, solamente el trabajo de Agustín Grijalva presentó argumentos de cambio institucional, basados en investigaciones empíricas (Grijalva, 2007a), que como hemos visto, se centraron en deslindar al Congreso y a grupos corporativos de la elección de jueces constitucionales (en vista del constate irrespeto de estos actores a la independencia judicial), así como en fortalecer la supremacía y autonomía de la Corte Constitucional. El presidente no aparecía como una amenaza para Grijalva, quizá, porque los intelectuales políticos afines al proceso constituyente, no veían posible que el oficialismo pueda hacerse con el control de la justicia. Después de todo, los presidentes anteriores habían sido destituido por el Congreso. Entrevista a J. Montaña Pinto.

Una Constitución inviable

Es momento de abordar las fuertes tensiones expresadas en la Constitución de Montecristi y las repercusiones que estas tienen en las estrechas posibilidades para hacer viable el neoconstitucionalismo en Ecuador, o al menos, parte de sus ideales. A tenor de lo analizado en el cap. II, consideramos que los 444 artículos del texto constitucional, pese a las ambigüedades y contradicciones que dificultan su interpretación, pueden servir como claros incentivos para exacerbar proyectos políticos diferentes que lograron influir en el diseño constitucional (hemos denominado a estos proyectos, presidencialismo, participacionismo y neoconstitucionalismo).

Es decir, la carta constitucional como norma formal tiene la potencialidad para modificar o fortalecer algunos esquemas cognitivos de la cultura política local. Por consiguiente, lo que nos interesa destacar aquí, no es el grado de respeto o aplicación de la Constitución luego de 7 años de aprobada, sino las implicaciones que esta tiene en la cultura política local.

Para empezar, debemos argüir que la carta constitucional auspicia proyectos que podrían superponerse y contradecirse hasta dejar de hacer sentido; y con ello, la Constitución se convertiría principalmente en aquel recurso cíclico que en Ecuador ha servido para consolidar nuevos poderes y acuerdos inestables entre las élites políticas.¹⁹³

Existen muchas dificultades para definir qué dice la Constitución, respecto del aborto, la consulta previa, la política extractiva, la política de comunicación, la política de educación, etc. Muchos asumen que estas políticas deben interpretarse en clave principalista, es decir, en función de los derechos a proteger, pero no advierten que los principios de las políticas establecidos en el Régimen del Buen Vivir también tienen un enfoque utilitarista, cuya axiología estaría dada, por la pluralidad de fines del texto constitucional. Ello explica por qué es tan difícil responder si es constitucional la reelección indefinida, la explotación del Yasuní, el examen universal de ingreso a la universidad, el control de contenidos de los medios, etc. La tabla 1 intenta recoger los fines constitucionales, potencialmente antagónicos, que tienen anclaje normativo.

Pese a la conflictividad intrínseca al texto constitucional, el proyecto neoconstitucional defiende la armonización de intereses y valores expresados en los derechos igualitarios, diversos e interculturales, a partir de un Estado que debería funcionar siempre como instrumento de garantía. De allí que la violación de estos principios deba sancionarse en última instancia mediante el control constitucional que canaliza el desarrollo político y social en los térmi-

193. Recuérdese que la Constitución de 2008 representa la Constitución número 20 en la historia republicana.

| Tabla 1. FINES PLURALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008 | | | |
|--|--|---|--|
| <i>Fin o propósito constitucional</i> | <i>Visión social</i> | <i>Ideología política asociada</i> | <i>Anclaje normativo</i> |
| Estado Constitucional de derechos y justicia | Optimización de todos los derechos de una sociedad plural, con énfasis en los recursos necesarios para el buen vivir (educación, seguridad social, salud, agua y alimentación) | Política de los derechos promovida por la judicialización de la política, desde paradigmas como el liberalismo igualitario y la democracia participativa. | Título I, Título II, Título III, Título IV (sección primera y segunda), Título IX. |
| Desarrollo guiado por el Estado | Economía productiva, diversificada y planificada, con amplia participación estatal | Neodesarrollismo modernizador, inspirado en el cepalismo y el progreso asiático (direccionado «desde arriba» por un presidente fuerte). | Art. 141, 147, 148, 151, 261, 276, 280. |
| Economía solidaria y pluralismo social | Una sociedad que respete diversas formas de organización económica, social y cultural, intensivas en mano de obra y respetuosas de la naturaleza | Posdesarrollo, anticapitalismo y posmodernidad, ideologías defendidas por movimientos contrahegemónicos. | Preámbulo, art. 283, 284 |
| Fuente: Constitución de 2008. Elaboración propia. | | | |

nos previstos por el contrato social de la Carta Magna. En una sociedad como la ecuatoriana, caracterizada por la tendencial sujeción de la política y el mercado a reglas informales, este mandato representa un ideal revolucionario que implicaría transformaciones estructurales.

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

En resumen, el neoconstitucionalismo y el participacionismo, ven lo público como un instrumento para la realización de los derechos. De allí que la

contraparte a ser controlada, esté conformada por representantes (que actúan como delegados sujetos a revocatoria del mandato), funcionarios, administradores y jueces dotados de grandes virtudes y cualidades que deben responder a la realización de un amplio catálogo de aspiraciones (art. 11).

Ambas ideologías proponen que la sociedad civil ecuatoriana, hoy orientada predominantemente por relaciones clientelares y particularistas, controle a agentes estatales en función de un proyecto principalista. Lo contrario, significaría abrazar el tutelaje estatal o nuevas formas de reparto estatal inestable, con la consiguiente ruptura del pacto constitucional. Este riesgo se torna más probable en virtud del régimen presidencial diseñado en la Constitución como veremos más adelante. Pero junto al presidencialismo fortalecido en Montecristi, hay al menos tres instituciones que amenazan el pacto constitucional y que son imputables directa o indirectamente al neoconstitucionalismo y al participacionismo en los términos concebidos por la mayoría de AP.

La primera institución es un órgano sin vínculos importantes con la sociedad civil, esto es, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (en adelante, CPCCS). Este organismo elegido paradójicamente, por concurso de méritos, posee las facultades para designar las autoridades públicas que deben controlar el mercado y el desempeño adecuado de las funciones estatales (art. 207), así como para incentivar el uso de los mecanismos de participación ciudadana reconocidos generosamente en la Constitución. Consideramos, que tan ambiciosas competencias, representan un enorme estímulo para que los sujetos políticos intenten cooptar el CPCCS, como en efecto ha sucedido en los últimos años. Probablemente ello se debe a que los miembros del CPCCS, son elegidos, de entre listas presentadas por la ciudadanía, en virtud de sus méritos, y no de sus vínculos orgánicos o apoyo popular. Este procedimiento favorece al extremo que quienes designan a individuos inorgánicos, controlen su desempeño en el cargo.

Otro factor, tanto o más perjudicial para la política de los derechos impulsada por el participacionismo y el neoconstitucionalismo, es la justicia constitucional concentrada, una institución contramayoritaria que no está sujeta al control de la ciudadanía más allá de las posibilidades previstas para exigir su pronunciamiento (art. 94, 104, 432 y 443). De esto se sigue, que la Corte Constitucional tendría la potestad para resolver los enormes problemas hermenéuticos asociados a una Constitución programa y altamente principalista, que garantiza una pluralidad de fines no necesariamente compatibles.

De esta manera, el neoconstitucionalismo pondría en manos de un gobierno de jueces, la definición de los fines que deben priorizarse a partir del texto constitucional, pese a la imposibilidad de conciliar ideologías, que en términos generales, apuntan hacia polos opuestos. Por una parte, el afán modernizador y elitista, de larga data en Ecuador (P. Andrade, 2009), por otro lado, la

resistencia a los procesos modernizantes y capitalistas, planteados desde abajo, por sectores contrahegemónicos (De Sousa Santos, 2010). Las tensiones entre ambas ideologías se manifiestan de forma latente, frente a políticas concretas en todo el sector público. El disciplinamiento social, la pretendida reforma a la matriz productiva apoyada inicialmente en el extractivismo y el fortalecimiento de la administración, encuentran una resistencia profunda en las visiones posmodernas y posdesarrollistas.

Atribuir a los jueces un papel tan relevante en la gestión de los conflictos constitucionales, sin que existan canales formales que resulten idóneos para incidir, desde la participación ciudadana u otras ramas de poder, en las decisiones de la Corte Constitucional, es asegurar la politización de la justicia por medios informales. Por consiguiente, el ideal republicano de la democracia participativa, que aspira a fortalecer el autogobierno mediante la participación cívica, se ve amenazado por el tendencial uso oligárquico o aristocrático,¹⁹⁴ de una Corte no sujeta a la legitimidad popular o al escrutinio público, que puede ser usada contra la sociedad civil organizada (F. Ovejero, 2004), ahogando así las aspiraciones de uso contra-hegemónico de la justicia constitucional (De Sousa Santos, 2009). La única salida que el participacionismo puede ofrecer a este problema, no es sino el reformismo característico de cultura política local (J. León, 2011), esto es, la toma de las calles para generar recambios en la clase política y en las instituciones formales, o inclusive, para despertar nuevamente al poder constituyente (art. 444).

Lo anterior se torna más grave para la permanencia del régimen auspiciado por la Constitución, cuando se devela la debilidad del Poder Legislativo, no solo en razón del desplazamiento de la Asamblea Nacional en virtud de las atribuciones del CPCCS –promovido por participacionistas que creyeron que los actores de la democracia participativa pueden reemplazar a los partidos–, sino también, debido a las restricciones del Legislativo frente al Ejecutivo y la justicia constitucional. En lo principal, se eliminaron las facultades legislativas que protegen la legislación contra las declaratorias de inconstitucionalidad, se excluye al Legislativo de los puntos neurálgicos de la Administración Pública, se permite que el Ejecutivo intervenga activamente en la legislación, y se priva al Legislativo de la participación en la planificación del desarrollo y la definición del presupuesto estatal.

De allí que la Asamblea Nacional tenga una participación restringida en el proceso de las políticas públicas, quedándole solamente cierto margen de libertad para desarrollar leyes que deben ajustarse a la axiología constitucional invasora, definida por la justicia constitucional (art. 84), sin perjuicio de supe-

194. Recuérdese que el gobierno aristocrático, refiere a una élite ilustrada que delibera sobre asuntos de interés general. Cfr. Aristóteles, *Política*, libro IV, Madrid, Alianza, 2001.

rar la presión proveniente del Ejecutivo, que además de su poder de incidencia en la legislación, cuenta con la posibilidad de que un presidente más popular que los legisladores (algo altamente probable en sistemas de partidos frágiles y personalistas) use su poder para disolver la Asamblea Nacional (art. 148).

En lo demás, el Legislativo posee limitadas facultades (en virtud de las exigencias y dificultades políticas que implican los mecanismos constitucionales) para controlar la acción del Ejecutivo, así como al CPCCS y a los organismo designados por este último (art. 129, 130 y 131). Estas modificaciones institucionales sumadas a los patrones históricos del débil sistema de partidos ecuatoriano (territorialización orientada a la defensa de ventajas regionales, fragmentación, personalismo, clientelismo y particularismo), que además, parecen estar asegurados por las nuevas cláusulas constitucionales (S. Basabe, 2009), implican que el Legislativo no puede convertirse en la panacea de la constitucionalización del ordenamiento.

Además, la ausencia de incentivos constitucionales para la colaboración entre los poderes del Estado en un país de significativa volatilidad electoral (S. Pachano, 2008), puede motivar, según las variables conformaciones del Legislativo y el apoyo social, mediático y militar que este logre frente al Ejecutivo en momentos de crisis política (A. Pérez Liñán, 2009), un nuevo proceso de inestabilidad institucional en contra de la permanencia de la nueva carta constitucional.

El debilitamiento del Legislativo, en favor del *collage* de las instituciones auspiciadas por el neoconstitucionalismo y el participacionismo en el diseño atropellado del constituyente, prueba que los constituyentes no previeron más recursos efectivos para la defensa de la Constitución de Montecristi que aquellos dependientes de la autonomía y fortaleza organizativa de la sociedad civil y de la independencia judicial. En ambos casos, se trata de recursos escasos en la tradición ecuatoriana, sin perjuicio de la probada capacidad de movilización insurgente de las clases medias y los movimientos sociales que no ha llevado sino al reformismo «formalista», capaz de insuflar cambios normativos de ensueño, sin implicar modificaciones sustanciales en la democratización del régimen político. Pero la más preocupante de lo dicho hasta ahora, es que las debilidades de ambos proyectos (el participacionismo y el neoconstitucionalismo), se tornan catastróficas para la política de los derechos consagrada en la Constitución, cuando se analiza su interacción con el proyecto presidencialista.

Como hemos sugerido, la Constitución de Montecristi se constituyó también en una herramienta para el aseguramiento y desarrollo de un nuevo poder personalista, esto es, aquel representado por la tendencia de AP liderada por el presidente Correa. Pese a mantenerse dentro de la tradición presidencialista ecuatoriana, la Constitución exacerba el poder presidencial en el proceso de las políticas del Estado central (desde la planificación del desarrollo,

pasando por el manejo de los recursos minerales, la distribución de las rentas y la legislación, hasta el control absoluto de la administración pública central), convirtiéndolo al presidente «en una suerte de administrador único» (P. Andrade, 2011: 18), que además, puede postular de forma consecutiva a la reelección (art. 114). Pero además, este poder para controlar el aparato estatal por al menos dos períodos, se ve complementado por facultades políticas que permitirían al Ejecutivo subordinar a la Asamblea Nacional (art. 138, 139, 140, y 148)¹⁹⁵ y apelar desde una posición favorable a la voluntad popular (art. 104 y 444). Estas facultades le permitirían al presidente en funciones, imponer su proyecto político y ejecutarlo, con auxilio de una maquinaria electoral y de redes clientelares, ya sea en provecho de la autonomía relativa del Estado (F. Ramírez, 2011) o en favor de poderosas oligarquías –principalmente debido al centralismo y al rentismo de la política y la economía nacional–.

Pero quizá, el régimen de transición, aprobado sin deliberación previa en la Asamblea, es el componente fundamental que aseguró los poderes constitucionales del presidente. Como hemos visto, dicho régimen, allanó el camino para que la mayoría oficialista se haga con el control de todas las ramas de gobierno (C. Montúfar, 2008b). No podía esperarse mayores cambios en una tradición histórica en la que «los actores racionales no construyen reglas de juego para atarse a sí mismos, sino para atar a los demás» (P. Andrade, 2011: 24).

Consecuentemente, la Constitución de Montecristi, agudiza los incentivos institucionales para el reforzamiento del Ejecutivo, al menos, mientras este cuente con el apoyo popular y pueda controlar amenazas provenientes de otros poderes, especialmente aquellos que desencadenaron golpes de Estado contra tres presidentes a partir de 1996, y que suelen estar relacionadas con patrones desarrollados por cuatro actores fundamentales: las masas populares movilizadas, los medios masivos de comunicación, el Legislativo y las fuerzas armadas (A. Pérez Liñán, 2009).

En todo caso, además de estas reglas informales de la política nacional, existiría un contrapeso formal al régimen presidencial previsto por la Constitución que podría desplegarse a partir de la acción política de dos órganos contramayoritarios, el CPCCS y la Corte Constitucional. Estos poderes controlan de forma directa e indirecta la designación y permanencia de autoridades fundamentales y la mayoría de recursos del poder ciudadano propuestos por el

195. Estas normas permiten al presidente, dictar decretos-leyes (mediante proyectos de urgencia económica que obligan a la Asamblea a tratarlos en un plazo de treinta días); objetar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional; expedir reglamentos de ejecución y delegados (para «la buena marcha de la administración»); objetar leyes y sugerir modificaciones que obligan a la Asamblea a pronunciarse en 30 días; y, disolver la Asamblea a discreción, pudiendo permanecer en el cargo y dictar decretos-leyes hasta una nueva elección de asambleístas y presidente (que podría coincidir con quien disuelva la Asamblea).

participacionismo y el neoconstitucionalismo. Si el CPCCS y la Corte Constitucional actuaran en función de su legitimidad de origen (esto es, sus vínculos con la democracia participativa y la democracia constitucional respectivamente), esclerotizarían, en no pocos casos, las políticas promovidas por el poderoso Ejecutivo, con las graves consecuencias que esto acarrearía sobre la independencia de tales órganos. De progresar su autonomía, inclinarían el sistema político hacia una política pluralista, fundada en reivindicaciones de derechos, que debido a la potencial colisión de tales reivindicaciones en un sistema jurídico que operaría sociológicamente mediante el impulso de intereses opuestos (H. Kelsen, 1995: 41-42), erosionarían la trayectoria de modernización del Ecuador impulsada «desde arriba» (P. Andrade, 2009). Pero como hemos visto, este panorama se torna extremadamente improbable, si consideramos que el CPCCS y la Corte Constitucional, representan débiles y novatos sustitutos del Legislativo y la movilización popular, y por tanto, estarían mucho más expuestos al control del Ejecutivo en un sistema que tradicionalmente se ha caracterizado por la cooptación (P. Andrade, 2011: 13-14).

Lo anterior no anularía por completo las funciones de estos organismos. Mientras subsista la apertura del sistema político al pluralismo ideológico de fuerzas minoritarias (J. León, 2010: 211), tanto el CPCCS, como la Corte Constitucional, seguirán reproduciendo y desarrollando las premisas discursivas que favorecieron el diseño constitucional; y en la medida que su grado de independencia lo permita, podrían orientarse a realizar mandatos constitucionales (desarrollo judicial de derechos, promoción del control ciudadano, constitucionalización de áreas determinadas del ordenamiento jurídico, etc.) y despertar las «cláusulas dormidas» de la Constitución que sean amenazadas por el nuevo régimen político (R. Gargarella, 2009). Al menos esto es lo que ha sucedido de forma tibia y contradictoria con la justicia constitucional del Ecuador en casos no relevantes para la clase política (A. Grijalva, 2010). En todo caso, no se deben sobredimensionar estas proyecciones, toda vez que el diseño del régimen político de la Constitución, favorece el decisionismo¹⁹⁶ del Ejecutivo en funciones, sobre todo, en razón de los incentivos que tuvo el Presidente para hacerse con los poderes constitucionales más gravitantes, tanto en la Asamblea Constituyente, como en la fase de implementación del régimen de transición.

El predominio decisionista del Ejecutivo y el consecuente rompimiento de la Constitución como pacto de derechos amparado formalmente por la justicia constitucional y la participación ciudadana, tiene fuertes probabilidades

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

de realizarse en un sistema débil de partidos que no tiene incentivos formales e informales para transformarse. Desde el año 1996 el comportamiento electoral se ha orientado por opciones «antisistema» representadas por *outsiders* (P. Andrade, 2011: 6), sobre todo, porque la imagen de la democracia liberal ecuatoriana no ha estado muy lejana del retrato que el polémico Schmitt hiciera del funcionamiento parlamentario (C. Schmitt, 1996). Si a esta tendencia de una cultura política predominantemente personalista y clientelar, sumamos los incentivos constitucionales para la configuración de un presidencialismo fuerte y plebiscitario,¹⁹⁷ en una sociedad que no ha experimentado la «revolución sociológica» que conlleva la democracia constitucional (P. Rosanvallon, 2009: 206), lo más probable es que la Constitución sea instrumentalizada por el decisionismo del líder presidencial.

En síntesis, la Constitución de Montecristi pareciera estar condenada a conformar la larga lista de textos constitucionales con poca eficacia normativa en la historia ecuatoriana, sin que constituya una herramienta que favorezca un cambio de modelo (al menos en el sentido propuesto por el participacionismo y el neoconstitucionalismo). Más bien estaríamos frente a un texto constitucional que abre la puerta a un nuevo proyecto de modernización inestable del Estado nación, proyecto que se edificaría sobre el régimen político habilitado por la Constitución y sobre la capacidad de imposición de una nueva élite, cuyo decisionismo apoyado por los poderes constitucionales, se canalizaría por medio del uso político de las premisas de la norma superior, que otorguen legitimidad política al presidente y su proyecto político.

197. Es decir, basado en un partido electoral, en la identificación y comunicación directa del líder con el pueblo, y en un gobierno decisionista que administra a partir de «emergencias» y de la concentración de poderes (L. Ferrajoli, 2011a, 47-48).

Conclusiones

El constante desencanto frente a las tradiciones de la democracia ecuatoriana, incentiva la búsqueda de nuevos arreglos institucionales que hagan realidad un gobierno de leyes. El neoconstitucionalismo participa de este afán normativo, pero carece de herramientas conceptuales y metodológicas para ahondar en la relación entre política y derecho.

Como hemos visto, el neoconstitucionalismo ecuatoriano empezó a desarrollarse en los años 90 a partir de la recepción de teoría del derecho de alcance transnacional. Es un paradigma inspirado en el consenso liberal igualitario de posguerra, cuyo objetivo principal es garantizar los derechos humanos, mediante una activa participación de los tribunales constitucionales. En otras palabras, participa del proyecto transnacional que impulsa la política de los derechos, que en contextos como el ecuatoriano, se extiende al reconocimiento de derechos culturales, e incluso de los derechos de la naturaleza.

El neoconstitucionalismo ecuatoriano no representa ningún avance en la teoría política o en la teoría jurídica. Más bien, funciona como un programa ideológico inspirado en la teoría transnacional del derecho, que fortalece el activismo judicial, mediante la simplificación de los problemas de interpretación constitucional (se reduce los problemas de interpretación a las condiciones de validez de las normas infraconstitucionales) y la defensa de metodologías de adjudicación aparentemente racionales (v. g. la ponderación). Estas deficiencias del neoconstitucionalismo son más patentes frente a Constituciones que recogen diversas tendencias ideológicas, formuladas prioritariamente por medio de normas que tienen la forma de principios, esto es, enunciados abiertos e indeterminados que agudizan la discreción judicial y política.

Este programa, con ciertas adaptaciones, fue utilizado para diseñar la Constitución de 2008. En efecto, a partir del descontento local en contra del parlamentarismo, se radicalizaron los mecanismos de garantía de los derechos, así como los poderes de la Corte Constitucional. El Estado se representó así, como un conjunto de instituciones formales, condicionadas retóricamente, en sus procedimientos y objetivos, por los derechos constitucionales, todo ello, en el marco de las orientaciones y directrices de lo que dicen los jueces que es la Constitución.

Al mismo tiempo, la Constitución consagró una pluralidad de fines constitucionales, que no solo se orientan hacia la realización de los derechos, sino también hacia cambios sustantivos en el modelo de desarrollo y en el régimen político. Como hemos visto, la pluralidad axiológica de la Constitución contribuye a maximizar la conflictividad asociada a la interpretación constitucional, sin dejar de incentivar las agendas del neoconstitucionalismo, del presidencialismo y del participacionismo.

A estos problemas ciertamente semánticos, debemos sumar los hallazgos de la historia política reciente y de las tendencias históricas de largo plazo. La Asamblea Constituyente, fue controlada por una mayoría de asambleístas funcionales al presidente Correa. Ello permitió, que en el régimen de transición de la Constitución, se allane el camino para que el proyecto antipactista del presidencialismo reforzado se haga con todas las ramas de gobierno.

En este contexto, nos preguntamos en el capítulo final sobre las razones que explican el estatus imaginario del paradigma neoconstitucional. Encontramos que el neoconstitucionalismo careció de una teoría positiva de la política. Se limitó a constatar que en países con jurisdicciones prestigiosas (v. g. Colombia), el activismo judicial había funcionado. Sin embargo, no reflexionó lo suficiente sobre las condiciones más básicas para que la política sea judicializada. Hablamos de la anuencia de los actores políticos.

Desde una perspectiva evolucionista del derecho, en países que no han consolidado la independencia judicial, difícilmente puede sedimentar la judicialización de la política. Por el contrario, al fortalecer el control constitucional, se generan fuertes incentivos para que el poder político se haga con el control de la justicia y termine politizándola, generando de esta manera, un autorreforzamiento de los actores políticos que contribuye a la des-institucionalización de la democracia.

Por otra parte, incluso en el plano imaginario del neoconstitucionalismo, deberíamos cuestionar que tan legítimo y saludable para la democracia es que los jueces tengan la última palabra sobre el sentido de la Constitución. Es claro que el poder de interpretar la Constitución, máxime si esta contiene disposiciones indeterminadas y derrotables, es un poder fundamentalmente político, que puede definir la orientación y el sentido de las políticas públicas.

Ello es objetable, tanto desde el argumento contramayoritario, como de argumentos más sensibles a nuestro contexto. Así, la búsqueda de un gobierno representativo con mayor estabilidad y mejores rendimientos requiere de un poder judicial moderado (esto es, limitado a garantizar el procedimiento democrático y los derechos de las minorías), así como de un poder político con suficiente margen de acción para enfrentar la incertidumbre. Después de todo,

no corresponde a jueces activistas, sino a ciudadanos activos y a gobernantes responsables, hacer avanzar el proceso democrático en Ecuador.

Nuestra intención en este trabajo no ha sido ofrecer respuestas definitivas a la crisis constitucional del Ecuador. Lo importante ha sido evidenciar que el proyecto neoconstitucional, debe ser revisado, en virtud de sus debilidades como teoría e ideología. Es decir, el problema no parece radicar solamente en la arquitectura constitucional, en las instituciones formales e informales y en los problemas estructurales de la economía, sino también, en las ideas dominantes del campo jurídico, que hemos analizado en este breve recorrido por la cultura jurídica ecuatoriana.

Propuestas de diseño de la justicia constitucional

| <i>Propuesta</i> | <i>Proponentes</i> | <i>Similitudes</i> | <i>Diferencias</i> |
|--|---|--|---|
| Inconstitucionalidad por omisión declarada por la Corte Constitucional. | Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE. | Todos los proyectos reconocen la inconstitucionalidad por omisión. | En el proyecto de Grijalva debe demandarse la inconstitucionalidad por omisión. En los proyectos del TC y del CONESUP, la inconstitucionalidad por omisión puede además, declararse de oficio, sin perjuicio de la facultad de la Corte para subsanar la omisión en caso de que esta persista. En todos los casos la Corte debe ordenar la promulgación de la norma o acto omitido. El proyecto de la CONAIE señala que la Corte podrá destituir a los parlamentarios que incurran en omisión legislativa más allá de los plazos permitidos por la Constitución (transitoria No. 17). |
| Acción por incumplimiento. | CONAIE CONESUP. | Ambos proyectos permiten acudir ante la justicia constitucional para reclamar el cumplimiento de normas generales. | El proyecto del CONESUP delega esta facultad a todos los jueces constitucionales (de primera y segunda instancia), mientras que el proyecto de la CONAIE la reserva a la Corte Constitucional. |
| Control constitucional de normas generales y abstractas realizado por la Corte Constitucional. | Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE Constitución 1998. | Todos los proyectos establecen el control constitucional de normas generales y abstractas. | El proyecto del TC señala que además del control de lo demandado, la Corte controlará la constitucionalidad de normas distintas a las demandadas pero relacionadas con el caso en análisis. |

| | | | |
|---|--|--|--|
| Control de disolución del Congreso por disposición del Ejecutivo. | CONESUP. | | Solamente el proyecto del CONESUP contempló la intervención de la Corte para confirmar la arrogación inconstitucional de funciones realizada por el Congreso. Dicha arrogación permite la disolución de este órgano por orden presidencial (art. 156, 12). |
| Control de objeciones de constitucionalidad a las leyes en proceso, cuando son presentadas por el Presidente. | Agustín Grijalva TC CONESUP Constitución 1998 | Todos los proyectos recaen en esta competencia de la Corte en los mismos términos. | |
| Control de constitucionalidad de reformas constitucionales realizadas por el parlamento. | Agustín Grijalva CONESUP CONAIE TC. | | Los proyectos de Grijalva y de la CONAIE señalan que la Corte solo puede pronunciarse respecto de las reformas constitucionales operadas en el parlamento cuando existen vicios en el procedimiento legislativo. Los proyectos del TC y del CONESUP establecen que la Corte puede realizar además un control material de las reformas realizadas por el Congreso Nacional (art. 342). |
| Control de constitucionalidad de convocatoria a Asamblea Constituyente. | Agustín Grijalva TC CONESUP. | El proyecto de Grijalva, al igual que el proyecto del TC establece que la Corte controlará la convocatoria a Asamblea Constituyente en todos los casos. El proyecto de la CONAIE no prevé ningún tipo de control en este caso. | El proyecto del CONESUP establece que la Corte controlará la convocatoria a Asamblea Constituyente solamente cuando el Congreso Nacional y el Presidente consideren que la reforma no amerita una Asamblea Constituyente (art. 343). Cuando las reformas constitucionales sean propuestas por el Presidente, mediante referéndum (art. 226), o cuando el 5% del padrón electoral nacional solicite una Asamblea Constituyente, no procede el control constitucional previo de la Corte (art. 343). |

| <i>Propuesta</i> | <i>Proponentes</i> | <i>Similitudes</i> | <i>Diferencias</i> |
|---|---|---|---|
| Control de constitucionalidad de convocatorias a consultas populares que no versen sobre reformas constitucionales. | TC. | | Solamente el proyecto del TC establece como competencia de la Corte el control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares. |
| Control de la constitucionalidad del procedimiento que permite la revocatoria del mandato. | TC. | | Solamente el proyecto del TC faculta a la Corte para que controle el procedimiento de revocatoria del mandato de los dignatarios de elección popular. |
| Control de constitucionalidad de estados de emergencia. | TC. | | Solamente el proyecto del TC establece como competencia de la Corte el control de constitucionalidad de los estados de emergencia. |
| Control constitucional de tratados y convenios internacionales. | Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE Constitución 1998. | Todos los proyectos radican en la Corte la competencia de control constitucional de tratados y convenios. | |
| Control constitucional de competencias y atribuciones asignadas por la Constitución. | Agustín Grijalva TC CONESUP CONAIE Constitución 1998. | Todos los proyectos ordenan que la Corte dirima competencias y atribuciones. Constitucionales. | |
| Control de constitucionalidad de todos los actos administrativos. | Agustín Grijalva TC CONESUP Constitución 1998. | Los proyectos del TC y del CONESUP, así como la Constitución de 1998, facultan a la Corte para controlar y revocar los actos administrativos. | Grijalva propone que se especialice a la Corte y se elimine las funciones de control de todo acto administrativo, puesto que en caso de violación de derechos se puede recurrir a la Corte por vía de amparo (2007a: 89). |

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

Fuente: A. Grijalva (2007a); ILDIS (2007); TCE (2008); CONESUP, Comisión de Juristas del CONESUP, *op. cit.*; CONAIE, *Constitución de la República Plurinacional del Ecuador: Propuesta...*, y Constitución de 1998.
Elaboración propia.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Barcelona, Trotta, 2002.
- Acosta, Alberto, *Bitácora constituyente: ¡Todo para la Patria, nada para nosotros!*, Quito, Abya-Yala, 2008.
- (expresidente de la Asamblea Nacional Constituyente), entrevista de Hernán Ramos, *América Economía*, 25 de septiembre de 2008, en <http://m.americaeconomia.com/analisis-opinion/correa-acosta-el-primer-round-fue-en-la-base-de-manta-i>. Consulta: septiembre de 2009.
- Aldunate, Eduardo, «Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo», en *Revista de Derecho*, vol. XXIII, No. 1, Valdivia, Universidad Austral de Chile, p. 79-102, 2010.
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», trad. por Carlos Bernal, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, No. 66, p. 13-64, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- Andrade, Pablo, *Democracia liberal y cambio político en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Corporación Editora Nacional (CEN), 2009.
- *Democracia y cambio político en el Ecuador: Liberalismo, política de la cultura y reforma institucional*, Quito, UASB-E / CEN, 2009.
- *La era neoliberal y el proyecto republicano: La recreación del Estado en el Ecuador contemporáneo, 1996-2006*, Quito, UASB-E / CEN, 2006.
- «Negociando el cambio: fuerzas sociales y políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2008», en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edit., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, UASB-E / CEN, p. 47-78, 2004.
- «El reino (de lo) imaginario: Los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008», en *Ecuador Debate*, No. 85, p. 35-47, 2012.
- Andrade, Pablo, edit., y Aldo Olano, *Constitucionalismo autoritario: Los regímenes contemporáneos en la Región Andina*, Quito, UASB-E / CEN, 2005.
- Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianza, 2001.
- Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

- «Entrevista a Robert Alexy», en *Doxa*, No. 24, Alicante, Universidad de Alicante, p. 5-40, 2001.
- Ávila, Humberto, «Neoconstitucionalismo: entre a «ciência do direito» e o «direito da ciencia»», en Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento y Gustavo Binbenojm, org., *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*, Río de Janeiro, Lumen Juris, p. 187-202, 2009.
- Ávila, Ramiro, «Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial», en Santiago Andrade y Luis Ávila, edit., *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 380-386, 2009.
- «Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: Propuesta de reformas para la constituyente», en *Foro: Revista de derecho*, No. 7, UASB-E / CEN, p. 135-158, 2007.
- *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, UASB-E / Abya-Yala, 2011.
- Ávila, Ramiro, Angélica Porras y Edwar Vargas, «Crítica a la propuesta de constitución del CONESUP», citado por Ramiro Ávila, «Golpes de timón y cambio de régimen político», en *La Tendencia*, No. 6, noviembre, p. 89, Quito, Friedrich Ebert Stiftung (FES) / Instituto Latinoamericano des Investigaciones Sociales (ILDIS), 2007.
- Barrera, Augusto, «Entrevista», en *Entre voces: Revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local*, No. 15, agosto-septiembre, p. 59, 2008.
- Barroso, Luis, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho: El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)-Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2008.
- Basabe, Santiago, «Ecuador: reforma constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas», en *Revista de Ciencia Política*, No. 29, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 381-406, 2009.
- *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador (FLACSO-E), 2011.
- *Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, FLACSO-E, 2011.
- Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá, UEC, 2009.
- Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Böhmer, Martín, «Lesus naturae», en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 185-210, 2011.
- Bourdieu, Pierre, coord., *Poder, derecho y clases sociales*, introducción de Andrés García Inda, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- Burgos, Germán, «¿Qué se entiende hoy por independencia judicial?: Algunos elementos conceptuales», en Germán Burgos, edit., *Independencia judicial en América Latina*, Bogotá, ILSA, p. 7-42, 2002.
- Burgos, Germán, edit., *Independencia judicial en América Latina*, Bogotá, ILSA, 2002.

- Cáceres, Enrique, *Constructivismo jurídico*, México DF, UNAM, 2008.
- Cançado Trindade, Antônio, «Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano», en Antônio Cançado Trindade, coord., *Memoria del Seminario El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, San José, 2a. ed., 2003, p. 5-70, disponible en *Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM*, <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2454>>. Consulta: junio de 2013.
- Carbonell, Miguel, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Carbonell, Miguel, y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, UEC, 2010.
- Carey, John M., «Presidencialismo versus parlamentarismo», en *Postdata: Revista de reflexión y análisis político*, No. 11, abril, p. 121-162, Buenos Aires, Grupo Interuniversitario Postdata, 2006.
- Castro Patiño, Iván, «Propuestas del proyecto de Comisión Especial de Juristas del CONESUP en materia de protección de derechos humanos», disponible en *Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=466&Itemid=51>. Consulta: noviembre de 2013.
- Centro Carter, *Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador*, septiembre de 2008, p. 11-12, en <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Informe_Final_AC_Centro_Carter_distribuido.pdf>. Consulta: febrero de 2013.
- Comanducci, Paolo, «Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 75-98, 2003.
- CONAIE, *Constitución de la República Plurinacional del Ecuador. Propuesta de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador*, Quito, CONAIE, 2007, p. 1-125, disponible en <https://www.yachana.org/earchivo/conaie/-pro-puesta_constitucion_conaie.pdf>. Consulta: septiembre de 2016.
- *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente: Principios y lineamientos para la nueva Constitución del Ecuador*, Quito, CONAIE, 2007, disponible en <<https://www.yachana.org/earchivo/conaie/ConaiePropuestaAsamblea.pdf>>. Consulta: abril de 2011.
- Proyecto de Constitución, en *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador*, <http://www.ecuarunari.org/es/info_especiales/anc/propuesta_constitucion_conaie.pdf>. Consulta: febrero de 2013.
- CONESUP, Proyecto de Constitución Política de la República del Ecuador, disponible en *Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, <http://www2.ucsg.edu.ec/dmdocuments/isej_PROYECTO_CONSTITUCION_POLITICA_ECUADOR.pdf>. Consulta: abril de 2011.
- Contesse, Jorge, «Constitucionalismo interamericano: Algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos», en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 251-269, 2011.

- Correa, Rafael, «Una Corte Constitucional independiente y autónoma para garantizar la necesaria separación de todos los poderes», en Tribunal Constitucional del Ecuador (TCE), edit., *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, TCE, p. 11-25, 2007.
- Couso, Javier, «Consolidación democrática y poder judicial: Los riesgos de la judicialización de la política», en *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV, No. 2, p. 29-48, 2004.
- Dávila, Andrés, *Democracia pactada: El Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991*, Bogotá, Universidad de los Andes (UA) / Alfaomega, 2002.
- De la Torre, Jesús Antonio, coord., *Derecho alternativo y crítica* jurídica, México DF, Universidad Autónoma de Aguascalientes / Porrúa, 2002.
- De Sousa Santos, Boaventura, «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», en Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA), *El otro derecho*, No. 28, Bogotá, ILSA, p. 59-83, 2002.
- *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- Dezalay, Yves, y Bryant Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder: La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Bogotá, ILSA / Universidad Nacional de Colombia, 2002.
- Dieterich, Heinz, «Diálogo con el presidente Rafael Correa», en Eduardo Alcívar *et al.*, *Ecuador y América Latina: El socialismo del siglo XXI*, Quito, Asamblea Permanente de Derechos Humanos, 2007.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Esquirol, Jorge, «¿Hacia dónde va Latinoamérica?: Una crítica al enfoque sociojurídico sobre América Latina», en Mauricio García y César Rodríguez, edit., *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, p. 93-102, 2003.
- FENOCIN y CONGEUNASSC-CNC, *Propuestas desde las organizacionales sociales para la Asamblea Constituyente*, Quito, CAFOLIS, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.
- *Garantismo: Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011a.
- *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011b.
- Fundación Rosa Luxemburg, <<http://www.rosalux.org.ec/es/mediateca/documentos.html>>. Consulta: abril de 2013.
- Gadamer, Hans, *Verdad y método*, vol. II, Salamanca, Sígueme, 1998.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el período de Transición, 2011.
- *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Gargarella, Roberto, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

- Gargarella, Roberto, org., *Courts and Social Transformations in New Democracies: An institutional voice for the poor?*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2006.
- Gaviria, Carlos, «Colegitimidad democrática y control constitucional», en Tribunal Constitucional del Ecuador, edit., *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, TCE, p. 33-39, 2007.
- Grijalva, Agustín, «¿Constitución sin constitucionalismo? Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente», en *Foro: Revista de derecho*, No. 7, UASB-E / CEN, p. 75-95, 2007a.
- «La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías», en *La Tendencia*, Quito, FES-ILDIS, p. 118-135, 2008.
- «Courts and political parties: the politics of constitutional review in Ecuador», tesis doctoral, disponible en *University of Pittsburgh*, <http://dscholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva_agustin_2010_etd.pdf>. Consulta: abril de 2013.
- «Independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional en el Ecuador», en Julio Echeverría y César Montúfar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, p. 99-119, 2008.
- «Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador», en Tribunal Constitucional del Ecuador, edit., *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, TCE, p. 51-70, 2007b.
- «Independencia judicial y derechos en el Ecuador», en *Ecuador Debate*, No. 83, Quito, CAAP, p. 35-42, 2011.
- Grijalva, Agustín, y José Vicente Troya, «Elementos para un derecho de la competencia en Ecuador», en *Foro: Revista de derecho*, No. 1, Quito, UASB-E / CEN, p. 5-47, 2003.
- Guastini, Riccardo, «La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: El caso italiano», en Miguel Carbonell, coord., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1994.
- Hasse, Rolf H., Hermann Schneider y Klaus Weigelt, edit., *Diccionario economía social de mercado*, México DF, Fundación Konrad Adenauer, 2002.
- Hidalgo, Luis, *La telaraña legal*, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 1999.
- Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy*, Boston, Harvard University Press, 2004.
- ILDIS, «Las izquierdas y la Constituyente: Programa constitucional», en *La Tendencia*, p. VII-VIII, Quito, FES-ILDIS, 2007.
- Kelsen, Hans, «La garantía jurisdiccional de la Constitución», en Juan Ruiz Manero, edit., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, p. 109-156, 1988.
- *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- *Teoría pura del derecho*, México DF, UNAM, 1982.
- Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, trad. por Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, estudio introductorio de César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre / UA / Pontificia Universidad Javeriana (PUJ), 1999.
- Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, FCE, 2004.

- Lander, Edgardo, «Modernidad, colonialidad, posmodernidad», en *Revista de Estudios Latinoamericanos*, No. 8, México DF, UNAM, p. 83-106, 1997.
- Lefort, Claude, «Derechos del hombre y política», en *La invención democrática*, Buenos Aires, Nueva Visión, p. 269-280, 1990.
- León, Jorge, «Política y movimientos sociales en Ecuador de entre dos siglos», en *Informe cero. Estado del país: Ecuador 1950-2010*, Quito, FLACSO-E / Contrato Social por la Educación, p. 207-227, 2011.
- López Freile, Ernesto, «Control constitucional y organismos de control», en Gonzalo Ortiz, edit., *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*, Quito, ProJusticia / Corporación de Investigación y Estudios Multidisciplinarios, p. 59-86, 1998.
- López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.
- Losada, Rodrigo, y Andrés Casas, *Enfoques para el análisis político*, Bogotá, PUJ, 2008.
- Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1999.
- Montúfar, César, «Estado constitucional de derecho y democracia sustantiva en el Ecuador», en Julio Echeverría y César Montúfar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008a.
- «¿Régimen de transición o golpe de Estado?», en *Revista Legisla*, No. 004, junio-julio 2008b, p. 3-6, en *González-Peñaherrera & Asociados*, <<http://www.gpa-lawyers.com/pdfs/LEGISLA%20No.%204.pdf>>. Consulta: enero de 2013.
- Neves, Marcelo, «Transconstitucionalismo con especial referencia a la experiencia latinoamericana», en Armin Von Bogdandy *et al.*, coord., *La justicia constitucional y su internalización: ¿Hacia una Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), p. 717-758, 2010.
- Oliveira, Luciano, «Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance», en Mauricio García y César Rodríguez, edit., *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, p. 223-246, 2003.
- Ospina, Pablo, *Corporativismo, Estado y revolución ciudadana: El Ecuador de Rafael Correa*, Quito, FLACSO-E, 2010, en *FLACSO Andes*, <<http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativism.pdf>>. Consulta: junio de 2013.
- «Historia de un desencuentro: Rafael Correa y los movimientos sociales en Ecuador (2003-2008)», en Raphael Hoetmer, coord., *Repensar la política desde América Latina: Cultura, Estados y movimientos sociales*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 195-218, 2009.
- Ovejero, Félix, José Luis Martí y Roberto Gargarella, comp., *Nuevas ideas republicanas: Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Oyarte, Rafael, «La acción de inconstitucionalidad de actos normativos», en Rafael Oyarte, coord., *Procesos constitucionales en Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 11-47, 2005.
- «Relaciones Ejecutivo-Legislativo», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / CEN, p. 45-90, 2009.

- Pacari, Nina, «Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política», en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edit., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, UASB-E / CEN, p. 113-135, 2004.
- Pachano, Simón, «El precio del poder: Izquierda, democracia y clientelismo en Ecuador», ponencia presentada en el Segundo Coloquio Internacional de Ciencia Política, Gobiernos de izquierda en Iberoamérica en el Siglo XX, 20, 21 y 22 de octubre de 2008, Xalapa, Veracruz, 2008, en *FLACSO Andes*, <<http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1228342227.PachanoPonenciaGosIzquierda.pdf>>. Consulta: octubre de 2013.
- Palti, Elías, *La invención de una legitimidad. Razón y retórica en el pensamiento mexicano del siglo XIX (Un estudio sobre las formas del discurso político)*, México DF, FCE, 2005.
- *El tiempo de la política: El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- Pazmiño, Patricio, «Corte Constitucional: consecuencia lógica la evolución del control constitucional», en Tribunal Constitucional del Ecuador, edit., *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, TCE, p. 15-28, 2007.
- Pérez Liñán, Aníbal, *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*, Buenos Aires, FCE, 2009.
- Pérez Luño, Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001.
- Pérez Perdomo, Rogelio, *Los abogados en América Latina: Una introducción histórica*, Bogotá, UEC, 2004.
- Pisarello, Gerardo, «Globalización, constitucionalismo y derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico», en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comp., *Estado constitucional y globalización*, México DF, Porrúa / UNAM, p. 239-268, 2001.
- *Un largo termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Pou Giménez, Francisca, «Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: El debate sobre la regionalización del activismo», en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 231-250, 2011.
- Proyecto Tuning Derecho en Ecuador, 1 de julio de 2013, disponible en *Universidad del Azuay*, <<http://uazuay.edu.ec/tuningderecho/>>. Consulta: abril de 2013.
- Ramírez Gallegos, Franklin, «Las antinomias de la revolución ciudadana», en *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, 2008, en <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-447.html>>. Consulta: abril de 2013.
- «Participación, desconfianza política y transformación estatal», en *FLACSO-E et al.*, edit., *Informe cero. Estado del país: Ecuador 1950-2010*, Quito, FLACSO-E, p. 231-246, 2011.
- Rodríguez, César, *La globalización del Estado de derecho: El neoliberalismo, el neoconstitucionalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, UA, 2009.
- «Navegando la globalización: Un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina», en César Rodríguez, coord., *El derecho en América*

- Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 69-86, 2011.
- coord., *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Rodríguez, César, y Diana Rodríguez, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.
- Rosanvallon, Pierre, *La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Manantial, 2009.
- *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, FCE, 2002.
- Salas, Minor, «Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho», en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, No. 27, octubre, México DF, ITAM, p. 111-142, 2007.
- Salazar, Pedro, et al., *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Salgado, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, CEN, 2004.
- Sánchez, José, *Conflicto y democracia en Ecuador*, Quito, CAAP, 1995.
- «La sociedad contra sí misma: O por qué nuestras sociedades son democráticamente ingobernables», en ILDIS, *Ecuador: La democracia esquivada*, Quito, ILDIS, p. 143-167, 1991.
- Santamaría, Ángela, y Virginia Vecchioli, edit., *Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.
- Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996a.
- *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996b.
- Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. por Hernando Valencia Villa, Buenos Aires, Taurus, 2010.
- Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell, comp., *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, UEC, 2008.
- Simon, Farith, y Marco Navas, *Diagnóstico de la enseñanza legal de los derechos humanos en el Ecuador*, Quito, PUCE / American University / Red Académica de Derechos Humanos / V&M Gráficas, 2003.
- Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Nueva Jersey, Princeton University Press, p. 65-103, 2004.
- Sunstein, Cass R., *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, *Proyecto de Constitución Política de la República del Ecuador*, Quito, TCE, 2008.
- Trujillo, Julio César, «La Constitución económica, más allá del neoliberalismo», en *Foro: Revista de derecho*, No. 7, UASB-E / CEN, p. 111-134, 2007.
- «El Estado en la Constitución», en Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edit., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, UASB-E / CEN, p. 89-111, 2004.

- *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudios de Derecho Constitucional*, Quito, UASB-E / CEN, 2a. ed., 2006.
- *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudios de Derecho Constitucional*, UASB-E / CEN, 1994.
- Trujillo, Julio César, y Ramiro Ávila, «Los derechos en el proyecto de Constitución», en *La Tendencia*, Quito, FES-ILDIS, p. 68-85, 2008.
- Uprimny, Rodrigo, «La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos», en John Ferejohn *et al.*, *Los jueces: entre el derecho y la política*, Bogotá, ILSA, p. 81-99, 2008.
- «Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos», en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 109-138, 2011.
- «¿Una sociología jurídica latinoamericana o un programa de investigación en sociología jurídica para América Latina?: Un comentario al texto de García y Rodríguez», en Mauricio García y César Rodríguez, edit., *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, p. 67-73, 2003.
- Valadés, Diego, edit., *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México DF, UNAM, 2005.
- Viciano, Roberto, «El modelo de control de constitucionalidad en el contexto de cambio de paradigma social y constitucional en América Latina», en Tribunal Constitucional del Ecuador, edit., *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, TCE, 2007.
- Viciano, Roberto, y Roberto Martínez Dalmau, «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en Luis Ávila, *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Caracas, Vadell Hermanos, 2001.
- «Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en *Gaceta Constitucional*, No. 48, diciembre, Lima, Gaceta Jurídica, p. 307-328, 2011.
- «Presentación: Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: Desafíos y retos para el Siglo XXI*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, p. 9-38, 2010.
- Wolin, Sheldon, *Política y perspectiva: Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, Buenos Aires, Amorrortu, 2001.
- Wray, Alberto, «Orden jurídico y administración de justicia», en Gonzalo Ortiz, edit., *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*, Quito, ProJusticia / Corporación de Investigación y Estudios Multidisciplinarios, p. 103-127, 1998.
- *Pensamiento jurídico ecuatoriano*, Quito, BCE / CEN, 1997.

Actas de la Asamblea Nacional Constituyente

Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta No. 28, sesión del 19 de marzo de 2007.

----- Acta No. 72, sesión del 30 de junio de 2008.

----- Acta No. 73, sesión del 1 de julio de 2008.

----- Acta No. 83, sesión del 12 de julio de 2008.

----- Acta No. 84, sesión del 13 de julio de 2008.

----- Acta No. 87, sesión del 16 de julio de 2008.

----- Acta No. 91, sesiones del 18 y el 19 de julio de 2008.

Instrumentos internacionales de derechos humanos

OIT, Convenio 169.

Organización de las Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y el Programa de Acción de Viena, 25 de junio de 1993.

----- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

----- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

----- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Constituciones

Constitución de la República del Ecuador [2008]. Quito, *Registro Oficial* No. 449, 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador [1998]. Quito, *Registro Oficial*, 1 de 11 de agosto de 1998.

Prensa

El Universo, «El régimen entregará en abril su propuesta de Constitución», Quito, 28 de marzo de 2007, en El Universo, <<http://www.eluniverso.com/2007-03/28/0001/8/312A86296F174BADAF743D5E0EB97505.html>>. Consulta: agosto de 2010.

La Hora, «CONESUP presentó su tercer informe del proyecto de Constitución», Quito, 7 de septiembre de 2007, en La Hora, <http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/615842/-1/CONESUP_present%C3%B3_su_tercer_informe_del_proyecto_de_Constituci%C3%B3n.html#.V_ehBfnhAdU>. Consulta: noviembre de 2013.

----- «Correa critica a Acosta tras su renuncia a la Presidencia de la Constituyente». Quito, 24 de junio de 2008, en La Hora, <http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/738794/1/Correa_critica_a_Acosta_tras_su_renuncia_a_la_Presidencia_de_la_Constituyente.html#.V_gHOPnh-Dcs>. Consulta: abril de 2011.

Entrevistas

Ávila Santamaría, Ramiro, asesor constituyente y docente universitario, Quito, 27 de septiembre de 2013.

Montaña Pinto, Juan, miembro del Centro de Estudios Políticos y Sociales y asesor de la Presidencia de Ecuador en la Asamblea Constituyente, Quito, 26 de septiembre de 2013.

Romo, María Paula, exasambleísta en la Asamblea Nacional Constituyente, Quito, febrero de 2014.

Últimos títulos de la Serie Magíster

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

- 199** Fernando Vaca, DE LA REALIDAD A LA ACCIÓN PARA LOGRAR VENTAJAS COMPETITIVAS EN VENTAS: El *e-marketing* en las pymes de Quito
- 200** Jairo Eras, ROMPIENDO BARRERAS: Propuesta de atención integral a las discapacidades
- 201** María Fernanda Racines, LOS PROYECTOS DE LEY TRIBUTARIOS «ECONÓMICOS URGENTES» EN ECUADOR
- 202** Mónica Ruiz, MEDIOS Y POLÍTICA EN PERÚ: El caso del diario *El Comercio* en las elecciones de 2011
- 203** Leidy Carolina Dorado Bravo, LA AMNISTÍA COMO ALTERNATIVA JURÍDICA AL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO
- 204** María del Carmen Ramírez Soasti, LA PLAZA GRANDE DE QUITO: Fotografía y memoria
- 205** Raúl Moscoso, «CIUDADANOS UNIVERSALES» EN EL COMITÉ DEL PUEBLO
- 206** Gabriela Espinoza, ¿GALANTERÍA O ACOSO SEXUAL CALLEJE-RO?: Un análisis jurídico con perspectiva de género
- 207** María José Ramírez, LOS TRIBUTOS HETERODOXOS Y SU APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA
- 208** Lorena Campo, MEMORIAS EN MOVIMIENTO: Testimonios corporales sobre el diagnóstico del «trastorno bipolar»
- 209** Gustavo Andrade, LAS COMUNAS ANCESTRALES DE QUITO: Retos y desafíos en la planificación urbanística
- 210** María Elena Rodríguez, ¿QUÉ CONOCEMOS DEL DERECHO A LA SALUD?: Propuesta de marco conceptual en perspectiva crítica para Venezuela
- 211** Boris Hernández, SUMARIO ADMINISTRATIVO Y DEBIDO PROCESO
- 212** Verónica Juna, CÓMO MEJORAR EL ECOSISTEMA EMPRENDEDOR EN QUITO
- 213** Israel Celi, NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR: ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?

Esta obra desarrolla un análisis histórico y conceptual del neoconstitucionalismo en Ecuador en aras de identificar las ideas políticas y jurídicas que influyeron en el programa de cambio institucional impulsado en Montecristi (2007-2008). La historia constitucional reciente permite develar un paradigma periférico y normativista que, en su afán por consolidar un gobierno de leyes y superar la «crisis» de representación, logró diseñar, dentro del régimen político de la Constitución de 2008, un gobierno imaginario de jueces activistas y comprometidos con los derechos humanos. Pese a ello, el autor argumenta que las condiciones políticas de la Asamblea Constituyente, la pluralidad de fines constitucionales y la trayectoria institucional del Ecuador parecen orientarse –contra la utopía neoconstitucional– hacia la politización de la justicia. De esta manera se abren interrogantes sobre los «tipos ideales» que han influido el pensamiento constitucional en Ecuador, y sobre los límites de una tradición intelectual que ha renunciado al estudio de los vínculos inescindibles entre el constitucionalismo y la política.



Israel Celi (Loja, 1986) se recibió como Abogado por la Universidad Técnica Particular de Loja en 2010. Obtuvo su título de Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, en el año 2014. Desde el año 2013 se desempeña como docente en la Universidad Técnica Particular de Loja. Ha presentado ponencias en congresos nacionales e internacionales y ha publicado los libros Manual de exigibilidad de los derechos humanos (2015) y La constitucionalización del ordenamiento jurídico (2014).

ISBN: 978-9978-84-974-3



9789978849743