

PARA UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA Y LEGITIMIDAD
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz, M.Sc. y D.H.C.

*Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Guayaquil,
Director del Postgrado en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional.
Miembro de la Academia Nacional de Historia del Ecuador.*

SUMARIO

I. La constitucionalización del orden jurídico.

II. La justicia como poder sancionador de la ley.

III. La justicia como expresión intercultural transnormativa de la diversidad.

IV. El papel de la jurisprudencia vinculante de la corte constitucional sobre la acción de protección.

Bibliografía.

“La justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ellas se sustentan la libertad y la igualdad”

SIMÓN BOLÍVAR

I. La constitucionalización del orden jurídico.

Sostiene acertadamente el tratadista italiano Luigi Ferrajoli (2004) que el modelo (o sistema) garantista de legalidad del Estado, no sólo condiciona al conjunto de las relaciones sociales (las juridifica), sino que también estructura vínculos sustanciales de justicia a la actividad sistémica de aquel (las legaliza). Correspondería consecuentemente que el derecho en su formulación -pero también en sus contenidos- sea coherentemente modulado con aquellos valores y principios esenciales que expresa la Constitución (Títulos I y II), los cuales configuran al ordenamiento socio-jurídico, los mismos que para el Ecuador serían: la libertad y la autonomía individual y colectiva con responsabilidad social y ambiental; la igualdad de acceso y de ejercicio para los ciudadanos/as en la promoción de las diferencias de carácter relevante; la inclusión y equidad sistémicas dentro de un régimen multiarticulado del buen vivir; la justicia sustancial y variada (ordinaria, indígena, alternativa, constitucional); la solidaridad distributiva y organizacional; la seguridad integral para la vida, la dignidad, la ocupación y para los bienes de las personas; y, la paz concebida como tolerancia, armonía y cooperación fructífera. Estos valores y principios enunciativo-práxicos conforman el plexo histórico-ético al que remite en el Preámbulo Constitucional la convivencia ciudadana diversa e inclusiva y la sociedad de la dignidad, enunciadas en calidad de características propias para nuestra organización colectiva, definiéndolas a manera de marco idóneo para ir conformando un país democrático.

Esta doble característica de dinámica en iter-actividad sistémica, se las asigna al Estado la propia constitucionalización del ordenamiento jurídico al consagrar la supremacía de los derechos humanos (artículo 425) y su vinculatoriedad *erga omnes* (artículo 426), la cual tiene como una de sus principales garantías a la denominada rigidez del texto constitucional, que nos permite emitir a partir del mismo: a) un juicio de validez sobre las propias normas integrantes del ordenamiento en calidad de control abstracto; b) un juicio de pertinencia y de adecuación de aquellas con los derechos en desarrollo; y, c) un juicio de consentimiento activo para dotarlas democráticamente de una legitimidad social e intercultural.

Adicionalmente cabe señalar que el reconocimiento de la participación y la consagración en la Constitución de mecanismos plebiscitarios y comunitarios de distinta índole (artículos 104, 105; y 57 numerales 16 y 17), nos permiten calificar al régimen político-constitucional promovido por aquella como el de una demo-diferencia intercivilizatoria, la cual incluye en su sistema político junto a la democracia representativa -imperante en la formación y en el funcionamiento del poder estatal- a las expresiones comunitarias étnico-culturales (indígenas, afroecuatorianas y montubias); a las organizaciones y asociaciones populares, sociales y gremiales; así como a cualesquiera otras de libre configuración (de género, etáreas, de intereses compartidos, de identificaciones variadas, etc.). Tanto la pluralidad asociativa y expresiva (simbólica) cuanto la diferenciación normativa de la estructura social¹ y la multiculturalidad característica de aquella, se expresan por medio del principio jurídico de la diversidad englobada, lo cual requiere de una trama flexible institucional tendente hacia la autogestión social a través de la deliberación pública intercultural² y de acciones que promuevan un proceso de empoderamiento ciudadano, fundado en la transnormatividad de los derechos, y, en el ejercicio de las libertades políticas individual y colectivamente.

II. La justicia como poder sancionador de la ley.

La tradicional legitimación del poder por medio de la representación que ostenta en virtud de su origen delegacional por elección y, del modelo práctico-jurídico de opinión pública referida a la expectativa de justicia, le confiere a éste atribuciones decisionales concentradas en autoridades provistas legalmente de competencias definidas, cuyas resoluciones se convierten en irresistibles por su

¹ “... el concepto de fuentes (en la constitución del 2008) no es exclusivo de la ley en sentido formal, puesto que existen otras tantas manifestaciones que no provienen necesariamente del Parlamento, ni del Estado en general, pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo”. Sentencia No. 001-10-FJO-CC, caso Indulac No. 0999-09-JF (R.O. 351 del 29 de diciembre del 2010).

² *Deliberación Pública es el conjunto articulado reticularmente de variados procesos comunicativos interculturales atravesados por múltiples sentidos; en los cuales intervienen indiscriminadamente los involucrados e interesados bajo principios de igualdad y diversidad (art. 23) en calidad de actores asimétricos cuyo poderío debe ser ponderado con un criterio de equidad, dentro del debate en torno a objetivos prefijados normativa o consensualmente, para garantizarles que puedan influir o determinar participativamente las decisiones que se adopten en relación a los servicios públicos o a las razones socio-políticas que sustentan a las reglas atinentes a las comunidades étnicas o a los colectivos culturales, y, a la ciudadanía.*

Dice al respecto el investigador y catedrático argentino Palti, que: “Todo debate racional pone en juego un determinado tipo de saber: el de las normas que lo articulan y hacen posible el mismo” PALTÍ, Elías José.- La invención de una legitimidad.- Fondo de Cultura Económica.- México D.F. 2005 pág. 56

carácter vinculante a condición de que ellas adquieran un carácter irreprochable en su formación -aun cuando fuesen cuestionables en su contenido-. Se consagra de esta manera, la supremacía del aparato estatal por medio de aquellas, al tornarlas obligatorias y controlables por el propio dispositivo que las consagra, en uso de su calidad de jerarquía dominante y del poder de coerción que posee.

Este poder punitivo como conjunto de prácticas sancionadoras sustentadas en potestades ejercidas por autoridades judiciales, administrativas y policiales, conforma con su actuación todo un sistema gradualizado de actuaciones criminalizantes, fundamentándolas en prescripciones disciplinarias en torno a determinados comportamientos sociales debidos, validándolas por medio de estructuras modélicas ajustadas a una moral heterónoma destinada a homogenizar la diversidad social, confinando así a la disidencia más allá de la discrepancia admitida.

La justicia -en este sentido estrecho que se le asigna como instrumento de la legalidad del Estado liberal de derecho- consistiría exclusivamente en garantizar ciertos comportamientos disciplinarios establecidos preceptivamente, los cuales deberían ser observados obligatoriamente por las personas individual o colectivamente (en un sentido mandatorio o en otro prohibitivo), ateniéndose para ello a la configuración jurídica que se les asigna en calidad de sujetos de los respectivos derechos.

Tal preceptuación se realizaría, por tanto, a través de prescripciones que adoptan la forma de reglas elevadas a la categoría superior de ley, cuyo detalle para su eficacia real se la efectúa por la burocracia y por la policía. Los contenidos abstractos de los derechos (declaraciones) se tornan así en variables por medio de los mecanismos establecidos para su aplicación, al conformar por medio de aquellos sus delimitaciones infranqueables en relación con otros derechos opuestos o concordantes, recurriendo para ello a criterios sobre la primacía del “bien público” cuyo portador e intérprete sería el propio Estado (de hecho su administración burocrática)³, consagrando a dichos criterios como cánones de obligatoria obser-

³ “Cada una de estas libertades (la personal, de prensa, de palabra, de asociación, de reunión de enseñanza, de religión) es proclamada (en la Constitución francesa de 1848) como el derecho absoluto del ciudadano francés; pero una nota marginal declara que no es ilimitada más que en tanto que no está limitada <<por los derechos iguales de los otros y la seguridad pública>>, o por las <<leyes>>, teniendo precisamente por fin realizar esa armonía”... “También la Constitución remite sin cesar a futuras leyes orgánicas que deberán desarrollar estas notas marginales y reglas de tal manera el goce de estas libertades ilimitadas, para que no entren jamás en conflicto entre sí, ni con la seguridad pública”... “Cada párrafo de la Constitución reafirma en efecto, su propia antítesis, sus propias cámaras altas y cámaras bajas: el texto principal acuerda la libertad, pero el comentario marginal la suprime”. MARX, Karl.- El XVIII brumario de Luis Bonaparte.- Editorial Claridad S.A. Buenos Aires 2008, págs. 37-38.

vancia (precedentes) formulados en la práctica administrativa, policial y jurisprudencial. La libertad ciudadana queda así aprisionada en una trama burocrática de prescripciones y de interdicciones, asignándosele la calidad de “súbdito de la ley”, la cual es acuñada y supervigilada por el propio Estado de derecho.

Esta concepción de justicia -aun incluso con su atenuación por las políticas de bienestar que fuesen promovidas bajo la cobertura del denominado Estado social- consagra estructuralmente una desigual y discriminatoria (en ocasiones hasta segregacionista) exclusión social⁴ y un tratamiento de los derechos como privilegios ocasionales otorgados.

Mientras continúen operando en gran medida estas prácticas estatales, basadas en la arbitrariedad “discrecional” del funcionariado; y, ejerciéndose incontroladamente por parte de sus integrantes el contenido punitivo de la potestad disciplinaria y sancionadora sobre los más pobres y marginados, a quienes se les aplican tipos punibles para “formas de ser” consideradas como anómalas (delincuenciales, desviaciones, disidencias, rebeldías, etc.) diferentes a los ilegalismos aplicables a comportamientos irregulares sujetos a infracciones, los cuales se reservan como meras presunciones para las actuaciones “económicas” de las clases poseedoras, seguirá teniendo vigencia para los primeros la sagaz aseveración del escritor estadounidense William Faulkner: “... ¿Acaso no es siempre injusta la justicia? ¿Acaso no está compuesta siempre de injusticia, de suerte y de lugares comunes, a partes desiguales?”.

III. La justicia como expresión intercultural transnormativa de la diversidad.

La legitimidad de un ordenamiento constitucional juridificado –entendida como un margen de aceptación que va, desde el consentimiento activo y una participación consciente en la esfera de la práctica social hasta la tolerancia y respeto a una normatividad positiva- no puede concebirse como un atributo que detenta el poder para justificar con ello su potestad coercitivo -sancionadora sustentada en un determinado régimen de prescripciones, bajo control de las respectivas autoridades. En realidad deberíamos considerar a la misma como un conjunto

⁴ “Lo que caracteriza... la realidad de la marginación es la exclusión de la comunicación social y la participación política, consecuencia del rol o status devaluado en que se encuentra. El marginado es un ser que no logra ver reconocidos plenamente sus derechos fundamentales, y, por tanto, satisfechas sus necesidades básicas, que aquellos salvaguardan.” Ballesteros, Jesús.- *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*. Editorial Tecnos, Madrid 2000 págs. 43-44

fluctuante de legitimidades variadas, diversas y heterogéneas en una sociedad plural, tanto por su origen (étnico y plurinacional), cuanto por su formación (autodeterminación) y funcionamiento (autónomo) tal como viene definida por el Preámbulo Constitucional. Dichas legitimades conformarían una constelación sistémica de valores y de visiones múltiples en un campo de poderío para procesos hegemónicos (Bourdieu), por medio de la cual se potencian constantemente las diferencias entre fuerzas y componentes sociales, ateniéndose para ello a una base de equidad y de inclusión, como la que se busca construir cual un régimen de desarrollo apropiado para el sistema articulado del buen vivir (artículos 275 y 340 de la Constitución):

“Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”.

“Art. 340.- El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo.

El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación.

El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población,

seguridad humana y transporte”.

Tan sólo desde esta perspectiva holística lograríamos el acceso expedito a una concepción de justicia material para un conjunto socio-cultural diverso como el nuestro, al cual no le sería aplicable un único estándar homogenizante de reglas producidas legislativamente y aplicadas administrativa y judicialmente, debido a que cada uno de los distintos procesos sociales constitutivos tendría como atributo específico un parámetro propio, en concordancia con su respectivo sistema de representaciones simbólicas y con los vínculos sociales que los congregan, condicionando la conformación de sus propias redes de sociabilidad provistas de identificaciones intra-comunitarias o endo-grupales propias (creencias, ritos y actividades lúdicas)⁵.

La justicia sustancial en el Estado Constitucional del Buen vivir consistiría por tanto, en un conjunto sistémico de proporcionalidad dúctil y fluctuante para derechos contrapuestos y diversos (desiguales), auto-regulados en su eficacia por medios legítimos y participativos como la producción normativa, las costumbres étnicas, la jurisprudencia y las decisiones administrativas; y, por las políticas públicas de inclusión y de equidad.

La transgresión in-disciplinaria del orden respectivo (asemejable a la infracción o al ilegalismo del que nos habla Foucault), sujeta a puniciones diversas (sanciones y penas legales, costumbristas o comunitarias), sólo puede ser referida al conjunto de los valores interculturales esenciales histórico-concretos ya mencionados (los valores que trae el Preámbulo). Ello nos permitiría proceder a enjuiciar exclusivamente ciertos comportamientos, acciones u omisiones de los sujetos dentro de una estructura de responsabilidad objetiva correspondiente al respectivo imaginario colectivo, despenalizando por tanto, todo aquello que no implique dis-valores evidentes u ofensas a bienes jurídicos o colectivos.

En consecuencia, la resolución de causas por los jueces en el Estado Constitucional debe responder a ese nuevo paradigma, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución, sujetándose para ello a lo establecido por el artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitu-

5 “Art. 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución”.

cional⁶, que contiene por lo menos tres ingredientes medulares elevados a la categoría de principios, a los cuales debemos entender como enunciados normativos mandatorios con fuerza obligatoria (Alexy: 2008) (Mora: 2009):

- a) El principio pro-homine de aplicación de la norma o interpretación más favorable para proteger la efectiva vigencia de los derechos, de conformidad con los artículos 11, numeral 5; 417 y 427 de la Constitución.
- b) El principio de optimización de los derechos para su real eficacia y aplicación máxima en su cumplimiento progresivo como establecen los artículos 11, numerales 7 y 8; y 426 de la mencionada norma suprema; y,
- c) El principio de la vinculatoriedad de los precedentes jurisprudenciales (stare decisis) para el desarrollo hermenéutico de los derechos previsto en el artículo 436, numeral 6 de aquella.

Para la extensión constante y permanente de la justicia en su aspecto sustancial resulta imprescindible desarrollar a la par y sin pausa, tanto el valor de la igualdad diferenciadora expresada en el numeral 2 del artículo 11 de la constitución⁷, cuanto la potenciación de aquella que acompaña a la equidad de trato reservado a los individuos, grupos y comunidades colocados en posición desventajosa; así como la libertad responsable que es característica para los nexos de solidaridad

6 “Art. 2 LOGJCC.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

- 1.- Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.
- 2.- Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.
- 3.- Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.
- 4.- Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

7 Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

que nos debemos como comunidad histórica. Sírvanos de referente al respecto la sabia enseñanza del Regenerador Juan Montalvo, quien sostenía refiriéndose a la justicia que: "... La igualdad es la esencia de esta virtud: el privilegio que traiga consigo disminución de pena para el delito por el cual a otros les echamos todo el rigor de la ley, destruye los fundamentos de la justicia, y pone a riesgo de perderse el gran equilibrio de la asociación civil que llamamos orden."

IV. El papel de la jurisprudencia vinculante de la corte constitucional sobre la acción de protección.

Al configurarse expresamente en la Constitución ecuatoriana como principio de aplicación inexcusable el de creatividad de normas para la eficacia plena de los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos (Título II) -el cual se torna en inclusivo de nuevas normas a través de su formulación por medio de una cláusula abierta hacia desarrollos ulteriores en torno a la concepción de la dignidad (artículo 11 numeral 7) y a los principios de evolución progresiva, así como al de prohibición de regresión (ibid 8),- estaríamos ante un cambio radical en la idea hasta entonces vigente, del acto normativo como producto exclusivo de la voluntad política, expresada bajo la forma de ley, al cual se lo reputaba como auténtico y exclusivo, al haberle sido asignada esta función en el Estado liberal de Derecho a la legislatura y a la administración, por otra novedosa concepción acerca del reconocimiento de fuentes categoriales de normas diversas provenientes de disposiciones preceptivas formuladas por distintas autoridades legítimas, vinculadas en su actividad a expresas mandatos de la Constitución; entre las cuales deben incluirse a las resoluciones de la autoridad étnica, dotadas asimismo de vinculatoriedad dentro de su ámbito jurisdiccional (artículo 171)⁸.

Dentro del conjunto de este novedoso sistema productor y garante de los derechos, posición privilegiada le corresponde a la Corte Constitucional por su calidad de jurisdicción de control constitucional y, sobre todo, por el papel que se

8 25.- *"Es el caso del ordenamiento constitucional ecuatoriano, desde el origen de la República, la ley fue la única fuente de derecho y la jurisprudencia solo tenía efectos inter partes, considerada en el mejor de los casos, y solo excepcionalmente, fuente auxiliar de interpretación, pero nunca regla de obligatorio cumplimiento"*. 26.- *"Esta situación cambió en la Constitución de la República del 2008 y se reconoció que el concepto de fuente no es exclusivo de la ley en sentido formal, puesto que existen otras tantas manifestaciones que no provienen necesariamente del parlamento, ni del Estado en general, pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo"*. (Sentencia N° 001-10-PJO-CC, caso N° 0999-09-JP Gaceta Constitucional 001 R.O. 351-29 diciembre 2010)

le asigna como superior intérprete de la norma suprema (artículo 429). Cabría precisar quizás a esta altura que tal posición rectora no es de ninguna manera excluyente, a causa del propio carácter vinculante de la Constitución para la actividad de los organismos de potestad y para la de las instituciones públicas, en los respectivos ámbitos en el que cada una de ellas desempeñan sus competencias (artículo 426).

En concordancia, la Constitución le confiere al máximo organismo de control la atribución de crear precedentes interpretativos de entre las sentencias de la propia Corte Constitucional, con fuerza vinculante tanto horizontalmente –en el sentido de razonamientos argumentativos que tiendan a convertirse en líneas jurisprudenciales- cuanto verticalmente, como referencias obligatorias para la resolución de casos puestos en conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y, para las decisiones que deba adoptar la administración pública (artículo 436 numeral 6; artículo 95 LOGJCC).

Consecuentemente, singular importancia adquieren las sentencias provenientes de la Corte Constitucional para el funcionamiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en particular para la formación de los susodichos precedentes vinculantes y para contribuir a conformar una sólida jurisprudencia constitucional que posibilite introducir una costumbre jurídica aplicable prospectivamente (con efecto general ex-nunc para los subsiguientes casos), respaldándose en la reiteración de soluciones judiciales apegadas a las disposiciones constitucionales.

Precisamente por medio de estas técnicas es como se lleva a cabo el proceso que el tratadista alemán Rudolf Smend denominase como de integración, por medio del cual se liga preceptivamente a una comunidad constituyente en su pluralidad y diversidad (como es la nuestra), con una norma que sea expresiva de los valores y principios conformantes de aquella, así como con el procedimiento legitimador de su concreción; y, con los métodos consagrados normativamente para la interpretación constitucional.

Dicho proceso constructivo debe servir para configurar una estructura simbólico- prescriptiva válida para la sociedad, en torno a una racionalidad práctica de corte dialógico dentro de una comunidad intercultural de variados intérpretes, cuya trama provenga de una viva deliberación pública conforme a los principios rectores de la participación ciudadana previstos por el artículo 95 de la Constitución, apelando a la cual se pueda ir conjugando diversos y múltiples intereses – incluso contrapuestos-, así como las respectivas visiones, creencias y costumbres en toda su heterogeneidad y diversidad. El precedente así conformado operaría

entonces como una técnica específica y adecuada, a la cual se pueda recurrir para alcanzar la ordenación de la jurisprudencia proveniente de distintos casos.

El principio *stare decisis* -cuyo antecedente lo encontramos en los denominados “ejemplos” recopilados y archivados por la cancillería del imperio romano- obliga a los tribunales a mantener los razonamientos (*rationes decidendi*) de las decisiones concretas adoptadas anteriormente, de acuerdo con lo que en el derecho anglosajón se denomina *case law*. Para evitar cualquier rígido conservatismo en el que podrían derivar estos precedentes, la doctrina acepta su reformulación (precisando los razonamientos, en que se fundamenta, ampliándolos temáticamente, o, reestructurándolos en su conformación), o, inclusive, la revocatoria e inaplicación debidamente argumentadas de sus reglas (*over ruling*) en determinados casos específicos.⁹

La promulgación y la vigencia de las disposiciones contenida en la norma constitucional, como se aprecia, es apenas el inicio de un fecundo y dinámico proceso de constante producción normativa dentro de ese proceso dialógico y democrático que es el juicio de constitucionalidad -sujeto además a las veedurías y al control ciudadano-. Cabría considerar por otra parte, que dichas normas supremas se emplean también para enunciar una asignación de competencia a favor de alguna autoridad normadora o institución, o, de alguna capacidad regulatoria sobre determinados aspectos de los derechos (sujeta en esta circunstancia a reserva para sus preceptos cuyo tratamiento recaería únicamente sobre la legislatura); así como para formular el respectivo procedimiento formativo de los preceptos y reglas; pudiendo igualmente configurarse por medio de ella determinados contenidos materiales concretos atribuibles a los derechos, cuya validez depende de su coherencia con los principios generales y específicos predeterminados en la misma norma.

Por otro lado, los significados legítimos de las normas, para ser considerados acordes con los valores constitucionalizados, deberán ser generados como producto interpretativo, desarrollado a partir de los métodos y de las reglas que se encuentran establecidos por el artículo 427 de la Constitución y por el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (LO-

⁹ “27.- La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Carta Fundamental. El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada”. *Ibid*

GJCC), con la finalidad de garantizar una motivación adecuada de las decisiones, requerida a su vez como condición para el debido proceso en su calidad de garantía jurisdiccional (literal l numeral 7 del artículo 76 de la Constitución y numeral 9 del artículo 4 LOGJCC).

La interpretación judicial de la Constitución deberá expresarse por ende, recurriendo a la formulación de distintos tipos de sentencias, propias del quehacer de un organismo de control con fuerza jurisdiccional como aquella de la que se encuentra provista la Corte Constitucional. Para ello, este organismo deberá sujetarse en su ejercicio dentro del ámbito abstracto o control sobre la normativa subconstitucional- por medio del cual se garantiza la unidad cohesiva y la coherencia- axiológica del ordenamiento jurídico- a principios y a reglas -siempre de conformidad con el artículo 76 de la LOGJCC- incluyéndose entre éstos el de integralidad sistemática y la de interpretación conforme, destinadas a compatibilizar la norma respectiva con el precepto de la propia Constitución.

Sobre la base del principio de preservación en lo posible de la ley como expresión legítima de la voluntad representativa, la sentencia constitucional deberá actuar preferentemente por el recurso de adecuación de la normatividad derivada de aquella a las disposiciones de la norma suprema (artículo 76 LOGJCC numerales 2, 3,4 y 5). Si consideramos para estos casos la doctrina y la experiencia internacional, podríamos intentar una clasificación tipológica de los llamados fallos interpretativos partiendo de que ellos sean, bien declarativos de inconstitucionalidad (o estimativos como se los designa en la teoría), o bien desechadores de la demanda –desestimativos- lo cual implica que nos encontraríamos frente a combinaciones diversas, dentro de estas dos grandes clasificaciones:

Sentencias Declaratorias (estimativas) totales o parciales	a) Alternativas Inconstitucionalidad en uno de los sentidos posibles de la norma.
	b) Manipulativas Inconstitucionalidad de la norma derivada de un texto, por defecto o incompletud (aditivas) o sustitutivas de una norma.
Sentencias desechadoras (desestimativas)	a) Pura y Simple
	b) Condicionales Declaran la posibilidad de inconstitucionalidad si se siguiera una interpretación determinada.

Adicionalmente tendríamos las llamadas sentencias aditivas, por medio de las cuales se supliría una ausencia de disposición normativa por parte del precepto examinado, con la finalidad de impedir la inaplicación efectiva de un derecho fundamental a causa de tal carencia u omisión, o por la cortedad prescriptiva del texto respectivo, por lo cual debería considerársela como incompleta para efecto de su eficacia. Es por tal vía del control incidental concentrado -que le corresponde ejercerlo a la Corte Constitucional- por donde se afronta fundamentalmente la inconstitucionalidad por omisión, como expresamente lo establece la Constitución (artículo 436, numeral 10).

Las omisiones legales que provocan inconstitucionalidad “...se verifican siempre que, mandando la norma reguladora de cierta relación o situación practicar cierto acto o cierta actividad en las condiciones que establece, el destinatario no la haga, no la haga en los términos exigidos, no lo haga en un tiempo útil, y que a ese comportamiento se liguen consecuencias más o menos adecuadas”. (Jorge Miranda).

La situación constitucional imperfecta que pudiese originarse ante la omisión normativa, amenazaría con viciar la vigencia de determinados derechos durante una extensión de tiempo (permanente o transitoriamente), o podría generar una carencia (laguna) que los afectase o que pudiesen generar una situación discriminatoria durante esos lapsos. Por tanto, la omisión puede ser cuasi-inconstitucional o inconstitucional de lleno, por lo que –apunta Javier Díaz Revorio- precisaría ser subsanada por medio de distintos fallos:

CASOS	SITUACIÓN	FALLO	EFECTO
OMISIÓN PERMANENTE	Inconstitucionalidad plena	Mandato imperativo y regulación temporal	Provoca legislación
TRANSITORIA	Cuasi-inconstitucionalidad	Requerimiento a legislativo	Provoca legislación
CARENCIAL	Inconstitucionalidad parcial	formula torio de regla	Adiciona regla
DISCRIMINATORIA	Inconstitucionalidad material o textual	Reparador y restaurador de igualdad	Establece procedimiento positivo

No podemos dejar de señalar por otra parte que, para darle el carácter de precedente a las sentencias de la Corte Constitucional, se requiere como condición *sine quanon* que ese organismo declare expresamente en la respectiva parte reso-

lutiva (*dictum*) de su fallo (*decisum*), que se ha conferido esa categoría al mismo, bien por consideraciones temáticas (antinomia o novedad), o, por consideraciones provenientes de su índole controversial (confrontación al precedente fijado o litigio actual en torno al alcance de sus reglas), apelando para ello a la facultad de selección de casos (*certioraris*) que le confieren los artículos 436 numeral 6 de la Constitución y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; pudiendo también ejercer esa atribución a través de la facultad de revisión de las sentencias judiciales ejecutoriadas, por medio del recurso a la acción extraordinaria de protección (art. 94 de la Constitución y art. 62 de la LOGJCC). Estos son precisamente los juicios a los que la teoría suele denominar como **casos emblemáticos** (*leading case*).

Además, el precedente precisaría para su formulación cabal, que se lo exprese a través de **reglas de derecho**, las cuales no se consideran como referidas exclusivamente al caso particular resuelto, situación que les permite alcanzar un nivel genérico de norma *erga-omnes*, cuyo **contenido obligatorio** faculta que las mismas puedan ser invocadas en distintas circunstancias, convirtiéndolas por tanto, en oponibles ante cualquier decisión de autoridad **con fuerza similar a la de la ley** positiva.

Por último, el precedente así establecido debe precisar el efecto del que se le provee en el tiempo, sobre todo si se considera en el mismo la retrospectividad de la que se provee a la solución dada, o, lo que es lo mismo, el efecto *ex-tunc* que se le otorga al fallo.

Estas reglas jurídicas que acompañan al precedente, a su vez, pueden ser: de simple aplicación (*to apply*) para los casos similares o análogos; o ser consideradas como regla a seguir (*to follow*) a futuro, por la semejanza entre los casos que permita una adecuación del fallo para el nuevo caso examinado; o, incluso, ser desechadas por el juez al considerar la necesidad para su fallo concreto de la separación del precedente (*over rule*) ante el carácter disímil y diferente del caso, por la cual demanda establecer un distanciamiento del precedente anterior (*to distinguish*). Sería imprescindible señalar al respecto que, estaríamos en tales casos bien en presencia de diversas líneas jurisprudenciales a partir de sentencias fundadoras, o bien ante fallos consolidadores;¹⁰ o, en caso contrario, ante innova-

10 “32.- La facultad de la Corte Constitucional relacionada al desarrollo de jurisprudencia vinculante, no siempre tendrá como efecto la generación o creación de reglas jurisprudenciales. En ese contexto, y en referencia al problema jurídico que se desarrolla, la regla jurisprudencial tendrá como finalidad la ratificación de una regla legislativa preexistente”. *Ibid*

ciones basadas en sentencias modificadoras y reconceptualizadoras.

Precisemos de paso que, las sentencias hito consolidadoras serían aquellas que definen una subregla de derecho constitucional, tras un balance más complejo que el aquel en que sustentase la inicial, como señala el tratadista colombiano Diego Eduardo López Medina.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert.- Teoría de los derechos fundamentales.- Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid 2008.

BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Günther.- La fuerza del derecho.- Editorial UNIANDES, Bogotá 2005.

CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARA MILCO, Leonardo.- El cánón neoconstitucional (editores).- Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010.

DIAZ REVORIO, F. Javier.- La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Palestra editores, Lima 2003.

FERRAJOLI, Luigi.- Derechos y Garantías. La ley del más débil.- Editorial Trotta, Madrid 2004.

FOUCAULT, Michel.- Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.- Siglo XXI editores S.A., México 2005.

GARAICOA ORTIZ, Xavier.- Perspectiva del régimen constitucional del buen vivir y del empoderamiento ciudadano.- Editorial de la Universidad de Guayaquil, 2009.

HÄBERLE, Peter.- El Estado Constitucional.- Editorial ASTREA S.A. Buenos Aires 2007.

MAFFESOLI, MICHEL.- La tajada del diablo. Compendio de subversión postmoderna.- Siglo XXI, México 2005.

MARX, Karl.- El XVIII brumario de Luis Bonaparte.- Editorial Claridad S.A. Buenos Aires 2008, págs. 37-38.

MEJIA QUINTANA, Oscar.- Derecho, legitimidad y democracia deliberativa.- Editorial Temis S.A. Bogotá 1998

MÍGUEZ, Daniel.- Delito y Cultura. Los Códigos de la ilegalidad en la juventud marginal urbana.- Editorial Biblos, Buenos Aires 2008

MORA RESTREPO, Gabriel.- Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales.- Marcial Pons, Buenos Aires 2009.

PALTI, Elías José.- La invención de una legitimidad.- Fondo de Cultura Económica.- México D.F. 2005 pág. 56

RAMÍREZ CARDONA, Alejandro.- El Estado de justicia.- Editorial Temis S.A. Bogotá 1996

SANDEL, Michael J.- Justicia ¿Hacemos lo que debemos?.- Random House Mondadori S.A. Bogotá 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa.- El milenio huérfano. Ensayo para una nueva cultura política. Editorial Trotta, Madrid 2005

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén.- Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano; en: El nuevo constitucionalismo en América Latina.- Corte Constitucional, Quito 2010.

Resumen

Un elemento sustancial para caracterizar al moderno Estado de Derecho, es la concepción en la que se fundamenta el principio de justicia, a partir del cual opera la respectiva garantía de igualdad para el ejercicio de los derechos que corresponden a la ciudadanía. El Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo objetivo es el régimen articulado del buen vivir (*sumak kawsay*) en un proceso de empoderamiento ciudadano, requiere definir como presupuesto para aquella a su legitimidad axiológica intercivilizatoria, diversa e intercultural, además de plurinacional, tal como viene expresado en el Preámbulo constitucional y en los principios generales del texto de ciudad de Alfaró. Sobre esa tipificación es que cabe pasar a redefinir la actuación judicial, concebida como procesos de permanente concreción para la eficacia de los derechos, para su desarrollo progresivo y para potenciar el contenido transformador de la norma suprema.

Palabras clave

Igualdad, inclusión y equidad social, interculturalidad, plurinacionalidad, justicia sustancial, empoderamiento ciudadano, régimen sistémico.

Abstract

A substantial element to characterize the modern Rule of law, is the concept which is based on the principle of justice, which operates from the respective guarantee of equality for the exercise of rights pertaining to citizenship. The constitutional state of rights and justice, which aims to articulate the “good life regime” (*sumak kawsay*) in a process of citizen empowerment, defined as budget requires that its legitimacy intercivilizatoria axiological, diverse and intercultural, as well as multinational as is expressed in the Preamble to the Ecuadorian Constitution and the general principles of his text. On this definition is that it should move to redefine the legal action, conceived as continuous processes for effective realization of rights, for their progressive development, maximizing the revolutionaries contents of this supreme law.

Keywords

Equality, social inclusion and equity, interculturality, multinationality, substantial justice, citizen empowerment, systemic regime.