

¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?¹

Dr. Miguel Hernández Terán²

Este trabajo forma parte de la obra “Derecho Constitucional para El Siglo XXI

Director: Dr. Miguel Hernández Terán.

 [Acceder a obra completa](#)

SUMARIO

Resumen	01
Palabras claves	02
I. Derecho Constitucional y derechos	02
II. El principio de legalidad	05
III. Los principios y el neoconstitucionalismo	07
IV. Un par de equívocos neoconstitucionales de la Corte Constitucional	15
V. Reflexiones finales	22
VI. Bibliografía	24

RESUMEN

Este trabajo, reconociendo la enorme importancia que tienen los principios en el proceso de formación de las normas jurídicas como también en su aplicación, procura representar que es un notable equívoco radicalizar su importancia hasta el punto de sostenerse que los principios, por el solo hecho de ser tales, superan o derrotan a las reglas. Esta posición extrema ha llevado a la Corte Constitucional del Ecuador a sostener definiciones que estimamos criticables, “golpeando” la

1. Artículo publicado en la revista *Novedades Jurídicas*. Número 160. Octubre de 2019. Ediciones Legales. Quito-Ecuador.

2. Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Autor de varios libros.

institucionalidad del principio de legalidad. Los principios son la fuente regular de las reglas. Éstas surgen gracias a los principios; los materializan. En caso de inconsecuencia de las reglas con los principios, ellos serán de gran apoyo para el operador jurídico. Incluso es posible las desautoricen. No lo negamos. Pero convertir la posición de la llamada “superioridad” de los principios en un dogma rígido es un problema grave, que da lugar a “salvajadas conceptuales”. En grandes líneas, sobre lo indicado versa este trabajo.

PALABRAS CLAVES

Neoconstitucionalismo, moralidad, Derecho Constitucional, principio de legalidad, Corte Constitucional, principios, jurisprudencia.

I. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS

Dentro del rango de las normas que regulan la convivencia social la Constitución de la República ocupa la posición más relevante, pues tiene el carácter de suprema. Esta categoría es su símbolo. Pero no cualquier símbolo, ya que tiene gran significación e impacto: toda disposición y todo acto que la contradiga carece de eficacia jurídica. Entiéndase de valor jurídico, y por ende de contenido útil para el Derecho. Por esa dependencia de la legislación secundaria respecto de la Ley suprema se dice que ésta le da *unidad* al sistema jurídico de un país. Y por la misma razón tal normativa debe ser *controlada*, entrando así al escenario jurídico el llamado *control de constitucionalidad*, que puede ser concentrado o difuso según quien lo ejerza: si lo hace un solo ente será lo primero, y si lo ejecutan distintos jueces será difuso. Y por el mismo poderío jurídico que hemos indicado, *la supremacía constitucional*, es un dogma el que el proceso de cambio o reforma constitucional debe ser complejo, más difícil de llevar a cabo que el de las leyes de la República. Un cambio radical de contenido de una norma o institución constitucional convierte a la legislación secundaria desarrollada a partir de las mismas en jurídicamente ineficaz, esto es sin valor jurídico, sin idoneidad para producir los efectos originalmente previstos para ellas.

La ciencia que estudia a la Constitución, su inseparable supremacía y a todo el fenómeno constitucional es el Derecho Constitucional. Su trascendencia es muy evidente dada la magnitud conceptual de su objeto de estudio. Nosotros conceptualizamos a esta rama del Derecho como *la disciplina jurídica que, basada en su preeminencia y en el reconocimiento de valores democráticos, políticos y jurídicos, de los derechos del ser humano, y dentro de éstos, prioritariamente, de la libertad individual y colectiva, regula la organización y funcionamiento del Estado delimitando su actuación; así como reconoce y garantiza institucionalmente el respeto efectivo y la aplicación material de derechos subjetivos directa e inmediatamente ejecutables por las autoridades del Estado o reconocidas por éste con eficacia jurídica, y a la vez exigibles por sus titulares sin intermediación de legislación secundaria.*

Dentro de la estructura de la Constitución tienen singular importancia los derechos, las acciones y las instituciones encargadas de velar porque estos elementos se cumplan efectivamente. La parte de la Ley suprema que se ocupa de los derechos, de los grandes principios de la Constitución y de los valores que la inspiran se denomina PARTE DOGMÁTICA. Y la sección que estructura la institucionalidad fundamental del Estado, su organización y competencias se llama PARTE ORGÁNICA. Las dos se necesitan y complementan.

Si bien la Constitución de la República tiene carácter supremo y por ello un gran poderío jurídico esto no significa que la legislación de un país se agote en ella. La Ley máxima le da unidad al sistema jurídico de un Estado, pero parte de la marcha de éste, parte de la institucionalidad que hace posible la realización de los derechos, ciertas reglas procedimentales para el ejercicio de las acciones que nacen de los derechos, como por ejemplo del derecho a impugnar los actos administrativos en sede administrativa o en sede judicial según el artículo 173 de la Constitución, se instrumentan por medio de las leyes. Gracias a la evolución y trascendencia de los derechos éstos han llegado a ser directa e inmediatamente aplicables. En el Ecuador tenemos una norma de gran contenido en este sentido, el artículo 11 numeral 3 de la Constitución, que consagra:

“Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

Los derechos regularmente fueron importantes en épocas de República, y en múltiples casos antes de ella. Así, ya la Constitución del Estado de Quito³ consagraba en el artículo 20 que:

“El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él, y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades y su libertad natural, y civil: y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él, de cualquier Estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas, y representaciones al Gobierno guardando solo la moderación que es necesaria para la conservación del buen orden.”

3. O “PACTO SOLEMNE DE SOCIEDAD Y UNIÓN ENTRE LAS PROVINCIAS QUE FORMAN EL ESTADO DE QUITO.” De 15 de febrero

El artículo 11 de la Constitución del Estado del Ecuador de 1830 establecía que “Los derechos de los ecuatorianos son, igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos teniendo las aptitudes necesarias.” Y el artículo 66 determinaba que “Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, representar al Congreso y al Gobierno cuando considere conveniente al bien general...”⁴

El artículo 26 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967 ordenaba en el artículo 26 que “Serán nulas las disposiciones legales, administrativas o de cualquier orden que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por esta Constitución.” Al igual que definía en el artículo 28 numeral 15 como un derecho garantizado “El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.”

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La Constitución y las leyes de la República se complementan. Hasta antes de la Constitución Política publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998 había una gran dependencia de la Ley suprema respecto de las leyes en la medida en que éstas viabilizaban determinantemente la realización de los derechos, desarrollaban los contenidos que hacían posible la ejecución de muchas instituciones de origen constitucional. Ambas categorías normativas se han necesitado recíprocamente. En el sentido indicado vale la pena citar el artículo 23 de la Constitución Política de 1967, que imponía que:

“El Estado reconoce, garantiza y promueve los derechos del hombre, como individuo y como miembro de la familia y demás sociedades que favorezcan el desarrollo de su personalidad. *La ley protegerá la libertad*

4. “CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”. Federico Trabucco. Universidad Central-Editorial Universitaria - Quito-Ecuador, 1975.

y más derechos de la persona contra los abusos del Poder Público y de los particulares.”⁵

Actualmente se necesitan menos por la primacía de los derechos y por la materialización de los principios de aplicación directa de la Constitución y de los derechos constitucionales, fundamentalmente. La Constitución y la ley forman un bloque objetivo que se conoce como *principio de la legalidad*, una especie de ecuación jurídica normativa. La relevancia de este principio consiste en su aptitud para predeterminar la capacidad jurídica de actuación válida que tienen el Estado, sus instituciones, los órganos que los componen, sus operadores jurídicos en general.

Por la publicidad de las leyes y de la Constitución los ciudadanos y administrados en general pueden acceder plenamente a conocer su contenido, y por ende a determinar hasta dónde puede llegar la actuación lícita de tales entidades, órganos y operadores. Y por lo mismo en qué momento comienza la arbitrariedad, la sin razón jurídica estatal, con las consiguientes consecuencias institucionales y personales desde el punto de vista de la responsabilidad. A la señalada previsión normativa se le atribuye un carácter garantista.

Nosotros entendemos por principio de legalidad *al precepto que en función del desarrollo de su contenido describe, delimita y limita el poder y alcance jurídicos que tienen el Estado, su institucionalidad, los órganos y operadores jurídicos que los componen para actuar legítimamente en sus relaciones con los administrados y entre ellos entre sí.*

Por la importancia del rol institucional del principio de legalidad ya la Constitución ecuatoriana de 1830 ordenaba en el artículo 69⁶ que “Todo funcionario prestará juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes, y de cumplir los deberes de su ministerio.

5. Las cursivas son nuestras.

6. “CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”. Federico Trabucco. Universidad Central-Editorial Universitaria – Quito-Ecuador, 1975.

No se admitirá juramento con modificaciones. **La persona que no jurase libremente la Constitución, no será reputada como miembro de esta sociedad.**⁷

El artículo 3 de la citada Constitución de 1967 establecía que “Todo órgano del Poder Público es responsable, y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en las normas legales.”

III. LOS PRINCIPIOS Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Como se sabe, el ordenamiento jurídico está constituido por una serie de elementos, todos de importancia. Reglas, principios, valores hacen que el mismo, como estándar, tenga la capacidad para solucionar los problemas de la convivencia social por complejas que sean las relaciones o los conflictos surgidos en función de ella. En términos de Derecho Civil si faltan reglas se aplica la analogía o los principios del Derecho universal, según el caso. Lo importante es que el juez no se quede sin herramientas jurídicas–ni invoque excusas–para enfrentar y dar solución al caso concreto. Así como la Constitución y las leyes se complementan, también lo hacen las reglas con los principios y viceversa. Las primeras son consecuencia de éstos últimos. “Se deben” a los principios en la medida en que éstos justifican su contenido. Cada uno, los principios y las reglas, tienen sus ventajas y sus dificultades, por ello tiene mucha importancia para el Derecho que trabajen de forma armónica. Las reglas pueden no dar razones concluyentes para decidir, pero tampoco los principios.

Éstos se caracterizan, entre otros, por su indeterminación, por su falta de capacidad descriptiva, por la ausencia de contenido cierto; mientras que las reglas son esencialmente descriptivas, tienen un contenido determinado y cierto. Con las reglas usted sabe bien a dónde va. Los principios lo pueden llevar muy cerca o muy lejos según el alcance que les dé su intérprete. ¿Sabe Ud en qué consiste el principio de proporcionalidad penal? Tiene una noción clara, pero su contenido preciso no lo conoce. Cómo se desarrolla

7. Las negrillas son nuestras.

éste, su alcance dependerá del legislador en cada caso concreto de ley penal. El principio se “materializa”, se “objetiva” en la ley como sinónimo de regla. Lo que no significa ni remotamente que no sea trascendente para el Derecho. Éste necesita de los principios. Son la materia prima del producto final llamado ley. Si ésta los recoge mal habrá que acudir al verdadero sentido de los mismos para solucionar el caso concreto.

Tanto los principios como las reglas son instrumentos básicos del Derecho y del sistema jurídico. Están al servicio de la justicia, de la tutela judicial efectiva, de la respuesta correcta, por más que en los casos difíciles sea complejo encontrarla. Son senderos de un mismo proyecto. Son útiles para los mandatos propios del Derecho. Bien entendido que, como dice Luis Pietro Sanchís,⁸ “ el *contenido prescriptivo* de muchas normas a veces es idéntico en todos los ámbitos de normatividad; así, el Derecho prohíbe matar, pero también lo hace la religión o la moral; algunas religiones prohíben la bigamia o imponen el deber de asistir a ciertos oficios o actos rituales, pero también lo hace o puede hacerlo el Derecho; son las reglas de la etiqueta las que regulan en general la forma de vestir, pero eventualmente también puede hacerlo el Derecho.”

Por supuesto, hay quienes son más adeptos a las reglas y quienes son más alineados a los principios. Eso no es problema. Las dificultades se dan cuando se postula una pugna casi natural entre tales elementos. Para nosotros es como enfrentar a dos miembros de una misma familia, y específicamente a dos hermanos. Siendo ambos instrumentos del Derecho y del sistema jurídico ese enfrentamiento nos parece realmente carente de razón.

Pues bien, el neoconstitucionalismo plantea la primacía de los principios por sobre las reglas. Una especie de superioridad natural. ¿En qué momento surgió esa primacía? No se sabe. Manuel Atienza dice que el neoconstitucionalismo es una arbitrariedad de la “Escuela de Génova”. Para ubicar los alcances de esta corriente vamos a citar

8. En su obra “Apuntes de teoría del Derecho”. Editorial Trotta. COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS. Serie Derecho. Sexta Edición. Madrid. 2011. Páginas 13 y 14.

el pensamiento de uno de sus más importantes estudiosos, la doctora Susana Pozzolo. Esta autora en su trabajo “NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO”, contenido en la obra “Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos”⁹ destaca, entre otros:

“El término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo *anti-iuspositivista* de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni *iusnaturalista* ni *post-positivista*; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs reglas, ponderación vs subsunción, Constitución vs legislación, Judicial vs Legislativo.

La oposición entre principios y reglas, constantemente rebatida en la literatura neoconstitucionalista, sí ha servido para subrayar la distancia con el positivismo jurídico, al mismo tiempo que ha permitido la apertura de una mesa analítica de discusión que ha contenido las tendencias metafísicas de las primeras elaboraciones y suscitado interesantes reflexiones sobre el razonamiento jurídico. Como es sabido, mientras las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y, por tanto, tienen un *pedigree* que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la *importancia*, de la *razonabilidad*, de *vehicular valores* y otras características similares. El Derecho del Estado constitucional se distancia del legalista justamente por la presencia de los principios. Se trata de una mutación “genética”, que parte del Estado de Derecho decimonónico y llega hasta el Estado constitucional de Derecho.”

También subraya Pozzolo:

1.- “La Constitución no es simplemente un nivel más en la pirámide. Está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral.”¹⁰

9. Palestra Editores. Lima 2011. Primera Edición. Páginas 16 y 17.

10. Página 18.

2.- “Las relaciones entre órganos del sistema jurídico, entre niveles normativos y entre las funciones del poder cambian progresivamente y el constitucionalismo de las reglas se transforma en el de los derechos. Se abre un diálogo entre Constitución y legislador: se ha convertido en un programa.”¹¹

3.- “El modelo neoconstitucionalista, por tanto, funda su peculiaridad sobre todo a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios.”¹²

El reconocido autor, Miguel Carbonell, dice que “El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial”.¹³ Decimos nosotros: *una explosión conceptual de los principios en manos de los jueces, particularmente de los constitucionales*. Con ocasión de la afirmación de Carbonell vale la pena referir que Susana Pozzolo anota que “En la institución de la corte constitucional está la garantía de los derechos.”¹⁴

Estas citas doctrinarias nos permiten entender parte de las exageraciones jurisprudenciales fundadas en la trillada primacía de los principios, o lo que es lo mismo, en el neoconstitucionalismo.

La corriente tantas veces referida viene a ser algo así como una interpretación jurídica preconcebida o prejuiciada a favor de los principios y en contra de las reglas. Ronald Dworkin en su obra “IMPERIO DE LA JUSTICIA”¹⁵ plantea que “el derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir qué es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el derecho. Las teorías generales del derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial.” Si efectivamente el Derecho es un concepto interpretativo, en épocas de neoconstitucionalismo es claro que constituye una interpretación con

11. Páginas 31 y 32.

12. Página 34.

13. En su obra “neoconstitucionalismo y derechos fundamentales”. Cevallos editora jurídica. 2010. Quito. Ecuador. Página 26.

14. Página 31 de la obra citada.

15. Gedisa editorial. Editorial Gedisa S.A. Segunda edición. Barcelona. 2012. Páginas 287 y 288.

premisas y resultados ya preestablecidos: los principios vencen a las reglas en una batalla fratricida y sin razón verdadera determinante.

El neoconstitucionalismo no es una corriente cualquiera. Su contenido clásico, la referida lucha fratricida, ha sido secundado de forma impresionante por diversas Cortes Constitucionales. La Corte ecuatoriana ha sido muy clara. El espacio de este trabajo no alcanzaría para citar la abundante jurisprudencia al respecto. Mencionaremos algunos casos que reflejan la hostilidad hacia las reglas y algunos sobredimensionamientos:

1.- La sentencia No. 011-09-SEP-CC, caso No. 0038-08-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 637 de julio 20 de 2009, plantea¹⁶ que “La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos, como bien lo dice Robert Alexy: los jueces constitucionales ejercen una “representación argumentativa”.

2.- La misma sentencia afirma¹⁷ que “... no se puede sacrificar la justicia por el hecho de que las resoluciones hayan sido emitidas con anterioridad a la promulgación de la vigente constitución, teniendo presente que el mayor deber del Estado es el respeto y tutela de los derechos, de suerte que, lo argumentado por los señores jueces, en sentido contrario, carece de fundamento constitucional.” (Con esta argumentación a favor del no sacrificio de la justicia la Corte Constitucional para el periodo de transición pretende justificar la aplicación retroactiva de la vigente Constitución).

3.- En la sentencia No. 201-12-SEP-CC, caso No. 0643-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 756 del 30 de julio de 2012, la Corte Constitucional para el periodo de transición sostiene que: “En el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, los valores y los principios desempeñan un rol trascendental, y se imponen a las reglas, en la consolidación de la administración de justicia constitucional. La aplicación

16. Página 15.

17. Página 23.

de los principios es esencial cuando la realidad exige una reacción y que se asuma posición ante esta, de conformidad con ellos. “Los principios, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor”.¹⁸

4.- En la sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015, la Corte Constitucional (ya no la de transición) hace algunas importantes afirmaciones:

4.1.- “Cabe recalcar que dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, los valores y los principios encuentran supremacía respecto de las reglas, en tanto, tienen como finalidad otorgar mayor eficacia a la protección de los derechos, de acuerdo con las realidades, porque no solo se defiende el estatus personal de sus titulares, sino que se erigen en criterios hermenéuticos preferentes en la aplicación del derecho”.¹⁹

Nos permitimos destacar que *es completamente falso que los principios tienen como finalidad otorgar mayor eficacia a la protección de los derechos en relación con las reglas. Semejante afirmación es completamente carente de razón dadas las importantes diferencias que ya brevemente hemos destacado entre principios y reglas.*

4.2.- “El constitucionalismo moderno imprime vigentes cambios de paradigmas para la consecución de la justicia, es decir, se requiere de los jueces esfuerzos y razonamientos jurídicos eficaces mediante la aplicación de valores y principios constitucionales, concebidos como criterios axiológicos y superiores a las reglas, que permitan acceder a una administración de justicia efectiva...”.²⁰

18. Esta cita entre comillas obedece a una obra de Gustavo Zagrebelski: “El Derecho Dúctil”, según la Corte.

19. Páginas 206 y 207.

20. Página 207.

4.3.- “La justicia constitucional propende la superación de los principios de la legalidad por los de juridicidad o constitucionalidad, imponiéndose el respeto y garantía de los derechos de las personas y de la naturaleza, Así, el cambio del paradigma de la mera legalidad por el constitucionalismo, establece la ruptura del modelo positivista clásico por el modelo garantista de los derechos en el que se establecen las radicales diferencias de representación de validez y vigencia de las leyes, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal para la consecución de la justicia...”²¹

En el mismo suplemento del Registro Oficial No. 504 de mayo 20 de 2015 en el que se publicó la sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, muy contundente respecto de los principios y los valores, se publicó otra sentencia, la número 064-15-SEPCC, caso No. 0331-12-EP, en la que se afirma:²²

“La seguridad jurídica, consiguientemente, proscribe la arbitrariedad **en función del relevante papel que se concede a la ley**,²³ principio de jerarquía normativa como mecanismo de defensa que asegura un trato igual de todos los ciudadanos ante la misma, frente a los posibles abusos de los órganos del Estado. Solamente así se garantiza como fin último que los derechos constitucionales se tutelen adecuadamente al circunscribir los límites de las actuaciones de las autoridades públicas que determina la Constitución de la República.”²⁴

Por otro lado, a pesar de que la Corte nos habló de la superación del principio de legalidad, en la sentencia No. 334-15-SEP-CC, caso No. 1830-11-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 654 de diciembre 22 de 2015, categóricamente afirma lo siguiente:

“Al respecto, es preciso señalar que una de las formas de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y por ende, garantizar el cumplimiento de las

21. Página 207.

22. Página 125 del Registro Oficial.

23. Las negrillas son nuestras.

24. Página 125.

normas y los derechos de las partes es el principio de legalidad, así lo sostuvo la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en la sentencia No. 015-10-SEP-CC al manifestar que: “Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...”²⁵

En este mismo sentido hay varias sentencias.

Finalmente, en cuanto a este pasaje, creemos importante citar la referencia a una extraña teoría, la de la *independencia de los derechos frente al Estado, a la ley y a la soberanía*, realizada por la Corte Constitucional para el periodo de transición al poco tiempo de haber asumido como tal.²⁶ La sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 479 del 2 de diciembre de 2008 determinó:²⁷

“De ese nuevo paradigma, es elemento sustancial, la mayor independencia de los derechos con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Esta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también en el ámbito internacional. Así entendido, el Estado Constitucional supone la aproximación máxima a la que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental; esto es, el ejercicio de los derechos que se imponen a la voluntad de quienes tienen el poder.”

Parecería que son incompatibles o que los derechos “luchan” con el poder y se imponen a éste. La dignidad humana individualmente considerada, que se expresa notablemente por medio de derechos, es la independiente del Estado, de la ley y de la soberanía, pues los derechos humanos que

25. Página 293.

26. ecordemos que el Tribunal Constitucional, con vida jurídica en la Constitución Política publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998, se autoproclamó como Corte Constitucional para el periodo de transición ante la falta de norma expresa respecto de qué sucedería en el tiempo intermedio entre el Tribunal Constitucional y la primera Corte Constitucional nacida de la Constitución publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

27. Página 12.

la constituyen son indisponibles por la sociedad y por el Estado. Pero la realización de los derechos cuando no es voluntaria necesita del Estado y su institucionalidad.

IV. UN PAR DE EQUÍVOCOS NEOCONSTITUCIONALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL²⁸

1.- Un buen ejemplo de exageración respecto del papel de los principios lo encontramos en la sentencia No. 141-18-SEP-CC, CASO No. 0635-11-EP del 18 de abril de 2018 (el famoso caso laboral-constitucional de la empresa CERVECERÍA NACIONAL), en la cual la Corte Constitucional del Ecuador plantea que hay que aplicar las normas más favorables al trabajador “más allá de los periodos de vigencia – validez de tales disposiciones. De modo que, bien procede en las causas laborales la aplicación retroactiva de la ley, cuando ello se encuentre debidamente justificado, a la luz de los principios constitucionales citados.” (Se refiere a los principios in dubio pro operario y favorabilidad). Esta afirmación, amigo lector, es la antítesis de la seguridad jurídica, pues la imperativa elección a favor de la norma más conveniente al trabajador, así como la forzosa aplicación de la disposición más favorable al trabajador en caso de duda *exigen como condición necesaria que las respectivas disposiciones FORMEN PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO*. La aplicación de normas derogadas so pretexto de cualquier razón, invocación o teoría viola el derecho a la seguridad jurídica, ya que tales disposiciones no forman parte del sistema jurídico y sobre ellas no puede ni debe haber certeza en cuanto a su aplicación. Obviamente tampoco pueden ser objeto de “elección” para resolver un caso concreto, sea laboral, constitucional o de cualquier materia.

Para eliminar cualquier posibilidad de duda interpretativa copiaremos los párrafos pertinentes de la indicada sentencia:

“En este sentido, es importante tener presente que la sustanciación y resolución de las causas laborales tanto en el ámbito administrativo

28. Nuestra crítica es conceptual. De ninguna manera ofensiva. No estamos dentro de los que condenan con carácter general las actuaciones de la última Corte Constitucional. Con frecuencia se la critica exageradamente.

como jurisdiccional, se rigen por distintos principios constitucionales, entre estos, *in dubio pro operario* –antes analizado– y favorabilidad, reconocidos en el artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República, entendidos como, la obligación que tienen las autoridades de aplicar las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales que más favorezcan a los trabajadores.

Tal como lo ha señalado esta magistratura en sentencia No. 127-15-SEP-CC, caso No. 1812-12-EP, toda autoridad al momento de resolver un conflicto laboral, en función de los principios constitucionales antes mencionados, debe tener en cuenta el principio de aplicación más favorable a los derechos, esto es, optar por la situación más favorable en relación con el trabajador, por cuanto, la base fundamental de las actividades judiciales y administrativas constituye el respecto de los derechos y garantías de los justiciables. En el mismo sentido, la Corte

Constitucional ha precisado que uno de los principios protectores del derecho laboral es el *indubio pro operario*,²⁹ en razón del cual, se entiende que en caso de la existencia de dos normas aplicables a una misma cuestión, el juez o la autoridad administrativa deberá escoger la más beneficiosa para el trabajador.

*Lo dicho, implica entonces, la obligación de toda autoridad administrativa o jurisdiccional, al momento de resolver un conflicto laboral, de aplicar las disposiciones de orden infra constitucional que tutelen de mejor manera los derechos de la parte débil de la relación laboral, es decir, los trabajadores; esto, más allá de los períodos de vigencia – validez de tales disposiciones. De modo que, bien procede en las causas laborales la aplicación retroactiva de la ley, cuando ello se encuentre debidamente justificado, a la luz de los principios constitucionales citados.*³⁰

2.- La misma sentencia plantea otra “salvajada conceptual”:

29. En el texto de la sentencia dice “indubio por operario”, en un evidente error.

30. Las cursivas son nuestras.

“En razón de lo expuesto, esta magistratura colige que los jueces que conocen las distintas garantías constitucionales, están en la obligación de actuar- resolver en favor de los derechos y principios constitucionales, incluso más allá de cualquier regulación de orden legal; ello, en algunos casos, sumado al amplio margen de actuación con el que cuentan los juzgadores, puede ocasionar actuaciones alejadas de las reglas infra- constitucionales. De ahí que, en principio, las actuaciones de un juez en el contexto de la justicia constitucional –destinadas a garantizar los derechos y normas constitucionales–, en función del método de subsunción y sobre la base de un ejercicio de legalidad, puede generar que las mismas sean calificadas por parte de las autoridades jurisdiccionales como delito de prevaricato. Aquello, implicaría entonces una suerte de sobreponer una figura penal a los fines y objetivos que persigue el Estado constitucional de derechos y justicia y las garantías jurisdiccionales; ocasionando a su vez, un efecto disuasivo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, en el sentido que, los jueces constitucionales, ante la posibilidad que sus actuaciones sean calificadas como “fallar o proceder ante ley expresa” –delito de prevaricato–, optarían por actuaciones formales y no garantes de la tutela de los derechos y en consecuencia desconectadas con el diseño constitucional.

En efecto, la figura del delito de prevaricato, en el sentido de fallar en contra de ley expresa, es propia del Estado legal, en el que la máxima expresión del derecho y la fuente hemónica³¹ es la ley; con lo cual, este tipo penal no se compadece con el sistema de fuentes del Estado constitucional,³² en el que se reconoce como manifestaciones jurídicas vinculantes, es decir fuentes del derecho, a la jurisprudencia, políticas públicas, justicia indígena, bloque de constitucionalidad, entre otras fuentes.

(...)

31. Debería decir “hegemónica”, pero en el texto de la sentencia consta “hemónica”.

32. Las negrillas son nuestras.

En este contexto, esta Corte Constitucional, sobre la base de las consideraciones jurídicas antes expuestas y en virtud de las atribuciones establecidas en el artículo 436 numerales 3 y 6 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 76 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; *en aras de una correcta tutela de los derechos constitucionales, y, a fin de salvaguardar la autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional*³³ y en unidad de criterio con el precedente Número 003-10-SIC-CC, determina que el delito de prevaricato, tanto en la legislación penal derogada como en la actual legislación, no se aplica en el contexto de la justicia constitucional. Es decir las actuaciones de las juezas y jueces, cuando intervienen en el conocimiento y resolución de garantías constitucionales, no son susceptibles de subsumirse en la conducta típica descrita en la infracción denominada como prevaricato; por tanto, no pueden ser procesados y mucho menos sancionados penalmente por dicho tipo penal.”

A continuación nuestros comentarios:

1.- Es evidentemente falso que los jueces que conocen garantías constitucionales estén algo así como *condenados a la subsunción propia de las descripciones legales* y por ello no queda más que reconocerles jurisprudencialmente *el privilegio de no tener que respetar las leyes de la República*, pues no otra – el irrespeto a las leyes–es la explicación jurídica para excluir la posibilidad de cometer el delito de prevaricato cuando resuelven sobre garantías constitucionales, pues tal delito se configura esencialmente porque estando obligados los jueces a aplicar un mandato expreso de la ley no lo hacen, violentando su obligación de actuar positivamente. Tal obligación surge necesariamente como efecto de su imperativo de respetar las leyes de la República. El respeto genera la consecuencia de deber imponerlas.

33. Las cursivas son nuestras.

El juez que conoce de garantías constitucionales no está obligado a la verificación de la *clásica subsunción cuando aplica la Constitución*, pero igual hace un ejercicio de subsunción. Su papel es el de comprobar si efectivamente se han violado derechos reconocidos en la Constitución, y en función de ello actuar en consecuencia. El juez debe auscultar si la hipótesis de violación del derecho reconocido constitucionalmente planteada por el demandante efectivamente se ha producido, y por lo mismo confirmar si la descripción que da lugar a la *procedencia* de la correspondiente garantía constitucional se ha cumplido; es decir, si la conducta del agente se subsume en la pertinente norma constitucional. Luego, el juez que conoce de las garantías referidas, insistimos, también hace un ejercicio de análisis de subsunción respecto de los hechos frente a la norma jurídica; sólo que es una subsunción diferente, pues la norma objeto de análisis es de rango constitucional y las descripciones propias de este tipo de disposiciones son más breves que las legales.

Aquello de que “los jueces constitucionales, ante la posibilidad que sus actuaciones sean calificadas como “*fallar o proceder ante ley expresa*” – delito de prevaricato–, optarían por actuaciones formales y no garantes de la tutela de los derechos y en consecuencia desconectadas con el diseño constitucional” *¡¡¡es pura especulación!!!*

2.- Con frecuencia las leyes viabilizan el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución no obstante el dogma de su directa e inmediata aplicación según el principio contenido en el párrafo primero del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución del Ecuador.³⁴ Es decir, la ley puede perfectamente y en forma válida hacer ciertos desarrollos respecto de derechos contenidos en la Constitución. Si llegase a darse el caso de que a título de facilitar el ejercicio de los derechos lo que se hace es entorpecerlos, afectar su contenido esencial, entonces el juez deberá aplicar la Constitución como norma jerárquica superior ante el

34. Que dice:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

conflicto surgido con la norma de rango inferior, y superar así la afectación del derecho reconocido constitucionalmente. Pero esta situación debe entenderse lógica y racionalmente que es una excepción, no una regla. No es, pues, este evento infrecuente un sustento determinante para justificar la no necesidad de respetar la ley pertinente por parte de los jueces que conocen garantías constitucionales.

3.- Justificar la exclusión de la posibilidad de cometer el delito de prevaricato en la hipótesis planteada dizque “en aras de una correcta tutela de los derechos constitucionales, y, a fin de salvaguardar la autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional” para nada constituye un razonamiento jurídico de peso, ni siquiera razonablemente creíble, pues no hay ninguna relación de causalidad necesaria entre no aplicar la ley pertinente en un caso concreto de garantía constitucional y la “autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional”. Lo uno no lleva a lo otro en forma real ni aparente.

El argumento de la “correcta tutela de los derechos constitucionales” tampoco es útil para sustentar la posición de la Corte, ya que de igual manera no hay relación de causalidad necesaria. En definitiva, la Corte Constitucional plantea quebrar el mandato supremo de *acatar y cumplir la ley* como símbolo de deber y responsabilidad ciudadana.

En efecto, el artículo 83 numeral 1 de la Constitución vigente ordena:

“Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”

Pero no sólo eso. La posición de la Corte supone también romper la básica e irremplazable regla de que “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus

funciones, o por sus omisiones...” contenida en el artículo 233 párrafo primero de la Ley suprema.

Por lo demás, la varias veces referida exclusión implica una discriminación respecto de los jueces que no conocen de garantías constitucionales, pues la Corte no los trata jurídicamente de igual manera a pesar de que ambos deben resolver conflictos judiciales. Esto en rigor de Derecho, pues en la práctica sería un despropósito gigantesco universalizar la irresponsabilidad ante la quiebra del deber de aplicar las leyes pertinentes en el caso concreto.

El principio de legalidad y la necesidad de cumplirlo no son un juego. Ya la Constitución publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967 determinaba con elocuencia en el artículo 3 que “Todo órgano del Poder Público es responsable, y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en las normas legales.”

El juego argumentativo que hemos referido obedece a un patrón conceptual: dejar sentada la prevalencia de los principios (no el de legalidad) sobre las reglas.

4.- Aquello de que la figura del delito de prevaricato en el sentido de fallar en contra de ley expresa es propia del **Estado legal**, es, lamentablemente, una afirmación temeraria que supone el desconocimiento de una realidad jurídica incontrastable: la vigencia plena del principio de legalidad, reconocido ya, como hemos revisado, en un sentido menos acabado que el actual, en el artículo 3 de la Constitución de 1967, y confirmado en diversas Constituciones ecuatorianas, y por supuesto en la actual. Parecería según la Corte que el principio de legalidad no está vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia proclamado en el artículo 1 de la Ley Suprema. Pero no hay tal, el artículo 226 de la Constitución lo describe explícitamente. Y más aún, el Estado ecuatoriano sigue siendo un Estado de Derecho.

El principio de legalidad pudo ser más enfático en el Estado legal de Derecho, pero está plenamente vigente y es imperativamente aplicable

y exigible en el Estado constitucional de derechos y justicia; lo que no significa que no haya una sólida primacía de la Constitución.

Si analizamos en perspectiva la afirmación de la Corte Constitucional es claro que habría un razonable espacio para considerar que cualquier infracción administrativa o penal fundada en la exigibilidad del cumplimiento de ley expresa ha perdido eficacia jurídica.

La razón es obvia: hemos “superado” el Estado legal de derecho. Nos rige el Estado constitucional de derechos y justicia. Además: igual razón, igual disposición. El espacio al que hacemos referencia también alcanzaría a la administración pública, situación realmente delicada, pues la ley es la fuente de la competencia administrativa a la vez que el freno o límite de las actuaciones de las autoridades y servidores de la misma naturaleza.

De un plumazo la Corte Constitucional—lo afirmamos, como siempre, con respeto— en la sentencia referida “mató” la necesidad de respetar la ley expresa, como sinónimo de regla, por parte de los jueces que conocen garantías constitucionales. *La razón de fondo de tan singular proceder es el privilegio de los principios por sobre las reglas, lo cual es muy propio del neoconstitucionalismo.* Para nosotros, lo decimos una vez más, el problema está en la estandarización o generalización de la primacía de los principios sobre las reglas. Aquellos pueden efectivamente derrotar a éstas, pero no por el solo hecho de ser tales.

¿Resistirá la ley la hostilidad del neoconstitucionalismo? ¡¡¡No sabemos hasta cuándo!!!

V. REFLEXIONES FINALES

El Derecho no es una ciencia exacta ni absoluta. Su desenvolvimiento y aplicación dependen de una serie de elementos, técnicos y operativos. Su estructura debe necesariamente recoger elementos de moralidad, pues el ser humano es moral. No obstante, la incorporación de expresiones de moralidad puede restarle objetividad, pero es un precio que hay que pagar,

pues desentenderse de esa necesidad puede traer consecuencias peores. ¿Cuántas porciones de moralidad deben tener las normas jurídicas? Difícil respuesta. Radicalizar la moral como componente del Derecho y sus normas es un grave error. El Derecho no es la moral que se canaliza por medio de normas jurídicas. Es regulación que debe tener ingrediente moral. El *deber ser* en función de la moralidad y de otros factores como los principios y los valores siempre será un tema difícil.

Aquello de que la Constitución ecuatoriana es axiológica, que está llena de valores da para construir las respuestas más extremas por parte de la Corte Constitucional, situación que resta certidumbre a los interesados, pues cada Corte puede tener apreciaciones diferentes respecto del deber ser, a su vez por factores de tipo personal de sus integrantes. La carga axiológica de las sentencias es reflejo de la carga axiológica de la Constitución. Tenemos que vivir con ello. Robert Alexy³⁵ planteó hace mucho tiempo que “mediante la incorporación de la moral por la vía de la pretensión de corrección, el derecho se encuentra a sí mismo cargado con los problemas del conocimiento y la justificación moral. Y ésta no es una carga pequeña.”

La lucha por el Derecho debe conducirnos a una lid intensa, diáfana y leal por los derechos. Son batallas para las que siempre debemos prepararnos. La victoria depende en parte de nosotros y en parte del legislador y de los operadores jurídicos. Debemos hacer realidad el derecho subjetivo, al cual lo entendemos como *el poder jurídico que tiene el titular del mismo o un tercero legítimamente habilitado para proteger las ventajas, beneficios o situaciones favorables que producen los bienes jurídicos comprendidos en el derecho, manteniendo su idoneidad, esto es, conservando tales ventajas, beneficios o situaciones o exigiendo su eficacia plena e integral.*

Cada uno tiene su derecho y los abogados estamos para batallar por él. La lucha por ese *poder jurídico* es una lid a favor de la sociedad, por ello y por nosotros mismos debemos llevarla con decencia y sin descanso.

35. En su obra “El concepto y la naturaleza del derecho”. Marcial Pons. MADRID. 2008. EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A. Página 49.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Constitución del Estado de Quito o “PACTO SOLEMNE DE SOCIEDAD Y UNIÓN ENTRE LAS PROVINCIAS QUE FORMAN EL ESTADO DE QUITO.” De 15 de febrero de 1812. Trama Ediciones. 2012. ASAMBLEA NACIONAL. REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2009-2013.

Constitución del Estado del Ecuador, de 1830, contenida en la obra “CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR” de Federico Trabucco. Universidad Central-Editorial Universitaria Quito-Ecuador, 1975.

Constitución Política del Estado Ecuatoriano, publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967.

Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de octubre 20 de 2008.

Sentencia No. 011-09-SEP-CC, caso No. 0038-08-EP, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 637 de julio 20 de 2009.

Sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015.

Sentencia No. 334-15-SEP-CC, caso No. 1830-11-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 654 de diciembre 22 de 2015.

Sentencia No. 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015.

Sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 479 del 2 de diciembre de 2008.

Sentencia No. 141-18-SEP-CC, CASO No. 0635-11-EP, del 18 de abril de 2018, conflicto laboral-constitucional, CERVECERÍA NACIONAL.

Artículo “NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO”, de Susana Pozzolo, contenido en el libro “Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos”. Palestra Editores. Lima 2011. Primera Edición.

“Apuntes de teoría del Derecho”. Luis Pietro Sanchís. Editorial Trotta. COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS. Serie Derecho. Sexta Edición. Madrid. 2011.

“neoconstitucionalismo y derechos fundamentales”. Miguel Carbonell. Cevallos editora jurídica. 2010. Quito. Ecuador.

“EL IMPERIO DE LA JUSTICIA”. Ronald Dworkin. Gedisa editorial. Editorial Gedisa S.A. Segunda edición. Barcelona. 2012.

“El concepto y la naturaleza del derecho”. Robert Alexy. Marcial Pons. MADRID. 2008. EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES.