

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS- PLURINACIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Principios de interpretación, ponderación y proporcionalidad o fórmula del peso
(En clave neoconstitucional)

Iván Narváez¹
FLACSO- Ecuador

Introducción.....	1
Crisis del Estado de derecho y del positivismo jurídico	3
Constitucionalismo social latinoamericano y neoconstitucionalismo.....	5
El Estado constitucional de derechos en Ecuador y Bolivia.....	9
El constitucionalismo comunitario indígena y constitucionalismo andino-amazónico.....	11
Democracia constitucional vs. democracia formal.....	15
Los principios de interpretación, ponderación y proporcionalidad: como políticas públicas claves en el orden judicial del nuevo constitucionalismo social Andino-amazónico.....	17
Corolario.....	22
Bibliografía.....	23

Introducción

Superada la dominación autoritaria de las dictaduras militares de la década de los años 70 en América Latina, el constitucionalismo regional andino se desarrolla en un contexto de cambios y transformaciones socio-económico-políticas, fuertemente incidido por factores de carácter global y en el marco del neoliberalismo.

Las reformas constitucionales responden a presiones del *ancien régime* económico-político, antes que al solo enfoque socio-cultural anti neoliberal; visibilizan la crisis del Estado de derecho además del agotamiento del modelo de desarrollo excluyente y concentrador. El reformismo constitucional es sobre todo político-electoral,² y en relación a aspectos de fondo como profundizar relaciones económicamente equitativas, socialmente

¹ **Iván Narváez:** Doctor en Jurisprudencia, MS.c en Ciencias sociales con mención en estudios amazónicos; Doctor en Derecho © es profesor - investigador de FLACSO y autor de: Derecho ambiental en clave neoconstitucional, 2012; Petróleo y poder el colapso de un lugar singular -YASUNI, 2009; Derecho Ambiental y temas de sociología ambiental, 2004; Frontera Violenta, 2002; La dimensión política en la problemática socio-ambiental petrolera, 2000; Maxus – Huaorani: poder étnico Vs. Poder transnacional, 1996. Coautor de: Yasuní en el siglo XXI, 2007; La guerra del fuego, 2008; GEO –Ecuador, 2008; Coautor y Coordinador de: ECCO-DMQ, 2011.

² La democracia electoral subsume todo en el ejercicio del voto cada determinado número de años y la participación ciudadana queda limitada a los procesos electorales, de esta forma: se ignora la intervención del pueblo en los procesos de formulación y ejecución de las políticas públicas, se agudizan los déficits de gobernabilidad y se incrementan las asimetrías entre Estado y sociedad. En este modelo político la gestión pública no fluye como un proceso de comunicación real entre el Estado y sus asociados.

justas y ambientalmente equilibradas, únicamente adopta cambios que no atentan contra el orden establecido.

Hasta bien entrada la década de los 90, actores políticos de tendencia liberal y los poderes fácticos respaldan la política de ajuste, la liberación de mercados y la democratización, impuestas por los centros hegemónicos del poder mundial a través de los organismos multilaterales de crédito y agencias para el desarrollo. Por su parte sectores sociales organizados y el movimiento indígena, se oponen al proceso *globo-neo-colonizador* procurando enmiendas constitucionales que asuman principios del Derecho de usos y costumbres propio de los pueblos indígenas, y el sentido político inherente a los levantamientos³ y movilizaciones populares o instrumentos que visibiliza la urgencia del Estado plurinacional.⁴

Posteriormente y en el marco de la democracia formal, países andinos como Venezuela (1998) Ecuador (2007) y Bolivia (2008) asumen un modelo político-jurídico de carácter experimental y difuso contenido ideológico denominado “Socialismo del Siglo XXI”, cuya forma de gobernanza jerárquica si no rompe la “governabilidad democrática - formal”, tampoco favorece la subsunción del Estado en lo colectivo.

Concomitantemente y producto de luchas emancipatorias indígenas se instaura en Ecuador y Bolivia el Estado constitucional de derechos, plurinacional; erigido sobre los principios del constitucionalismo social latinoamericano, del constitucionalismo originario indígena y del nuevo paradigma jurídico-político denominado neoconstitucionalismo. Un síntoma revolucionario de este proceso es que el Estado constitucional de derechos desestructura el Estado *legiscéntrico*, limita el poder legislativo y propicia el activismo político de los operadores judiciales⁵ configurando lo que ha dado por llamarse democracia jurídica o *democracia de los jueces*.

Sin embargo, la práctica procedimental que demanda la tutela judicial efectiva de los derechos establecidos en la Constitución garantista, no responde -por parte de los operadores jurídicos en general- a un dominio doctrinario y técnico de los principios de

³ El objetivo del movimiento indígena ha sido y continúa siendo: construir un Estado plurinacional, cambiar las relaciones de poder y el modelo de desarrollo.

⁵ Operadores jurídicos no son únicamente los jueces, sino además los propios demandantes y profesionales del Derecho, considerando que bajo el nuevo modelo todos interpretan la Constitución, y no sólo fundamentan o argumentan sus pretensiones en base a la norma legal explícita, sino además en los principios y derechos o normas constitucionales.

ponderación, interpretación y proporcionalidad propios del neoconstitucionalismo, tampoco de la hermenéutica analógica y del bloque de constitucionalidad.

Con base en el aserto descrito, en el presente texto se explora si los mencionados instrumentos pueden ser elevados a categoría de políticas públicas en función de profundizar el carácter normativo y garantista de la Constitución material, y como los operadores judiciales aceleran la sujeción de estos instrumentos procesales en función de una tutela judicial efectiva y cumplimiento del principio de constitucionalidad, que ha venido a sustituir al principio de legalidad o de prevalencia de la ley, propio del Estado de derecho. Téngase en cuenta que en el Estado constitucional de derechos, plurinacional, la Constitución es ley supraordenada y en tal calidad es de aplicación inmediata, conforme al neoconstitucionalismo.

1. Crisis Estado de derecho y del positivismo jurídico

El Estado de derecho tiene el monopolio de la producción normativa y del control de aplicación de la ley. Ello expresa el carácter estatista del Derecho de base constitucional individualista relacionado a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano; o del Derecho del Código civil que trata sobre las personas, bienes, sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, de las obligaciones en general y de los contratos. Derecho sustentado en la generalidad y abstracción de la ley conforme al positivismo jurídico propio del Estado moderno.

Siguiendo a Fioravanti (2009: 37-53), el Estado liberal a lo largo del tiempo, habiendo superado el individualismo y el contractualismo originarios, fortalece la cultura estatista del Estado con *imperium*,⁶ es decir, con uno de los componentes esenciales de la cultura moderna integradora de las libertades y los derechos. Por su parte de Sousa Santos (2011: 64) sostiene que desde su origen la tensión entre la regulación y la emancipación social se convirtió en un objeto más de la regulación jurídica y sólo fueron permitidas las

⁶ Foucault argumenta que “la teoría de la soberanía y la organización de un código jurídico centrado en ella permitieron sobreponer a los mecanismos de disciplina un sistema de derecho que ocultaba los procedimientos y lo que podía haber de técnicas de dominación, y garantizaba a cada cual, a través de la soberanía del Estado, el ejercicio de sus propios derechos soberanos. Es decir, la soberanía del Estado da lugar al fortalecimiento del estatismo como un proceso del cual deriva: “El arte de gobernar convertido en una de las funciones, atributos o tareas de la soberanía, cuyo principio fundamental de cálculo había encontrado en la razón de Estado. Arte de gobernar que va a consistir en manipular, mantener, distribuir, restablecer relaciones de fuerza, y hacerlo en un espacio de competencia que implica un desarrollo competitivo. En otras palabras, el arte de gobernar se despliega en un campo relacional de fuerzas” (Foucault, 2006:355-356). Para el autor en cita ese es el gran umbral de modernidad de dicho arte.

prácticas y objetivos emancipatorios sancionados por el Estado, prácticas y objetivos coherentes con los grupos de poder que gobiernan la sociedad y que dictan las leyes necesarias para consumir sus objetivos económicos y políticos.

El Estado de derecho es sustento de la estrategia del poder, concretada en un amplio programa de concesiones liberales dirigidas a expandir el ámbito y la calidad del Contrato social y de la ciudadanía política; a fortalecer la inclusión del sufragio universal, de los derechos civiles y posteriormente de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en sentido *prestacional*. Estrategia de poder destinada a promover la ampliación del Estado de bienestar, pero sin amenazar y menos poner en riesgo la estructura básica del sistema económico capitalista, y político demo-electoral.

Concomitante al proceso de consolidación del Estado *legiscéntrico* se produce la desintegración de la emancipación y regulación social que concluye con la crisis definitiva tanto de la regulación como de la emancipación. Durante esta crisis se afianza el “*conservadurismo* bajo el engañoso nombre de neoliberalismo, que no es una versión nueva del liberalismo, sino una nueva versión del conservadurismo” (de Sousa Santos, 2011: 67). La crisis del Estado-nación, del Estado de derecho, del positivismo jurídico y del *ancien régime* político es progresiva, y es una expresión de la crisis de la modernidad.⁷ Crisis que coadyuva a explorar nuevos conceptos y estrategias para que la transformación social tenga un sentido alternativo. Una tendencia asume que este es un período en el que se enfrenta problemas modernos para los cuales no existen soluciones modernas; otra argumenta que los problemas deben ser resueltos desde la propia modernidad (Touraine, 2002) y una tercera tendencia sostiene que para la solución de aquellos problemas debe apelarse a los “otros” saberes, inclusive a lo impensado (Leff, 2006).⁸

⁷ La crisis de la modernidad ha sido caracterizada como el “eclipse de la razón”. La secularización y el desencanto del mundo, la separación del mundo de los fenómenos (en el que se ejerce la acción técnica) y el del Ser, que sólo penetra en nuestra vida mediante el deber moral y la experiencia estética (Touraine, 2002:94) (...) el eclipse de la razón objetiva no podía dejar de conducir a la barbarie nazi en medio de la crisis de una sociedad burguesa desorientada (...). Las dos etapas de la crisis de la modernidad: el agotamiento del movimiento inicial de liberación y la pérdida de sentido de una cultura se que sentía encerrada dentro de la técnica y de la acción instrumental, determinaron una tercera etapa, más radical puesto que ponía en tela de juicio no sólo las carencias de la modernidad sino también sus mismos objetivos positivos (Ibíd.: 96).

⁸ La crisis referida es además una crisis ambiental, y esta es una crisis del conocimiento: de la disociación entre el ser y el ente a una lógica autocentrada de la ciencia y el proceso de racionalización de la modernidad guiada por los imperativos de la racionalidad económica e instrumental; desde la percepción leffsiana, corresponde asumir que: “El saber que emerge de esta crisis, en el campo de la externalidad de las ciencias, cuestiona los paradigmas establecidos, abriendo las puertas del conocimiento al saber negado (Leff, 2006: 79).

Junto a la crisis del Estado de derecho se da la crisis del positivismo jurídico, y conforme a Bobbio (2007:74): el positivismo jurídico es aquella corriente que no admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo y en consecuencia no existe otro que el derecho positivo. En tales circunstancias el Derecho es mandato del soberano y norma coactiva. Esta doctrina desplaza el elemento constitutivo de la noción de Derecho, de la materia a la forma de la regla jurídica (positivismo jurídico o formalismo), o reducción del Derecho al derecho estatal y de éste último a los productos del legislador.⁹ Aquí impera la concepción legalista de la justicia.

El sentido iusnaturalista del Derecho exalta la apelación a valores que trascienden las leyes positivas y salva, en última y desesperada instancia, la libertad de la conciencia y la austeridad y la integridad de la vida moral (Ibíd.:10). Es decir, se respalda en un innovado paradigma jurídico o neoconstitucionalismo que no excluye la moral, del Derecho.

2. Constitucionalismo social latinoamericano y neoconstitucionalismo

a) Constitucionalismo social latinoamericano: el tema puede ser analizado considerando tres aspectos claves; **a)** el constitucionalismo occidental (del bienestar) que no ha enfrentado al debilitamiento del Estado social de derecho y es incapaz para dar respuesta a las crecientes demandas de la sociedad; **b)** frente al constitucionalismo “del bienestar” ha surgido el nuevo constitucionalismo “del malestar” latinoamericano, dispuesto a recobrar la función de garante de los intereses sociales; a consolidar la plurinacionalidad, a contrarrestar las arbitrariedades de los gobernantes e ineficacia directiva de los gobiernos; **c)** el nuevo constitucionalismo latinoamericano está creando una forma constitucional propia, que va tomando perfiles claros y connota diferencias sustanciales con la doctrina constitucional clásica (Viciano y Martínez, 2010: 56).

La pretensión del constitucionalismo social Andino-amazónico es conectarse en forma directa con las realidades vivientes y establecer nexos con los derechos que emergen

⁹ La teoría formalista del derecho, propia del positivismo jurídico, es, bajo ciertas formas, la respuesta a la pretensión del jusnaturalismo racionalista de establecer aquello que es jurídico y aquello que no es jurídico antes de que se hayan realizado aquellas técnicas de organización de la sociedad, en las que consiste el Estado, entendido éste como aparato para la monopolización de la fuerza dentro de cierto grupo social (Bobbio, 2007: 82). La teoría jusnaturalista reduce la validez del derecho a la justicia (Ibíd.:1007). No obstante esta afirmación, Bobbio asume que no es necesario limitar el estudio del positivismo jurídico tomando como único punto de vista el problema de la distinción entre derecho y moral. (Ibíd.: 107-111), en última instancia Bobbio lo estudia como teoría, como ideología y como método.

de estas realidades y del pluralismo que ahí existe. Este enfoque socio-cultural va más allá del que remembra García Roca (2000:70; en Viciano y Martínez, 2010:13)

(...) el problema del Derecho Constitucional es siempre el mismo, siglo tras siglo, desde nuestros precursores ilustrados: limitar al Príncipe, controlar el poder, para permitir la libertad política de los ciudadanos. O, en otras palabras, salvaguardar el Estado de derecho para que, dentro de sus límites, operen la soberanía popular y el principio democrático.

Porque tal cual fundamentan Viciano y Martínez, el constitucionalismo no limita la soberanía popular sino a los *representantes* de ella, es decir: a los asambleístas o legisladores y autoridades elegidas que ostentan el poder. Porque la soberanía popular, ejercida directamente para aprobar mediante consulta popular el texto constitucional, legitima democráticamente al Estado constitucional, dando sentido a que la Constitución limite a quienes ejercen el poder gubernamental habiendo sido elegidos y/o designados por la soberanía popular.

En este sentido, para arremeter en contra de la crisis socio-económica y política heredada del Estado de derecho, en el Estado constitucional de derechos se promueve el ejercicio permanente de la consulta popular como mecanismo directo para decidir los grandes objetivos plurinacionales.¹⁰ La Constitución vigente en cada país: Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia ha sido decidida mediante referéndum.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano: es un constitucionalismo experimental según de Sousa Santos (2009: 23), porque en el Estado andino-amazónico, por ejemplo: los procesos constituyentes están dominados por la contradicción que expresa a la vez la necesidad de cambios profundos revolucionarios y por otro lado, procesos reformistas como los electorales. “...es constitucionalismo experimental porque no lo ratifica la teoría. La teoría dominante ratifica la experiencia constitucional del Norte y la superioridad constitucional del Norte” (Ibíd.:29).¹¹ Además, los cambios y transformaciones en el sistema político-jurídico andino-amazónico actual responden a una especie de “revolución

¹⁰ Los detractores del constitucionalismo social aducen que la frecuente consulta popular es expresión de un neopopulismo, autoritario y demagógico, que busca legitimarse en el poder, con base en la decisión de los sectores sociales económicamente deprimidos, política y socialmente excluidos a los cuales asiste con bienes y servicios.

¹¹ En América Latina ha sido el sistema político tradicional de raigambre liberal el mejor aliado del *ancien régime* demoelectoral expresado en cualquiera de sus formas de Estado y con el signo ideológico-político del régimen de turno: liberal, populista, social cristiano, social demócrata, demócrata cristiano, etc., en cuanto corrientes partidistas mayormente visibles en los últimos 60 años.

cultural”, incidida por el “constitucionalismo originario indígena” (Categoría creada ahora, en función de explicar mejor el contenido esencial del texto).

b) El neoconstitucionalismo:¹² se asume que este paradigma es fruto de una segunda revolución institucional y del cambio de la experiencia jurídica, en la que es relevante la sumisión del legislador a normas tales como los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en la Constitución garantista, normativa y rígida, y en tales condiciones es ley supraordenada y de aplicación inmediata.

Las condiciones sustanciales de validez, que en el paradigma del derecho jurisprudencial premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista del *estado legislativo de derecho*, habían sido removidas por el principio puramente formal de la validez como positivismo, penetran nuevamente en el paradigma del *Estado constitucional de derecho* bajo la forma de principios positivos de justicia contenidos en normas superiores a la legislación (Ferrajoli, 2002: 8).

En resumen, el rasgo específico del constitucionalismo jurídico, que diferencia al derecho de las democracias constitucionales modernas de los sistemas jurídicos-positivos pre o paleoconstitucionales, es una característica no menos estructural y no menos iuspositiva: la sujeción de las propias leyes al derecho, de las que también depende el “deber ser” del derecho, es decir, las elecciones que deben presidir a su creación, son artificiales y positivizadas a través de normas sustanciales de derecho positivo (Ferrajoli, 2002: 9; 2011: 803).

El maestro concluye refiriendo que es a este Derecho sobre el Derecho, este sistema de normas metalegales destinadas al legislador y a los otros poderes públicos lo que llamará Constitución, que si es democrática, insiste: “representa la convención en torno no solo a las formas políticamente representativas de las decisiones legislativa, sino igualmente a lo que resulta indecible por éstas, porque no puede ser decidido o porque no puede dejar de ser decidido” (Ibíd.: 803).

Bajo el mismo enfoque Zagrebelsky (1997: 33) ha propuesto superar el Estado - liberal- de Derecho (Estado social de derecho) y sustituirlo con el Estado constitucional, y ello implica un “*auténtico cambio genético*” cuya principal novedad radica en que la Ley no va a ser la más alta expresión del Derecho. La generalidad y la abstracción de la Ley sufren

¹² Narváez, 2012. 91 y ss., detalla autores que trabajan en torno al enfoque neoconstitucional: N. Torbisco, 2006; L. Ferrajoli, 2003; L. Prieto Sanchís, 2003; M. Fioravanti, 2003; M. Carbonell, 2007; C. Nino, 2007; G. Zagrebelsky, 1997; R. Guastini, 2001; P. Comanducci, 2005. ; R. Alexy, 2003; R. Dworkin, 1999. Unos y otros profundizan el análisis respecto a la crisis del positivismo jurídico, y la emergencia del nuevo paradigma jurídico-político, como teoría, como ideología y como método.

variaciones y es así como se asiste a la “pulverización” del Derecho legislativo, dando lugar a la intervención de múltiples agentes con sus respectivos intereses en la elaboración de la ley.¹³ No obstante, este autor plantea la posibilidad de: “seguir manteniendo un Ordenamiento jurídico toda vez que en la actualidad la Ley todavía no puede aspirar ser un factor de ordenación, debido a la heterogeneidad y contradictoriedad de los contenidos, muchas veces expresión de intereses particulares, y por ello expresa un desorden al que intenta a lo sumo, poner remedio *ex post factum*” (Zagrebelsky, 1997:37).

Lo sobresaliente de la postura de Zagrebelsky es que exalta el principio de constitucionalidad como el elemento de unión necesario para evitar la anarquía jurídica y superar la restringida concepción positivista, sustituyendo la primacía de la ley por la primacía de la Constitución, en cuanto expresión de los principios y valores superiores sobre los que existe un consenso y que no sufren por lo tanto una discusión cotidiana. Así es como la Constitución aglutina en torno a sí todos los elementos jurídicos, respecto a los cuales la ley ha dejado de ser punto de referencia¹⁴ (Ansuátegui Roig, 1993: 121). En este sentido, la doctrina reitera que este tipo de Constitución está dotada de un denso contenido material de principios y derechos; Constitución dotada de fuerza normativa que se proyecta sobre los sujetos políticos que participan de modo directo en la creación del Derecho, y sobre el conjunto del ordenamiento y de todos los ciudadanos:

En otras palabras: la garantía judicial de los derechos, y por tanto, la fiscalización difusa de la ley, no constituye un elemento adjetivo del que se pueda prescindir, sino un rasgo característico de toda Constitución que se quiera conseguir como fuente de derechos y obligaciones o, como a veces prefiere decirse, de toda Constitución normativa (Prieto Sanchís, 2009: 139).

En el modelo neoconstitucional es evidente la negociación extra parlamentaria de la norma (de la ley); negociación que se cumple entre el Poder ejecutivo y los actores empoderados políticamente, es decir, con capacidad para decidir el contenido de la ley que el poder está

¹³Al respecto, cabe dejar constancia de la incidencia del movimiento indígena ecuatoriano a través de propuestas y movilizaciones, en la formulación de la Ley de aguas que a mayo del 2011 continúa en la Asamblea Nacional. Esta ley no se promulga debido a la falta de consenso respecto a 5 temas clave como: la designación de la autoridad única del agua, por ejemplo. A tal punto que el poder legislativo propuso una moratoria para previamente hacer una consulta a nivel social, antes de continuar con el trámite de producción normativa.

¹⁴ Esto equivale a asumir que el principio de gobierno de las leyes (frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho) en vez del principio del gobierno de los hombres, ha dejado de ser tal. Lo que refleja la profunda transformación que incluso afecta a la concepción del Derecho (Zagrebelsky, 1997:34).

dispuesto a ceder, en función de la gobernanza y la gobernabilidad que demandan el modelo político de Estado.¹⁵

Conforme al neoconstitucionalismo la legislación secundaria que dimane del legislador no puede desconocer la naturaleza material ni la base axiológica de la Constitución garantista. De esta forma el poder legislativo ha sido limitado en función de la tutela de los derechos fundamentales, que conforme al constitucionalismo están por sobre la propia soberanía del Estado, considerando que dentro del Estado constitucional no existe ningún soberano (Benz, 2010: 180).

La Constitución garantista, normativa y rígida (en clave neoconstitucional)

- a) Es material, porque está provista de un denso contenido sustantivo (denso contenido material de principios y derechos) conformado por normas que establecen como ha de organizarse el poder, adoptar sus decisiones, qué es lo que puede y qué es lo que debe decidir.
- b) Es omnipresente, y de ahí se deduce que los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico, y como consecuencia de ello, la Constitución regula plenamente la legislación. En la Constitución garantista de los derechos no hay espacios libres para el legislador, dado que todos los espacios son regulados.
- c) Establece una regulación principalista: “Este tipo de regulación recoge derechos (y deberes correlativos) sin especificar su posible colisión, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fija objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado” (Cote-Barco, 2008: 126).
- d) La Constitución se aplica mediante la ponderación, que es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión. Se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con la circunstancias del caso concreto.
- e) Esta concepción de la Constitución implica negar la posibilidad de estructura un modelo geográfico de relaciones entre la Constitución y la legislación, en el cual la frontera entre los derechos fundamentales y la ley aparezca claramente delimitada y existan unos límites infranqueables por el legislador y otras materias en donde este poder se puede mover con libertad (UNAM, 2012: 149). Por ello mismo, o un caso es legal o es constitucional.
- f) Esta concepción de la Constitución implica la existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación: “No hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional” (Prieto, Sanchís, 2003, en Narváez, I. y Narváez María José, 2012: 108). El modelo argumentativo no distingue el mundo de la legislación del mundo constitucional, así como tampoco elimina la libertad legislativa de configuración.

¹⁵ La experiencia histórica indica que Constitución y democracia representativa se nutren de una misma filosofía política, la del contrato social que desde su génesis evoca por igual el fundamento democrático del poder y su limitación por los derechos naturales (fundamentales): “La primera consecuencia del contrato es, en efecto, la concepción artificial, individualista e instrumental de las instituciones: el poder político deja de ser una realidad natural o la obra de algún designio divino para convertirse en un artificio, en una decisión de individuos iguales, en una construcción cuyo único fundamento es precisamente el ejercicio de la democracia.” (Prieto Sanchís, 2009:147).

g) Constitución normativa: dotada de fuerza normativa que se proyecta no sólo sobre los sujetos políticos que participan de modo directo en la creación del Derecho, sino sobre el conjunto del ordenamiento y, con ello, de los ciudadanos. La garantía judicial de los derechos y por tanto la fiscalización difusa de la ley, no constituye un elemento objetivo del que se pueda prescindir, sino un rasgo característico de toda Constitución que se quiera concebir como fuente de derechos y obligaciones, es decir, de toda Constitución normativa.

Fuente: Prieto Sanchís, 2009; UNAM, 2012; Comanducci, 2003; Guastini, 2010; Cote-Barco, 2008; Bernal Pulido, 2009; Narváez I. y Narváez Ma. José, 2012). Adaptación propia.

Ávila (2011: 60) argumenta que el neoconstitucionalismo aún de manera incipiente ya estuvo presente en constituciones latinoamericanas desde finales del siglo XX, y entre los avances más notables menciona: la expansión de derechos, el control de constitucionalidad por parte de todos los jueces, el redimensionamiento del Estado, el constitucionalismo económico encaminado a la equidad, el híper presidencialismo. Ávila es enfático al afirmar que el neoconstitucionalismo europeo difiere sustancialmente del nuevo constitucionalismo latinoamericano y citando a Carlos Villabella, registra trece diferencias:

Diferencias entre el constitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano	• Presencia de preámbulos que dotan de espiritualidad a las constituciones
	• Existencia de capítulos políticos que establecen conceptos y principios
	• Alta carga de conceptos teleológicos y axiológicos
	• Reconocimiento explícito de la supremacía constitucional
	• Configuración de nuevos modelos de estado
	• Proyección social del estado
	• Constituciones garantistas
	• Amplio y novedoso frente de derechos
	• Novedosa presentación de deberes constitucionales
	• Amplia protección de derechos
	• Legitimación a procesos de integración regional
	• Reconocimiento del protagonismo del Estado
	• Configuración de procedimientos de reforma constitucional con participación del constituyente.

Fuente: Ávila, 2011: 72-73. Elaboración propia.

Este autor insiste que el Estado neoconstitucional a la usanza europea no puede ni debe resolver el problema andino, mayormente ahondado por la colonialidad, segregación, asimilamiento, liquidacionismo e integracionismo de pueblos y nacionalidades empujadas a situación de marginalidad. En el caso ecuatoriano, sostiene: "...la emergencia de un Estado post-moderno es inaplazable y se caracterizaría por ser: descolonizador, igualitarista-distribuidor, que contenga en sí mismo todas las posibilidades de luchas emancipadoras, y

que tenga como centro la protección de los más expuestos a los abusos tradicionales del poder: los seres humanos y la naturaleza” (Ávila, 2011: 93-94).

4. La Constitución en el Estado constitucional de derechos, plurinacional

En el Estado constitucional de derechos, plurinacional, la Constitución es norma *supraordenada*, es garantista y relievra dos grandes principios: el democrático y el constitucional en función de transparentar y potenciar el contenido de los derechos fundamentales. Bajo esta premisa todo lo que ocurra en el Estado constitucional de derechos puede ser asumido como una “realidad” constitucional, más aún: la propia Constitución garantista coadyuva al goce pleno de los derechos fundamentales.

En el Estado constitucional de derechos, plurinacional, la Constitución¹⁶ es una precisa norma jurídica y no un mero manifiesto político-ideológico como el que defiende la tradición liberal; ello destruye el dogma liberal-estatalista de la fuerza absoluta de la ley, cuya validez -actualmente- depende de un juicio sobre su conformidad con la Constitución y cierta interpretación de la propia Constitución y de los principios constitucionales (Fioravanti, 2009: 129). De tal forma que el máximo Estatuto del Estado, la Constitución, es *norma fundamental de garantía* porque emerge de una supremacía constitucional que se respalda en la rigidez constitucional, en el control de constitucionalidad, en la tutela más eficaz de la esfera individual de libertad; y es *norma directiva fundamental* porque dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares asegurando los principios constitucionales.¹⁷

¹⁶ “El contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es pre-lingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que sus términos significan”. La Constitución es “una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras y, por tanto, no sometidas a los límites detonadores y confrontadores de éstas”. “Consiguientemente la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su interpretación lingüística”. “Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados”. Los intérpretes pueden conocer la idea verdadera que cada norma tiene para cada caso concreto (Bernal Pulido, 2008: 36).

¹⁷ Una materia típica de la Constitución como *norma directiva fundamental*, es por ejemplo: el goce de los derechos sociales a la educación, al trabajo, etc. Esta característica de la Constitución como *norma fundamental de garantía* y como *norma directiva fundamental*, contrasta radicalmente con el estatalismo liberal del siglo pasado; y tiene directa relación con la soberanía del Estado. Este es un punto nodal que evidencia que no es admisible para la lógica liberal -estatalista que la unidad política de un pueblo o de una “nación” representada por el Estado soberano, no se conciba como una realidad objetiva y pacífica, y que por el contrario se convierta en una realidad problemática resultado de una acción dinámica inspirada por la Constitución, como fruto de una dirección consciente elegida por las fuerzas sociales y políticas (Fioravanti, 2009:129). De tal forma y conforme se explicita en el presente trabajo: los derechos

La Constitución dispone de instrumentos que limitan el poder y el objetivo es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. Todos los principios y derechos conforme a la Constitución de la República del Ecuador, Art. 11, numeral 6: son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Por su parte la Constitución Boliviana, Art. 13, numeral III, prescribe que: la clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

Este hecho connota una innovación constitucional sin precedentes: anula la diferenciación arbitraria entre derechos de 1ra., 2da., o 3ra., generación que fue impuesta por el Estado de Derecho en función de inhibirle al Estado la justicialidad y exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), entonces categorizados como previsionales.¹⁸ En el Estado constitucional de derechos, todos son derechos fundamentales exigibles y justiciables, y para el efecto no ha relegado nociones teóricas contemporáneas como aquella de reconocer que los derechos fundamentales son horizontales, porque el individuo actúa frente al Estado; a diferencia de los derechos patrimoniales que son verticales, porque las relaciones jurídicas de sus titulares pueden ser frente a otros particulares vía el derecho civil.

Constitucionalismo comunitario indígena y constitucionalismo andino-amazónico

El constitucionalismo Andino-amazónico está impregnado de neoconstitucionalismo y d

el constitucionalismo comunitario originario indígena, que se respalda en el Sumak Kawsay o buen vivir (Macas, 2010)¹⁹ y Allin Kawsay o existencia espléndida (Silva Portero, 2008:

fundamentales constitucionales están por sobre la propia soberanía del Estado y cualquier derecho de carácter patrimonial (Benz, 2010: 180).

¹⁸ Es decir, son posibles únicamente si el Estado dispone de recursos económicos para el efecto, constan en la agenda o programa de gestión y tienen asignada una partida dentro del presupuesto general del Estado.

¹⁹ Por buen vivir o Sumak Kawsay se asume el reconocimiento de las concepciones de sustentabilidad y respeto a la naturaleza promovidos por las sociedades indígenas. “Más que una declaración constitucional es una oportunidad para construir colectivamente un nuevo régimen de desarrollo basado en una economía solidaria. Esto significa alejarse de una economía sobredimensionada de las relaciones mercantiles, impulsando una relación dinámica y constructiva

118-119), en el Derecho de usos y costumbres y en el aval moral de los “levantamientos” propios de los pueblos indígenas.

Esta dimensión constitucional originaria indígena se hace mayormente visible con el auto-descubrimiento del indio a partir de sí mismo (Mires, 1992:96), es decir: desde que se afirma su existencia y continúa afirmándose ¿En la recuperación o en la exaltación del pasado? ¿En las luchas del presente? ¿En la apropiación del porvenir?, o quizás en los tres tiempos que expresan la presencia permanente de “lo indio” -como indianidad- en la historia de América.

La “indianidad” no es un objeto ni un concepto: es un proyecto por construir o, lo que es parecido, que se construye en las distintas formas como se manifiesta la presencia del indio en la historia (Mires, 1992:96), identidad que “es” “siendo” en un dialéctico devenir del que no se excluye, y que es incluyente para ser - siendo con el otro, en igualdad entre pueblos iguales.

La presencia indígena en el tema constitucional se manifiesta en los aspectos: político (pre-jurídico) y el constitucional propiamente dicho, a través de un proceso. Desde esta perspectiva el constitucionalismo originario de los pueblos indios no es una entelequia, sino un producto de la dialéctica concreta de los conflictos que se viven en el presente y determinan el futuro. En el Estado Andino-amazónico son evidentes cambios y transformaciones en el marco constitucional, a partir de la incidencia indígena en la constitucionalización positiva de varios derechos colectivos indígenas²⁰ en la década de los años 90, y producto de una estrategia que no significaba renunciar a la propuesta histórica de construcción del Estado plurinacional y el cambio de las relaciones de poder. Los asertos antes mencionados dan lugar a preguntas como las siguientes:

¿La lucha social indígena acelera la crisis del Estado de derecho y del positivismo jurídico, coadyuvando a la consolidación del constitucionalismo; del nuevo Estado constitucional de derechos, plurinacional, impregnado del paradigma jurídico neoconstitucional y de los postulados políticos del constitucionalismo

entre mercado, estado y sociedad. El buen vivir es utopía de un proyecto de vida en común a ser ejecutada por la acción de la ciudadanía” (Acosta, 2008:33). Según Luis Macas (Dirigente indígena ecuatoriano / ex Presidente de la CONAIE) “el sumak kawsay, es la plenitud, lo sublime excelente, magnífico, hermoso (a), superior. El kawsay, es la vida, es ser estando. Pero es dinámico, cambiante, no es una cuestión pasiva. Por tanto Sumak Kawsay sería la vida en plenitud.” (Macas, 2010).

²⁰ Al interior del Estado fuerzas sociales como los pueblos indígenas vindican su derecho a los territorios ancestrales, cuya posesión ininterrumpida data desde antes de que el Estado moderno exista. Este es un hecho generativo que justifica moral, política y jurídicamente su derecho colectivo al territorio y autodeterminación, y constituye el vínculo genético con los “levantamientos” o crisol donde se fragua el contenido esencial del constitucionalismo comunitario (originario) indígena, y que mutando al pétreo constitucionalismo decimonónico, posibilita una innovada teoría constitucional latinoamericana, más del Sur y la dialéctica social que irrumpe.

comunitario u originario indígena, sustentado en las bases de la plurinacionalidad, interculturalidad, reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y el Sumak Kawsay?

El *constitucionalismo comunitario originario indígena* es constitutivo del nuevo constitucionalismo social latinoamericano: o constitucionalismo necesario, vital, al que se le pregunta constantemente acerca de su utilidad para servir a los procesos sociopolíticos de cambio a favor de un Estado más implicado con el bienestar de la persona humana y los pueblos. Es un constitucionalismo comprometido que puede romper con lo que se considera dado e inmutable y avanzar hacia la consecución de la justicia socio-económica y político-ambiental. Un signo distintivo del constitucionalismo originario indígena es su afán descolonizador, como elemento fundamental para la construcción de una teoría jurídica plural y un Estado plurinacional.

El constitucionalismo comunitario (originario) indígena ha coadyuvado al establecimiento del Estado constitucional de derechos; y se expresa como un dispositivo de la innovación del marco normativo, institucional y de políticas públicas, de la creación del 4to poder del Estado (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social); del establecimiento de la naturaleza como sujeto de derechos; y adopción del Sumak Kawsay como sustrato de toda acción pública y privada. Estos constituyen indicadores tangibles de incidencia del Constitucionalismo indígena Andino-amazónico en el nuevo constitucionalismo latinoamericano,²¹ y que hace falta profundizarlo en función de relacionarlo con las tesis emergidas a partir de las luchas por el *reconocimiento* y los conflictos de *distribución*, ya estudiados por Fraser, y que sirvieron para conceptualizar los debates actuales acerca de la identidad y la diferencia:

Independientemente de que se trate de las reivindicaciones territoriales indígenas, del trabajo asistencial de las mujeres, del matrimonio homosexual o los pañuelos de cabeza musulmanes. Los filósofos morales utilizan cada vez más el término “reconocimiento” para desvelar las bases normativas de las reivindicaciones políticas. Observan que una categoría que condiciona la autonomía de los sujetos en el plano intersubjetivo recoge muy bien los intereses morales de muchos conflictos contemporáneos. Y no nos asombremos. La antigua figura de la “lucha por el reconocimiento” de Hegel cobra un nuevo predicamento a medida que un capitalismo rápidamente globalizador acelera los contactos transculturales, fracturando esquemas interpretativos, pluralizando los horizontes de valor y politizando identidades y diferencias (Fraser, 2006: 13).

²¹ Los procesos constituyentes latinoamericanos se circunscriben en un abanico -por otra parte tampoco muy amplio- de mecanismos de cambio y, por lo tanto, pasan a ser procesos necesarios en el devenir de la historia (de Sousa Santos, 2009; Viciano y Martínez, 20010; Ávila, 20011; Grijalva, 2011).

Como bien enfatiza la autora, el discurso de la justicia social, centrado en otro momento en la distribución, está ahora cada vez más dividido entre las reivindicaciones de la redistribución, por una parte, y las reivindicaciones del reconocimiento, que tienden a predominar, por otra.²² “La desaparición del comunismo, la fuerza de la ideología del mercado libre, y el ascenso de la ‘política de la identidad’ tanto en su forma fundamentalista como en la progresista, han conspirado para descentrar, sino para extinguir, las reivindicaciones de la redistribución igualitaria” (Fraser, 2006: 18). A partir de esta referencia se trata de enfatizar que el constitucionalismo comunitario indígena no excluye esta problemática y la re-inscribe en el debate político desde una perspectiva filosófica indígena andina, cuyo contenido esencial trasciende la política de la identidad y la redistribución igualitaria, desde un enfoque de igualdad entre pueblos iguales, el cambio de las relaciones de poder, la consolidación del Estado plurinacional y la asunción del Sumak Kawsay como sustrato de la conducta social, del Estado, y de todos los actores privados y públicos.

Democracia constitucional y democracia formal

La democracia formal o meramente electoral defendida por el *ancien régime* político, solamente es. “...un conjunto de reglas (primarias) que establece quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos” (Bobbio (2003:34). En términos de Ferrajoli (2010: 97): “...es una construcción jurídica y el derecho es el elemento necesario para modelar y garantizar la democracia formal. Más aún, el derecho es una construcción racional y la razón, la *artificial reason* de Hobbes, es el instrumento necesario para elaborar el derecho.” En tal sentido: ésta es una democracia meramente procedimental o formal que personifica a quien está legitimado para decidir (Ibíd.).

²² Si la relevancia del reconocimiento es, en la actualidad, indiscutible, su relevancia con la “redistribución” sigue a falta de un tratamiento teórico suficiente. Este último término era fundamental tanto para los filósofos morales como para las luchas sociales de la época fordista. Articulado en las grandes filosofías del liberalismo igualitario de postguerra de la Segunda Guerra Mundial, el paradigma de la justicia distributiva parecía muy adecuado para analizar las reivindicaciones de los trabajadores y los pobres de ese período. En los estados democráticos de bienestar, cuyas bases nacionales se daban en gran medida por descontado, se desencadenaron conflictos en relación sobre todos con los recursos, y la discusión se centró en el terreno distributivo, apelando a normas universalistas. Al quedar, por regla general, relegadas al margen de cuestiones relativas a la diferencia, parecía que las reivindicaciones de una distribución igualitaria tipificaban el significado de la justicia. No se percibía la necesidad de examinar su relación con las reivindicaciones de reconocimiento. Hoy día, sin embargo, esta relación pide a gritos un estudio (Fraser, 2006: 13).

En el Estado constitucional de derechos, la democracia formal ha sido sustituida por la *democracia constitucional*, o nuevo sistema político instituido sobre normas sustanciales de validez que vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y demás principios axiológicos establecidos en la Constitución garantista, normativa y rígida. Siguiendo a Ferrajoli, la verdadera invención del siglo XX es la rigidez constitucional, en virtud de la cual las leyes ordinarias situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales, no pueden excluir aquellos principios, so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad (Ferrajoli, 2010: 65). Los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución material pasan a configurarse como pactos sociales escritos que circunscriben la esfera de lo indecible, esto es:

...aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado, los límites y prohibiciones en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales. Se trata de una profunda transformación del paradigma original del positivismo jurídico, con el que alcanza su culminación el principio, característico del Estado de derecho, de la sujeción de todo poder, a la ley, incluido, por tanto, el propio poder legislativo (Ferrajoli, 2010: 66).

Debido a esta transformación del paradigma jurídico cambia la naturaleza de la validez de las leyes, y esta naturaleza exige la coherencia de sus significados con los principios constitucionales. En consecuencia, con la transformación de las condiciones de las leyes cambia la propia naturaleza de la democracia y la política:

(...) toda vez que el garantismo constitucional introduce en la democracia una dimensión sustancial, por las prohibiciones y obligaciones impuestas a las opciones políticas, tanto legislativas como de gobierno, por parte de las garantías primarias de los derechos fundamentales sancionados en las constituciones (Ferrajoli, 2010:66).

Por cuanto el debate teórico sobre la democracia constitucional continúa, es pertinente señalar que frente a la metáfora del *contrato social* y la *democracia sustancial*, está la opinión del fortalecimiento de la democracia participativa y de una ciudadanía activa que sea el eje rector de la nueva sociedad civil y política, en base a tres requisitos funcionales o condiciones necesarias para el establecimiento de una entidad política y jurídica de cualquier país democráticamente constituido: el fortalecimiento de una sociedad civil, la construcción

de un espacio público y la creación de una cultura política susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos (Aguilera y López, 2005:7-8).

En todo caso, el Estado constitucional de derechos, plurinacional (andino-amazónico) implica la implementación de la democracia constitucional (sustancial) y a la vez, la ampliación y consolidación de los instrumentos jurídicos del Estado constitucional de derechos, porque en ellos se encuentra, entre otras, la garantía segura de las libertades:

La apuesta por una democracia constitucional blindada frente a la errática voluntad de las mayorías está basada en la hipótesis de que la proliferación de los derechos fundamentales y el reforzamiento de sus técnicas de garantía (está en la clave del tránsito del viejo Estado liberal de derecho al nuevo Estado constitucional) se traduce inmediatamente en un incremento de la libertad. Los neoconstitucionalistas dan por sentado que (...) cuanto más amplia y más intensa sea la intervención a favor de los derechos, mayor será el grado de satisfacción de los principios y valores de una sociedad democrática (Greppi, 2006:26).

A la luz de estas premisas Greppi insiste en que corresponde observar si se trata en verdad de una transformación paradigmática del concepto de democracia, y que en caso de que así fuera: se habría dejado atrás definitivamente la mera democracia política, formal y procedimental, propia del viejo liberalismo y, se habría entrado en el tiempo de la nueva democracia constitucional, en un sistema de normas nacionales y supranacionales del máximo rango en el que se reconocen los derechos fundamentales y se establece un sistema -aún embrionario- de garantías y normas que se configuran como meta-reglas respecto de las reglas de la democracia política. En ese sentido: “La superación del viejo formalismo liberal se produce por la transformación de un mero ideal político representativo en un sistema tendencialmente completo de normas y garantías, que se sitúan más allá de la voluntad de las mayorías. El logro de una democracia plenamente realizada deja de ser un fin éticamente o políticamente deseable, una utopía posible, y se convierte, por fin, en objetivo jurídicamente exigible” (Greppi, 2009: 346).

Los principios de interpretación, ponderación y proporcionalidad: como políticas públicas claves en el orden judicial del nuevo constitucionalismo social Andino-amazónico

En la región Andino-amazónica, el constitucionalismo se desarrolla incidido por claves teóricas que se generan en diversas tendencias, por ejemplo: del positivismo jurídico asume

que la Constitución es la norma suprema de un ordenamiento; del nuevo paradigma jurídico neoconstitucional capta que al principio de supremacía constitucional le acompañan dos pilares básicos: la fuerza normativa de la Constitución (norma fundamental de garantía) y la rigidez constitucional (norma directiva fundamental).

De la fuerza normativa de la Constitución (entendida como fuerza normativa de los derechos) se deduce que la *interpretación* de las normas constitucionales por parte de los operadores jurídicos (jueces y tribunales) conlleva a su aplicación directa, en función de resolver un caso concreto. El principio de rigidez enuncia que todo lo que se puede hacer será “interpretación”, de los límites hacia adentro.

La innovación en el constitucionalismo Andino-amazónico actual radica en que la interpretación de las normas constitucionales se trasladó, del ente legislativo con representación política, a uno independiente²³ que se constituye por designación de sus miembros; en Ecuador se denomina Corte Constitucional a partir del 2008, en Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, desde el 2009,²⁴ y a partir de 1999 en Venezuela, se crea el Tribunal Supremo de Justicia con una Sala Constitucional especializada y con potestad para decidir la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, interpretación constitucional, etc.; en 1991 se crea la Corte Constitucional de Colombia.²⁵

La interpretación de las normas y derechos constitucionales por parte de los operadores jurídicos (jueces y tribunales) en esta nueva etapa, trastoca el esquema tradicional y lo primero con que se encuentran los operadores jurídicos (jueces), es con una estructura normativa diferente a la que existía sobre este asunto en el Estado de derecho, y a la que no están acostumbrados o en el peor de los casos la desconocen o conocen solo parcialmente; en consecuencia tienen dificultades para *ponderar, interpretar y aproximar*.

²³ Desde una concepción crítica que relacione Derecho y Política, la *independencia judicial* de una Corte Constitucional puede ser mejor entendida como: 1) el surgimiento o presencia de un tipo diferenciado de actor político: la Corte Constitucional, actor que (2) tiene un poder propio o autónomo que le permite reducir tanto las injerencias indebidas como los costos políticos en sus procesos decisorios (...) una Corte Constitucional es más independiente cuando puede establecer su interpretación jurídica de la Constitución. Incluso contra la posición de otras funciones del Estado, y con una baja probabilidad de drásticas retaliaciones políticas por parte del Congreso (Asamblea), el Presidente o los partidos políticos (Grijalva, 2011:171).

²⁴ A Octubre 16 del 2011, el Gobierno del Presidente Evo Morales anuncia que las autoridades judiciales, en las que se incluyen las del Tribunal Constitucional Plurinacional, serán elegidas por voto popular (El Comercio, 16/10/1011: Pág. 13)

²⁵ La Corte Constitucional de Colombia es la entidad judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución. Fue creada por la Constitución de Colombia de 1991. En la actualidad, cuenta con nueve magistrados, que son elegidos para periodos de ocho años por el Senado, a partir de las ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Antes de la Constitución de 1991, los asuntos constitucionales eran conocidos por la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, y al margen de que esta deficiencia será superada, lo relevante está en que la *interpretación* es un procedimiento especial que dispone diferentes técnicas modernas y postmodernas con las cuales deben operar los jueces²⁶ y tribunales para extraer el máximo significado de esas normas. Este hecho específico ha convertido al juez constitucional en actor político. El término político se refiere a la posibilidad del juez de ser actor por sí mismo, es decir: para actuar libremente en el proceso de interpretación del Derecho y al margen de la injerencia de las fuerzas sociales. Y esto es lo que más preocupa a la tradición jurídica y a los poderes fácticos.²⁷

En el caso ecuatoriano el problema radica en interpretar el sistema Constitucional con reglas tradicionales de interpretación del Derecho, tales como: el método histórico, teleológico o sistemático, etc. El desafío está en dar el salto y cumplir con la prescripción constitucional, respecto a que es la fuerza normativa suprema de la Constitución la que orienta la acción del operador jurídico (el ciudadano común también es operador jurídico) y que el sistema constitucional y sus técnicas de interpretación (hermenéutica analógica),²⁸

²⁶ En el caso ecuatoriano, por ejemplo: los jueces actúan como jueces constitucionales, es decir, interpretan, crean derecho y aplican la Constitución de forma directa, como ley que es. En este sentido a criterio la Corte Constitucional, sólo existe reserva de ley en el caso de los derechos fundamentales, y se aplica en forma directa la Constitución en caso de ausencia de ley. A noviembre del año 2011 se anunció que se está preparando instructivos y disposiciones en función de coadyuvar a que los jueces y juezas no asuman potestades que no les corresponde, cuando administran justicia, por ejemplo: en materia de administración de justicia especializada. Entonces surgirá la gran pregunta ¿Estos operadores de justicia aplican o no los principios de interpretación, ponderación y proporcionalidad?, como mandatos de optimización.

²⁷ El Poder fáctico es el que se ejerce al margen de los cauces formales y que no necesariamente coinciden con el aparato del Estado. Se sirve de su autoridad informal o capacidad de presión para influir políticamente. No está legitimado ni siempre busca la legitimación, pero ejerce de hecho el poder aunque no lo haga legalmente, y su sola existencia le permite ser determinante. No necesita imponerse por la fuerza: le basta con explicitar, o incluso con sugerir sus deseos para que se conviertan en realidad. La clave de su ejercicio es su capacidad de control de mecanismos externos a la política para lograr poder político, por ejemplo: el dominio de recursos estratégicos que le dan el control ideológico, social o económico; o en vez de controlar un gobierno, le interesa controlar o influenciar en la producción normativa de forma legal o no. El *poder fáctico* es la influencia de grupos de poder oligárquicos, plutocráticos, o de partidos políticos, Iglesia, banca, medios masivos de comunicación, entre otros.

²⁸ *La hermenéutica*: es la disciplina que enseña a interpretar, interpretar como un proceso de comprensión que cala en profundidad, que no se queda en una intelección instantánea y fugaz. Como bien lo refiere Beuchot: “Habermas, Otto Apel y Gadamer por ejemplo, pasaron por la etapa hermenéutica, y en el caso de Gadamer asume de Heidegger la idea de comprensión y, por lo mismo, que la interpretación es uno de los modos de existir del hombre. En consecuencia, más que un método, la hermenéutica es una forma de ser intrínseca del hombre” (Beuchot, 2008:14). Reitera Beuchot que Apel y Habermas insisten en el carácter dialógico de la interpretación no sólo en cuanto a la invención, sino, sobre todo, en cuanto a la argumentación. Somos seres razonables y discursivos:

Por ello estamos obligados a ofrecer argumentos para apoyar las interpretaciones que hacemos, sobre todo porque la interpretación nueva es la que más precisamente exige ser probada. Estamos en comunidades interpretativas, que son comunidades de diálogo. En la interacción dialógica prevalece el mejor argumento. Por ello, en el diálogo se presuponen las pretensiones de verdad y validez por las cuales asumimos que vamos a hablar con veracidad y sin falacias argumentativas, esto es, sin trampas. Se trata de una comunidad ideal de diálogo (Beuchot, 2008: 15).

El vocablo griego *analogía* viene de *aná*, que significa ir más allá, remontar, subir. Y del *logos*, que es razón, medida, palabra. Los latinos tradujeron *analogía* como *proportio*, proporción, equilibrio, medida. Se trata de una hermenéutica que busca la medida, la medida, la equidad. Lo propio de la analogía es la proporción y la distribución jerarquizada. La proporción le hace buscar una igualdad proporcional, en lo cual consiste la equidad (Ibíd., 2008: 28-29).

ponderación, aproximación y proporcionalidad, deben ser aplicados en el resto del ordenamiento; todo esto en función de solucionar los problemas más vulnerables de la sociedad, alcanzar el Sumak Kawsay con base en la tutela y concreción de los derechos fundamentales, garantizados en todos los instrumentos que conforman el bloque de contitucionalidad.

En esta condición el juez ya no es pasivo o “boca muda de la ley” conforme al positivismo jurídico clásico aún prevaleciente en la cultura jurídica ecuatoriana (Grijalva, 2011:170), sino que es un sujeto político activo con un poder que se concreta en la posibilidad real de imponer en un litigio su interpretación jurídica de la Constitución o la ley. Siguiendo a López Cárdena (2010:87) la primera técnica para obtener el sentido de los derechos, incluso por la situación normativa constitucional, es el “contenido esencial” o teoría del núcleo:

(...) toda vez que los derechos contienen y establecen el límite de los límites, para respetar ese reducto último que es el núcleo esencial intocable. Un intérprete -operador jurídico- lo primero que debe ver en una norma abierta y abstracta es el núcleo, para saber que tienen dentro los derechos y como puede sacar el contenido esencial y aplicarlo a un caso concreto (López Cárdena (2010:87).

El bagaje doctrinal referido incide en el nuevo constitucionalismo Andino-amazónico, el mismo que prioriza la tutela y concreción de los derechos fundamentales (contenido esencial); este suceso es relevante porque acontece en una región donde han prevalecido: la injusticia, la arbitrariedad, la inequidad social, la exclusión política, la ley del más fuerte. Desde esta perspectiva es evidente que en estados Andino-amazónicos tiene lugar un nuevo *Contrato Social* que se expresa como *Ordenamiento Constitucional* sustentado en el paradigma jurídico-político denominado neoconstitucionalismo; cuyo “núcleo”, reiteramos, establece que los derechos fundamentales están sobre cualquier derecho de carácter patrimonial y la propia soberanía del Estado, pues, conforme se ha expresado, en el Estado constitucional no existe ningún soberano y conforme al constitucionalismo comunitario (originario) indígena, cuyo sustrato es el Sumak Kawsay (buen vivir) y el Allin Kawsay (existencia espléndida), tampoco.

Volviendo a la “interpretación” como instrumento expedito para garantizar los derechos fundamentales, se considera la posibilidad de expansión y contracción del *núcleo esencial*, de acuerdo con el caso concreto y en base a los principios de ponderación y proporcionalidad. La importancia de la interpretación constitucional deriva de la propia Constitución, que faculta al operador jurídico constitucional a precisar los principios y valores mediante la interpretación y en función de lograr un efectivo sometimiento a la Ley suprema:

“La tarea interpretativa de la Constitución deriva de la importancia cualitativa de la norma fundamental, al establecer valores y principios constitucionales, derechos y garantías fundamentales como límites al poder político del Estado” (Medinaceli, 2011:57).

Efectivamente, dichas precisiones son realizadas por el más alto Tribunal de interpretación constitucional y que en el caso boliviano, conforme a su Constitución, Art. 93, está atribuida al Tribunal Constitucional Plurinacional, con las restricciones prescritas en el Art. 96 del mismo cuerpo normativo. La Constitución ecuatoriana establece dicha atribución en el Art. 429.- (Naturaleza): “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia...”; el Art. 436, numeral 1, prescribe: “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.” La Constitución Venezolana de 1999 establece dicha potestad, en la Exposición de motivos, Título VIII, Capítulo I, y en el Art. 266, numerales 2 y 3. En los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política colombiana, la Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

A la interpretación²⁹ le es inherente la *ponderación*. Con la ponderación se establece que existen normas con estructura de reglas y otros principios con estructura abierta y

²⁹ LOGJCC: Art. 3, numerales 4 al 8. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.
6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.
7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

abstracta, como es el caso de la mayoría de los derechos fundamentales. Ciertamente, la ponderación y la proporcionalidad se aplican en casos difíciles, es decir: cuando existe una coalición entre dos derechos constitucionales; en este sentido la ponderación se expresa como un *mandato de optimización* a fin de sacar el mejor provecho, toda vez que dependiendo del caso de que se trate un derecho se contrae y otro se expande, en otras palabras: a medida que un derecho se afecta otro se satisface; pero es la *decisión constitucional* la que marca el sentido de cuál es el derecho que tiene mayor peso, y los jueces realizan la aproximación teórica a la ponderación evitando los empates.³⁰ El principio de ponderación,³¹ aún como mandato de optimización está sujeto al (principio) test de proporcionalidad, lo que implica: **a)** establecer el análisis de la proporcionalidad³² de la pretensión, **b)** establecer la necesidad de la medida y **c)** establecer la idoneidad de la medida. A manera de corolario: lo expuesto constituye parte de las innovaciones que caracterizan al constitucionalismo social andino-amazónico, actual y que han sido adoptadas de otras fuentes doctrinarias.³³ Lo cierto es que a partir de la constitucionalización del paradigma neoconstitucional, el marco normativo, el marco institucional y las políticas

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

³⁰ Existen teorías positivistas que explican cómo se debe interpretar los derechos y extraer los contenidos de las normas abiertas y abstractas para aplicarlas en los casos concretos. Por ejemplo: la tesis de que no se aplica la ponderación, sino la técnica denominada “contenido normativo” y que no considera a los derechos en colisión. Conforme lo sustenta López Cárdena (2010:90): “el positivismo axiológico de la ponderación postula que los derechos tienen elementos éticos y axiológicos, conectados directamente con la moral. La corrección moral establece que en caso de colisión de derechos, la norma injusta no debe obedecerse. En cambio, la tesis del contenido normativo establece que los derechos no entran en conflicto ni deben ser ponderados porque se debe encontrar su contenido normativo: un derecho no tiene axiología ni moral, sino realidad constitucional, o lo que es lo mismo: son todos los actos, hechos o elementos que se pueden percibir en situaciones reales históricas de cada ámbito geográfico. Por tanto, para saber cuál es el contenido normativo de un derecho hay que aproximarse a la colectividad de la cual ese derecho pretende desplegar su fuerza normativa, captar el elemento constitutivo de ese derecho y, a partir de ahí, plasmarlo, encajarlo y desarrollar el caso concreto.”

³¹ LOGJCC: Art. 3, numeral 3, Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

³² LOGJCC: Art. 3, numeral 2, Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

³³ En la doctrina, ver: Alexy (2008:524). Sustenta que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Una de las tesis fundamentales expuestas en la “Teoría de los derechos fundamentales”, es que esta definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y viceversa: que el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad. Esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por “optimización”, de acuerdo con la teoría de los principios.

públicas son objeto de profundos cambios, a tal punto que los propios principios de interpretación, ponderación y proporcionalidad asumen el carácter de política pública, en cuanto son instrumentos por los cuales el Estado llega a la sociedad administrando justicia.

Corolario

El nuevo Estado constitucional de derechos es alternativo al del *ancien régime* político demo-electoral, porque está inserto en un proceso de fractura de época, expresa un contenido cultural re-significado por la dimensión plurinacional fraguada en torno a los levantamientos y cosmovisión de los pueblos ancestrales y principios del constitucionalismo comunitario (originario) indígena.

En tales condiciones: la profundización de la democracia constitucional, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales demandan la aplicación eficaz de los principios de *interpretación, ponderación, proporcionalidad* o fórmula del peso, consecuentemente la responsabilidad para que ello suceda recae en todos los operadores jurídicos, con énfasis en los jueces y fundamentalmente en el propio Estado, que conforme a la Constitución normativa, garantizada y rígida es quien crea las condiciones regulatorias, institucionales y de política. En los países andino-amazónicos referidos cada ciudadano es un operador jurídico, y el serlo es un derecho que se lo ejerce, por lo tanto el Estado no puede discriminarlo, caso contrario y parafraseando a Ferrajoli (2006: 125), la discriminación en cualquiera de sus formas es un factor de opresión que impide la convivencia pacífica y justifica la insurrección.

Bibliografía

- Acosta, A. (2008). *El Buen Vivir, una oportunidad por construir*, en : Ecuador Debate, No 75. Quito: CAAP.
- Aguilera Portales, R. y López Sánchez R. (2005). *Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. España. Universidad Autónoma de Nuevo León –UANL.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ansuátegui Roig, F. (1993). *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*, Universidad Carlos III de Madrid – Instituto Universitario Europeo de Florencia, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.

- Ávila, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo*. Quito: Abya Yala.
- Benz, A. (2010). *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El neoconstitucionalismo al debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Beuchot, M. (2008). *Hermenéutica analógica y derecho*. Buenos Aires: RUBINZAL – CULZONI Editores.
- Bobbio, N. (2003). *El futuro de la democracia*. México: FCE.
- _____(2007). *El problema del positivismo jurídico*, México: FONTAMARA.
- Cote-Barco (2008). *Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena*, México: UNAM.
- Comanducci, P. (2003). *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, en Miguel Carbonell, edit. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- De Sousa Santos, B. (2011). *Derecho y emancipación*. Quito: Corte Constitucional.
- _____(2009). *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
- El Comercio (16/10/2011). *Mundo*: Pág. 13: Quito.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. I- Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- _____(2010). *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta.
- _____(2006). *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- _____(2002). *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México: Siglo XXI.
- Fioravanti, M. (2009). *Los derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Faucaul, M. (2006). *Seguridad, territorio, población*. Argentina: FCE.
- Fraser, N. y Alex, H. (2006). *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata.
- García Roca, J. (2000). “Del principio de la división de poderes”. *Revista de Estudios políticos* No. 18. En: <http://www.cepc.es/rap/>
- Greppi, A. (2006). *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta. , como ideal y como método”, en Carbonell, M. y Salazar, P. Garantismo. Edit., *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.
- _____(2010) “Democracia como valor, como ideal y como método”, en Carbonell, M. y Salazar, P., *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid.
- Grijalva, A. (2011). “De la propuesta a la vigencia: La justicia constitucional ecuatoriana en perspectiva”; en Corte Constitucional. *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional.
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de interpretación constitucional*. Instituto de Investigaciones jurídicas. México: UNAM.
- López Cárdena, A. (2010). “Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional.
- Leff, E. (2006). *Aventuras de la epistemología ambiental*, México: Siglo XXI.

- Macas, L. (2010). Mundo: *Debate sobre el Buen Vivir. Armonía de la Comunidad con la Naturaleza*, Quito: en <http://viaorganica.org/medio-ambiente/debate-buen-vivir-armonia-naturaleza/>, Visitada el (01/03/2013).
- Mires, F. (1992). *El discurso de la indignidad: la cuestión indígena en América Latina*. Cayambe: Abya Yala.
- Medinaceli, G. (2011). “Interpretación de la Constitución boliviana. Voluntad del constituyente vs. Jurisprudencia interamericana”; en Umbral: *Revista de Derecho Constitucional*. Quito: Corte Constitucional.
- Narváez, I. y Narváez, Ma. J. (2012). *Derecho ambiental en clave neoconstitucional*. Quito: FLACSO.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Silva Portero, C. (2008). “¿Qué es el bien vivir en la Constitución?”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Touraine, A. (2002). *Crítica de la modernidad*. México: FCE.
- UNAM (2012). *Los jueces de control ¿Un nuevo mecanismo de regularidad constitucional en México?*, Cap. iv. México: UNAM.
- Viciano, R. y Martínez Dalmau, R. (2010). “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo contitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Bibliografía legal

- Constitución de la República del Ecuador (2008): Quito.
- Constitución Política del Estado – Bolivia (2009): La Paz
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009): Caracas.
- Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional (2010): Quito.