

Cuestiones actuales del Derecho constitucional

**La curiosidad del jurista persa:
método y metodología para una enseñanza
emancipadora del Derecho constitucional**
Claudia Storini

**Valor jurídico del preámbulo
de la Constitución ecuatoriana vigente**
Juan Carlos Riofrío

**Ponderación *versus* subsunción jurídica:
¿la crisis de la certeza del Derecho?**
Sebastián López

**Igualdad, familia y matrimonio
en la Constitución ecuatoriana de 2008**
Alexander Barahona

**El recurso de casación ante el neoconstitucionalismo
garantista: crítica filosófica y constitucional
de una casación “de minimis”**
Pedro Izquierdo

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2015 • Número 23

FORO: revista de derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: Dr. César Montaña Galarza.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. Ernesto Albán Gómez.

COMITÉ EDITORIAL: Dr. Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Dr. Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Dr. Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. José Vicente Troya (+) (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (+) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Claudia Storini.

COORDINADORA EDITORIAL: Lcda. María José Ibarra González.

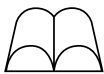
SUPERVISIÓN EDITORIAL: Jorge Ortega.

CORRECCIÓN: Fernando Balseca.

DIAGRAMACIÓN: Margarita Andrade R.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

FORO aparece en los índices *LATINDEX*, *Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, y *PRISMA, Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 23 • I semestre 2015

	Editorial <i>Claudia Storini</i>	3
TEMA CENTRAL	CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	
	La curiosidad del jurista persa: método y metodología para una enseñanza emancipadora del Derecho constitucional <i>Claudia Storini</i>	5
	Valor jurídico del preámbulo de la Constitución ecuatoriana vigente <i>Juan Carlos Riofrío</i>	27
	Ponderación <i>versus</i> subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho? <i>Sebastián López Hidalgo</i>	53
	Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008 <i>Alexander Barahona</i>	69
	El recurso de casación ante el neoconstitucionalismo garantista: crítica filosófica y constitucional de una casación “de minimis” <i>Pedro José Izquierdo Franco</i>	95
RECENSIONES	Jay D. White, <i>TOMAR EN SERIO EL LENGUAJE</i> , <i>por David Augusto García García</i>	131
	Roberto Viciano Pastor, Claudia Storini, edit., <i>INNOVACIÓN Y CONTINUISMO EN EL MODELO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO DE 2009</i> , <i>por Juan Carlos A. Estivariz Loayza</i>	137
JURISPRUDENCIA	Derecho a la vida, derecho a la salud y mala práctica médica: análisis desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana y los compromisos derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos <i>Daniel Felipe Dorado Torres</i>	141
	Colaboradores	163
	Normas para colaboradores	165

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 23 • I semester 2015

	Editorial <i>Claudia Storini</i>	3
MAIN THEME	CONTEMPORARY BEARINGS OF CONSTITUTIONAL LAW	
	The Curiosity of the Persian Jurist: method and methodology or an emancipatory education of the Constitutional Law <i>Claudia Storini</i>	5
	Legal value of the preamble of the Ecuadorian Constitution <i>Juan Carlos Riofrío</i>	27
	Weighing versus legal subsumption: ¿the crisis of law certainty? <i>Sebastián López Hidalgo</i>	53
	Equality, family, and marriage in the Constitution of Ecuador of 2008 <i>Alexander Barahona</i>	69
	Cassation appeal and the neo-constitutional garatism: doctrinal and constitutional critique of a “de minimis” cassation <i>Pedro José Izquierdo Franco</i>	95
REVIEWS	Jay D. White, <i>TAKE SERIOUSLY THE LANGUAGE</i> , <i>by David Augusto García</i>	131
	Roberto Viciano Pastor, Claudia Storini, edit., <i>INNOVATION AND CONTINUATION IN THE BOLIVIAN CONSTITUTIONAL MODEL OF 2009</i> , <i>by Juan Carlos A. Estivariz Loayza</i>	137
CASE LAW	The right to life, the right to health, and medical malpractice: analysis from the Colombian Supreme Court jurisprudence and the commitments under the American Convention on Human Rights. <i>Daniel Felipe Dorado Torres</i>	141
	Collaborators	163
	Rules for Collaborators	165

Editorial

El Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, desde su creación ha estado comprometida con el desarrollo del Derecho constitucional; en este contexto, varios números de la revista Foro han abordado temas constitucionales.

La presente entrega dedicada a “Cuestiones actuales del Derecho constitucional” tiene su motivación central en el intento de dar respuestas al debate acerca de los presupuestos del saber jurídico y en la posibilidad de (re)pensar y (re)construir una “teoría” del derecho constitucional que sea punto de encuentro de las diferentes realidades jurídico-políticas de la subregión andina, desde un pensamiento crítico capaz de promover nuevas alternativas. Además, si se entiende que el Derecho en general y el derecho constitucional en particular pretenden la búsqueda –más que la realización– de la justicia, difícilmente se puede prescindir de este.

Los estudios que constituyen este número reflejan el interés de articular desde la región andina y en conversación con otras regiones de América Latina proyectos intelectuales que ponen en debate pensamientos críticos con el objetivo de pensar fuera de los límites definidos por el positivismo jurídico, y con el propósito de construir modos de pensar (y por ende actuar) distintos.

Se trata, pues, de un esfuerzo por construir puentes de convergencia entre proyectos intelectuales, comunidades interpretativas, disciplinas que estudian diferentes ámbitos jurídicos y entre los saberes locales, todo ello con el fin de construir espacios que permitan cruzar y traspasar las fronteras (nacionales, étnicas, disciplinares, etc.) y que, al mismo tiempo, puedan estimular prácticas teóricas e intelectuales dirigidas a profundizar las problemáticas histórica y coyunturales de cada uno de los países pertenecientes a esta área geográfica. Estos espacios deben ser capaces de constituirse como cimientos sobre los cuales llegar a edificar nuevas respuestas en relación con las que existen, así como para profundizar los vínculos entre prácticas ejercidas dentro y fuera de la academia.

Por todo ello, este número de la revista debe considerarse como una respuesta a algunas de las innumerables problemáticas que el nuevo escenario constitucional plantea a los operadores jurídicos, una respuesta vinculada a la idea de que el derecho y su estudio tienen que servir para algo, esto es, que el derecho es lucha para el derecho que solo puede y debe emprenderse con el más alto rigor intelectual como

único elemento legitimador de los medios y del fin que todo investigador se propone defender para cumplir con su compromiso con la sociedad.

Bajo esta premisa, los cinco artículos de autores tanto ecuatorianos como extranjeros que se ponen a consideración en la presente edición, se apropian de relevantes cuestiones para el Derecho constitucional que transitan desde el análisis del método y la metodología para una enseñanza emancipadora del Derecho constitucional, a la problemáticas inherentes al concepto de familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008, pasando por la interpretación constitucional y la satisfacción del principio de seguridad; el valor de los preámbulos de las constituciones con especial referencia a la de Ecuador; así como por la problemática inherente a una “casación de minimis” en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio pro actione.

En igual sentido, las recensiones ofrecen un interesante y profundo análisis crítico-analítico de los libros elegidos, y, en consonancia con el pensamiento crítico que se propone fomentar esta revista, se aborda el análisis de una interesante sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana relacionada con el derecho a la vida, a la salud y la mala práctica médica.

De esta manera, la revista Foro una vez más expresa el propósito del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar de seguir fomentando el desarrollo del estudio crítico del Derecho constitucional.

Claudia Storini

La curiosidad del jurista persa: método y metodología para una enseñanza emancipadora del Derecho constitucional

*Claudia Storini**

RESUMEN

Docencia e investigación encuentran su unidad conceptual en el dios romano Jano, cuyos rostros miran uno hacia el pasado que condiciona lo que somos, nuestro presente, y el otro al futuro y que posee una relación especial con aquella autonomía de pensamiento que la investigación demuestra y la enseñanza transmite. De allí que haya que dilucidar los fundamentos de una función docente dirigida a una enseñanza emancipadora que pueden cumplirse desde dos presupuestos que conciernen al objeto sobre el cual se quiere enseñar y al método con el cual se trate de enseñar. El estudio de estos dos elementos permitirá demostrar que el objeto deberá ser siempre el mismo por más que sea susceptible de muy diversos enfoques: la realidad como problema. Y que el método de la docencia, y antes de la investigación, solo puede ser uno: la razón crítica.

PALABRAS CLAVE: Metodología, investigación, crítica jurídica, enseñanza emancipadora.

ABSTRACT

Teaching and researching have found their conceptual unity in the Roman god Jano, whose faces look for the past that condition what we are-our present, and look for the future and possess a special relationship with the independent thinking that researching shows and the teaching transmit. This shows that the fundamentals of a teaching role, conducted to an emancipatory education that can be applied from two premises which came from the object of what is thought and its method, has to be elucidated. The study of these two elements will show that the object must be always the same, even if there are various approaches-the reality as a problem; and teaching method, and before researching, only can be one-the critical reason.

KEYWORDS: Methodology, research, critical reason, critical legal, emancipatory education.

FORO

* Coordinadora del Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito arranca del convencimiento de que el buen docente, principal actividad universitaria, debe dedicar una importante parte de sus esfuerzos a la investigación como una parte relevante de su función. Y las universidades –y, desde luego, los poderes públicos– deben incentivar este aspecto si realmente el horizonte al que se mire es una enseñanza emancipadora.

Esta reflexión inicial induce a una primera determinación: docencia e investigación encuentran su unidad conceptual en un *Jano bifronte*, cuyos rostros miran uno hacia el pasado que condiciona lo que somos, nuestro presente, y el otro al futuro, y que posee una relación especial con aquella autonomía de pensamiento que la investigación demuestra y la enseñanza transmite.

De allí se pasará a dilucidar los fundamentos de una función docente dirigida a una enseñanza emancipadora que solo puede cumplirse desde dos presupuestos que conciernen, por un lado, al objeto sobre el cual se quiere enseñar y, por otro, al método con el cual se trate de enseñar.

Por último, se procederá a definir, desde una perspectiva emancipadora, el objeto –que en este caso será inherente al Derecho constitucional– y el método que le corresponde con la finalidad de llegar a demostrar que dicho objeto deberá ser siempre el mismo por más que sea susceptible de muy diversos enfoques: la realidad como problema. Y que el método de la docencia, y antes de la investigación, solo puede ser uno: la razón crítica.¹

En este sentido, el educador debe hacer siempre explícitos sus fines y presupuestos para que estos mismos puedan ser conocidos y, en su caso, criticados, en lugar de ocultarlos como suele hacer la educación dominante.

El segundo paso es indicar que el imperativo de dicha enseñanza es crear condiciones para el “ejercicio del poder” donde este término se refiriere al proceso en el que los estudiantes adquieren los medios para apropiarse críticamente del conocimiento existente fuera de su experiencia inmediata, para ampliar la comprensión de sí mismos, del mundo, y de las posibilidades de transformar los presupuestos acerca de la forma de convivencia social.

1. Francisco Tomás y Valiente, “La defensa de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, No. 16 (1982-1983): 165.

No obstante, si se quiere enseñar el Derecho de una manera emancipadora hay que pensar antes en un nuevo modelo de intelectuales que tengan la capacidad, la inteligencia, la entrega y el rigor académico que les permitan abordar con éxito una tarea tan complicada y difícil.

Norberto Bobbio es meridiano en indicar las consecuencias derivadas de la declinación por parte de los intelectuales de su deber de actuar como guardián del ejercicio legítimo del poder, o como un poder ideológico frente a los poderes políticos. Según este autor:

donde hay una perfecta correspondencia entre la dirección política y la ideología, o bien, donde al experto se le llama para que ofrezca sus servicios para una solución ya determinada de antemano, nos encontramos ante una sociedad que no es libre, cuyas connotación más características es la hegemonía de la política sobre la cultura, la reducción total de la esfera en la que se desarrollan las batallas teóricas a la voluntad de dominio de quien detenta el poder, con la consiguiente reducción de los ideólogos a adoctrinadores y de los expertos a mandarines.²

Si asumimos que los intelectuales representan en la actualidad un poder, esto es, el poder “ideológico”, según Bobbio, dicho poder “se ejerce sobre las mentes a través de la producción y la transmisión de ideas, de símbolos, de visiones del mundo y de enseñanzas prácticas, mediante el uso de la palabra”.³ En este sentido, los intelectuales ejercen una función política que el propio Bobbio llama “política de la cultura”.

Pero ¿cuál es la calidad que mejor identifica a este hombre de razón? El hombre de razón –según Bobbio– no apuesta porque, cuando no dispone de pruebas, duda; e incluso deberá dudar, cuestionar y recelar de las propias pruebas, y la duda solo puede resolverse a través del diálogo. Por tanto, la primera expresión de “la política de la cultura” es el diálogo.

Quien se instala en certezas dogmáticas cree que puede prescindir del diálogo. En cambio, quien duda sabe que debe mantener siempre abierta la comunicación con los otros y esta comunicación siempre es emancipadora porque es incluyente de la alteridad del pensamiento ajeno.

Partiendo de estos presupuestos, puede afirmarse que la duda y el diálogo deben impregnar la actividad docente dirigida a una enseñanza emancipadora, para desde allí formular toda consideración sobre el objeto y el método.

2. Norberto Bobbio, *La duda y la elección. Intelectuales y poder en la sociedad contemporánea*, trad. de Carmen Revilla (Barcelona: Paidós, 1998), 74-5.

3. *Ibid.*, 17.

OBJETO Y MÉTODO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El contenido de una ciencia se transmite de una generación de científicos a la siguiente por un proceso de enculturación. Este proceso supone un aprendizaje en el que el núcleo de la transmisión —el elemento primario que debe ser aprendido, probado, aplicado, criticado, cambiado— es el repertorio de técnicas, procedimientos, habilidades intelectuales y métodos de representación que se emplean para “dar explicaciones” de sucesos y fenómenos dentro del ámbito de la ciencia involucrada.⁴

La primera consideración conceptual que hay que tener en cuenta cuando se estudia el Derecho en general, y en particular el Derecho constitucional, es la distinción entre el objeto del discurso y el discurso en sí.

El objeto de la disciplina considerada es el Derecho constitucional, esto es: los textos constitucionales, los procesos institucionales, políticos y sociales en los que estos se gestan y cobran sentido, sus particulares formas históricas y contextuales y las conexiones entre estas formas.

La disciplina es, por otro lado, todo el andamiaje conceptual y teórico que se construye para la comprensión, el análisis y la transformación de esa realidad social. No obstante, es evidente que la historia del Derecho constitucional en tanto hecho social y cultural, y la de la disciplina científica que lo toma por objeto no son independientes. El saber jurídico es por tanto un saber condicionado por elementos históricos, políticos, humanísticos e ideológicos.

En este sentido, aunque se defienda una clara disyunción entre conceptos y metodologías del Derecho constitucional respecto de la ciencia política, no puede predicarse un aislamiento total entre ambos saberes. Jellinek señala que

el conocimiento político tiene la exigencia de que se produzcan sin cesar nuevas reglas de derecho; pero esta exigencia supone indefectiblemente un conocimiento profundo del Derecho Positivo; por eso tiene un gran valor para la Política el Derecho Político, porque sin este no puede dar ella respuesta a sus problemas. Una crítica de las instituciones vigentes de Derecho Público es un problema político; y esta crítica debe llevarse a efecto tanto cuando se estudie la doctrina general del Derecho Político, como cuando se trate de la especial de una institución particular y concreta. La ciencia del Derecho abandonaría una

4. Stephen Toulmin, *La comprensión humana: I. El uso colectivo y la evolución de los conceptos* (Madrid: Alianza, 1977), 168-9.

de sus funciones más nobles si redujese su obra a hacer aplicaciones al pasado y no tratarse de favorecer las fuerzas que ayudan a abrir el camino hacia el futuro.⁵

Por tanto, el objeto de estudio del Derecho constitucional será *la Constitución*. Así, toda definición del objeto de esta disciplina deba arrancar del concepto de Constitución.⁶ No obstante, este concepto es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones, y, por tanto, lo que se entienda por Derecho constitucional estará en función de la posición adoptada respecto a un “determinado” concepto de Constitución.⁷

Es así que la pregunta ¿qué es la Constitución? no puede responderse de manera general y unívoca, ya que, en primer lugar, hay que considerar que la normatividad de la Constitución vigente no es otra cosa que la de un orden histórico concreto, siendo la vida que está llamada a regular una vida histórico-concreta, y, por tanto “la única cuestión que cabe plantearse en la labor de exponer los rasgos básicos del Derecho constitucional vigente es la relativa a la “Constitución actual, individual y concreta”.⁸ Y, en segundo lugar, porque, aunque se tome en consideración una Constitución actual, individual y concreta, no puede recurrirse a un concepto consolidado o, cuanto menos mayoritariamente admitido, al no existir una opinión dominante al respecto.

Así lo entiende García Pelayo, cuando explica los tres grandes conceptos de Constitución: en primer lugar, el concepto racional normativo, que concibe la Constitución como un sistema de normas en el que de una sola vez y de manera total y exhaustiva se establecen las normas fundamentales del Estado, se regulan sus órganos, sus competencias y las relaciones entre ellos.⁹ En segundo lugar, el concepto histórico tradicional, para el que la Constitución no es producto de la razón, sino una estructura que se configura como resultado de una transformación histórica, y por tanto singular, en cada pueblo.¹⁰ Y, finalmente, el concepto sociológico, construido en función de la vigencia, en virtud del cual la Constitución es una forma del ser y no del deber ser, no es el resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente, es fundamentalmente realidad y no norma.¹¹

5. Georg Jellinek, *Teoría general del Estado* (Granada: Comares, 2000), 14.

6. Ver Konrad Hesse, *Escritos de Derecho constitucional* (Madrid: CEC, 1983), 3.

7. Manuel García Pelayo, “Derecho Constitucional Comparado”. En *Obras Completas*, vol. I (Madrid: CEC, 1991), 259 y s. Sobre el concepto pluridimensional de constitución, Klaus Stern es explícito al afirmar que [esta] “comparte con el Estado el destino de que su concepto tampoco es unitario, uno de los huesos más difíciles de roer de la ciencia jurídica”, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania* (Madrid: CEC, 1987), 202.

8. Hesse, “Concepto y cualidad de la Constitución”, 4.

9. Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 5a. ed. (Madrid: Alianza, 1999), 34-41.

10. *Ibíd.*, 41-6.

11. *Ibíd.*, 46-53.

No obstante, hay que poner de relieve que lo que sí existe es un criterio de conocimiento de la norma suprema en el que, al menos en su formulación literal, los autores suelen coincidir, a saber, el formal y el material. Y digo formulación literal porque tanto la Constitución en sentido material como la formal han sido definidas de formas muy diferentes entre ellas. Más aún, hasta desde el punto de vista literal, hay que destacar la diferencia existente en la doctrina italiana en relación con las categorías allí formuladas de Constitución en sentido formal, sustancial y material.

Como es conocido, se habla de “constitución sustancial” en relación con un problema diferente, aunque sí en conexión con la Constitución en sentido material, esto es, en relación con la determinación de las materias que, por su contenido, adquieren “sustancia” constitucional. En este sentido será la Constitución material que, al poner un orden entre los valores consagrados en la Carta constitucional, ofrecerá un criterio para la determinación de las materias intrínsecamente constitucionales y, por tanto, de la constitución sustancial.¹²

En relación con su finalidad, la Constitución material ha sido definida por De Otto como “el conjunto de normas cuyo objetivo es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de estos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos”.¹³ Desde otra perspectiva, como “la expresión inmediata, no elaborada jurídicamente, del deber ser profundo que mostrarían las estructuras históricas y sociales de la convivencia y por ello, también, el punto de referencia permanente con el que contrastar la efectividad existencial de las disposiciones jurídico-constitucionales”.¹⁴ Así como, una representación de la Constitución que

Aúne estrechamente en sí misma la sociedad y el Estado. La primera entendida como entidad dotada por sí misma de una propia estructura, en cuanto ordenada según un particular régimen en el que confluyen conjuntamente a un sistema de relaciones económicas otros elementos de índole cultural, religioso, etc. Que encuentra expresión en una determinada visión política, a saber, en un cierto modo de entender el bien común y que resulte sostenida por un conjunto de fuerzas colectivas que sean portadoras de su visión y consigan hacerla prevalecer dando vida a un verdadero orden fundamental.¹⁵

12. Carlo Mortati, “Costituzione”. En *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI (Milano: Giuffrè, 1962), 169; del mismo autor, *La Costituzione in senso materiale* (Milán: Giuffrè, 1998), edición inalterada, con presentación de Gustavo Zagrebelsky. Véase también Carlo Lavagna, *Istituzioni di Diritto Pubblico* (Turín, Cedam, 1970), 203.

13. Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1988), 86.

14. Javier Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”. En *Estudios de Derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico* (Madrid: Tecnos, 1997), 42.

15. Carlo Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico* (Padua: Cedam, 1975), 30.

Por otra parte, se ha dicho que la Constitución en sentido formal “coincide con la Constitución escrita e indica un cuerpo orgánico de normas constitucionales emanadas de los correspondientes actos de voluntad, consagradas en un documento solemne y revestidos de formas especiales”.¹⁶

García Pelayo señala que lo característico del Derecho constitucional es –desde la perspectiva formal– que se trata de “un conjunto de normas dotadas de mayor garantía de validez que la poseída por las restantes normas jurídicas”.¹⁷ No obstante, como el propio autor pone de relieve, existe en el origen una “estrecha conexión entre el carácter material y el formal de las normas constitucionales, de manera que la superior dignidad formal derivaba de la mayor importancia que tiene la materia constitucional con respecto al contenido del resto de las normas jurídicas”.¹⁸

En realidad, entre estos dos enfoques no existe separación, pues parece claro que la supra legalidad de la Constitución, su mayor dignidad formal, está en estrecha conexión con el aspecto sustancial de la misma, con la mayor importancia que tiene la materia constitucional comparándola con el resto de las normas jurídicas. En este sentido, el jurista no deberá quedarse en el mero precepto constitucional, sino hacer referencia a la Constitución formal para poner de relieve los desajustes, en el caso de que los haya, entre esta y la vida política real.

Sin embargo, las dos perspectivas han sido criticadas. La Constitución formal, por obviar la historia o por ser ajena a la Constitución real.¹⁹ La material, por comprender una diversidad de significados o por pretender la posesión de una intrínseca juridicidad que quiebra la normatividad del Derecho constitucional.²⁰

Considerando que la definición del objeto del Derecho constitucional desde un prisma estrictamente formal resulta obviamente insuficiente, y que puede llevar a error considerar la Constitución material como el reino del puro hecho político, de la lucha de poder, de la “materia constitucional” bruta ya que la Constitución material no es la esfera del “ser” que se contrapone radicalmente a aquella del “deber ser” resultante de la Constitución formal, puede llegarse a la conclusión que la Constitución formal y material son ambas normativas en el sentido que las dos cumplen una función ordenadora de conformidad tanto con los ajustes del poder como con las relaciones

16. *Ibid.*, 328.

17. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 383.

18. García Pelayo, “Constitución”. En *Obras completas*, vol. I (Madrid: CEC, 1991), 2947-68.

19. Entre otros, Lavagna, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 202.

20. Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, 53. En el mismo sentido se expresa De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 17.

políticas y sociales que se establecen entre los individuos y grupos.²¹ La diferencia existente entre una y otra está en su distinta normatividad. Por esto, contrariamente al sentido que en su origen adquieren estas dos nociones de Constitución, ellas no deben ser consideradas como opuestas sino como complementarias.

Como ha defendido Santi Romano, la Constitución material es la fusión de las líneas de tensión entre lo fáctico y lo normativo que resultan en conjunto del mismo devenir constitucional sin que nadie haya buscado deliberadamente esta fusión.²² La fuerza normativa de la Constitución escrita está siempre sometida a la condición de un difundido y prevaleciente reconocimiento que puede realizarse tan solo si hay congruencia entre las exigencias de las esferas de las relaciones constitucionales materiales y los contenidos de la constitución escrita. Por todo ello, la posición más acertada para definir el objeto del Derecho constitucional parece aquella que integra ambas posiciones. Y esto se identifica en aquella posición que, sin perder nunca de vista el carácter jurídico de la norma fundamental, postula una unidad material de ambas tendencias.²³

Así, la delimitación del objeto de la asignatura debe partir de una opción material en la que la forma constitucional tiene un valor instrumental como punto de referencia. En este sentido, prácticamente todas las respuestas dadas al problema giran en torno al mismo eje. De allí que el jurista debe estudiar una situación para diagnosticar necesidades y problemas para aplicar los conocimientos con fines prácticos, pero estos no deben entenderse como coincidentes con la pura búsqueda de su funcionalidad al margen de toda implicación valorativa y fáctica, ya que en este caso claramente se incurriría en un formalismo positivista.

La Constitución es normativa en todos sus extremos, y, frente a la idea de que la Constitución prefigura un orden que los poderes del Estado deben realizar o desarrollar, su respeto como norma exige que la misma se mantenga abierta a configuraciones distintas. Todo esto se traduce en el principio interpretativo de que la Constitución no puede contener por sí misma ni siquiera en embrión el régimen jurídico de las instituciones de que se ocupa, sino que deja *espacio abierto a la regulación legislativa dentro de los límites que ella misma establece*.²⁴

El jurista deberá, por tanto, a través de un pensamiento crítico, contribuir a que el Derecho se interprete de acuerdo con este límite que se identifica con la superioridad

21. Valerio Onida, "La Costituzione e i principi fondamentali". En Giuliano Amato, Augusto Barbera, *Manuale di Diritto Pubblico* (Bologna: Il Mulino, 1994), 90.

22. Santi Romano, *L'Ordinamento Giuridico* (Bologna: Sansoni, 1977), 25.

23. Gustavo Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto* (Turín: EGES, 1984), 28.

24. De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 47.

y normatividad de la Constitución.²⁵ Todas las normas de un ordenamiento jurídico se encuentran estrechamente interrelacionada entre sí y resulta imposible dividir las en compartimentos estancos e incommunicados.

Esta estructura relacional entre Constitución y Ley está llena de implicaciones para la Teoría del Derecho, la del Estado e incluso para la Teoría de la Democracia. No obstante, donde más fuerte se hace patente esta tensión entre realidad jurídica y esquemas conceptuales es en el ámbito de la teoría de la jurisdicción. En este sentido, se advierte:

las constituciones han mostrado una gran fragilidad para romperse y una gran debilidad para defenderse, a la vez que, una gran ductilidad para plegarse a la voluntad o intereses de sus “señores” (enemigos), [...] sin que los guardianes de la Constitución en sus diferentes niveles [...] hayan impedido el hecho, en sí mismo escandaloso del incumplimiento de la Constitución.²⁶

La incorporación en el texto constitucional de preceptos sustantivos debe ser compatible con el pluralismo político; el legislador es un poder que actúa libremente en el marco de este, lo cual requiere que, en muchos casos, el enunciado de estos preceptos constitucionales posibilite la existencia de muchas interpretaciones diversas. Al mismo tiempo la sujeción del legislador a la Constitución tiene como consecuencia que los límites puestos al legislador no sean otros que los establecidos por el juez constitucional a partir de la interpretación “jurídica” de los mismos preceptos constitucionales.

De aquí que una metodología adecuada a las exigencias de la época actual requiera también una concepción material de la jurisprudencia. Ello implica un constante enfrentamiento crítico con la jurisprudencia de los Altos Tribunales en relación –sobre todo– con la salvaguarda del principio básico del constitucionalismo, esto es, desde la defensa del principio democrático.

Todos los objetivos descritos no pueden realizarse sino a través de un método formal, es decir, de un método propio de la hermenéutica jurídica, pero al mismo tiempo desvirtúan –al menos en parte– el papel de la Teoría General del Derecho, en tanto que acercan inexorablemente el objeto de estudio a la realidad fáctica a la que se refiere.

No obstante, no puede olvidarse que –como manifiesta Larenz– “toda teoría jurídica del método se basa en una Teoría del Derecho o, por lo menos, contiene una teoría”.²⁷ En este sentido, si la Constitución es norma jurídica vinculante, su inter-

25. Carlo de Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 7 y s.

26. *Ibíd.*, 11.

27. Karl Larenz *Metodología de la ciencia del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1966), 7.

pretación deberá estar sujeta metodológicamente a la concepción que se tenga del Derecho y el método a seguir deberá, cualquiera que este sea, por lo menos consentir defender lo presupuestos del Estado constitucional que desde esta teoría se consideren como básicos.

Entonces, si por una parte el positivismo contribuye a reflexionar sobre lo dado, sobre lo que puede ser constatado, sobre las elementos positivos, proporcionados por la *norma normarum* y por los mecanismos técnicos y conceptuales ideado para su correcta aplicación, por otra, no es por sí mismo suficiente para dar cuenta de las problemáticas inherentes a las diversas realidades jurídicas que bajo diferentes influjos se vienen plasmando en cada uno de los ordenamiento jurídicos objeto de estudio.

En coherencia con esta última afirmación, hay que tomar en cuenta que la opción metódica que prevalece en el contexto del pensamiento jurídico y de la ciencia del Derecho ha sido por mucho tiempo la dogmática. Esta corriente se encarga de elaborar un conjunto definido y coherente de conceptos a partir de los preceptos y principios que hacen operativo el ordenamiento jurídico. Por “pensamiento dogmático” en la actualidad se suele entender la construcción doctrinal de la Europa continental clásica por excelencia, es decir, la teoría del Derecho que arranca desde el pensamiento jurídico-político germánico del siglo XIX, cuyos máximos exponentes fueron Gerber y Laband, y elabora un sistema de Derecho público a partir del análisis exclusivo de las normas, eliminando cualquier otro componente ajeno a estas.

El dualismo metodológico de Jellinek introduce los primeros cambios que, sin entrar a cuestionar la dogmática, añaden a la teoría jurídica del Estado la denominada teoría social del mismo.

La evolución teórica del mismo positivismo viene poco a poco cuestionando las bases de la vieja dogmática,²⁸ no obstante, y a pesar de ellas es sin duda el normativismo kelseniano y su *Teoría pura del Derecho* la que mayor influencia tendrá en el desarrollo del Derecho público del siglo XX.

La crisis que para el mundo occidental significaron los regímenes totalitarios y la Segunda Guerra Mundial puso en tela de juicio la concepción formal del Estado de Derecho, y abre su concepto a valores que encuentran reflejo en la Constitución, Smend defiende una concepción del Estado en virtud de la cual este aparece como una realidad a la vez espiritual y dinámica.²⁹ El Estado es una “unidad de sentido de

28. Acerca de los creadores de las diversas escuelas del pensamiento jurídico-público alemán, a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del siglo XX: Jellinek, Gierke, Mayer, Ihering, Triepel, Séller, Smend, etc. Véase la síntesis elaborada por Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. I (Madrid: Tecnos, 1980), 21 y s.

29. Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid: CEC, 1985), 62-3.

realidad espiritual” y el proceso que vivifica y actualiza esta unidad de sentido es lo que Smend denomina “integración”.³⁰ El proceso de integración se hará posible si existe una comunidad de valores no cuestionada situada más allá de la lucha política.

Los valores que constituyen el sustrato material de la comunidad tienen un carácter dinámico. No constituyen meramente un punto de referencia objetivado sino que deben entenderse como un conjunto de valores efectivamente vividos por los miembros de la comunidad. Los derechos recogidos por la Constitución son precisamente expresión del sistema de valores que constituye el sustrato integrador de la comunidad.³¹ Esta concepción de la Constitución como orden y sistema de valores, a través de Heller,³² ha llegado hasta hoy con la obra de Hesse.³³

Los planteamientos dogmáticos deben además conjugarse con las derivaciones teóricas de algunas de las más notables reacciones doctrinales frente a la hegemonía de la corriente dogmática y auspiciadas por las limitaciones de todo enfoque dogmático de cara a dar cuenta en manera solvente al fenómeno jurídico. Así el decisionismo de Schmitt,³⁴ el sociologismo jurídico de Duguit,³⁵ del institucionalismo italiano de Santi Romano,³⁶ y francés de Hauriou,³⁷ el realismo jurídico de Ross³⁸ y Olivercrona,³⁹ de la tópica y la nueva retórica con las aportaciones de Viehweg⁴⁰ y Perelman.⁴¹

Según la interpretación extensiva, propia de las diferentes teorías institucionalistas plasmadas en los escritos de Santi Romano, Smend y Schmitt, entre otros, la constitución coincide con la estructura organizativa de un grupo social y, por tanto, en el caso del Estado, también con la organización de su sociedad.

Dicha organización adquiere un carácter jurídico en tanto que es producto de la autodisciplina social que transforma la “fuerza” en “poder”, un poder que, según Jellinek, puede calificarse como poder jurídico supremo. La Constitución, por tanto, llega a ser entendida como disciplina del “supremo poder constituido” que se refleja en las múltiples identidades a las que cada ordenamiento reconoce la titularidad del poder y que son diferentes por cada uno de ellos.

30. *Ibid.*, 89.

31. *Ibid.*, 232.

32. Hermann Heller, *Teoría del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), 267 y s.

33. Hesse, *Escritos de Derecho constitucional*.

34. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982).

35. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel* (Paris: Fontemoiney, 1921).

36. Santi Romano, *El ordenamiento jurídico* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963).

37. Maurice Hauriou, *Principios de Derecho público y constitucional* (Madrid: Reus, 1927).

38. Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961).

39. Karl Olivecrona, *El Derecho como hecho* (Barcelona: Labor, 1980).

40. Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (Madrid: Taurus, 1964).

41. Chaim Perelman, *Lógica jurídica y nueva retórica* (Madrid: Civitas, 1979).

No obstante, afirmar que la Constitución coincide con el ordenamiento del poder supremo significa formular una declaración genérica en tanto que torna tarea imposible la individualización exhaustiva y satisfactoria del concreto ámbito material disciplinado por las normas constitucionales. Decir que la Constitución debe contener la parte fundamental de las normas del ordenamiento es de hecho una tautología.

Puede así resultar ilusorio formular catálogos de normas indispensables, ya que cada constitución elige formal o sustancialmente criterios propios de individualización de la materia constitucional, criterios positivos que ponen de relieve como dichos catálogos responden a juicios valorativos aprovechables para quienes los comparten y no necesariamente válidos para cualquier ordenamiento.

Por tanto, se llega una vez más a la conclusión de que es a cada ordenamiento constitucional positivo al que hay que referirse para conocer cuál es el real contenido de una constitución; un contenido que debe ser determinado teniendo en cuenta tanto la constitución formal como la constitución real, viviente, o sustancial, como quiera llamarse.

JURISPRUDENCIA, INTERPRETACIÓN Y METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO

En líneas anteriores se hizo referencia a que una metodología adecuada a las exigencias actuales requiere una concepción material de la jurisprudencia y que ello implica un constante enfrentamiento crítico con la jurisprudencia de los Altos Tribunales en relación, sobre todo, con la salvaguarda del principio democrático.

En este sentido, el debate metodológico con mayor influencia en la actualidad es el que ha venido desarrollándose en el mundo anglosajón y, sobre todo, en Estados Unidos.⁴² Este debate –que no se centra en el método del Derecho, sino en el método de interpretación de las normas constitucionales– constituye una importante y útil contribución a la comprensión de la relevancia metodológica del estudio de la justicia constitucional en el estudio de esta disciplina.

De la relevancia que ha adquirido la jurisprudencia constitucional en el análisis de todo sistema jurídico dan cuenta muchos autores, que llegan a denominar “positivis-

42. La perspectiva anglosajona ha sido estudiada, entre otros, por Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución* (Madrid: CEC, 1984); Juan José Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (Madrid: CEC, 1997).

mo jurisprudencial” al momento o etapa en la que nos hoy encontramos.⁴³ Al respecto, hay que poner de relieve que cada teoría de la interpretación, detrás de una cortina lógico-lingüística, esconde y desarrolla los problemas centrales del funcionamiento de los sistemas jurídicos. En este contexto, la lucha entre los diferentes componentes del Derecho para la atribución de un sentido a los textos normativos se transforma en la lucha por el control de los resultados hermenéuticos.⁴⁴

A partir de estas notas, y sus implicaciones, se explica que la aplicación e interpretación del Derecho constitucional cobre en esta época una importancia desconocida en toda su evolución, hasta el punto de situar la doctrina jurisprudencial y los problemas relativos a la formación de esa doctrina en el centro de referencia en torno al cual se ubican las cuestiones y problemas fundamentales de la reciente teoría constitucional.⁴⁵

Esta reivindicación jurisprudencial es explicable si se piensa en la invasión positivista de la Constitución; su formalización extrema no satisfizo en absoluto lo que es esencial en ella, a saber, la realización del Estado constitucional, de los valores de la libertad y la democracia. En la actualidad se ha recuperado la Constitución “jurídica” o normativa, pero el problema de la incapacidad crónica para ordenar normativamente el proceso político permanece, la completa coincidencia entre realidad y norma es solo un hipotético caso límite.⁴⁶ En estas condiciones, y aun para aquellos que rechazan el concepto de Constitución en sentido material,⁴⁷ la Constitución se configura como un conjunto de fórmulas abiertas que, de una u otra forma, han de realizarse, y en cuya interpretación y realización la jurisprudencia constitucional tiene una importancia decisiva.

En este contexto, el de las sociedades pluralistas contemporáneas, Zagrebelsky ha explicado con convicción y realismo la posición y funcionalidad de las constituciones abiertas; para el profesor italiano, la debilidad del principio unitario de organización

43. Pedro de Vega, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, No. 1 (1998): 85. Véase también Francisco Rubio Llorente, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4 (1982): 35 y s.; Gregorio Peces Barba, “La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”, *Rivista Trimestrale di Diritto Costituzionale*, No. 4 (1984): 1010 y s.; Louis Favoreu, “L’apport du Conseil Constitutionnel au Droit public”, *Pouvoirs*, No. 13 (1980): 17 y s.; Gustavo Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale* (Bologna: Laterza, 1977).

44. Luigi Mengoni, “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”, *Jus*, No. 2 (1976), 34; las mismas reglas a las que se atribuye una determinada formulación lingüística intentan guiar la acción de individuos desconocidos en circunstancias concretas variables sin que sea posible prever exactamente los resultados a los que conducirán ya que “si las reglas fueran el resultado no se necesitarían los intérpretes”.

45. Pedro de Vega, “El tránsito del positivismo jurídico...”, 89.

46. Hesse, *Escritos de Derecho constitucional*, 63; y P. Cruz Villalón, en “Introducción” en la misma obra, XXI y XXII.

47. Véase Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, 42-54.

política que deriva de la soberanía explica también que el significado de los conceptos empleados en el análisis científico del Derecho público no sea unívoco sino variable. De ahí que ese significado “deba ser construido”: “por usar una imagen, el Derecho Constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles composiciones de esos materiales”.⁴⁸

De esta concepción del Derecho constitucional se deriva que, en las sociedades pluralistas, es decir, “dotadas de un cierto grado de relativismo”, a la Constitución se le atribuye la función de realizar “las condiciones de posibilidad de vida en común”, no la tarea de establecer un proyecto predeterminado y cerrado, posibilidades a partir de las cuales se abre la competición para imprimir al Estado una u otra orientación política, siempre dentro del ámbito del compromiso constitucional. Se propone, en consecuencia, sustituir la función ordenadora de la soberanía del Estado por la “soberanía de la Constitución”, un concepto de Constitución abierta –no centro del que todo deriva sino punto en el que todo converge–.⁴⁹

Zagrebelky recoge de Hesse y Häberle el rechazo del imperativo teórico de la no contradicción (válido para la *scientia juris*) por ser este un obstáculo para la labor (propia de la *jurisprudencia*) de intentar realizar *positivamente* la “concordancia práctica de las diversidades”; el autor concluye:

los constitucionalistas saben que el Derecho Constitucional, invocado en las salas de los tribunales constitucionales, en las aulas universitarias y en todos los lugares en los que puede ejercer una influencia sobre la realidad, tiene que mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente la perspectiva de una de las partes. Saben, en fin, que hoy existe contradicción entre el Derecho Constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado.⁵⁰

Este planteamiento se agrega a la hoy asumida función normativa –negativa y positiva– de la jurisprudencia constitucional, deudora en buena parte del sistema jurídico del *common law*, en el que se reconoce la capacidad del juez de crear normas jurídicas de carácter general, con eficacia *erga omnes* y no solo *inter partes*,⁵¹ y de la recepción

48. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón (Madrid: Trotta, 2003), 13.

49. *Ibíd.*

50. *Ibíd.*, 16. Al hablar de una realización positiva, Zagrebelsky subraya que el intento de llevar a buen puerto esa concordancia práctica debe fundamentarse “no en la amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto”.

51. Luis López Guerra, “El Tribunal Constitucional y el principio ‘stare decisis’”. En *El Tribunal Constitucional*, vol. II (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981), 1438.

del concepto norteamericano de Constitución, que sitúa a esta en el centro del sistema, en perjuicio del legislador.⁵² Así, se ha podido decir que una Constitución que se considere “clave normativa del sistema” pero que carezca de un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y efectividad en los casos cuestionados, se convierte en una norma “herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por la simple prevalecía fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. El conflicto constitucional se convierte entonces en una fractura irrestañable del consenso básico, que la Constitución está llamada a asegurar”.⁵³

Esta “relevancia legislativa” de la jurisprudencia en la dinámica político-constitucional, llevada a un cierto límite, alerta sobre otras cuestiones no solo teóricas. Entre ellas, en primer lugar, la legitimidad democrática del alcance legislativo de la jurisprudencia en sistemas de democracia representativa.⁵⁴ Y, en segundo lugar, la apertura estructural de la Constitución que, en opinión de algunos autores, puede dar lugar a un vaciado de su normatividad que luego venga a rellenarse con principios de decisión ajenos al texto constitucional, pero a los cuales se les atribuye fuerza normativa.⁵⁵

En fin, desde la perspectiva de los estudiosos del Derecho, de la ciencia jurídica, la importancia de la jurisprudencia no es negada, aunque sí matizada o, en algunos de sus aspectos, criticada. Así, se ha dicho que la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales ha sido motor de una doctrina que, en buena parte, se ha dedicado a comentar el trabajo de estos órganos (el “seguidismo”), pero que pocas veces ha realizado una crítica profunda de la misma o una elaboración propia de “materiales aptos

52. Véase Francisco Rubio Llorente, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 2 y No. 4 (1982): 42 y 3.

53. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1985), 186. Véase también el prólogo del mismo autor a B. Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana* (Madrid: Civitas, 1980), 13.

54. Al respecto, John Ely advierte: “the central function, it is at the same time the central problem of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like”, *Democracy and distrust: A theory of judicial review* (Harvard: Paperbacks, 1981), 4 y 5; Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, 498 y 499, define el control sobre el poder legislativo como indefectible invasión exterior del ámbito funcional reservado al Parlamento, aunque volviendo a plantear el problema de la falta de legitimidad de los tribunales. Véase también, Roberto Blanco Valdés, “Vigilar al legislador, vigilar al vigilante (legitimidad del control de constitucionalidad y selfrestraint judicial en los orígenes del sistema norteamericano: un breve apunte histórico)”. En *La justicia constitucional en el estado democrático*, coord. por Francisco Javier Díaz Revorio, Eduardo Espín Templado (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 17-42; Francisco Fernández Segado, *Aproximación a la ciencia del derecho constitucional (su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método)* (Lima: Ediciones Jurídicas, 1995), 165; Claudia Storini, “Sobre quién reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”. En *Perspectivas constitucionales* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 1-41; de la misma autora, “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *Foro. Revista de Derecho*, No. 9 (2008): 35-61.

55. Fernando Bastida Freijedo, reivindicando sus raíces kelsenianas, en el “Prólogo” a E-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), 10.

para la interpretación, aplicación y crítica del Derecho puesto por el legislador”;⁵⁶ llegando en algunos casos a la extrapolación por los autores de cualquier afirmación del intérprete supremo, de aseveraciones que se formulan como *obiter dicta* o acompañamientos doctrinales o eruditos, y que acaban apareciendo como máximas para la interpretación constitucional o dogmas irrefutables.⁵⁷

En definitiva, aunque reconociendo el importante valor de la jurisprudencia constitucional, reducir a ella la problemática constitucional puede ser un error, pues se dejarían de lado cuestiones esenciales del Derecho público, como es, por ejemplo, la de dar sentido y coherencia al principio democrático.⁵⁸

LOS ENFOQUES METODOLÓGICOS DE UNA ENSEÑANZA EMANCIPADORA

El método que deberá presidir la actuación del constitucionalista deberá ser por tanto un método dogmático, en el sentido antes descrito, y desde la conciencia de que la ciencia del Derecho constitucional es una ciencia social, histórica, e ideológicamente condicionada; por ello el método deberá ser capaz de incluir también realidades extrajurídicas y tener como hilo conductor la defensa del principio democrático.

Como se intentó demostrar en los apartados anteriores, la metodología de la investigación en el Derecho es por sí compleja debido a la dificultad de aprehensión del objeto de estudio, por definición variable, con capacidad asombrosa de cambio en períodos cortos, lo que, a su vez, forma parte de la misma concepción del Derecho constitucional como la búsqueda de un proyecto de vida en común con capacidad para resolver pacíficamente los conflictos, y que por lo tanto, debe responder a la preeminencia de determinados valores sociales, por su propia naturaleza cambiante.

Estas breves referencias indican que es característica de todo ordenamiento la constante búsqueda de conciliación entre la inmovilidad de sus normas originarias y las orientaciones políticas marcadas por los órganos constitucionales bajo el empuje dinámico de fuerzas externas.⁵⁹

56. Angél Garrorena, “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, No. 21 (2008): 42. Ania Peter Häberle, “Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale tedesca in materia di diritti fondamentali”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año XLI (1996): 2885.

57. Luis López Guerra, “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, No. 21 (2008): 43.

58. Pedro de Vega, “El tránsito del positivismo jurídico...”, 87.

59. Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, 62-3.

La doctrina de la Constitución en sentido material interviene para ofrecer una justificación a la relación entre perfil formal y sustancial de la Constitución, además que para individualizar el fundamento primario de la misma.

En cada ordenamiento existen normas constitucionales relativas a las decisiones fundamentales acerca de la organización de la institucionalidad estatal y del estado-comunidad, así como de las relaciones entre instituciones y comunidad y de aquellas entre estado-ordenamiento y comunidad internacional. Dichas normas derivan y están condicionadas por un principio originario que constituye al mismo tiempo el núcleo efectivo de la entera organización constitucional. Este principio es el resultado del juego de las fuerzas dominantes que se mueven en el ordenamiento y se propone como la elección de base que condiciona todos los demás principios que regulan la vida social y jurídica.

En este sentido, la constitución material llega a garantizar la unidad en la valoración interpretativa de las normas existentes y permite la individualización de los límites de la continuidad y de las mutaciones del Estado, y ser ella misma parámetro de referencia.

Los principios constitucionales sustanciales revisten por tanto un papel esencial para la comprensión de una constitución, y es a ellos a los que hay que hacer referencia para individualizar su íntima esencia.

Las normas constitucionales formales constituyen un necesario punto de partida en el proceso interpretativo, pero sería un error basarse solo en ellas, en tanto que el verdadero significado de la mayoría de los institutos formalmente inmutados en el tiempo solo puede entenderse teniendo en cuenta el valor fáctico que en este mismo tiempo han adquirido.

En este sentido, hay que entender lo constitucional como incluyente de dos elementos: la normatividad y la realidad constitucional. De tal manera que el carácter específico de las normas constitucionales viene predeterminado por sus elementos materiales, lo cual ha permitido a Heller afirmar que “la legalidad normativa propia del Derecho Constitucional solo se puede concebir, en último término, partiendo de la compleja conexión que existe entre el Derecho como norma objetiva y la realidad social total”.⁶⁰

Esta interacción entre las categorías normativas y los fenómenos reales no hace sino ampliar el contenido de la Constitución que se manifiesta en una tendencia expansiva de las categorías normativas constitucionales más allá de la propia Constitución. Nieto ha evidenciado la imposible completitud de la Constitución y los efectos

60. Heller, *Teoría del Estado*, 280.

negativos de una fe desmedida en la virtualidad o, más bien, en la omnipotencia normativa de la misma.⁶¹

Finalmente, si se vuelve a la predisposición, a la duda, y al diálogo como cualidades del que trata de enseñar, así como a la relativización del rol del método positivista, y consecuentemente de la teoría general del derecho como instrumentos de trasmisión del conocimiento, quizás sea posible entender la referencia que hace el título de este ensayo a “la curiosidad del jurista persa”.⁶² Y ello debido a que, si suponemos que en un rincón de Persia habita un jurista que carece de cualquier tipo de información, por ejemplo, acerca del Estado constitucional de derechos y justicia instaurado en Ecuador con la constitución de 2008, pero, por una misteriosa razón, desea conocer la regulación de los derechos de participación en dicho país, de la lectura de la Constitución y de las leyes que la implementan, nuestro investigador llegaría a conclusiones que distan mucho de la realidad político-constitucional relativa al desarrollo de los mismos.

Así, la curiosidad del jurista persa solo sirve como metáfora de la principal toma de postura de esta comunicación que se traduce en que la enseñanza en este ámbito debe siempre estar vinculada a la realidad social en la que se plasma la constitución material o sustancial, así como a la idea de que el Derecho y su estudio tienen que servir para emancipar una determinada sociedad, esto es, que el Derecho es lucha para un Derecho transformador. Una lucha que solo puede y debe emprenderse desde un determinado contexto fáctico, considerando la realidad como problema, y con el más alto rigor intelectual, en tanto que únicos elementos legitimadores de los métodos y del fin que todo docente e investigador se propone defender para cumplir con su compromiso con la sociedad. Solo de esta forma se evitará transmitir una visión elusiva de la realidad y se podrá entender que la Universidad no puede ser escuela de escapistas, ni un lugar donde se repitan tales o cuales mitos o ideas, mera caja de resonancia donde, en lugar de pensar nosotros mismos, otros piensen por nosotros, y al expropiar nuestro propio pensamiento nos incapaciten por siempre jamás para comprender la realidad que nos circunda y nos concierne. A la universidad se viene para pensar, para hacer ciencia y para transmitirla.

61. Alejandro Nieto, “Peculiaridades jurídicas en la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, No. 100-102 (1983); véase también, del mismo autor, “El positivismo jurídico y la constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 26 (1989).

62. La figura del jurista persa es bien conocida entre los estudiosos españoles de Derecho constitucional. Fue utilizada de forma brillante por el profesor Cruz Villalón, para explicar en 1981 la estructura del Estado configurado por la Constitución de 1978.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984.
- Asensi Sabater, José. *La época constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- Blanco Valdés, Roberto. “Vigilar al legislador, vigilar al vigilante (legitimidad del control de constitucionalidad y selfrestraint judicial en los orígenes del sistema norteamericano: un breve apunte histórico)”. En *La justicia constitucional en el estado democrático*, coordinado por Francisco Javier Díaz Revorio y Eduardo Espín Templado. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Bobbio, Norberto. *La duda y la elección. Intelectuales y poder en la sociedad contemporánea*, traducción de Carmen Revilla. Barcelona: Paidós, 1998.
- . *Liberalismo e Democrazia*. Milán: Franco Angeli, 1985.
- De Cabo Martín, Carlos. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- . “Capítulo I: El marco metodológico”. En *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, vol. 1. Barcelona: PPU, 1988.
- . “El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo”. En *Derecho Constitucional y Cultura*, coordinado por Francisco Balaguer. Madrid: Tecnos, 2004.
- . “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 1 (1998).
- . “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”. En *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: Universidad Autónoma de México, 1997.
- . “Propuesta para un constitucionalismo crítico”. *Jueces para la democracia*, No. 76 (2013).
- . “Transformaciones actuales del Estado y del Derecho: perspectivas teóricas”. En *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, coordinado por Javier Corcuera Atienza y Miguel Ángel García Herrera. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997.
- De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1988.
- De Vega, Pedro. “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 1 (1998).
- Duguit, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. París: Fontemoiney, 1921.
- Ely, John. *Democracy and distrust: A theory of Judicial Review*. Harvard: Paperbacks, 1981.
- Fernández Segado, Francisco. *Aproximación a la ciencia del derecho constitucional (su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método)*. Lima: Ed. Jurídicas, 1995.
- Favoreu, Louis. “L’apport du Conseil Constitutionnel au Droit public”. *Pouvoirs*, No. 13 (1980).
- . *Les Cours constitutionnelles*. París: PUF, 1986.

- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
- García Pelayo, Manuel. “Derecho Constitucional Comparado”. En *Obras completas*. Madrid: CEC, 1991.
- Garrorena, Ángel. “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional”. *Teoría y realidad constitucional*, No. 21 (2008).
- Giannini, Massimo Severo. “Stato sociale: una nozione inutile”. En *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I. Milán: Giuffré.
- López Guerra, Luis. “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional”. *Teoría y realidad constitucional*, No. 21 (2008).
- Häberle, Peter. “Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale tedesca in materia di diritti fondamentali”. *Giurisprudenza Costituzionale*, año XLI (1996).
- Hauriou, Maurice. *Principios de Derecho público y constitucional*. Madrid: Reus, 1927.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. Granada: Comares, 2000.
- Jiménez Campo, Javier. “Contra la Constitución material”. En *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Madrid: Tecnos, 1997.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1966.
- Lavagna, Carlo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Turín: Cedam, 1970.
- López Guerra, Luis. “El Tribunal Constitucional y el principio ‘stare decisis’”. En *El Tribunal Constitucional*, vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos, 1980.
- Mengoni, Luigi. “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”. *Jus*, No. 2 (1976).
- Moreso, Juan José. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1997.
- Mortati, Carlo. “Constituzione”. En *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI. Milano: Giuffré, 1962.
- . *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Padua: Cedam, 1975.
- . *La Costituzione in senso materiale*. Milán: Giuffré, 1998.
- Nieto, Alejandro. “El positivismo jurídico y la constitución de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 26 (1989).
- . “Peculiaridades jurídicas en la norma constitucional”. *Revista de Administración Pública*, No. 100-102 (1983).
- Olivecrona, Karl. *El derecho como hecho. Lo estructura del ordenamiento jurídico*. Barcelona: Labor, 1980.

- Onida, Valerio. “La Costituzione e i principi fondamentali”. En *Manuale di Diritto Pubblico*, Giuliano Amato, Augusto Barbera. Bolonia: Il Mulino, 1994.
- Peces Barba, Gregorio. “La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”. *Poder Judicial*, No. 6 (1983).
- Perelman, Chaim. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979.
- Romano, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- . *L'Ordinamento Giuridico*. Bolonia: Sansoni, 1977.
- Ross, Alf. *Hacia una ciencia realista del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- Rubio Llorente, Francisco. “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4 (1982).
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- Smend, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1985.
- Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*. Madrid: CEC, 1987.
- Storini, Claudia. “Sobre quién reposa la tortuga?: A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”. En *Perspectivas constitucionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- . “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”. *Foro. Revista de Derecho*, No. 9 (2008).
- Tomás y Valiente, Francisco. “La defensa de la Constitución”. *Revista de Derecho Político*, No. 16 (1982-1983).
- Toulmin, Stephen. *La comprensión humana: I. El uso colectivo y la evolución de los conceptos*. Madrid: Alianza, 1977.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964.
- Zagrebel'sky, Gustavo. *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*. 5a. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003.
- . *La giustizia costituzionale*. Bologna: Laterza, 1977.
- . *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*. Turín: EGES, 1984.

Fecha de recepción: 26 de enero de 2016
 Fecha de aprobación: 9 de marzo de 2016

Valor jurídico del preámbulo de la Constitución ecuatoriana vigente

*Juan Carlos Riofrío**

RESUMEN

Se analiza aquí el preámbulo de la Constitución ecuatoriana desde varias perspectivas. Inicia con un estudio abstracto sobre la naturaleza y funciones más importantes de los preámbulos, como la función relacionada con la interpretación de la misma Constitución y de otras normas del ordenamiento jurídico (Cap. I). Luego se revisan los contenidos que los preámbulos constitucionales suelen tener, en Ecuador y en el mundo, como la cuestión del fundamento de la misma norma suprema y el nombre con que se designará (Cap. II). Con estos antecedentes, se analiza el sentido específico de los diversos incisos que conforman el Preámbulo de la Constitución de 2008, dando especial importancia a los que mencionan los fines constitucionales y el nombre de Dios (Cap. III). Finalmente, se recogen algunos temas que no aparecen en el preámbulo vigente (Cap. IV).

PALABRAS CLAVE: Preámbulo, normas declarativas, fines constitucionales, Nombre de Dios, interpretación.

ABSTRACT

This paper analyze the Preamble of the Ecuadorian Constitution, from many perspectives. It begins studying the most important functions of preambles, like those related with interpretation of the same Constitution and interpretation of other laws (Chap. I). Next, we define which subjects preambles use to consider, in Ecuador or in other constitutions, like the matter of the Constitution's foundations and its name (Chap. II). With this base, we dedicate our efforts to study each phrase of the Preamble of the Constitution of 2008, especially those who consider the constitutional aims and God's Name (Chap. III). At least, we consider some subjects that does not appears nowadays in our Preamble (Chap. IV).

KEYWORDS: Preamble, declarative laws, constitutional aims, God's Name, interpretation.

FORO

* Profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Los Hemisferios.

INTRODUCCIÓN

Nuestra cultura jurídica no estila redactar largos preámbulos en las leyes. En países como España el preámbulo llega a veces a ser más extenso que la propia ley. Ahí se recoge la historia de la norma, los fines por los que el legislador la aprobó, la forma en que la interpretó, entre otras cosas. Un preámbulo detallado resulta de gran utilidad para quien lee el articulado, quien rápidamente encuentra las primeras directrices para la interpretación. Por eso es comprensible que en aquellos países donde el legislador se prodiga en comentarios, los doctrinarios saquen buen partido de sus líneas.

Lamentablemente no sucede lo mismo en nuestro medio. Aquí la motivación de las leyes suele hacerse demasiado reducida y trivial, redactada quizá solo por cumplir un inoficioso requisito constitucional. En unos pocos párrafos se citan las concordancias de la norma y con ello se da por cumplido el deber de motivar. Se olvida que la Constitución expresamente manda detallar al menos tres cosas distintas: los fundamentos de derecho, los antecedentes de hecho, y la explicación pertinente de cómo el derecho citado aplica a los hechos relatados.¹

Intentando llenar este vacío de la doctrina nacional, tratamos aquí el valor jurídico del preámbulo de la Constitución de la República vigente, que goza de una trascendencia singular por estar inserto en una norma de la máxima jerarquía.

NATURALEZA Y FUNCIONES DEL PREÁMBULO

Contra lo que a veces se piensa, o se dice, el preámbulo tiene una razón jurídica de estar presente en la ley suprema. No se lo escribe por exclusivas razones sentimentales,² ni por plasmar ideales medio utópicos desconectados con la realidad

-
1. Según nuestra Constitución, art. 76, núm. 7, let. I: “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.
 2. Häberle se inclina a considerar que la mención de la divinidad y de un determinado credo suele tener un carácter más sentimental que, sin embargo, es necesaria políticamente. “El Estado constitucional democrático no puede renunciar a estos vínculos sentimentales de los ciudadanos hacia él, a la creación de posibilidades de identificación para el ciudadano y a su propia obligación y responsabilidad ante instancias y contextos más amplios”. Peter Häberle, *El Estado constitucional* (México: UNAM, 2001), 275-6.

jurídica. Por el contrario, cumple con una serie de funciones dentro de la constitución y del ordenamiento jurídico, de las que a continuación damos cuenta.

Según una extendida clasificación, las normas pueden ser declarativas, operativas y programáticas. En breve, las normas declarativas simplemente reflejan una realidad o una aspiración del legislador o constituyente; las operativas mandan, prohíben o permiten cosas concretas para el hoy y ahora, o constituyen instituciones; y las programáticas fijan más una meta u objetivo que de algún modo se conquistará en el futuro. La doctrina es unánime en considerar a los preámbulos como normas declarativas.

Obviamente, a más del preámbulo también pueden existir otras normas declarativas dentro del articulado constitucional. Significativos ejemplos son el art. 2, inc. c), de la Constitución iraní de 1979, que afirma que la “República Islámica es una forma de gobierno que se fundamenta en la resurrección y su trascendencia en el perfeccionamiento de los hombres en su camino hacia Dios”; el art. 1 de la Constitución de 1977 de la antigua Unión Soviética que proclamaba que dicha República “es un Estado socialista de todo el pueblo que expresa la voluntad y los intereses de los obreros, de los campesinos y de los intelectuales y de los trabajadores de todas las naciones y etnias del país”; y el art. 1 de la hoy derogada Ley de Principios del Movimiento Nacional de España de 1958, entonces de rango constitucional, que decía que: “España es una unidad de destino en lo universal”. Algunos artículos de nuestra Constitución también incluyen declaraciones semejantes.³

La doctrina discute cuál es el valor jurídico que debe atribuirse al preámbulo. Este tipo de normas declarativas han sido frecuentemente consideradas faltas de contenido jurídico, porque parecen agotarse en una mera afirmación. Además, carecen de coacción posterior, al menos de forma expresa. Story, por ejemplo, ha negado que el preámbulo fuera fuente de poder para el gobierno norteamericano.⁴ Y una sentencia española ha sido más tajante al declarar que los preámbulos “carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad”.⁵ En cambio, otros autores extranjeros dan al preámbulo de sus constituciones la misma fuerza que cualquier regla de derecho positivo.⁶ No faltan aquí las tesis eclécticas que, al admitir que el preámbulo no es una norma operativa, aceptan que se asemeja a una norma programática.

3. Véanse, por ejemplo, los art. 1 y 401 de la Constitución.

4. Cfr. Joseph Story, *Comentario sobre la constitución federal de los Estados Unidos*, t. I, trad. de Nicolás Calvo, ed. por C. Casavalle (Buenos Aires: Librería de Mayo, 1881), 345.

5. Tribunal Constitucional español, sentencia 150/1990, F.J. 2.

6. Cfr. Juan Casiello, *Derecho constitucional argentino* (Buenos Aires: Perrot, 1954), 146.

En cualquier caso, siempre se acepta la doctrina clásica que concede al preámbulo la función de ser fuente de interpretación del articulado. Ha de añadirse, sin embargo, que el preámbulo no es una pauta más entre muchas, que sirve para interpretar el resto de la norma. Su fuerza es muy singular. En los países donde es usual que las leyes incorporen, a más del preámbulo, una exposición de motivos precedente, se ha señalado que ambos poseen un valor jurídico interpretativo:

aunque no sea igual en el preámbulo que en la exposición de motivos. En el caso de los preámbulos condensan y resumen las decisiones políticas fundamentales contenidas en el texto constitucional en forma de valores, principios y reglas (son los objetivos de la Constitución) y aluden al origen del poder (el titular de la soberanía). Prima el criterio interpretativo de dar unidad y coherencia a la Constitución. En el caso de las exposiciones de motivos expresan la voluntad del legislador y de la ley. En este caso sirve como criterio hermenéutico de las disposiciones de la ley, pero no el único ni siquiera el principal.⁷

Y si la fuerza interpretativa de cualquier preámbulo ya es fuerte, particularmente lo es la del preámbulo constitucional. Larrea Holguín observó:

si se tiene en cuenta que una Constitución por fuerza de su naturaleza y por su brevedad contiene normas bastante abstractas que luego deben concretarse en la legislación secundaria, entonces se aprecia toda la importancia de un Preámbulo que da la pista para la adecuada interpretación. Por otra parte, como toda la legislación se somete a la Constitución, los principios que sirven para entender a esta, deben igualmente aplicarse en la inteligencia del resto de la legislación; de modo que un Preámbulo tiene enorme trascendencia.⁸

Con largueza se acepta que los preámbulos constitucionales contienen los principios y fines del derecho positivo, y que sirven para interpretar todo el texto constitucional y todo el ordenamiento jurídico positivo. En abono a lo dicho, repárese que si los doctrinarios cuidan revisar los debates de la Asamblea Constituyente, las cartas, los discursos, los pensamientos, los escritos, etc., para desentrañar el sentido histórico de la Constitución, mucho mayor realce deberán dar a aquellas palabras en las que los constituyentes expresamente se pusieron de acuerdo y sancionaron en el encabezado de la norma suprema. El preámbulo es algo más que una mera norma de interpretación histórica.

Hablando del preámbulo, Sagüés afirmaba:

7. Josep María Castellá Andreu, *Jornada sobre el valor constitucional de los preámbulos de las leyes* (Cataluña: Fundación Ciudadanía y Valores, 12-XI-2009), 1.

8. Juan Larrea Holguín, *Derecho constitucional*, t. I (Quito: CEP, 2000).

por lo menos, tales cláusulas sirven para invalidar una norma inferior que las contradiga (piénsese, teniendo en cuenta los ejemplos citados, en una ley iraní que estableciese la educación atea; en una regla soviética que hubiese admitido el sufragio calificado por la riqueza; una norma española que hubiere permitido la desmembración del país).⁹

Consideramos que en el Ecuador también debe reconocérsele al preámbulo la eficacia directa sobre las normas infraconstitucionales y sobre cualquier acto que se le oponga directamente.

Varios doctrinarios han destacado que el preámbulo cumple además con otras funciones de carácter político, como las de ser puente en el tiempo entre diversas generaciones, la de sintetizar los ideales de un pueblo, la de fijar algunos rasgos de su identidad, o la de aunar los múltiples ánimos.¹⁰ Se trata de funciones de índole más política, cuyo estudio ameritaría la manufactura de un trabajo distinto al presente, donde solo procuramos analizar el valor jurídico del preámbulo constitucional.

CONTENIDOS GENERALES DE LOS PREÁMBULOS

CONTENIDOS USUALES

Como dice Häberle al analizar el tema, “características del contenido de los preámbulos es la formulación de posturas valorativas, (“altos”) ideales, convicciones, motivos, en suma, la imagen propia del constituyente”.¹¹ Y en verdad sucede que el preámbulo detalla en alguna medida cómo se autocomprende el pueblo, cuáles son sus principales rasgos de identidad.

En realidad, el preámbulo puede incluir dos tipos de contenido básicos: uno informativo y otro ideológico. Pueden informar acerca de: (i) el nombre del Estado; (ii) qué clase de instrumento normativo se emite (“constitución”, “ley orgánica”, etc.); (iii) el procedimiento seguido por el legislador o el constituyente; (iv) el órgano que aprobó, expidió o sancionó la norma. Todos estos son datos históricos o aclaratorios. Pero además puede incluir contenidos relacionados con la perspectiva, la opinión, las aspiraciones, las creencias o las razones de legislador o constituyente. Así, los preámbulos también pueden contener: (i) los fines o propósitos buscados por quien emite la norma; (ii) la explicación de los poderes con los que actúa el legislador y en

9. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la constitución* (Buenos Aires: Astrea, 2004), 261.

10. Varias de estas funciones son tratadas por Häberle, *El Estado constitucional*, 274-86.

11. *Ibid.*, 274-5.

nombre de quién legisla; (iii) la determinación del fundamento de la obligatoriedad de la Constitución. Todas estas materias han aparecido en nuestra historia constitucional.

Todos los preámbulos de nuestras constituciones informan, en primer lugar, cuál es el nombre propio del Estado (o “Nación”, como se decía antes). Respecto a la función de señalar cuál es el tipo de norma y su nombre propio (v. gr. “Carta”, “Ley fundamental”, “Ley Suprema”, “Constitución”, etc.). Muchos preámbulos informan algo del proceso histórico constituyente. Así, por ejemplo, se menciona que la Carta fue redactada “en Congreso” (Constitución de 1830), en una “Convención” (cartas de 1835, 1843, 1845, 1851, 1861 y 1869), en una Asamblea (cartas de 1852, 1884, 1897, 1906, 1929 y 1946), o que fue aprobada por referéndum (1978).

Según la función ideológica, nuestras constituciones han trazado varios objetivos como el de “hacer las reformas convenientes a la Constitución de 1845” (Constitución de 1852) o el de “reconstituir la República sobre las sólidas bases de libertad, igualdad, independencia y justicia” (Constitución de 1835). La mayoría de nuestros preámbulos no han sobrepasado las tres o cuatro líneas. Las cartas de 1998 y 2008 se extienden considerablemente más.

NOMBRE DE LA LEY FUNDAMENTAL (§ 13)

Como dijimos, el preámbulo tiene entre sus funciones la de señalar cuál es el nombre propio de la norma, que puede llamarse “Carta”, “Ley fundamental”, “Constitución”, “Ley Suprema”, entre otros. Nuestro país siempre la ha designado con la palabra “Constitución”, aunque a veces se le ha añadido algún calificativo. Entre los compuestos previstos en los preámbulos constan los siguientes: “Constitución del Estado del Ecuador” (Constitución de 1830), “Constitución de la República del Ecuador” (cartas de 1835, 1845 y 2008), “Constitución Política de la República” (Constitución de 1843), “Constitución de la República” (Constitución de 1861), “Constitución” (cartas de 1869 y 1978), “Constitución Política” (Constitución de 1884)... siendo el nombre más usado y el más aglutinador de los elementos tradicionales el de “Constitución Política de la República del Ecuador” (cartas de 1851, 1852, 1878, 1906, 1929 y 1946).

De intento, el Constituyente del año 2008 ha excluido el término “política” por la mala resonancia que ha adquirido esta palabra en los últimos tiempos, donde lo político se asemeja a lo corrupto, a los trámites sin sentido y a una ociosa burocracia, lo cual es frontalmente contrario al ansiado Estado de derechos, donde tales derechos deberían ejercerse con prontitud y eficacia. En realidad lo que se ha excluido es uno de los significados de lo “político”, pero no todas las nociones de esta palabra, que ha logrado acumular una gran riqueza semántica en la tradición filosófica y en la historia constitucional.

Esta modificación del nombre, meramente formal, no incide de manera alguna en los reenvíos formulados en otrora por la ley expedida bajo una constitución anterior. Aunque la ley aluda a la antigua “Constitución Política del Ecuador”, se entiende que el reenvío se hace a la norma suprema del Estado. Si el reenvío se torna inoperante, no es por problemas nominales, sino por falta de conciliación entre la antigua ley y la nueva constitución.

LA JUSTIFICACIÓN DE LA MISMA CONSTITUCIÓN

El contenido más propio del preámbulo, aquel que difícilmente puede ser cumplido por otra norma declarativa inserta en el articulado, es el de explicar cuál es el fundamento de la misma norma. La cuestión del fundamento de las leyes es un gran tema de la filosofía del derecho que generalmente se aborda de forma parcial, porque las normas y toda la realidad tienen una fundamentación múltiple, muy rica, que rara vez se capta de golpe.¹² Estos fundamentos se hallan sintetizados en las preguntas existenciales del ser humano: ¿Quién soy? ¿De dónde vengo? ¿A dónde voy? Tales inquietudes han sido tratadas más técnicamente por la filosofía al analizar las cuatro causas de la realidad: las causas material y formal (primera pregunta), la causa agente (segunda pregunta) y la causa final (tercera pregunta).

El preámbulo vigente es muy rico en fundamentación, porque contesta las preguntas existenciales y da razón de las cuatro causas clásicas. La Constitución es un precepto racional (causas formal y material) dictado por el soberano (causa eficiente) que organiza el pueblo y los bienes ecuatorianos, donde destaca un bien, la naturaleza, que es vital para nuestra existencia” (§ 3). Desde esta perspectiva, el pueblo y la naturaleza se constituyen como verdaderos fundamentos de la Constitución (son la materia organizada).

Respecto a la causa final, los §§ 8-11 mencionan de forma acertadísima que el fin último de la norma es la de “alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”, el respeto de la dignidad de las personas y las colectividades”, además de otros fines sociales. Sobre estos fines volveremos más adelante.

Vale la pena detenerse ahora en la causa eficiente, aquella que ha producido la Constitución y la que la hace obligatoria ante el pueblo. Una ley no es obligatoria porque la misma ley lo dice, sino por una causa extrínseca a ella que la sobrepasa. Aunque la Constitución afirme que es la norma suprema (cfr. art. 424), y que esto es

12. Al respecto, cfr. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 15 (2012): 259-308.

obligatorio, esto sería una tautología o una afirmación gratuita si no se justificara, dando un fundamento adecuado para esta superioridad y obligatoriedad. La causa eficiente hace alusión al poder con el que se ha dictado la norma, que viene a ser la razón por la que se ha de cumplir.

Podemos encontrar varias causas eficientes, según su inmediatez. La causa productora de la Constitución más inmediata es la Asamblea Nacional, la Convención, el plebiscito o la autoridad que la expidió, dictó, aprobó o sancionó. Es lógico que si el pueblo ha conferido poderes a un cuerpo colegiado para dictar una norma, este cuerpo pueda dictarla. Pero sucede que tal poder no es el único, ni el primero, ni es ilimitado, pues está supeditado al poder divino que de forma más lejana organiza con su providencia este mundo. “Existe un principio aceptado por todos: el de la existencia de un Supremo Ser, Creador y Ordenador del Universo, que da fundamento a la existencia y al orden universal, y por lo mismo, es también el más seguro fundamento del orden jurídico”.¹³

Sin embargo, hay que cuidarse de no caer en una divinización del derecho. Por ello resulta necesario distinguir bien los dos poderes, el divino y el humano. Dios fundamenta la Constitución y todo el orden jurídico de manera muy distinta a como lo hace una Asamblea Constituyente. Dios, como Supremo Creador del universo es un fundamento trascendental,¹⁴ no es una causa eficiente inmediata y directa que conmina a la sociedad a cumplir su voluntad, sino que más bien se muestra como una causa lejana, “trascendental”, indirecta, que actúa a través de la razón del ser humano.

Distinguidos ambos poderes, conviene ahora sí encontrar su punto de encuentro. El poder humano dispone de las cosas directamente, pero presupone el poder divino. Este último actúa de diversas maneras: (i) creando, conservando y dirigiendo las cosas del cosmos, de tal manera que los países no pueden tener las minas, los paisajes y las riquezas que deseen, sino solo las que el Creador les ha otorgado; y (ii) dotando de razón al ser humano para que se organice adecuadamente en sociedad (a esta razonable organización suele llamarse “derecho natural”).

Las constituciones del siglo XIX ponían directa o indirectamente el fundamento de la norma suprema en Dios, como “Autor y Legislador del Universo” o “Creador y Supremo Legislador”, y en el pueblo o nación. Las últimas constituciones solo invocan el nombre divino, dejando como fundamento directo al pueblo ecuatoriano y los poderes constituidos. “Parece más adecuado que legislar en nombre de Dios, simplemente invocar el nombre de Dios. Es una postura más moderada, más conforme con

13. Juan Larrea Holguín, *Derecho constitucional*, t. I (Quito: CEP, 2000). Cuando hablemos del rol de la divinidad en el preámbulo, seguiremos especialmente a este autor que ha profundizado singularmente en el tema.

14. *Ibid.*

el sentido democrático de asumir simplemente las convicciones populares y actuar en conformidad con ellas”.¹⁵

CONTENIDO ESPECÍFICO DEL PREÁMBULO VIGENTE

El preámbulo vigente dice:

- [§ 1] NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador
- [§ 2] RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,
- [§ 3] CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,
- [§ 4] INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,
- [§ 5] APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,
- [§ 6] COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo,
- [§ 7] Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,
- [§ 8] Decidimos construir
- [§ 9] Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay;
- [§ 10] Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;
- [§ 11] Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y,
- [§ 12] En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente:
- [§ 13] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

A continuación analizaremos de manera particularizada los diferentes incisos del texto.

15. *Ibid.*

EL SUJETO SOBERANO (§ 1 Y 12)

Nuestro preámbulo comienza hablando del “pueblo soberano del Ecuador”. Este sirve de sujeto a los demás incisos, sin el cual no se comprenderían. En los incisos 1 y 12 se considera que la soberanía pertenece al pueblo. Por eso el § 12 termina diciendo que “en ejercicio de nuestra soberanía” se dicta la Constitución.

Como se sabe, mucho se ha discutido sobre quién es el sujeto soberano: el pueblo, la nación o el Estado. La cuestión depende en parte del concepto de soberanía que se tenga. La doctrina más respetable sostiene que la soberanía significa el poder de decidir en última instancia en un ámbito del Derecho, y por esto, la soberanía corresponde al Estado en los aspectos temporales, como corresponde a la Iglesia en lo espiritual. En este sentido Esmein ha escrito que “lo que constituye jurídicamente a una Nación, es la existencia, en una sociedad de hombres, de una autoridad superior a las voluntades individuales. Esta autoridad que naturalmente no reconoce ninguna potestad superior o concurrente en los asuntos que rige, se llama soberanía”.¹⁶ La soberanía corresponde más al Estado. No es muy exacto decir que radica en el pueblo, que es uno de los elementos del Estado.

Algunas constitución ecuatorianas pusieron como sujeto soberano a la Nación Ecuatoriana.¹⁷ En otras se dice que el Constituyente fue una “Convención Nacional” o “Asamblea Nacional”. Hoy se considera que el Ecuador es un Estado plurinacional,¹⁸ con lo cual no cabe que el sujeto soberano sea una sola nación. El problema de fondo es que el concepto de nación no es unívoco, y se puede hablar de una o muchas nacionalidades, dependiendo de la cantidad de elementos integradores de cada nacionalidad: la nación latinoamericana tiene escasos vínculos (territorio contiguo e historia general), la nación ecuatoriana afianza algunos adicionales (orden jurídico, historia del país, autoridades comunes, símbolos patrios, etc.), y las nacionalidades indígenas muchísimos más (lengua, etnia, tradiciones, etc.).

La Constitución de 2008 considera que el pueblo es el soberano en los § 1 y 12, mientras el art. 1 habla del Estado soberano. Tal inconsistencia podría salvarse de diversos modos. Podría afirmarse, por ejemplo, que el preámbulo utiliza la figura literaria de la sinécdoque, por la cual se denomina al todo por la parte, donde el Estado es el todo y el pueblo uno de sus elementos. Como se sabe, el concepto de Estado es

16. Adhemar Esmein, *Elements de droit constitutional franfais et compare*, 7a. ed. (París: L. Tenin, 1921), 1.

17. Como ejemplo ver las Constituciones de 1845, 1851 y 1998.

18. Art. 1, Constitución de 2008.

más largo, e incluye el de un pueblo.¹⁹ Además, cabría observar que el Estado es un ente ficto, y, aplicando una especie de “levantamiento de la personalidad jurídica”, tendríamos que en último término a quien hemos de poner como sujeto del derecho y de la soberanía es al pueblo. Esto coincide con la doctrina italiana que, viendo las cosas desde otro punto de vista, ha señalado que “la personalidad jurídica del pueblo coincide exactamente con la personalidad del Estado”.²⁰

Asunto distinto es el del ejercicio efectivo de la soberanía. En política se discute quién es la persona, grupo u órgano que en realidad toma las decisiones soberanas: algunos consideran que el “pueblo soberano” propiamente es el cuerpo electoral, que actúa como “un órgano del pueblo”,²¹ mientras otros entienden que el cuerpo electoral constituye solo una de las formas a través de las cuales se expresa la voluntad popular.²² Nuestra actual Constitución parece avalar esta segunda postura, cuando abre diversos cauces de participación ciudadana en el tema político.²³

Por último, vale analizar cómo opera la soberanía popular frente a dos extremos: los diferentes niveles de gobierno local y los factores externos al ordenamiento estatal. Cuando se habla de los entes del régimen seccional, que gozan de una cierta autonomía, tal autonomía siempre ha de entenderse de un modo relativo y sujeto a la unidad de dirección estatal. Es decir, la autonomía regional está siempre supeditada a la soberanía estatal. Por otro lado, se ha observado que la normativa comunitaria e internacional suele limitar –de alguna manera– la esfera soberana. En realidad, la restricción adoptada libremente no es de la soberanía, sino de su ejercicio, pero se trata de una restricción que potencia la libertad, porque tiene por fin coordinar las acciones de diversos Estados, permitiéndoles hacer lo que solos no podrían.

LAS RAÍCES HISTÓRICAS (§ 2 Y 6)

Sin mucho rigor, el preámbulo de 1998 aludía a la “historia milenaria” del pueblo ecuatoriano. Existe suficiente evidencia histórica que prueba que la absoluta mayoría

19. Crisafulli, Paladin, Basso, Nocilla.

20. Egidio Tosato, *Enciclopedia del diritto*, XLIII (Milán: Giuffrè, 1985), 768. Traducción propia.

21. Cfr. Vezio Crisafulli, *Stato, popolo, Governo, Illusioni e delusioni costituzionali* (Milán: Giuffrè, 1985), 100 y s.; Damiano Nocilla, *Enciclopedia del diritto*, XXIV (Milán: Giuffrè, 1985), 342 y s.

22. Giuliano Amato, “La sovranità popolare nell’ordinamento italiano”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (1962): 82.

23. Una cuestión alemana, que puede ayudar a resolver la citada cuestión, es la relativa a qué hace cada sujeto. Por ejemplo, se ha criticado a la Carta de 1978 que decía que el Pueblo “expide y sanciona” la Constitución, cuando en realidad el proyecto había sido elaborado por una Comisión designada por el Gobierno y sancionada por el Ejecutivo. El pueblo únicamente “aprobó” en plebiscito uno de los proyectos que le presentaron.

de los hombres y mujeres que vivieron en la época colonial en nuestro territorio, y más aún en la época precolombina, no se consideraba parte de un pueblo ecuatoriano, ni menos de un reino, Estado, patria o nación ecuatoriana. De hecho, la idea de “nación” y de “Estado nación” que hoy tenemos recién se fraguó por los siglos XVII y XVIII.

En la época colonial el pueblo se consideraba español: éramos españoles de América y españoles de la Península, como manifiestan los historiadores. En la primerísima época independentista el pueblo, más que ecuatoriano, se consideraba no español. La actual redacción del § 2 es más realista y rescata la idea de fondo del antiguo texto constitucional, que se expresaba de una forma más literaria: en el fondo se resalta que nuestro país se ha formado a través de los siglos con el aporte de muchos pueblos.

En todo caso, desde la independencia el Ecuador mantiene una personalidad propia, que se ha ido enriqueciendo a lo largo de sus avatares históricos. La mención de la historia ecuatoriana en el mismo inicio de la Constitución tiene una importante incidencia en la hermenéutica de la misma norma suprema. Según Larrea Holguín:

el Legislador no puede cortar las raíces históricas de la Patria, y no lo ha hecho, sino que las ha mencionado expresamente, y los jueces y tribunales, las autoridades y los ciudadanos todos, tenemos que contar con aquella historia milenaria, para entender el ser actual del Ecuador y para aplicar sus leyes.²⁴

Se consagra pues, tácitamente la *regla de interpretación histórica de la constitución* vigente en todo aquello que secunde el principio de continuidad histórica de la normativa constitucional (la regla aplica menos a las discontinuidades normativas), y, en general, en todo lo que durante siglos se haya asentado dentro de la profunda concepción jurídica del pueblo ecuatoriano.

EL ECUADOR DENTRO DEL MARCO MUNDIAL (§ 5-7, 11)

No somos un país aislado, ni vivimos en Venus, nuestras raíces históricas se hunden en el marco de la historia mundial. No hemos sido los primeros en llegar, ni los que más hemos aportado a la historia de la humanidad, más bien, hemos recibido “la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad” (§ 5), somos “herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación

24. Juan Larrea Holguín, “Constitución Política con comentarios”. En *Temas constitucionales* (Quito: CEP, 1998), 2. El autor condensa aquí una interesante tesis personal sobre la formación de una costumbre constitucional ecuatoriana donde, a pesar del rápido cambio de textos supremos, permanecería una constitución básica ecuatoriana que no cambiaría con el paso del tiempo.

y colonialismo” (§ 6; cfr. art. 416.9) y nos hallamos secularmente entroncados en la historia latinoamericana, sueño de Bolívar y Alfaro y en la de “todos los pueblos de la tierra” (cfr. § 11). Y es por todas estas cosas recibidas por lo que tenemos “un profundo compromiso con el presente y con el futuro” (§ 7) de preservar lo que hemos recibido de nuestros antepasados y de darlo en las mejores condiciones a los que nos sucedan; un compromiso de integración para con los países latinoamericanos y de “paz y solidaridad con todos los pueblos de la tierra” (§ 11).

Lo dicho no es puro lirismo, tiene muchas implicaciones para el Derecho constitucional. En concreto, se fijan fines, valores y compromisos constitucionales²⁵ y, sobre todo, se acepta tácitamente la *interpretación sociológica contextual, jerárquica y comparada* de nuestra Constitución. Por ella deben interpretarse las disposiciones constitucionales de acuerdo con el contexto histórico-cultural del Ecuador y de nuestros vecinos; y dentro estos dos contextos se ha de preferir el ecuatoriano: las dudas hermenéuticas más fácilmente podrán resolverse atendiendo a la doctrina y jurisprudencia constitucional ecuatoriana, andina, latinoamericana o española (generalmente en este orden), que la china, india, coreana o inglesa, que aun así, sirven de referencia.

EL ROL CONSTITUCIONAL DE LA NATURALEZA (§ 3)

Como hemos visto, la naturaleza y todos los bienes materiales e inmateriales son parte de los fundamentos de la norma constitucional. La naturaleza de la persona y de las cosas determina los fines, principios y valores del derecho, y señala cómo serán las leyes y el ordenamiento jurídico. Nadie puede exigir al hombre volar por sus propios medios, porque no tiene alas. La naturaleza muerta o viva, y la misma naturaleza considerada en su conjunto, ha de tenerse como un alto valor del ordenamiento jurídico.

El § 3 destaca que somos parte de la naturaleza, si la naturaleza de los animales, las plantas, los minerales, la biodiversidad y el ecosistema debe ser respetada, con mucha mayor razón debe protegerse y respetarse la naturaleza del ser humano, que es el único ser con inteligencia y voluntad, y destino trascendente. Así, este párrafo termina señalando la función instrumental de la naturaleza, al decir que ella “es vital para nuestra existencia” (no se dice lo contrario: que somos vitales para las plantas). El matiz constitucional resulta acertado, porque se ratifica así que la persona humana debe ser tratada siempre como fin, nunca como medio; en cambio, la naturaleza es un objeto del derecho, un medio –el medio vital donde existimos– que posibilita alcanzar los fines humanos.

25. A manera de ejemplo: la integración, la paz, la solidaridad, la libertad, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, merece resaltarse que el § 3 habla de “la naturaleza, la Pacha Mama”, que en quechua, kichwa y aimara significan Madre-Tierra (*pacha* equivale a “tierra, mundo, universo, tiempo, época”;²⁶ no se reduce al suelo o tierra geológica). Se trata de una deidad incaica que forma parte de la cosmovisión de muchos –no todos– pueblos indígenas de los Andes centrales de América del Sur. Como se sabe, nuestra Constitución confiere a la Pacha Mama personalidad jurídica,²⁷ esto es, la capacidad de ser centro de imputaciones de derechos, intereses, obligaciones, y demás situaciones jurídicas. En derecho esto significa la creación de una persona jurídica pública, que contiene el ecosistema como patrimonio, creada con el objeto de lograr la mejor protección medioambiental en servicio del ser humano. En el fondo se busca garantizar el *sumak kawsay* humano, del buen vivir de las personas y comunidades, no de los animales, ni de las plantas. Por eso más adelante el constituyente ha precisado en su artículo 74 que “las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir”.

LA PRESENCIA DE LA DIVINIDAD (§ 4)

Razón de su inclusión

Varias son las razones por las que se ha visto conveniente incluir el nombre de Dios en el texto constitucional. En primer lugar están las *razones teóricas*: (i) es propio de la creatura racional que al momento de realizar las acciones más importantes de su vida se dirija a su Creador para pedirle auxilio; (ii) no hablar de Dios equivale a no darle importancia al Ser absoluto, que en último término es lo único importante; además, (iii) es acertado ponerlo a Dios como fundamento del sistema jurídico y como justificación última de por qué hay que obedecer la Constitución.²⁸

26. Jorge A. Lira, *Diccionario kkechuwa-español*, vol. II (Tucumán: 1944), 719.

27. Cfr. Constitución, art. 71 a 73.

28. Como dice Larrea Holguín, en *Derecho constitucional*: “desde el punto de vista rigurosamente jurídico, el prescindir de Dios en este caso equivale a dejar el sistema de Derecho sin su último Fundamento. Se corre, por lo tanto, el grave riesgo de interpretaciones que pretenden reemplazar el Ser Absoluto con un absolutismo de la ley humana que irremediamente deriva en tiranía”. Sin embargo “debe tenerse en cuenta que actuar en nombre de Dios, no significa de ninguna manera atribuirse poderes divinos o un mandato teocrático, sino simplemente reconocer la autoridad suprema del Creador, y dar un fundamento absoluto de orden jurídico. Tampoco supone una pretensión de infalibilidad o de acierto total, sino únicamente una postura de sensato reconocimiento de que toda obra humana se subordina al poder omnipotente de Dios”. *Ibid.*

Luego están las *razones históricas*. La invocación a Dios es una costumbre fuertemente arraigada en nuestro pueblo. Recordamos que la Real Audiencia de Quito fue fundada por Felipe II *y por Dios* mediante Cédula Real de 29-VIII-1563, en donde se lee: “Don Felipe por la gracia de Dios Rey de Castilla, de León... [sic] etc.: Por cuanto Nos para la buena gobernación de la provincia del Quito y otras tierras que de yuso irán declaradas, hemos acordado de mandar fundar una nuestra Audiencia”. El plural utilizado en toda la cédula (nos, hemos, nuestra...) da cuenta de quiénes fundaron la Audiencia: el Rey y Dios. Se trata del Dios de Felipe II, del Dios de los católicos, del Dios de los quiteños, que lo siguió siendo hasta fines del siglo XIX.

En la Constitución de 1812 se declaró el catolicismo como religión oficial, y así se siguió haciendo hasta la Constitución de 1897. Después se continuó la invocación a Dios, aunque sin mencionar al catolicismo como religión oficial. Con lo cual, esta *costumbre viene desde la misma colonia*, donde numerosas cédulas reales invocaban repetidas veces no solo el nombre, sino también su divina gracia, la Santísima Cruz, etc. Luego, con la luz de la independencia y el inicio de nuestra historia constitucional, también se invocó “el Nombre de Dios, Autor y Legislador de la Sociedad”;²⁹ las siguientes constituciones variaron la fórmula al mencionar solo del “nombre de Dios”, o agregando que es “Autor y Legislador del Universo” o “Creador y Supremo Legislador”, casi todas las constituciones, incluida la actual, han mencionado este Nombre, o bien en el preámbulo, o bien en el articulado.

Las únicas lamentables excepciones son las constituciones extremistas de 1906, 1929 y 1945, que –en términos de Sagüés– habríamos de calificar como constituciones “*ficticias*”, pues el pueblo ecuatoriano de aquel tiempo era absolutamente creyente de un Dios único y verdadero, y prácticamente todos profesaban una sola fe. Larrea observó que tal omisión en las tres cartas “respondía a un mal entendido laicismo. Digo mal entendido, porque la separación de Estado e Iglesia, su mutua independencia y circunscripción al ámbito propio de cada sociedad, no debe significar un desconocimiento del Ser Supremo, ni de la necesaria fundamentación de toda Ley en una Ley Eterna”.³⁰

Además existen razones culturales de peso:

En el caso del Ecuador, además de las razones teóricas que justifican plenamente la práctica constitucional mencionada, existe otro motivo para que sea muy razonable dictar una Constitución en nombre de Dios. Este motivo consiste en el respeto debido a las conviccio-

29. Constitución de 1835.

30. *Ibíd.* Como anunciamos, seguiremos de cerca en este tema al citado autor.

nes de la inmensa mayoría de ecuatorianos, que, como todos sabemos, son católicos, creen en Dios y aceptan al Supremo Legislador y sus leyes.³¹

Por último, ha de refutarse el argumento de que:

el mencionar a Dios puede herir la conciencia de los pocos ciudadanos que dicen no creer en Él; porque, en ese caso habría que responder, que la omisión, en cambio, ofende a los muchos que sí tienen religión. Y, al fin de cuentas, para el ateo no puede resultar ofensivo que se mencione a un Ser que en su concepto no existe; en tanto que el concepto de la vida, del mundo, de todas las cosas varía sustancialmente para el creyente, que lo centra todo en el Ser Absoluto, en Dios, y por tanto, prescindir de Él, sí es atentar contra su conciencia.³²

Efectos de la invocación del nombre de Dios

La inclusión del nombre de Dios en la Constitución no es cuestión baladí. Tal invocación en el preámbulo tiene tres efectos principales: (i) se fija un alto valor jurídico para todo el ordenamiento; (ii) se marca una línea hermenéutica que servirá para interpretar la misma Constitución y el resto de normas vigentes en el Ecuador; y (iii) queda proscrito un Estado oficialmente ateo o agnóstico, que sería frontalmente contrario al preámbulo. Somos un “Estado laico” que no se parcializa hacia ninguna religión; Ecuador no es un “Estado ateo”, ni un “Estado agnóstico”, que confiesan un credo o postura ideológica bien determinada.

En cambio, la invocación del nombre divino, o la actuación en nombre de Dios, no significa de ninguna manera atribuirse poderes divinos o un mandato teocrático, sino simplemente reconocer la autoridad suprema del Creador, y dar un fundamento absoluto de orden jurídico. Tampoco supone una pretensión de infalibilidad o de acierto total, sino únicamente una postura de sensato reconocimiento de que toda obra humana se subordina al poder omnipotente de Dios; tampoco supone:

convertir al Estado en un Estado confesional, ni mucho menos el adoptar una determinada religión. Reconocer en la Carta Fundamental la Soberanía divina, no implica adoptar una Religión de Estado, ni excluir ningún culto, ya que muchos hombres de muy diversas religiones coinciden en el concepto Dios como Ser Supremo. Por esto, es frecuente que en las constituciones de países con poblaciones de distintas religiones, mencionen también el nombre de Dios.³³

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

Lo dicho también vale para el hipotético caso contrario en que la Constitución hubiera silenciado el nombre de Dios, que:

no implica propiamente una negación de la divinidad. La Constitución de 1897 prescindió del concepto de lo divino en un Preámbulo, y sin embargo, declara más adelante nada menos que como Religión del Estado a la que es de la inmensa mayoría de los ecuatorianos, es decir, la Católica. Pero, si bien no se trata de negación formal, sí constituye una omisión lamentable y perjudicial.³⁴

Delimitación del valor jurídico del nombre de Dios

Es patente la mención a un Dios único (palabra escrita en singular), Ser superior (se escribe con mayúscula) y por ello distinto al hombre, omnipotente (se invoca su protección), que constituye una creencia común del pueblo ecuatoriano (de otra forma no lo invocaría). Se trata de un Dios benevolente, que puede escuchar al pueblo. Larrea observa que el hecho de invocar el nombre de Dios (o “invocar su protección”, según varias cartas) “supone un mayor compromiso religioso y una mayor determinación del concepto de Dios, ya que se trata de un Ser Supremo personal, que escucha una oración o invocación”.³⁵

Este Dios bueno, protector del pueblo ecuatoriano, es un elemento más de cohesión nacional. Las características descritas no aluden a un Dios exclusivo de los cristianos, pues es la teodicea (la parte de la filosofía que estudia al Ser Supremo desde la pura razón, sin partir de la fe) quien concluye todas las características mencionadas; de hecho, todo pueblo que ha desarrollado medianamente el pensamiento sobre Dios lo entiende bajo estos parámetros; sin embargo, sí cabe decir que este Dios no es el mismo que el de los panteístas, o el de otras religiones o sectas monistas, grupos que tienen una axiología muy distinta a la que el Constituyente refleja en esta simple línea. ¿Cuál es la axiología adoptada por nuestra Constitución? Desde una interpretación histórica es claramente la cristiana. La historia constitucional ecuatoriana, moderna y contemporánea, muestra como hecho innegable la muy generalizada creencia del pueblo en el Dios de los cristianos, pues el pueblo ha sido y aún es eminentemente cristiano, aunque hoy sea estadísticamente un poco menos católico.

Esta creencia se ha asentado históricamente y configura hoy parte del alma nacional ecuatoriana. Desde los primeros intentos independentistas, los patriotas declararon que su movimiento se dirigía, ante todo, a conservar la religión que profesaban, que

34. *Ibíd.*

35. *Ibíd.*

creían amenazada por la invasión napoleónica a España. Para estos próceres ver al hermano de Napoleón gobernando sus tierras representaba un grave peligro para uno de sus bienes más insignes, la religión católica.³⁶ La fe se consideró entonces –como aún hoy muchos consideramos– un bien superior a la vida misma.

Las diversas formas de religiosidad

El preámbulo hace bien en “reconocer nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad” (§ 4). Aunque la religión absolutamente mayoritaria sea la católica, es un valor el reconocimiento y respeto de las demás religiones y formas de vida. Obsérvese que no se *invocan* los nombres de diversas deidades, sino el de un solo Dios, aunque se *reconozca* una diversidad espiritual. La religión es un valor sagrado del ser humano que está por encima de muchos otros valores sociales. Bien hace la Constitución en reconocer que cada persona tiene derecho a buscar la fe verdadera, a adherirse a ella cuando crea haberla encontrado y a vivir según sus postulados. La aparición de la religiosidad en el preámbulo da buena razón de la importancia jerárquica de este valor jurídico.

Larrea ha señalado:

muchas veces, las constituciones de los Estados se han dictado asumiendo oficialmente un principio religioso determinado, o declarando una religión como la oficial del Estado. Pero en países de pluralidad religiosa, parece más conforme con su propia naturaleza social no asumir oficialmente una religión y no referirse a un credo concreto. Sin embargo sí existe un principio aceptado por todos: el de la existencia de un Supremo Ser, Creador y Ordenador del Universo, que da fundamento a la existencia y al orden universal, y por lo mismo, es también el más seguro fundamento del orden jurídico.³⁷

36. Podría decirse que nuestros próceres consideraron a su manera cumplidos los requisitos para organizar una revolución justa: a) había un atentado grave al bien común; b) no habían más medios para remediar tal situación; c) la independencia era factible; y d) el bien esperado (tener asegurada la religión católica) era superior al bien de las vidas que podía cobrarse en la revolución.

37. Larrea Holguín, *Derecho constitucional*.

LOS FINES CONSTITUCIONALES (§ 9-11)

Jerarquía de fines

El § 8 y siguientes recogen una decisión, a la luz de la cual se ha de interpretar todo el resto del texto fundamental: “decidimos construir...”, dice. La amplitud de los 444 artículos de la Constitución vigente puede hacer que el lector se pierda fácilmente en determinar cuáles fueron los fines más importantes, últimos o primordiales para el constituyente de Montecristi, problema que se soluciona fácilmente en la escueta redacción del preámbulo. Los fines constitucionales aquí fijados son internos y externos: el buen vivir (§ 9), el respeto de la dignidad de las personas y colectividades (§ 10) y el ideal de ser un país democrático, integrado, pacífico y solidario (§ 11).

Dentro de las preguntas existenciales de todo ser humano, la más importante es aquella que se pregunta por el destino: ¿a dónde vamos? Los filósofos clásicos (Aristóteles, Tomás de Aquino, etc.) y las diversas culturas han acertado a responder que la finalidad última de toda actuación humana individual o social, privada o pública, jurídica o política (política económica, comercial, fiscal, etc.) no puede ser otra que el *sumak kawsay* indígena, “la vida feliz” aristotélica, “la vida realizada” de los clásicos, “la vida digna” de los juristas modernos y contemporáneos. Varios de estos términos se repiten machaconamente en nuestra Constitución, y está bien que así se haga, todos ellos en su conjunto dan razón de ser al Estado, a su orden jurídico y, en último término, al mismo ser personal: todos nacemos con una aspiración de felicidad infinita por la que trabajamos individualmente y en sociedad.

La vida feliz da sentido a todo lo humano, sin felicidad la persona no se entiende. Por ello, el *sumak kawsay* viene a ser un fin constitucional último de altísima jerarquía intraconstitucional, capaz de permear todo el ordenamiento jurídico. Y, como fin, contiene un valor y genera un principio: el valor de la vida digna y el principio de que ha de tenderse a ella, con todo lo que esto implica.³⁸

38. Para una ampliación de lo dicho, cfr. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, “El Fin Último de la Constitución”, *Novedades Jurídicas*, No. IX 73 (2012): 22-7.

Vida digna y *sumak kawsay*

La dignidad humana no aparece como tal en nuestra historia constitucional sino hasta la Constitución de 1929, cuando al hablar de los trabajadores se garantiza “un *mínimum* de bienestar compatible con la dignidad humana”.³⁹ Y desde entonces, se radicará la mención de la dignidad dentro de las garantías laborales: art. 148 de la Constitución de 1945, art. 185 de 1946, art. 61 de 1967, art. 49 de 1978 y sus reformas, art. 35 de 1998 y art. 33 de 2008. Luego se integrará como objeto de la economía en las Constitución de 1945 (art. 146§ 4), 1967 (art. 85), 1978 y sus reformas (art. 49), 1998 (art. 242) y 2008 (art. 283).

Se nota aquí el fuerte influjo de la Doctrina Social de la Iglesia, que desde finales del siglo XIX había defendido abiertamente la dignidad humana en el trabajo y posteriormente había hablado de sus consecuencias en la economía. La actual Constitución es la que más habla –y con gran distancia– de la dignidad.⁴⁰

La Real Academia Española define lo digno como “merecedor de algo, correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo; que tiene dignidad o se comporta con ella”; y, dicho de una cosa, como algo “que puede aceptarse o usarse sin desdoro. Salario digno. Vivienda digna”, así como la “calidad aceptable. Una novela muy digna”. La dignidad es, por tanto, un valor que puede predicarse de la persona o de las cosas que le atañen.

Lo específico de la dignidad humana se distingue mejor si se la compara con el valor que los demás seres del cosmos tienen. Los rasgos de la persona humana la hacen ser única: se autoposee conscientemente y posee a los demás, es un centro creativo, libre, posee una inteligencia capaz de asumir el universo entero y de sobrevivirle. Sus perfecciones y su consecuente valor no solo es superior al de los demás seres vivos, sino que lo hace ser inconmensurable, aún para los demás hombres. Según Spaemann, “esa es la razón por la que no hablamos de valor en el hombre, sino de dignidad”.⁴¹ Y ya en el campo jurídico el mismo autor afirma:

donde se trata de la vida humana como el supuesto trascendental de toda sociedad jurídica, la protección de la vida solo puede ser incondicionada. Pues toda ponderación de bienes considerada las cosas o las acciones bajo el aspecto de su valor para las personas. Cada

39. Art. 151.18§ 2, Constitución de 1929.

40. Ver Preámbulo § 10, art. 11.7, 22, 30, 33, 37.7, 39§ 2, Constitución de 2008.

41. Robert Spaemann, *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, trad. J. L. del Barco (Pamplona: Eunsa, 2000), 181.

valor, sin embargo, tiene un precio. Por eso escribe Kant que el hombre mismo –como supuesto trascendental de cada valor– no tiene precio alguno, sino dignidad.⁴²

Sintetizando lo dicho sobre la dignidad, hay decir que la dignidad es ante todo un valor, un valor absoluto. Como valor absoluto, la persona humana ha de ser tenido siempre como fin, nunca como medio, según se desprende del art. 283§ 1 de la Constitución. El ser humano es siempre bien para el ser humano. Una ofensa contra la dignidad personal ofende a toda persona. Una ofensa contra la dignidad del ser humano ofende a todo ser humano, a toda la humanidad. Por último, ha de destacarse que la dignidad de la persona ha sido puesta como valor primero, fundamento y fin último del resto de valores y principios constitucionales.

La dignidad como límite del poder constituyente

No muchas sentencias de justicia constitucional ecuatoriana han citado expresamente el preámbulo en sus considerandos. Tales citas generalmente constan en puros *obiter dictum*, donde poco se desarrolla el contenido del preámbulo. Sin embargo, hay una muy digna de mencionar, emitida por el antiguo Tribunal Constitucional que analizó justamente los límites del poder constituyente. Siguiendo la doctrina trialista de Reale⁴³ y Goldschmidt⁴⁴, observó en los considerandos lo siguiente:

Del mismo modo, la doctrina constitucional reconoce las siguientes limitaciones al poder constituyente: a) las impuestas por el derecho internacional; b) las impuestas por el derecho natural; c) las limitaciones fácticas, es decir, las limitaciones impuestas por la realidad social, económica, política o cultural de cada sociedad particular.

b.- Las limitaciones impuestas por el derecho natural: La Constitución ecuatoriana tiene una inspiración iusnaturalista (preámbulo, artículos 16 y 19), por la cual, el eje de la sociedad es la persona humana y su dignidad. Numerosas y a veces poco pacíficas han sido las discusiones entre el iusnaturalismo y el positivismo, sin embargo, es claro, que el derecho se funda y ha sido creado para servir a la persona humana, siendo que tal ha sido la conclusión desde el iusnaturalismo escolástico hasta el iusnaturalismo racionalista, por lo cual, el moderno concepto de derechos fundamentales constituye la superación dialéctica a esta antigua discusión, por tanto, no existe orden político o estatal legítimo, si este no respeta la

42. Robert Spaemann, “Normas morales y orden jurídico”, *Persona y Derecho*, No. 42 (2000): 125-6.

43. Miguel Reale, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. de J. A. Sardina Páramo (Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1978).

44. Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico*, trad. de M. Reale (Buenos Aires: Depalma, 1973).

dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, entendiéndose por derechos fundamentales aquellos sin los cuales la vida humana no puede considerarse digna.⁴⁵

Tales consideraciones hechas por el juez constitucional siguen teniendo vigencia hoy en día, no solo por su gran racionalidad, sino también porque aún se mantiene en el Preámbulo § 10 la afirmación de que somos “una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”.

UN PAÍS DEMOCRÁTICO, LATINOAMERICANO, LIBRE Y REPUBLICANO (§ 2, 6, 11 Y 13)

El pueblo se ha comprometido a buscar la integración latinoamericana, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra (§ 11). Repárese que, de una lectura integral del preámbulo, el compromiso con los pueblos vecinos tiene razones históricas. Además, nuestro pueblo tiene una fuerte vocación americana por el compromiso constitucional (§ 7 y § 11), por sus “raíces milenarias” y por su provenir “de distintos pueblos” (§ 2). Una vez formó parte de un reino que se extendía por todo el continente, de una unidad política de la cual se desmembró en la misma época en que se desmembraron los demás pueblos americanos. Además, las naciones americanas comparten las mismas raíces milenarias, raíces que son un potente elemento de unión y que generan un compromiso. Aquí y en otros lugares⁴⁶ la Constitución recoge la vocación histórica de nuestro país, llamada a afianzar la integración latinoamericana. Repárese que también las constituciones de otros países latinoamericanos incluyen en su preámbulo una disposición integracionista análoga a la ecuatoriana.⁴⁷

El Preámbulo § 11 solo habla de un país democrático y latinoamericano. En el resto del preámbulo cabe encontrar alusiones a otras características que se presuponen y se busca conservar, como lo son la de ser un país libre (Preámbulo §§ 2 y 6) y la de ser republicano (Preámbulo § 13). Nos consideramos libres “como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo” (Preámbulo § 6). Si bien la lucha independentista fue la causa histórica de nuestra liberación, esta pudo realizarse porque existe una causa más profunda: las personas

45. Tribunal Constitucional ecuatoriano, Resolución No. 0008-07-TC, Considerando 10 (en Gaceta Constitucional No. 23, 2007).

46. Cfr. por ejemplo el art. 416.11 de la Constitución.

47. Cfr. José Albendea Pabón, “El preámbulo de la Constitución colombiana”, *Dikaion*, No. 3 (1994): 24.

somos por naturaleza libres, los pueblos tienen un derecho natural a su autodeterminación.⁴⁸

A diferencia de los preámbulos de otras constituciones ecuatorianas, el vigente solo habla de la “República del Ecuador” al dar el nombre a la norma en el § 13. No son muchos los estados del mundo que pueden gloriarse de una permanencia de más de ciento ochenta años con un mismo sistema de gobierno, por lo que bien hace el Preámbulo en destacar esta fidelidad al sistema republicano.

TEMAS OLVIDADOS

El actual preámbulo ciertamente es uno de los más logrados en nuestra historia constitucional. Recoge la mayoría de aciertos de todos los preámbulos que nuestras constituciones han tenido. Sin embargo, aún puede ser mejorado en algunos aspectos.

En primer lugar, ha de mirarse la Constitución de 1967 que recogía una serie de valores que no se han recogido: los principios de fraternidad y justicia social, de amparo de las garantías de los habitantes; la declaración de inalienabilidad de los derechos de la persona humana; la condena de toda forma de despotismo individual o colectivo, entre otros. Hoy, además, se echa de menos la referencia a la unidad nacional que existía en el preámbulo de la Constitución de 1998, que reflejaba las preocupaciones políticas más destacadas de esta época, entre las que cabe destacar el ideal de consolidar la unidad ecuatoriana, sin perjuicio del reconocimiento de la diversidad de regiones, etnias y culturas.

Además, podrían haberse revisados varios proyectos de reformas constitucionales, como la del año 1983, donde constaba un largo preámbulo donde se incluían los objetivos propuestos por el Estado ecuatoriano, como eran: perfeccionar del sistema republicano, democrático, representativo y responsable; afianzar las libertades y garantías de los derechos humanos; establecer bases para una sociedad más justa, igualitaria y progresista; impulsar el desarrollo espiritual, cultural, económico y social; respetar los principios éticos y el derecho que dimana de la misma naturaleza del hombre y de la sociedad; reflejar en el orden jurídico las realidades y los ideales y aspiraciones de los ecuatorianos; promover condiciones de vida más conformes con la dignidad del hombre y la justicia social; y establecer un sistema de gobierno y administración inspirados en el servicio del bien común y apartados de cualquier tendencia absolutista o despótica.

48. La misma Constitución lo reconoce en los art. 96 y 416.1.

En cualquier caso, ha de advertirse que muchas de estas materias omitidas en el Preámbulo hoy constan dentro del articulado.⁴⁹ Además, bien se puede afirmar que el concepto de dignidad y el de buen vivir comprenden de manera genérica la mayoría de los objetivos trazados por los preámbulos de nuestras antiguas constituciones.

CONCLUSIONES

De lo anterior extraemos lo siguiente:

1. Los preámbulos son una norma declarativa con una función hermenéutica indiscutible, sobre todo porque: (i) indican algo de la historia por la que se expidió la norma; (ii) muestran la *mens legislatoris*, los motivos que movieron al legislador o al constituyente a adoptar tal o cual decisión; (iii) aclaran cuál es el fin objetivo de la norma; y (iv) incluyen directrices de cómo debe interpretarse el articulado. Además en determinadas ocasiones pueden funcionar como normas operativas, prohibiendo lo frontalmente opuesto al preámbulo.
2. Los preámbulos usualmente muestran dos tipos de contenido: uno informativo: nombre de la norma, del Estado, forma de aprobación, etc., y otro ideológico: fines, héroes, justificación de la norma, etc. Casi todos estos contenidos pueden estar sin mayores inconvenientes dentro del articulado de la norma, salvo la justificación acerca del porqué resulta exigible la misma norma, que propiamente debe constar en el preámbulo.
3. El derecho comparado ha considerado que el sujeto soberano es el pueblo, la nación o el Estado. La doctrina suele poner la soberanía en cabeza del Estado, mientras nuestra Constitución de 2008, junto a varias de sus antecesoras, la han puesto en el pueblo. Bien podría afirmarse que el preámbulo utiliza la figura literaria de la sinécdoque, donde se denomina al todo (el Estado) por la parte (el pueblo), recordando además que la personalidad jurídica del pueblo coincide exactamente con la personalidad del Estado.
4. De forma reiterada, con diferente texto, el Ecuador ha aludido en sus preámbulos a las raíces históricas milenarias del Estado. Se consagra así, de manera tácita, la *regla de interpretación histórica de la constitución* vigente en todo aquello que secunde el principio de continuidad histórica de la normativa constitucional (la regla aplica menos a las discontinuidades normativas), y, en

49. Ver art. 3, 11 y otros, Constitución de 2008.

general, en todo lo que durante siglos se haya asentado dentro de la profunda concepción jurídica del pueblo ecuatoriano.

5. Ha de entenderse que el ordenamiento jurídico, desde su cúspide normativa, propugna la integración con los demás países y especialmente con los latinoamericanos.
6. El Ecuador tiene como alto valor jurídico a la Divinidad y a las diversas formas de religiosidad. Es un Estado laico, no un Estado ateo, ni tampoco un Estado agnóstico. Tal valor debe fomentarlo sin defender ningún credo, sino procurando fomentar que cada individuo y comunidad profesen su propio credo y puedan vivir según sus propias creencias. El Estado laico no desconoce la dimensión religiosa las personas y comunidades, ni menos la puede obstaculizar (eso sería un Estado ateo), sino que procura generar las condiciones para que cada uno desarrolle su relación con la Divinidad.
7. A nuestro juicio, el mayor acierto del Preámbulo es señalar la vida digna, y su correlativo *sumak kawsay*, como fin constitucional supremo. No todos los fines constitucionales tienen la misma preeminencia. Este principio ayuda a ordenar los fines, valores, principios, políticas, reglas y derechos constitucionales.
8. El Preámbulo vigente ha descuidado algunos temas señalados en las antiguas constituciones ecuatorianas. No obstante, estos bien pueden ser subsumidos implícitamente en el amplio concepto de vida digna o *sumak kawsay*.

BIBLIOGRAFÍA

- Albendea Pabón, José. “El preámbulo de la Constitución colombiana”. *Dikaion*, No. 3 (1994).
- Amato, Giuliano. “La sovranità popolare nell’ordinamento italiano”. *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (1962).
- Casiello, Juan. *Derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Perrot, 1954.
- Castellá Andreu, Josep María. *Jornada sobre el valor constitucional de los preámbulos de las leyes*. Cataluña: Fundación Ciudadanía y Valores, 12-XI-2009.
- Crisafulli, Vezio. *Stato, popolo, Governo, Illusioni e delusioni costituzionali*. Milán: Giuffrè, 1985.
- Esmein, Adhemar. *Elements de droit constitutional français et compare*, 7a. ed. París: L. Tenin, 1921.
- Goldschmidt, Werner. *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico*. Traducción de M. Reale. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. México: UNAM, 2001.

Larrea Holguín, Juan. “Constitución Política con comentarios”. En *Temas constitucionales*. Quito: CEP, 1998.

---. *Derecho constitucional*, t. I. Quito: CEP, 2000.

Nocilla, Damiano. *Enciclopedia del diritto*. XXIV. Milán: Giuffrè, 1985.

Reale, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho*. Traducción de J. A. Sardina Páramo. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1978.

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos. “El Fin Último de la Constitución”. *Novedades Jurídicas*, No. IX 73 (2012).

---. “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 15 (2012).

Sagüés, Nestor Pedro. *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

Spaemann, Robert. “Normas morales y orden jurídico”. *Persona y Derecho*, No. 42 (2000).

---. *Personas. Acerca de la distinción entre ‘algo’ y ‘alguien’*. Traducción de J. L. del Barco. Pamplona: Eunsa, 2000.

Story, Joseph. *Comentario sobre la constitución federal de los Estados Unidos*, t. I. Traducción de Nicolás Calvo. Editado por C. Casavalle. Buenos Aires: Librería de Mayo, 1881.

Tosato, Edigio. *Enciclopedia del diritto*, XLIII. Milano: Giuffrè, 1985.

Normativa

Tribunal Constitucional ecuatoriano, Resolución No. 0008-07-TC (en Gaceta Constitucional No. 23, 2007).

Tribunal Constitucional español, sentencia 150/1990.

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2014
Fecha de aprobación: 2 de junio de 2015

Ponderación *versus* subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?

*Sebastián López Hidalgo**

RESUMEN

El presente artículo pretende poner de manifiesto dos cuestiones básicas en la teoría de la interpretación constitucional relacionadas con el principio de seguridad jurídica y un criterio de certeza en el ordenamiento jurídico. Dichas cuestiones, aunque aparentemente de sobra conocidas por los teóricos, merecen un breve análisis: i) La insuficiencia del método clásico de la subsunción jurídica propugnado desde el positivismo clásico y el formalismo ingenuo, pensado para un tipo de normas (reglas) con autonomía semántica, frente a formas de razonamiento diversas como la ponderación constitucional, óptimas cuando se trata de procurar una solución frente problemas que tienen que ver con normas abiertas y generales como los principios constitucionales; y ii) La superación de la dicotomía subsunción-ponderación como dos cuestiones aisladas que no guardan una relación en materia interpretativa.

PALABRAS CLAVE: ponderación, subsunción, interpretación jurídica, interpretación constitucional, crisis del Derecho.

ABSTRACT

This article intends to bring to light two basic issues in constitutional interpretation theory which are related to the principle of legal security and a criteria of certainty in the legal order. Said questions, although apparently sufficiently know by theorists, deserve a brief analysis: i) The inadequacy of the classic juridical subsumption method promoted by classical juridical positivism and the ingenuous formalism conceived for a type of norms (rules) with semantic autonomy, vis a vis diverse techniques such as constitutional weighting, which are optimal when it comes to provide a solution facing problems that are related to general open norms such as constitutional principles; and ii) The overcoming of dichotomy subsumption-weighting, as two isolated issues that are not related in the interpretive field.

KEYWORDS: weigh, subsumption, legal interpretation, constitutional interpretation, the crisis of law.

FORO

* Docente de la Universidad del Azuay.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha entendido –o entendido mal–, en el campo de la práctica jurídica, que los jueces, al momento de resolver los denominados casos fáciles, tienden a echar mano sin mayor problema de la subsunción jurídica, en tanto que –cuando ha sido aceptado de buen recibo–, en los casos difíciles, el juicio de ponderación habría hecho su entrada como una particular técnica argumental incompatible abiertamente con una idea de subsunción jurídica.

Según se podrá observar, aun cuando la subsunción jurídica –como una apuesta a la actividad racional del legislador y a una concepción mecanicista de la decisión judicial– es viable en determinados supuestos en donde intervienen un cierto tipo de normas cerradas, concretas y específicas, y resulte insuficiente cuando se trata de procurar una solución correcta a problemas que tienen que ver con categorías normativas abiertas, generales y abstractas como los principios, la complementariedad de los modelos argumentales de fundamentación –subsunción y ponderación– es una exigencia de la realidad jurídica, puesto que la práctica más importante se mueve en una multiplicidad de casos que involucran la intervención armónica de los mismos en fases distintas de la aplicación del Derecho.

LA SUBSUNCIÓN COMO UNA APUESTA A LA RACIONALIDAD JURÍDICA

De manera muy general podría decirse que, para el positivismo jurídico de carácter formalista,¹ la inferencia lógica deductiva del razonamiento jurídico se deriva como una necesidad básica de concebir al orden jurídico rigurosamente escindido entre fuentes de creación y órganos de aplicación del Derecho.²

-
1. El formalismo jurídico hace referencia a una cierta concepción de la estructura del orden jurídico. Según esta concepción, el Derecho está compuesto, exclusiva o predominantemente, por preceptos legislativos, o sea, por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados; y no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. El orden jurídico sería un sistema autosuficiente capaz de proveer la solución unívoca para cualquier caso concreto. Bobbio ha denominado a esta concepción “positivismo teórico” porque involucra una cierta teoría acerca de la estructura de todo orden jurídico. A respecto véase Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Ariel, 1983), 36. Sobre la relación formalismo jurídico y positivismo jurídico puede consultarse Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, No. 12 (México: Fontamará / Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1991), 37 y s.
 2. Aun así, el propio Kelsen indicaría que “desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero este también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad,

Dicha construcción positivista solo se lograría al precio de imaginar al legislador y su obra como un acto racional supremo del cual nada cabe cuestionar, ocultando algunos aspectos prácticos que tienen que ver con el ejercicio de la actividad jurídica cotidiana.

Los actos lógicos de subsunción describirían así el momento crucial del proceso de administración de justicia en el que los hechos probados, luego de ser valorados,³ aparecen insertos en una norma racional previamente individualizada que contiene la solución al caso concreto.

Consecuentemente, en esta visión del ejercicio del Derecho, una decisión judicial estaría justificada si se deriva de una disposición jurídica válida,⁴ y se adapta a la descripción de una conducta específica subsumible para el tipo abstracto previsto en aquella.⁵

Cobraría sentido el modelo básico de razonamiento judicial propio de una teoría cognitiva de la interpretación⁶ en donde “la sentencia constituye un sencillo razonamiento silogístico en el que los hechos funcionan como premisa menor que se subsume en la premisa mayor formada por la norma general y que da lugar a una simple conclusión jurídica denominada –fallo–”.⁷

puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general”. Ver Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1976), 169. También en Kelsen, dado que el Derecho aparece como una estructura de tipo jerárquico en la que cabe distinguir diversas “gradas” como la Constitución, la legislación, la jurisdicción, etc., muestra que la oposición entre creación y aplicación del Derecho es simplemente relativa. La mayor parte de los actos jurídicos lo son tanto de creación como de aplicación del Derecho. Las únicas excepciones son, por abajo, los actos de ejecución que son mera aplicación de normas individuales y, por arriba, la norma que ocupa el vértice de la pirámide y que, obviamente, no puede ser aplicación de ninguna otra. Véase Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, 2a. ed. (Barcelona: Ariel, 2003), 288.

3. E. Alchourron y Eugenio Bulygin se inclinan a pensar que en muchos casos (aunque no en todos los casos) los jueces no valoran, sino, que se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen. En otras palabras, no formulan juicios de valor, sino proposiciones axiológicas y tales proposiciones son puramente descriptivas. Dichas observaciones están destinadas a mostrar que el papel desempeñado por las valoraciones en el razonamiento judicial es bastante más modesto de lo que comúnmente se cree. Ver E. Alchourron y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 316.
4. Válida no en el sentido de perteneciente al sistema jurídico en el momento en el que el órgano jurisdiccional funda su decisión, sino más bien, en el sentido de aplicable al caso, puesto que pueden existir normas que perteneciendo a un sistema jurídico dado, no resulten aplicables al caso.
5. Paolo Comanducci, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”. En *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 17.
6. En los supuestos de la teoría cognitiva, la actividad interpretativa no es más que un acto puro de conocimiento racional en donde los enunciados interpretativos: las normas, producto de la actividad interpretativa, contienen un valor de verdad. Ver Ricardo Guastini, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. En *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Isabel Lifante Vidal (Lima: Palestra, 2010), 147.
7. Alfonso Ruiz Miguel, “Creación y aplicación en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984): 7.

De esta forma, los juristas decimonónicos eludirían algunas “dificultades” presentes en el sistema jurídico como las lagunas o contradicciones normativas, pero también negarían algunos otros como la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje, asumiendo que el ordenamiento jurídico ofrece siempre una única solución correcta⁸ que se obtiene luego de indagar la voluntad única del legislador, descubriendo el sentido objetivo –norma– que incorpora la disposición normativa.⁹

Para un modelo de juez mecánico¹⁰ en donde las decisiones judiciales pueden tomarse conforme a las reglas inferenciales de la lógica deductiva, la subsunción como el silogismo jurídico aparecería como la única garantía de racionalidad en el razonamiento jurídico encargado de dotar de seguridad y certeza al sistema jurídico.¹¹

Este dogma, de que los jueces solo aplican el Derecho legislado, ha sido apoyado por un modelo subsuntivo-deductivo de argumentación con el fin de obtener su más obvia consecuencia jurídica de carácter procesal: la sentencia o fallo,¹² evidenciada como el resultado de una fórmula aritmética que se obtiene de agregar hechos más normas.

Pero ¿es esta la realidad de la práctica jurídica contemporánea? ¿Es el método subsuntivo de razonamiento el único que permite alcanzar una solución correcta a todos los problemas jurídicos concretos? ¿Cómo operan realmente los jueces dentro de los denominados casos difíciles en el mundo del Derecho?¹³

-
8. García Amado sostendría que, tanto las doctrinas del formalismo decimonónico como las doctrinas axiologistas que representa Dworkin aparentemente como opuestas, guardan profundas coincidencias en su acepción como solución metódica. “Las unas y las otras beben de un mito, aquellas del siglo XIX en el mito del legislador racional inmanente a un Derecho ideal; estas, de la segunda mitad del XX y comienzos del XXI se apoyan en la creciente fuerza del mito del juez racional y ambas son formalistas”. Ver Antonio García Amado, “¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?”, *Revista Isegoría*, No. 35 (2006): 168.
 9. La norma no es el presupuesto mismo de la interpretación, sino su resultado; es decir, la norma resulta ser el producto de la actividad interpretativa de determinado texto, existiendo, por lo tanto, una relación interpretativa entre *disposición normativa* y *norma*. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete. Ver al respecto Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (México: Porrúa, 2000), 11.
 10. Un modelo de juez que se limita a subsumir hechos a normas abstractas y generales para obtener su consecuencia –fallo o decisión–.
 11. Juan Igartua Salaverría, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional* (Madrid: Civitas, 1998), 100.
 12. “Lo que el juez expresa en su sentencia es la convicción formada por su entendimiento de las pretensiones de las partes, de las pruebas sobre los hechos que las constituyen, y del sentido que estima correspondiente a ley aplicable”. Véase Cesáreo Rodríguez-Aguilera, *El lenguaje jurídico* (Barcelona: Bosch, 1969), 55.
 13. El grado de problematicidad que haya en un caso será lo que le atribuya la propiedad de ser fácil o difícil. Los denominados casos fáciles son aquellos en donde aparece formulado en términos relativamente sencillos la construcción silogística de premisa mayor, premisa menor y consecuencia, de manera que es posible una única solución correcta. Por el contrario, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución. Es decir, no aparece determinado de forma clara la premisa mayor, premisa menor y la consecuencia capaz de procurar una única solución correcta al caso. Se presentan con una zona de certeza o núcleo duro y una zona de penumbra. Estos casos difíciles son tales porque: no hay una respuesta correcta para él; las formulaciones normativas son ambiguas y los conceptos que expresan son vagos; el

De hecho, la práctica judicial como una actividad relacionada con hechos reales y situaciones complejas no supone solamente una actividad lógica de subsunción y posterior deducción metodológica. Por el contrario, la actividad judicial “se expresa mediante una serie de operaciones complejas, cognitivas y volitivas, que difícilmente pueden ser sometidas a un modelo unitario de comprensión”.¹⁴

El ejercicio de las funciones jurisdiccionales en el conocimiento de los casos prácticos no empieza y termina con una atribución de significado como una actividad puramente racional.¹⁵ “Ese constituye tal vez el momento central, pero para llegar a él han de verificarse algunas operaciones que condicionan o –casi– prejuzgan el resultado final”.¹⁶

Como se evidencia, el acto de subsunción está presente en la compleja operación jurídica. Sin embargo, no constituye la única variable que define todo el proceso como *subsuntivo*, con el fin de asegurar la ansiada seguridad jurídica y certeza en el Derecho.

El que la subsunción sea una forma tradicional para resolver los denominados casos fáciles, por sí misma no dice nada en su contra ni sirve para desecharla; no obstante, muchos de los compromisos actuales del Derecho se cifran en articular otras técnicas de argumentación en torno a la tarea interpretativa, vinculada a criterios de racionalidad controlable. “Desde luego, la parte más importante y más interesante de la práctica constitucional no es el conjunto de casos fáciles, son los casos difíciles los que vale la pena explicar, es decir, aquellos en los que no hay nada manifiesto, sino en los que aparecen los problemas interpretativos”.¹⁷

Sin duda se trata de realidades del sistema que desnudan la supuesta racionalidad del legislador y evidencian una labor que puede estimarse como “creativa”¹⁸ en el

Derecho es incompleto o inconsistente; no hay consenso en la comunidad de juristas sobre su solución; no es un caso rutinario o de aplicación mecánica; es necesario sopesar disposiciones jurídicas en conflicto; requiere para su solución un razonamiento basado en principios; involucra juicios morales, etc. Ver al respecto Francisco Laporta, *El imperio de la ley una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007), 204 y s. También puede consultarse Atienza, *El sentido del Derecho*, 264-5.

14. Luis Prieto Sanchís, *Interpretación jurídica y creación judicial* (Lima: Palestra, 2007), 179.

15. Ni siquiera para los casos de control abstracto de norma en materia constitucional, puesto que se requiere más que una simple actividad cognitiva de contraste lógico formal de normas contrapuestas. Se trata de un ejercicio que está más allá de la sola actividad de conocimiento de un texto, en donde pueden surgir un sinnúmero de situaciones posibles: desde una laguna normativa hasta la determinación de normas implícitas o normas adscritas. Por otro lado, como lo indica Eros Grau, “el intérprete interpreta también el caso, necesariamente, además de los textos, al emprender la producción práctica del derecho”. Ver Eros Grau, *Interpretación y aplicación del Derecho* (Madrid: Dykinson, 2007), 222.

16. Prieto Sanchís, *Interpretación jurídica y creación judicial*, 180.

17. Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 100.

18. Por creación judicial del derecho, tal como lo sostiene Alfonso Ruiz Miguel, se entiende al menos cuatro acepciones: 1. creación formal: cuando la sentencia se considera un mandato –o, en la terminología kelseniana, una

momento de la adjudicación judicial que se encuentra más allá de la simple actividad de subsunción jurídica.¹⁹

Ahora bien, ¿qué supone esto para el Derecho? ¿Qué tipo de normas sugieren una actividad interpretativa que escapa a la simple lógica deductiva racional que no genere al mismo tiempo inseguridad jurídica dentro del sistema? ¿Cuáles son esos métodos alternativos de razonamiento jurídico para los denominados casos difíciles en donde intervienen normas generales y abstractas?

TEORÍA DE LAS NORMAS: LAS REGLAS, LOS PRINCIPIOS,²⁰ Y SUS MÉTODOS

Aun cuando no es objeto de esta exposición debatir en profundidad la problemática acerca de la distinción entre reglas o principios,²¹ –distinción que no se funda en el carácter normativo, ya que en ambos casos es jurídica–,²² la dualidad reglas y principios puede ser desarrollada a partir de unas características básicas propuestas por R.

norma particular–, cada decisión judicial es un acto jurídico tan nuevo como una ley o una concesión administrativa y produce un cambio en la situación o relación de las personas que han sido partes en el proceso; la decisión judicial es formalmente creativa de Derecho por el simple hecho de tratarse de una decisión; 2. creación material para un caso concreto por especificación de criterios jurídicos abstractos preexistentes: según la conocida tesis de Kelsen, el proceso dinámico de producción normativa es a la vez aplicativo y creativo porque las normas inferiores siguen criterios establecidos en normas superiores, pero a la vez deben especificar alguno de sus distintos significados posibles; 3. creación material para un caso concreto por inexistencia de criterios jurídicos abstractos preexistentes: representados en el lenguaje jurídico como (lagunas, antinomias y redundancias); 4. creación material de criterios jurídicos abstractos: ocurre cuando una determinada sentencia que crea Derecho en el sentido anterior funciona además como precedente a seguir en casos posteriores similares. Ver Ruiz Miguel, “Creación y aplicación en la decisión judicial”, 16-7.

19. Sin embargo, como ideal al que aspirar, sigue vigente en cualquier caso en su sector de la doctrina, el sistema de normas sin lagunas, perfecto, necesitado quizá de interpretación, pero nunca de complemento. Ver Arthur Kauffman, *Hermenéutica y Derecho* (Granada: Comares, 2007), 68.
20. No seguimos aquí de forma rígida la clasificación propuesta por Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza en donde los principios admiten una clasificación entre: 1) principios en sentido estricto; y, 2) principios programáticos o normas directrices. Como una opción metodológica, la clasificación se orienta a los dos grandes “grupos” de normas: reglas y principios. Ver Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel, 1996).
21. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han establecido algunas diferencias básicas que son articuladas o agrupadas en torno a tres categorías: i) como diferencias estructurales; ii) diferencias como razones para la acción; y, iii) diferencias como normas que se vinculan con relaciones de poder. Véase Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho...*, 7 y s. También puede verse Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998).
22. Paloma Biglino Campos, *Los vicios en el procedimiento legislativo* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991), 66.

Dworkin, como son: la aplicabilidad disyuntiva de las reglas, y la dimensión de peso o importancia de los principios.²³

Distinción de la que R. Alexy también participaría subrayado la diferencia cualitativa que supone que las reglas sean aplicadas mediante un proceso de subsunción lógico, mientras que en los principios, para la solución de sus casos, haya de recurrirse a otros procedimientos como el juicio de ponderación.²⁴

Así, para el caso del conflicto o colisiones entre reglas jurídicas el tema puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción, lo cual elimina el conflicto, o mediante la adopción de los denominados clásicos criterios de solución de las antinomias que producen la invalidez de alguna de ellas.²⁵

Las reglas jurídicas se presentarían como un tipo de normas proclives a una exclusión mecánica de “todo o nada”. Si se hace efectivo el supuesto de hecho previsto en la regla el juez debe aplicarla subsumiendo por completo el caso. Si, por el contrario, el supuesto de hecho previsto no se verifica, el juez debe excluir su aplicación.²⁶ Consecuentemente, las reglas constituyen razones excluyentes de manera que si se presentan las condiciones, estas se aplican o no, sin necesidad de entrar a otras consideraciones posibles.

De acuerdo con esta idea, las normas tipo regla se presentan de forma binaria en tanto determinan su condición de aplicabilidad regido por una lógica *out-out* respondiendo a un ideal de subsunción jurídica.²⁷

Por su parte, las colisiones o conflictos entre normas y principios deben ser resueltos de manera totalmente distinta, ya que no se definen como normas con una validez

23. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984), 74-5. Sobre tal distinción puede consultarse también García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 199.

24. Se dice que las tesis de Alexy constituyen una reelaboración teórica más profunda y consistente del inicial planteamiento de Dworkin para poder distinguir las reglas de los principios. Es decir, Alexy da cuenta del porqué de las diferencias anotadas por Dworkin profundizando en la metáfora del “peso e importancia” encaminándolo a lo que ha denominado “mandatos de optimización”. Al respecto puede consultarse García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 185 y s. En este mismo trabajo, García Figueroa destaca algunos aspectos fundamentales de la concepción alexiana de los principios, tales como: la graduabilidad; la optimización; el deber ser ideal; el carácter *prima facie*.

25. Los clásicos criterios de solución de antinomias son: criterio de jerarquía, criterio de cronología, criterio de competencia y criterio de especialidad. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador los contempla en su artículo 3 numeral 1 (*lex posterior derogat legi priori; lex specialis derogat legi generali*).

26. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 573.

27. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 164.

definitiva sino solo *prima facie*. Por tanto, “que una norma iusfundamental tenga una validez *prima facie*, significa que no puede aplicarse mediante la subsunción”.²⁸

Decir que un principio tiene una validez *prima facie*, supone que las pautas de conducta que contienen los principios establecen obligaciones que son *derrotables*;²⁹ consecuentemente, las reglas, como su opuesto, establecerían condiciones inderrotables con un carácter “definitivo”.³⁰

Los principios por su carácter de norma general y abstracta serían el “gran depósito de condiciones implícitas que pudieran alterar la correlación entre el caso genérico y la solución normativa”.³¹ Un tipo de normas cuyas condiciones de aplicación no pueden ser determinadas *ex ante*,³² ya que solo aparecen como determinables.³³

Cuando dos principios entran en colisión... uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.³⁴

En el caso de los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas,³⁵ el tema de su posible colisión no se resuelve mediante la aplicación de la norma válida, sino en relación a una dimensión de peso o importancia³⁶ dado que

28. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 587.

29. Juan Carlos Bayón, rastreando el origen del término derrotable identifica como “intercambiables” los conceptos “norma derrotable”, “*prima facie*” y “norma abierta”. La revigorización actual de la idea de derrotabilidad se ha producido en el marco de las discusiones –suscitadas fundamentalmente a partir de los trabajos de Dworkin y Alexy– a cerca de la distinción entre reglas y principios, la interacción entre ambos y el papel de cada uno de ellos en el razonamiento jurídico. Ver Juan Carlos Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, No. 13 (2000): 87 y s. Por su parte, Francisco Laporta identifica una derrotabilidad epistémica y la derrotabilidad lógica. De acuerdo con la primera lo derrotable es nuestro conocimiento; en tanto que, de conformidad con la segunda acepción lo derrotable es la norma misma. En este caso, si alguna de las condiciones contribuyentes que conforman las presuposiciones subyacentes a la norma no está presente, entonces la correlación del caso con la solución tampoco puede ser concluida. Ver Laporta, *El imperio de la ley una visión actual*, 203.

30. Jorge Rodríguez, “Derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Isonomía*, No. 6 (1997): 150-67.

31. Laporta, *El imperio de la ley una visión actual*, 204.

32. Alfonso García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”. En *El canon neoconstitucional*, coord. por Miguel Carbonell y Leonardo García (Madrid: Trotta, 2010), 192.

33. *Ibid.*, 195. Como es advertido por Alfonso García, ello supone asumir que el contenido de las normas puede depender de ciertas particularidades en que la norma sea aplicable. Sin embargo, se puede presentar algún problema y con ello caer en un realismo jurídico extremo o un nihilismo extremo.

34. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 89.

35. *Ibid.*, 86.

36. Con referencia al concepto de peso de los principios puede verse Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, 77. Resulta pertinente también una referencia específica anotada por Ricardo Guastini en relación al juicio de

estos, no suministran razones excluyentes, sino razones que deben ser sopesadas unas con otras.³⁷

Esta dimensión de peso que incorporan los principios remite de forma inmediata el problema a la cuestión de la ponderación³⁸ como el procedimiento más adecuado de fundamentación racional para resolver los conflictos entre este tipo de normas. Tal como lo concebirá Alexy: una forma de entender la diferencia de los principios y las reglas más funcional que morfológica.³⁹

Así, el “sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales”.⁴⁰

Lo que significa, según la regla constitutiva de la ley de la ponderación, que, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴¹

No se trata de establecer jerarquías abstractas respecto de los derechos contenidos mediante fórmulas principales, sino de una jerarquía móvil o axiológica articulada al caso concreto.⁴²

Sobre el juicio de ponderación muchas veces se ha objetado que no constituye un procedimiento racional o controlable;⁴³ es decir, allí donde comienza la ponderación

la ponderación cuando dice: “la ponderación no es una operación estrictamente interpretativa. La clave de la ponderación no es la atribución de significado a las disposiciones que expresan los dos principios en conflicto, es más bien un juicio de valor comparativo (El principio P1 tiene más valor que el principio P2), que es algo diferente a un enunciado interpretativo (El texto T expresa la norma N)”. Ver Ricardo Guastini, “Interpretación de la Constitución”. En *Interpretación y razonamiento jurídico*, ed. por Santiago Ortega (Lima: ARA, 2010), 61.

37. Manuel Atienza, *El sentido del Derecho...*, 81.

38. Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En *El canon neoconstitucional*, coord. por Miguel Carbonell y Leonardo García (Madrid: Trotta, 2010), 111: indica que, en el Derecho Constitucional alemán, la ponderación es parte del principio general de proporcionalidad que a su vez consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Los tres expresan la idea de optimización.

39. Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), 50.

40. Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”. En *Teoría del neoconstitucionalismo*, coord. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 220.

41. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 161.

42. Ricardo Guastini, “Los principios en el Derecho positivo”. En *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1999), 170.

43. Jürgen Habermas por ejemplo, ha indicado que “la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado. En la medida en que un tribunal constitucional adopta la –teoría de los valores– o –teoría del orden valorativa– y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicio irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos... En cambio,

cesaría la posibilidad de un control racional de las decisiones jurisdiccionales abriéndose paso la discrecionalidad judicial⁴⁴ y la inseguridad jurídica.

Bien es verdad que no existe un ponderómetro, como lo afirma García Amado,⁴⁵ que elimine la discrecionalidad judicial, no obstante, ello no significa que la ponderación sea irracional y por lo mismo, descartable.⁴⁶

A la final, el silogismo y la subsunción tampoco excluyen apreciaciones subjetivas y un halo de discrecionalidad, no obstante, de tal afirmación no se colige que la subsunción deba ser desechada por irracional.

Si bien la ponderación no es una actividad que pueda estimarse como de plena objetividad, puesto que dicho ideal solo sería alcanzable en un marco normativo ideal que establezca con exactitud todas las actividades prohibidas o permitidas con anterioridad a los hechos, lo cual resulta altamente improbable; como procedimiento de fundamentación, encuentra un grado de objetividad y por ende, susceptible de un control racional.

Más aun, un sistema que integra un amplio catálogo de derechos fundamentales mediante cláusulas de principios hace imprescindible la utilización de métodos o técnicas argumentales diversos a la subsunción clásica, capaces de procurar una solución adecuada para cada caso.

Si se han reconocido las ventajas de que los derechos estén redactados mediante fórmulas abstractas, debido a que facilitan el diálogo abierto y plural en una sociedad democrática, lo ideal es la existencia de un modelo útil de razonamiento, racional y controlable cuando concurren principios-derechos en conflicto.

Por ello, no parece sensato sacrificar el espacio deliberativo democrático de configuración y pluralismo que brindan los principios a pretexto de una supuestamente cierta y segura subsunción de normas. Adicionalmente, un sistema de normas concretas, cerradas y específicas que regulan el sinnúmero de actividades sociales no solo

en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis –costes-beneficios–. Ver Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1998), 332; y, una respuesta a la posición de Habermas, adoptada por Alexy puede consultarse en Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, 106-16.

44. Un análisis interesante de la crítica y defensa al juicio de ponderación, así como un debate más amplio respecto del modelo neoconstitucionalista mantenido entre García Amado y Prieto Sanchís en sus tesis centrales, puede verse en Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho...*
45. Juan Antonio García Amado, “Derechos y pretextos”. En Miguel Carbonell, coord., *Teoría del Neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2007).
46. García Amado dice que medida o ponderación son palabras que valen como metáforas, no como descripción rigurosa de lo que el juez hace al fallar. Para explicar esa su labor –dice el autor–, es más exacto y honesto usar el término de siempre: valoración, juicio valorativo. Ver García Amado, “¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial”, 171.

que sería imposible y poco deseable, sino que correría el riesgo de asfixiar el proceso político de deliberación.

A la final, el debate en el mundo del Derecho es esencialmente argumentativo, incluso dentro del propio juicio de subsunción a efectos de alcanzar la ansiada legitimidad de la justicia y el control racional sobre el ejercicio de la función jurisdiccional.

Todo esto no supone una defensa sin más de cualquier argumentación que se esconda bajo el rótulo de “ponderación”, lo cual ha llevado a plantearse parámetros de racionalidad fundados en distintas fórmulas de justificación.⁴⁷

En tal sentido, un modelo articulado de principios y de reglas considerados de forma contextual parece lo correcto. Así, del “hecho de que, a través de las disposiciones iusfundamentales se estatuyan dos tipos de normas, es decir, las reglas y los principios, fundamenta el carácter doble de las *disposiciones* iusfundamentales”.⁴⁸

El recelo a la existencia de normas fin como los principios no se justifica en nombre de un posible judicialismo perverso, puesto que en la argumentación constitucional se encuentra el gran depósito de legitimidad.⁴⁹

Desde luego, existirán casos que se presenten con mayor apertura a los procesos de subsunción lógica, sin embargo, existirán otros en donde la diversidad de procedimientos utilizados, asuman un rol central en la argumentación de la decisión.

El razonamiento jurídico y la interpretación jurídica contemporánea no pueden consistir solamente en una deducción silogística básica –justificación interna–, pensada para un tipo de normas-reglas, que de hecho también hacen parte de una Constitución, sino además, unas técnicas de interpretación y unos métodos alternativos de razonamiento y fundamentación racional orientados en la búsqueda de una síntesis adecuada y razonada que integre un marco de justificación externa domeñada por una Constitución material de principios.⁵⁰

47. Sin que ello sea la solución final al debate, dado la discrecionalidad siempre latente en el órgano jurisdiccional encargado de resolver los casos, la *ley de la ponderación* en Robert Alexy y su *fórmula del peso* han significado en esfuerzo interesante en reducir los márgenes de discrecionalidad.

48. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 135.

49. García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, 203.

50. Alexy se ha referido al tema de la justificación interna y externa diciendo: “Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación *interna* y la justificación *externa*. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa...”. Ver Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 214 y s. También puede consultarse Paolo Comanducci, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo* (México: Fontamara / Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2004), 71 a 84. El marco de justificación interna constituye una inferencia a partir de premisas dadas; en tanto que la justificación externa es la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de las premisas dadas. Las primeras se adscribirán a lo que se ha denominado casos simples y la segunda a los denominados casos difíciles.

SUPERANDO LA DICOTOMÍA PONDERACIÓN *VERSUS* SUBSUNCIÓN

¿Son excluyentes el juicio de ponderación y la subsunción jurídica? La subsunción como el ingrediente principal del silogismo no puede comparecer siempre a la escena jurídica como el método único de razonamiento jurídico o excluyente en perjuicio de otras herramientas argumentales alegando mayores credenciales justificatorias al momento de juzgar el grado de seguridad y certeza dentro del ordenamiento.

Se ha vuelto común afirmar que la ponderación es el juicio alternativo a la subsunción, o que se trata simplemente de modelos de fundamentación irreconciliables. Como se observó, las normas-reglas serían objeto de subsunción en donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla. Los principios, en cambio, serían objeto de ponderación, donde la solución es construida a partir de razones en pugna.

Sin embargo, si bien es verdad lo manifestado –al menos parcialmente–, no parece prudente indicar sin más que el juicio de ponderación constituya una alternativa siempre opuesta a la tradicional subsunción, diciendo algo así como que el operador jurídico de adoptar entre uno u otro camino.⁵¹

Ahora bien, que no siempre se precise de la ponderación es correcto, pero cuando existe un problema entre principios hay que ponderar. Y no por ello la subsunción ha de quedar arrinconada, como bien lo anota Prieto Sanchís, sino al contrario: “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir”.⁵² Es decir, constatar que el caso se encuentre en el campo de la aplicación de los principios.

Así, por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite excesivo al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una sino dos veces: en el tipo penal, por ejemplo, y en el derecho fundamental invocado, para luego ser ponderada con los principios en pugna que respaldan la vigencia de tal disposición.⁵³

51. Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”. En Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 103.

52. *Ibíd.*, 104.

53. *Ibíd.*

Y aún más si antes de ponderar era preciso subsumir de alguna manera, aun cuando sea en un sentido débil del término –de verificación del caso–, “esto es, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna”, después de ponderar, habrá nuevamente que subsumir. Operarían entonces en fases distintas del proceso argumentativo.

Como lo expresara Alexy, “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.⁵⁴

Dicho en otras palabras, el propio juicio de ponderación se orienta a la formulación de una posterior regla. Una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se posterga la aplicación de uno de los principios en pugna para dar paso al otro, y, superada la antinomia, opera como una premisa normativa de la posterior subsunción.

Concluyentemente, “ponderación y subsunción no parecen como operaciones incompatibles, sino más bien propias de contextos de justificación diversos”⁵⁵ de manera que la ponderación no elimina la subsunción, sino que constituye el razonamiento que hace posible la construcción de la regla que funciona como premisa mayor del razonamiento jurídico.

La complementariedad de los métodos de razonamiento y solución de los conflictos de normas es una exigencia de la realidad jurídica dado que la práctica más ardua e importante se debe al conjunto de los denominados casos difíciles en los que se presentan especiales problemas interpretativos que requieren de una argumentación racional, más allá de la sola subsunción sin sacrificar la certeza y seguridad en el ordenamiento jurídico.

Además, aun cuando estos procedimientos argumentales mantienen una independencia para ciertos casos, puesto que donde no existe un problema de principios no aparece como necesario un juicio de ponderación, una consideración binaria o excluyente al estilo “o subsunción o ponderación” parece una idea fragmentada del Derecho.

CONCLUSIONES

El dogma clásico de que los jueces son simplemente *bouche de la loi* parece no tener más cabida hoy en día. La labor del ejercicio jurisdiccional no puede ser reducida en un mero servicio al legislador y su voluntad racional.

54. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 116.

55. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, 199.

Por otro lado, que el ordenamiento es un sistema completo, coherente y cerrado, sin ambigüedades o vaguedades, capaz de regular siempre todos los supuestos concretos mediante actos legislativos previamente concebidos, tampoco parece ser posible.

Más allá de la utilidad que pueden brindar ciertas herramientas del razonamiento jurídico como la subsunción clásica, la realidad de la práctica jurídica contemporánea muestra como los jueces se encuentran constantemente avocados a hacer uso racional y controlable de una variedad de técnicas argumentales capaces de mostrar como la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible.

Así, la subsunción jurídica para los denominados casos fáciles y la ponderación para los casos difíciles, en los cuales cobran especial relevancia las normas iusfundamentales de carácter principialista en el marco de una Constitución con fuerza normativa, constituyen herramientas argumentales que no se miran como irreconciliables, sino que, bien entendidos, son complementarios en el discurso de los juristas.

La comparecencia armónica de la subsunción y la ponderación en los casos que corresponda puede contribuir favorablemente a construir una idea integral y no fragmentada del ordenamiento jurídico, y redundar en un ideal de certeza y seguridad jurídica que el sistema debe proporcionar.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourron, E., y Eugenio Bulygin. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En Miguel Carbonell y Leonardo García, coord., *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).
- Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*, 2a. ed. Barcelona: Ariel, 2003.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Biglino Campos, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, No. 12. México: Fontamará / Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 1991.
- Carlos Bayón, Juan. “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”. *Isonomía*, No. 13 (2000).
- Comanducci, Paolo. “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”. En *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- . *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*. México: Fontamará-Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2004).
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- García Figueroa, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”. En Miguel Carbonell y Leonardo García, coord., *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- . *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- García Amado, Antonio. “¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?”. *Revista Isegoría*, No. 35 (2006).
- García Amado, Juan Antonio. “Derechos y pretextos”. En Miguel Carbonell, coord., *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- Grau, Eros. *Interpretación y aplicación del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 2000.
- . “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. En Isabel Lifante Vidal, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima: Palestra, 2010.
- . “Interpretación de la Constitución”. En Santiago Ortega, edit., *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima: ARA, 2010.
- . “Los principios en el Derecho positivo”. En *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.
- Igartua Salaverría, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.
- Kauffman, Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Laporta, Francisco. *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1983.
- Prieto Sanchís, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. En Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2007.
- . “El juicio de ponderación constitucional”. En Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

---. *Interpretación jurídica y creación judicial*. Lima: Palestra, 2007.

---. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Rodríguez, Jorge. “Derrotabilidad de las normas jurídicas”. *Isonomia*, No. 6 (1997).

Rodríguez-Aguilera, Cesáreo. *El lenguaje jurídico*. Barcelona: Bosch, 1969.

Ruiz Miguel, Alfonso. “Creación y aplicación en la decisión judicial”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984).

Fecha de recepción: 26 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 21 de marzo de 2016

Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008

*Alexander Barahona**

RESUMEN

La familia es el núcleo humano de afectos, vida común y realización personal; aunque tradicionalmente no se concibió en esta forma, las reivindicaciones por la dignidad humana, libertad e igualdad han materializado profundos cambios en cuanto a la concepción cultural de sociedades diversas. El respeto y garantía de la intimidad y proyecto de vida respaldan un enfoque diverso de familia y sus protecciones sociales y jurídicas. Una de ellas es el matrimonio, que, en cuanto fenómeno social, ha sido regulado por la política, la religión y el derecho, siendo una institución históricamente discriminatoria, actualmente restringida a parejas homosexuales. Sobre esta base, el presente artículo evidencia la afectación a derechos, así como los retos y oportunidades constitucionales, que fundamentan la opción de garantía y tutela del matrimonio igualitario en el Estado ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de vida, familia, matrimonio igualitario, dignidad humana, igualdad y no discriminación.

ABSTRACT

The family is at the core of human affection, daily life, and self-realization, although it was not traditionally conceived in this way. The vindication for human dignity, liberty, and equality have brought about deep changes regarding cultural conception of diverse societies. Respect and guarantee of the freedom of lifestyle choice back up a diverse focus of family and its social and legal rights and protections. One of these protections is marriage which, by social phenomenon, has been regulated by politic, religion, and law; being an historically discriminatory institution which is currently withheld from homosexual partners. Upon this basis, the present article demonstrates how rights are affected, as well as the constitutional challenges and opportunities which are founded in the option of guarantee and protections of equal marriage in the Ecuadorian State.

KEYWORDS: Lifestyle choice, family, marriage equality, human dignity, equality and inclusion.

FORO

* Asesor en la Corte Constitucional del Ecuador.

IGUALDAD, FAMILIA Y MATRIMONIO, UNA MIRADA DESDE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

FAMILIA Y GÉNERO, TENSIONES CULTURALES Y DERECHOS HUMANOS

Al hablar de familia nos referimos a una diversidad de aspectos de orden histórico, social, político y jurídico, que dan cuenta cómo a través del tiempo dicha institución ha evolucionado, y, a su vez, conserva determinados elementos constituyentes. Es indudable que la familia es el grupo primario de pertenencia de los individuos, que, en cuanto entidad viva, permite el establecimiento de relaciones dinámicas de sus miembros entre sí y para con otros, dando paso a la conformación de la sociedad y el Estado.

Así, pues, la familia como unidad de la sociedad ha sufrido la imposición de modelos que determinan su desarrollo, como el modelo nuclear de familia, conformada por hombre, mujer e hijos. Desde esta perspectiva, una familia ideal es en la que el hombre trabaja y ejerce autoridad exclusiva; la mujer es madre dedicada a las labores del hogar y cuidado de los hijos; un hijo o hija, que, dependiendo de su sexo, desarrolle un género previamente determinado; por ejemplo, si es niña deberá asumir un carácter delicado, sentimental, aprender labores domésticas y orientarse a la procreación y cuidado de la familia; si es hombre deberá ser fuerte, alejado de expresar sus emociones y cuidar de la manutención del hogar. Tales características se refuerzan con el pasar de los años de manera inconsciente, siguiendo los parámetros de conducta establecidos en casa, escuela, y círculos sociales.

Según Ramiro Ávila, la familia nuclear es un modelo referencial apreciable “en las propagandas [...] en el ideal de sagrada familia de la biblia, en la regulación del código civil y en las formas cotidianas de aprendizaje”,¹ consolidando así “la imagen del ser humano a la que toda persona, hombre y mujer, niño o niña, tiene que aproximarse lo más posible si es que quiere tener éxito”;² es, pues, un sistema en el cual lo que no esté dentro del parámetro heterosexual debe ser catalogado como extraño, peligroso y digno de rechazo.

1. Ramiro Ávila, “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, *Revista Umbral*, No. 2 (2012): 140.

2. *Ibíd.*, 147.

Según Alda Facio y Lorena Fries, “el patriarcado es un sistema histórico de dominación de lo masculino a lo femenino en el que se subordina y se priva a quienes se les atribuye características femeninas del acceso al ejercicio de derechos”,³ a lo que se añade el enfoque heterosexual como supuesto canónico de naturalidad, excluyendo realidades diversas de personas que desarrollan una ‘diferente’ identidad de género y orientación sexual.

Así, el sistema patriarcal afectó a todos los miembros de la sociedad; a las mujeres, al ubicarlas en un plano de inferioridad; a los hombres, al limitar su libre desarrollo y obligarlos a adecuarse a los parámetros de masculinidad; a los niños, al educarlos con principios discriminatorios; a gais, lesbianas, transgénero e intersexuales por considerarlos como personas enfermas y destinadas a la clandestinidad; y a núcleos familiares homoafectivos, al asumirlos extraños, peligrosos y sin reconocimiento por parte del Estado.

La familia, al ser el primer espacio de desarrollo humano, contribuye de manera decisiva a la asimilación y reproducción del género, pues es allí donde las personas tienen su primer contacto con lo externo y forjan su manera de ser, ver y actuar. Muchos son los casos cuando sus miembros se reprimen y frustran por presentar un género distinto al socialmente no concebido como acorde a su sexo. Por tanto, es importante entender al género como “el aparato a través del cual tiene lugar la producción y la normalización de lo masculino y lo femenino junto con las formas psíquicas y performativas que el género asume”.⁴ Asimismo, Stoller afirma que el género se refiere a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con lo sexos pero que no tiene una base biológica”.⁵

Desde otro enfoque, Michel Foucault desarrolló la idea que “el ‘sexo’ no existe con anterioridad a su determinación dentro de un discurso en el cual sus constelaciones de significados se especifican, y que, por lo tanto, los cuerpos no tienen ‘sexo’ por fuera de los discursos en los cuales se les designa como sexuado”.⁶ El autor es aún más enfático al mencionar que los conceptos y definiciones de sexo y género son construcciones usadas para crear un discurso legítimo y mantener una idea estática e inmutable de los roles que las personas deben mantener en su desarrollo social y familiar.⁷

3. Ibid., 141.

4. Gibrán Castañeda de la Cruz, “Familia y sistemas de parentesco: una contribución sociológica al estudio jurídico de la familia”. En Fausto Álvarez, coord., *Derecho de familia* (México: Escuela Libre de Derecho, 2012), 70.

5. Alda Facio, *Feminismo, género y patriarcado* (Santiago: LOM, 1999), 31.

6. Michel Foucault, citado por Danilo Caicedo, “Heterosexualidad y heteronormatividad. Análisis discursivo con énfasis en el entorno ecuatoriano”, *Revista Umbral*, No. 2 (2012): 123.

7. Sobre el tema confróntese Óscar Correas, *Crítica de la ideología jurídica: ensayo sociosemiológico* (México: Universidad Autónoma de México, 1993), 60.

Frente a ello, en las últimas décadas los movimientos feministas y de personas GLBTI⁸ han luchado para que se produzca un cambio cultural y se entienda que la identidad de género y orientación sexual no implica siempre la dicotomía hombre/mujer en el marco de la heterosexualidad, sino una diversidad de formas de concebir el cuerpo y la sexualidad.

Entonces, el actual debate acerca de la familia como institución social y jurídica ha recibido importantes aportes desde los estudios culturales y de género, para entender las relaciones familiares desde su diversidad. No se habla ya de la familia, sino de familias en plural, debido a sus diferentes maneras de constitución y desarrollo. Así, Enrique Petrachi indica “las formas que la familia ha adoptado son las más variadas, como nos lo enseñan la antropología y la historia, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones”.⁹ Por tanto, si formulamos una definición de familia, esta debe ser lo suficientemente amplia para no desconocer los cambios sustanciales que la institución seguirá teniendo.

En este contexto, podemos encontrar en los tratados internacionales, constituciones, leyes y demás disposiciones jurídicas de los diferentes Estados definiciones que tuvieron que ser reformadas o re interpretadas para adaptarse a la dinámica y exigencia social. Por esto autores como Germán Martínez afirman que “la familia es un concepto jurídico indeterminado, el cual es afectado en su configuración por una realidad cambiante propia de un proceso histórico, al cual está supeditado la vida en sociedad”,¹⁰ dejando en claro que no se puede hablar de una definición y forma única de familia, pues la construcción social va determinando lo dúctil de la institución y las nuevas formas que adopta.

Dicho lo cual, cuando hablamos de familia debemos referirnos de manera general al núcleo afectivo en donde las personas se desarrollan libremente, tal y como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina:

La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades que permiten la subsistencia, desa-

-
8. Siglas que refieren al colectivo de gais, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales.
 9. Carlos Figari “Per scientiam and justitiam”. En *Matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate* (s. l.: Fundación Triángulo). Disponible en <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/LibroSenadores.pdf>>.
 10. Germán Martínez Cázares, “La familia y su nueva concepción”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord., *El Derecho internacional privado* (México: Porrúa, 2012), 32.

rollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad...¹¹

MATRIMONIO, EVOLUCIÓN Y DEFINICIÓN

Al igual que la familia, el matrimonio sufrió varias modificaciones en el transcurso del tiempo, pasando de ser un rito a un acto contractual.¹² El derecho occidental heredó la visión romana de concebir al matrimonio como “la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear, educar hijos y de constituir entre los cónyuges una sociedad perpetua”.¹³

Tal definición es asumida por varias legislaciones, se fundamenta en tres elementos: a) procreación, b) libre consentimiento de las partes, c) heterosexualidad. La procreación tradicionalmente ha significado el fin mismo del vínculo matrimonial hombre-mujer; sin embargo, es cuestionado. Así, se sostiene que “la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato”.¹⁴ Por ello, la Corte Constitucional Colombiana señaló que “la capacidad de procrear como fundamento del carácter no asimilable de las parejas heterosexuales y homosexuales se sustenta en una comparación incompleta y sesgada que parte del presupuesto erróneo de que todas las parejas heterosexuales son aptas para procrear”.¹⁵ Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, desestimó la procreación como elemento esencial del matrimonio:

Por tanto, aun cuando es cierto que existen diferencias entre unas y otras parejas [heterosexuales/homosexuales], sobre todo en cuanto a la limitante de procrear hijos biológicamente comunes en las del mismo sexo, ello no se traduce en una diferencia o desigualdad entre ambas relaciones que, en forma relevante, incida en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda a ambas, puesto que, como hemos detallado, la “potencialidad” de la reproducción no es una finalidad esen-

-
11. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, citada por Rafael Centeno, “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006), 37.
 12. Federico Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, 2a. ed. (México: Editores Mexicanos Unidos, 1981), 47.
 13. Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho romano* (Madrid: Reus, 1965), 144.
 14. Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero de 2011. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.
 15. *Ibid.*

cial de aquél tratándose de las parejas heterosexuales que, como señalamos, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no (...).¹⁶

También la Suprema Corte Estadounidense en el caso *Obergefell vs. Hodges*, Director, Ohio Department of Health señaló:

La capacidad, el deseo, la promesa de procrear no es y no ha sido un requisito previo para un matrimonio válido en cualquier Estado. A la luz de los precedentes que protege el derecho de una pareja casada a no procrear, no se puede decir que la Corte o los Estados han condicionado el derecho a contraer matrimonio en la capacidad para procrear. El matrimonio como derecho constitucional tiene muchos aspectos, de los que la maternidad o paternidad es una sola...¹⁷

En cuanto al elemento de libertad de voluntad de los contrayentes, tal derecho posee dos dimensiones: a) el deseo de contraer o no matrimonio, y b) la posibilidad de escoger a la persona con quien se va a contraer matrimonio;¹⁸ en este último punto varios Estados han legitimado el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el sentido de que es potestad de las personas decidir con quién contraer matrimonio pues tal decisión se vincula con las convicciones y creencias más íntimas de la dignidad humana.

En referencia al elemento heterosexual, la Corte Constitucional Sudafricana en sentencia CCT-60/04 lo desvirtuó del contrato matrimonial, “dada la importancia y centralidad que atribuyen nuestras sociedades al matrimonio y sus consecuencias en nuestra cultura, el negar este derecho representa negar la autodefinición en una forma profunda”.¹⁹ Entonces, el objeto del matrimonio puede y es válidamente perseguido por parejas que proyectan una vida en común con vocación de permanencia, con independencia que sean heterosexuales u homosexuales. De igual forma, la alta Corte sostuvo que la definición exclusiva de matrimonio ofende a gays y lesbianas,²⁰ así como “tal concepción expresa no solo que su compromiso, relación y obligación de amor es inferior, sino que ellos/ellas nunca podrán ser parte de la comunidad con igualdad”.²¹

16. Suprema Corte de Justicia Nacional Mexicana, sentencia del 16 de agosto de 2010, párr. 270.

17. Supreme Court of the United States, case *Obergefell vs. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit argued april 28, 2015-decided june 26, 2015. Traducción del autor.

18. *Ibíd.*

19. Corte Constitucional Sudafricana, citada por Mariano Fernández, “Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del Derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 610.

20. Bruno Bimbi, “Aportes del debate de la ley de matrimonio para todos y todas”. En *Matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate* (s. l.: Fundación Triángulo, s. f.). Disponible en <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>>.

21. *Ibíd.*

Por todo ello, el objeto y fin del contrato matrimonial no radica en la diferencia sexual de los contrayentes. Así lo afirmó la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana en la sentencia No. 2-2010: “Esta Suprema Corte estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que en un momento histórico dado existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio”.²²

Consecuentemente, el matrimonio nace de la posibilidad del vínculo entre dos personas que de manera libre y capaz unen sus voluntades para realizar un proyecto de vida comunitario. Las características físicas y sexuales del contrayente son irrelevantes siempre y cuando el contrato se realice con consentimiento pleno en condiciones de igualdad y capacidad.²³

Otro aspecto importante del contrato matrimonial es la protección jurídica entre los contrayentes, que genera obligaciones personales recíprocas en el ámbito de la pareja y surte efectos de carácter patrimonial, dicha protección –en igual dimensión– no es garantizada por otra institución, como por ejemplo la unión de hecho, la cual no genera el mismo efecto jurídico, pues su carácter declarativo e informal está supeditado al transcurso del tiempo;²⁴ y, en suma, dicha institución está concebida para diferentes realidades y pretensiones. El matrimonio, por su parte, desde el mismo momento de su celebración concede “prerrogativas sustanciales para un proyecto de vida conjunto que le otorgan un marco de protección y estabilidad”.²⁵ Además, el matrimonio resulta imprescindible en la lucha reivindicatoria de la dignidad, igualdad y no discriminación, con el objetivo de transformar sociedades injustas e inequitativas. Por ello, la pretensión será la igualdad y libertad de las personas frente a la celebración de un contrato que produce especiales efectos jurídicos y culturales. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo enfáticamente:

Si la propuesta fuese que la unión civil para las parejas homosexuales reconociera todos y cada uno de los derechos que reconoce el matrimonio, es decir, que se cree una institución paralela, idéntica al matrimonio, y se distinga a la población, por su orientación sexual, en-

22. Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, citada por Manuel Munive y Gerardo García, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Distrito Federal y el derecho internacional privado mexicano”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord., *El Derecho internacional privado* (México: Porrúa, 2012), 461.

23. Carolina Restrepo, Sandra Sánchez y Catalina Tamayo, *Derecho y diversidad sexual* (Medellín: Universidad de Medellín, 2010), 139.

24. Código Civil Ecuatoriano, art. 224: “En caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta (...)”, vigente por la reforma del art. 24 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio de 2015.

25. Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero de 2011. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

tre quienes pueden acceder a una institución o a la otra, se trataría de un absurdo, inédito en nuestro ordenamiento jurídico. Y sería, claro está, una ley profundamente discriminatoria, porque estaría trazando una línea simbólica que clasificaría a los argentinos y las argentinas en dos grupos que recibirían un tratamiento diferenciado de parte del Estado (...).²⁶

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* indicó:

está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (...).²⁷

Dicho argumento no resulta nuevo en la hermenéutica jurídica, pues ha sido internacionalmente adoptado bajo la condena de la regla “iguales pero separados” por considerarla violatoria a la igualdad y no discriminación; argumento consagrado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, que, en 1954 en el caso *Brown vs. Board of Education*, se consideró como transgresoras de la igualdad a las leyes que obligaban a que los niños afroamericanos estudien en instituciones separadas de los blancos.²⁸

MATRIMONIO, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Ahora bien, de lo señalado anteriormente, es preciso analizar si la restricción de la institución conyugal a parejas homosexuales vulnera los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad y no discriminación.

Amplia es la doctrina que se encuentra en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad; así pues, Ana Arzumendi expone que el libre desarrollo de la personalidad es “aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, auto determinar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyec-

26. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, citada por Bruno Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 99.

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 2 de febrero de 2012, párr. 91. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

28. *Brown vs. Junta Escolar* La decisión del Tribunal Supremo que cambió una Nación”, Boletín Informativo de la Embajada de los Estados Unidos-Panamá febrero, 2014. Disponible en <<http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/abvsedb.pdf>>.

to de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones”.²⁹ Asimismo, el libre desarrollo de la personalidad es el atributo jurídico general de ser persona humana, en el cual se incluyen todos los derechos y características indispensables al estatus jurídico de persona.

Este derecho implica “el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”.³⁰ El desarrollo de la personalidad responde a la facultad que poseen los individuos para realizar su vida acorde con sus propios y únicos ideales. De tal forma, el contenido del libre desarrollo de la personalidad se nos presenta como deber de protección jurídica de aquellas características del individuo que procuran el desarrollo autónomo del propio ser.

En lo que respecta al acceso al contrato matrimonial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra íntimamente ligado a esta, ya que en cuanto forma jurídica de constitución familiar y como contrato es ilegítimamente negado por razones de orientación sexual. Cabe destacar que la orientación sexual y la identidad de género son expresiones legítimas de la sexualidad de la persona³¹ y no atentan contra el derecho de terceros ni el orden público. Así pues, la Corte Constitucional Colombiana acertadamente señaló:

La Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. La convivencia en pareja contribuye de manera decisiva al libre desarrollo de la personalidad, afincada en su libertad de conciencia que decide libremente compartir su proyecto vital con otra persona, de diferente o del mismo sexo...³²

Al excluir a las parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio, se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como se perpetúa la visión que las relaciones entre personas del mismo sexo son menos dignas de reconocimiento que la relación entre personas de distinto sexo. Por tanto, restringir derechos

29. Ana Azurmendi, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2a. ed. (México: Universidad Iberoamericana / Fundación Manuel Buendía, 1998), 61.

30. Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-594/93*, 15 de diciembre 1993. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-594-11.htm>>.

31. Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero de 2011. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

32. *Ibid.*

o el acceso a contratos civiles por la orientación sexual de las personas es discriminar la dignidad y personalidad humana, pues no se puede justificar que los contratos tengan una determinada visión de orientación sexual o género.

Asimismo, la orientación sexual está íntimamente vinculada a la igualdad y no discriminación. La igualdad es un principio complejo que, en su concepción más amplia, ha de entenderse como el derecho de las personas a ser ellas mismas sobre el entendido de una misma dignidad. Luigi Ferrajoli define a la igualdad como un principio basado en “igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de toda persona un individuo diferente de todos los demás y de todo individuo una persona como todas las demás”,³³ entonces, se entiende que la igualdad no implica la idea que todos somos idénticos, pues somos diferentes en cuanto a características físicas y psicológicas, pero todos iguales en cuanto a personas con dignidad, derechos y libertades; y son estos los que tienen que tutelar, respetar y garantizarse; somos, pues, iguales en valor y dignidad.

La igualdad “ya no es un hecho, sino un valor, no una aseveración, sino una prescripción cuya actuación o efectividad requiere por lo tanto que se le asegure mediante garantías adecuadas”,³⁴ lo cual implica que el Estado tiene la obligación de respeto, garantía y tutela de la igualdad formal y material de todos los individuos; incluso frente a decisiones mayoritarias, es decir, no importa si la mayoría está de acuerdo o en desacuerdo con que, por ejemplo:

los negros tengan los mismos derechos que los blancos, los judíos tengan los mismos derechos que los cristianos o las mujeres tengan los mismos derechos que los varones. La legitimidad de los derechos de las minorías no nace de la voluntad de las mayorías, ni es un regalo o una concesión que las mayorías realizan.³⁵

Según Santos, “tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”.³⁶

Así, al restringir a las personas el goce y acceso a instituciones jurídicas basados en su orientación sexual e identidad de género, estamos frente a una discriminación *de jure* de forma directa, tal y como lo afirma Judith Salgado: “estamos frente a una discriminación directa cuando las leyes, políticas, prácticas, discriminan de manera

33. Luigi Ferrajoli, “El principio de igualdad y la diferencia de género”. En Juan Cruz, coord., *debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres* (México: Corte Suprema de Justicia), 2.

34. *Ibíd.*

35. Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 65.

36. Boaventura de Sousa Santos, citado por Ramiro Ávila, “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, 153.

explícita a una persona o grupo de personas”;³⁷ de allí se colige que cuando no se permite el acceso al contrato matrimonial a personas homosexuales o a la constitución de una familia estamos frente a una discriminación.

Asimismo, Albie Sachs entiende que “el monopolio heterosexual de la institución del matrimonio constituye una negación injustificada de la importancia que tiene la intimidad y el apoyo mutuo para las parejas del mismo sexo. Es una ofensa a su dignidad y es incompatible con las concepciones contemporáneas sobre la igualdad”.³⁸

El matrimonio, en tanto vínculo contractual de dos personas, basado en su libre consentimiento, capacidad y deber de auxilio y afectividad, no debe contemplar un requisito heterosexual de sus contrayentes; más aún, cuando se evidencia que este criterio es por sí mismo ofensivo a la igualdad y dignidad humana. De esta forma, Carlos Bernal Pulido sostiene:

Son potencialmente discriminatorias aquellas diferencias que se funden en rasgos permanentes de la personas de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.³⁹

En esta línea, la doctrina y la jurisprudencia han usado el test de igualdad para determinar si la exclusión de parejas homosexuales del contrato matrimonial es legítima. Se establecen entonces tres momentos del test: a) legítimo fin perseguido por la restricción, b) idoneidad, y c) proporcionalidad entre el medio escogido y el fin perseguido.⁴⁰

La restricción del contrato matrimonial para parejas homosexuales crea una distinción que atenta contra la dignidad y libertad de las personas, por tanto, no resulta un fin legítimo; ya que no puede ser considerado en tal forma toda medida que tenga como objeto o dé como resultado la restricción la dignidad las personas. De igual forma, tal medida no es idónea ni necesaria, pues al no existir fin legítimo no puede justificarse dicha disposición; sin embargo, en la hipótesis en que efectivamente se

37. Judith Salgado, *Manual de formación en género y derechos humanos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013), 132.

38. Albie Sachs, Simposio “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 7 (2011): 78.

39. Carlos Bernal Pulido, “El juicio de la igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En Caicedo Tapia, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 465.

40. *Ibid.*, 467.

persiguiera un objetivo legítimo, seguiría careciendo de idoneidad, pues la concepción restrictiva es una intromisión grave a la igualdad sin que exista otro derecho o bien jurídico a tutelarse; por último, la medida es desproporcionada pues el medio y fin es discriminatorio, excluyendo de forma completa el goce jurídico del contrato matrimonial y de una forma de constitución familiar.

Así pues, diversas Cortes han asumido una posición garantista frente a la igualdad y libertad, decantándose por la tutela de estos derechos, y consecuentemente, permitiendo la celebración del contrato matrimonial a todas las parejas sin distinción por motivos de orientación sexual. En dicho contexto, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, emitió una opinión vinculante en el caso *Obergefell vs. Hodges*, Director, Ohio, en la cual sostuvo:

La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo siempre puede haber parecido natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental del matrimonio, ahora es manifiesta [...] Muchos de los que consideran que matrimonio entre personas del mismo sexo es malo, o hayan llegado a esa conclusión basados en premisas religiosas o filosóficas respetables, ni ellos ni sus creencias están menospreciados aquí. Pero, cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley o en política pública requiriendo la posición oficial de un Estado, se configura una exclusión que degrada la libertad [...] Todas estas consideraciones llevan a la conclusión que el derecho a contraer matrimonio es un derecho inherente fundamental en la libertad de la persona protegidas en la décimo cuarta enmienda, razón por la cual las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y libertad, [...] La Corte sostiene que las parejas del mismo sexo podrán ejercer el derecho fundamental a contraer matrimonio...⁴¹

De igual forma, el Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 indicó:

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse (...).⁴²

41. Supreme Court of the United States, case *Obergefell vs. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit argued april 28, 2015-decided june 26, 2015. Traducción del autor.

42. Tribunal Constitucional Español, Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Boletín Oficial del Estado Núm. 286, 28 de noviembre de 2012.

El organismo entendió que la orientación sexual está protegida por el derecho a la libertad, intimidad, igualdad y no discriminación, por lo que señaló que no se puede restringir ningún derecho en virtud de la orientación sexual de las personas:

por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales.⁴³

Por lo expuesto, tanto la familia como el matrimonio son instituciones afectadas por modelos patriarcales arbitrarios, que han normalizado el sexo y género, constituyendo reglas naturales de conducta y orientación sexual. Las parejas homosexuales en el paradigma heterosexual representan una trasgresión, una forma ilegítima de amar, y mal ejemplo a combatir desde la política, religión y derecho, sosteniendo criterios de exclusión y creando figuras jurídicas diferentes para re afirmar la diferencia desde la orientación sexual. Tales concepciones y formas jurídicas, como se ha expuesto, no responden a la concepción contemporánea de igualdad, libertad y dignidad, pues cada vez son más las sociedades que exigen respeto y garantía de los derechos en forma transversal y específicamente en la institución matrimonial como forma de constitución familiar.⁴⁴

La configuración heterosexual del matrimonio ha llegado a la esfera constitucional, llamando la atención la presencia de un contrato como precepto constitucional; sin embargo, este aspecto confirma que el matrimonio es la forma jurídica que por excelencia ha protegido a la familia, y actualmente demanda una nueva lectura, desde la libertad e igualdad. A esta lucha reivindicatoria se la ha llamado matrimonio civil igualitario.

43. *Ibid.*

44. A nivel mundial actualmente son 20 los Estados que han legalizado el matrimonio igualitario, entre ellos tenemos: Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), México-Distrito Federal (2009), Uruguay (2013), Dinamarca (2012), Reino Unido (2013), Brasil (2013), Francia (2013), Luxemburgo (2015), Irlanda (2015), Finlandia (expidió ley en la cual el matrimonio igualitario será legal en 2017) Estados Unidos de Norteamérica (2015).

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA UNA CONCEPCIÓN IGUALITARIA DEL MATRIMONIO. HACIA UNA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

DERECHOS DE LIBERTAD: IGUALDAD, FAMILIA Y MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

En 2007 la Asamblea Constituyente de Montecristi consagró en la nueva Constitución un amplio catálogo de derechos; concretamente, en torno al colectivo GLBTI, presenta dos enfoques, uno garantista y otro restrictivo. El garantista responde a los derechos consagrados de igualdad y no discriminación, por razones de –entre otras– identidad de género y orientación sexual (artículo 11.2 CRE);⁴⁵ de igual forma se tutelan los derechos derivados de la dignidad humana (artículo 11.7 CRE), el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la orientación sexual (artículo 66.9 CRE), el derecho a la integridad sexual (artículo 66.3 CRE), el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66.4 CRE), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 66.5 CRE), el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 66.20 CRE), el derecho a la identidad personal (artículo 66.28 CRE), el reconocimiento a las familias en sus diversos tipos (artículo 67 CRE), las uniones de hecho entre dos personas (artículo 68 CRE), y el deber de respeto acerca del género, la orientación e identidad sexual de las personas (artículo 83.14 CRE).

Por su parte, el enfoque restrictivo lo encontramos en torno al matrimonio y adopción. En cuanto al matrimonio, debido a que el texto constitucional lo define como la unión entre un hombre y una mujer (artículo 67 inciso único CRE); por su parte, la adopción, según el texto constitucional, corresponde únicamente a parejas de distinto sexo (artículo 68, inciso único CRE).⁴⁶

Dicho lo cual, *prima facie*, parecería la consagración de un doble estándar de derechos e igualdad; debido a que si bien, las personas gais, lesbianas, transexuales, transgénero e intersexuales, tienen derecho a la igualdad y no discriminación, al li-

45. Siglas que refieren a Constitución de la República del Ecuador.

46. En referencia a la adopción en Ecuador está permitido únicamente por parte de parejas de distinto sexo, no contempla la adopción de personas solteras o parejas homosexuales, de acuerdo al artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, publicada en el Registro Oficial No. 684 de 04 de febrero de 2016.

bre desarrollo de su personalidad, identidad, intimidad familiar, orientación sexual, al respeto de su dignidad y al reconocimiento de sus uniones familiares, estos derechos se ven limitados en torno a la celebración del contrato matrimonial, como libertad y forma de constitución familiar.

Dicha problemática requiere analizar los debates constituyentes en torno a la familia y el matrimonio, a fin de poder determinar las razones que motivaron al constituyente a emplear un estándar diferenciado, con efectos discriminatorios en virtud de la orientación sexual e identidad de género.

La mesa constituyente No. 1 de derechos fundamentales y garantías constitucionales abordó los temas –entre otros– de familia y matrimonio; en su informe presentado al pleno acerca de familia y matrimonio se encuentran los siguientes artículos:

De las familias:

Artículo 1. El Estado reconoce la familia, en sus diversos tipos, y la protege como célula fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges artículo 2. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.⁴⁷

Del texto se evidencia un reconocimiento amplio de las familias, basado principalmente en la igualdad de quienes forman los diversos tipos del núcleo. De igual forma, el matrimonio es amplio, hace relación al consentimiento, igualdad y capacidad de los contrayentes, no se aprecia el elemento heterosexual como esencial de dicha institución. La unión de hecho, por su parte, puede ser celebrada por dos personas libres de vínculo matrimonial. En ninguna de las tres instituciones se observa el enfoque heterosexual.

Posteriormente, el pleno de la Asamblea Constituyente conoció este articulado y, en sus debates, expuso únicamente argumentos acerca de la familia y las uniones de hecho, nada dijo del matrimonio o la posibilidad de celebrar o no dicho contrato entre personas del mismo sexo. En cuanto a la familia existieron posiciones divididas; por una parte, varios asambleístas sostuvieron que no debe referirse a la familia en plural,

47. Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional. Disponible en: Constituyente: 14-15 <http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/busqueda_proleg>.

pues existe una sola familia “compuesta por un solo tipo, esto es por un hombre y por una mujer y fruto de su relación vienen los hijos”;⁴⁸ dicha especificación –se sostuvo– debe realizarse para no abrir la puerta a la familia homosexual.⁴⁹

En forma diferente, varios asambleístas sostuvieron la importancia de hablar de familias, debido a que actualmente la familia nuclear no responde a la realidad, pues existen diferentes formas de integrar una unión familiar “aquel modelo de mamá, papá, hijos, ya no es el único y la familia sigue siendo un sistema complejo que hay que entenderlo y que necesariamente el Estado tiene que garantizar la estabilidad y desarrollo de esa familia”.⁵⁰ Se expresó, además, que la familia debe entenderse como institución sujeta a permanentes cambios, los cuales no deben ser vistos como síntoma de desmoronamiento de dicha institución.⁵¹ Se subrayó que el reconocer la familia en sus diversos tipos es reconocer esa pluralidad que conforma el Estado.⁵²

En torno a la unión de hecho, se argumentó que debe ser constituida entre hombre y mujer, “la unión es entre un macho y una hembra, lo demás es antinatural”,⁵³ posición compartida por varios asambleístas quienes subrayaron que con dicho artículo “corre riesgo que puedan ser amparadas las uniones entre personas de la misma orientación sexual”,⁵⁴ debiendo tenerse en cuenta la repercusión que un reconocimiento de tal naturaleza tendría en la sociedad que profesa principios éticos y morales.⁵⁵ Sin embargo, otros parlamentarios resaltaron que la nueva Constitución debe ser garantista e incluyente:

Esas grandes mayorías que existen en el país son las que queremos y quiere una Constitución incluyente, no seamos excluyentes al tratar un tema de grupos minoritarios del país. Legislemos completamente y hagamos una Constitución acorde para esos grandes grupos de nuestra sociedad...⁵⁶

En el momento de la votación, la mayoría constituyente optó por una protección de la familia en sus diversos tipos, el matrimonio en forma amplia y una unión de hecho entre dos personas;⁵⁷ expresando, en tal virtud, el espíritu garantista del cons-

48. *Ibíd.*, 69.

49. *Ibíd.*, 95.

50. *Ibíd.*, 64.

51. *Ibíd.*, 98.

52. *Ibíd.*, 28.

53. *Ibíd.*, 134.

54. *Ibíd.*, 59.

55. *Ibíd.*, 69.

56. *Ibíd.*, 148-49.

57. Asamblea Constituyente. *Acta 89*. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente, pág. 45.

tituyente, frente a las diversidades sexuales. Entonces, de la votación se entiende que el constituyente se decantó por una igual tutela de los derechos tanto de las personas heterosexuales como homosexuales; así, que a pesar de existir oposición, la Asamblea se orientó por la garantía de los derechos humanos con un enfoque de igualdad.

Sin embargo, a escasos días de terminar la constituyente, el artículo de la familia que contenía la regulación del matrimonio fue sometido a un procedimiento extraordinario de reconsideración; en el que, un artículo, a pesar de haber sido votado y aprobado por el pleno, podía considerarse nuevamente; dicho procedimiento era activado por cualquier asambleísta sin argumentación, y en el que no existía debate.⁵⁸ Consecuencia de ello, el nuevo texto propuesto se aprobó por la mayoría del pleno mismo que quedó en la siguiente forma:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

El nuevo texto aprobado se convirtió en el actual artículo 67 de la Constitución; y, en comparación con el anterior, se observa que desaparece el principio de igualdad en la familia; así como se introduce una definición heterosexual de matrimonio. Esto suscita varias inquietudes, debido a que en ningún momento el matrimonio fue objeto de debate, ni tampoco el posible vínculo conyugal homosexual; distinto hubiese sido la reforma del texto referente a las uniones de hecho en el que se apreció oposición en cuanto a la posibilidad de amparar uniones homosexuales, aunque claramente se decidió que dicha institución debía ser lo suficientemente amplia para garantizar –en igualdad y no discriminación– los derechos relativos a las uniones homoafectivas y patrimonio.

Por tanto, no deja de sorprender cómo mediante dicho procedimiento que no contempló debate –necesario pues se trata del reconocimiento de derechos en un proceso democrático auténtico– se introdujo una definición de matrimonio cuyo efecto dio como resultado una exclusión de la institución a las personas por motivos de su orientación sexual e identidad de género; así como resulta contradictorio que el matrimonio se encuentre regulado en el capítulo de los derechos de libertad, que reconoce en

58. Ecuador, Asamblea Constituyente, *Reglamento de funcionamiento de las mesas constituyentes*, en Registro Oficial No. 236 (Montecristi, 20 de diciembre de 2007), art. 56.

principio la igualdad formal y material (art. 66.4 CRE) y no discriminación para luego concebir una definición matrimonial con efecto discriminatorio (art. 67 CRE).

Ahora bien, si analizamos lo ocurrido en el contexto del desarrollo de la constituyente podemos mencionar que, si bien fueron muchos los temas de debate en la Constitución, en los medios de comunicación y en el escrutinio público, se enfocaron en tres aspectos que, según el criterio de Judith Salgado, fueron: a) la posibilidad de que la Constitución permitiera el aborto, b) la posibilidad de un matrimonio homosexual, y c) la adopción.⁵⁹

A pesar del carácter laico de los Estados, debe indicarse que en América Latina la iglesia posee una directa incidencia en la ideología de las personas, explicando así la postura de muchos asambleístas que no se desvincularon del elemento religioso al abordar temas de familia, matrimonio, unión de hecho y adopción. El protagonismo de la iglesia fue fundamental para definir un apoyo político a la Constitución; tal institución presionó socialmente al constituyente para que introduzca una definición heterosexual del matrimonio, a pesar que ello implicó contradecir normativamente los preceptos constitucionales.

Sin embargo, el constituyente ecuatoriano consagró el principio de prevalencia de aquellos derechos que son desarrollados en mejor forma en tratados internacionales de derechos humanos. De allí que el desarrollo de los derechos de familia, libertad, e igualdad y no discriminación por orientación sexual realizadas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos⁶⁰ adquieren primacía en nuestro ordenamiento para interpretar progresivamente la familia y matrimonio, y evitar una discriminación social.

Entonces, el matrimonio constituye la reivindicación de la igualdad y lucha contra la discriminación y segregación, en un “Estado de Derechos y Justicia”, en donde la dignidad prevalece por sobre cuestiones religiosas, culturales, o decisión de mayorías.

IGUALDAD Y MATRIMONIO, UNA MIRADA DESDE LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

De lo desarrollado se demuestra la importancia del principio de igualdad y no discriminación, fundamentalmente la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

59. Judith Salgado, docente Universidad Andina Simón Bolívar, entrevistada por Alexander Barahona, Quito 8 de octubre de 2014.

60. Comité de Derechos Humanos, caso Toonen c. Australia, comunicación No. 488/1992, del 4 de abril de 1994, párr. 8.2, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/488-1992.html>.

La igualdad y no discriminación es un derecho con eje transversal, es decir, todas las libertades y derechos constitucionales deben ser garantizados en virtud de este principio. En referencia al derecho a la constitución familiar, la Constitución de la República garantiza su desarrollo bajo el principio de igualdad y progresividad, tutelando así la libre formación de núcleos homoafectivos, e imponiendo un deber de interpretación garantista frente a la definición matrimonial.

En cuanto al matrimonio, si bien constitucionalmente no está consagrado como un derecho, su restricción a parejas homosexuales vulnera el derecho a la constitución de una familia matrimonial en condiciones de libertad e igualdad. Cabe subrayar que tanto en la Convención Americana (art. 17) como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) el matrimonio está considerado como derecho humano íntimamente relacionado con la familia; así como el derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de progresividad, que prevalecen por sobre principios y reglas constitucionales siempre que garanticen en mayor medida los derechos y dignidad humana.

En tal virtud, la restricción del matrimonio a parejas de la misma orientación sexual se produce el menoscabo del ejercicio en condición de igualdad de la libertad de acceder al contrato civil; así como se configura una distinción ilegítima de acuerdo con los estándares desarrollados por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 18,⁶¹ pues anula el goce en condiciones de igualdad del derecho a la libertad de contraer matrimonio por motivos de orientación sexual.

Dicho lo cual, y sumado a lo expuesto en el primer apartado, es posible sostener que la restricción del matrimonio igualitario desconoce la prevalencia de derechos constitucionales y la dignidad humana como fundamento del Estado de Derechos, máxime cuando dicha regla discrimina a las personas por ser ellas mismas, y consolida un enfoque heteronormativo de conciencia social discriminatoria. Por tanto, restringir la celebración de un contrato a las personas por su orientación sexual no puede ser concebido como una distinción legítima, pues la legitimidad se produce cuando el objetivo del trato diferenciado es desarrollar en mejor forma derechos y no –como en este caso– para restringirlos.⁶²

61. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18 adoptado en el 37º período de sesiones, 1989 “el Comité considera que el término ‘discriminación’, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.

62. Daniel O’Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos* (México: Tierra Firme, 2007), 960.

Entonces, es una cuestión de Constitución el reconocimiento de derechos y libertades, en virtud de la dignidad de las personas, pues una norma constitucional ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos⁶³ y, por tanto, no puede ser aplicada o interpretada en forma discriminatoria.

Lo señalado anteriormente, nos lleva a abordar el tema de interpretación y aplicación de la Constitución; por lo cual es preciso puntualizar que el precepto consagrado en el artículo 67 define al matrimonio como ‘la unión entre un hombre y una mujer’. Sin embargo, el artículo 11. 5) de la CRE determina que se deben interpretar los derechos constitucionales en la forma que más favorezca su efectiva vigencia; el número 7) del mismo artículo consagra que el reconocimiento de los derechos tanto de la Constitución como de los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás que se deriven de la dignidad de las personas; en el número 8) se contempla el desarrollo progresivo de los derechos, siendo inconstitucional la regresión de los mismos. De igual forma, el artículo 417 menciona que, en materia de tratados internacionales, se aplicará el principio pro ser humano, de no restricción, aplicabilidad directa y de clausula abierta, y, finalmente, el artículo 424 consagra que los tratados internacionales que reconozcan en mejor manera derechos prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto de poder público.

Ahora bien, el artículo 67 del texto constitucional define al matrimonio como unión heterosexual; empero, los demás principios y derechos facultan aplicar e interpretar la igualdad y no discriminación, cuya dimensión adquiere prevalencia en el ordenamiento jurídico, bien por ser norma *jus cogens*,⁶⁴ o por desarrollar en mejor forma la libertad frente a la familia y matrimonio. Dicho principio podría ser asumido y aplicado por jueces y demás autoridades públicas, a fin de evitar limitaciones al goce efectivo de derechos y libertades constitucionales. Entonces, frente a lo dispuesto en el artículo 67 de la norma suprema, resulta factible aplicar en forma prevalente la cláusula de reemisión en torno a los principios de clausula abierta, progresividad, no restricción, y prevalencia del mejor derecho.

Entonces, el matrimonio entre parejas del mismo sexo debe ser interpretado desde la dignidad, y esto implica el “reconocimiento legal de la íntima relación entre dos personas, una relación entendida por el estado como merecedora de dignidad en la comunidad, igual que todos los otros matrimonios”.⁶⁵ Así, pues, es importante desta-

63. Fernando Rey, *Homosexualidad y constitución* (Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú), 7.

64. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 101.

65. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. *Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit* No. 12-307. Argued March 27, 2013-Decided June 26, 2013, disponible en <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>.

car que aún el discurso más restringido en materia de matrimonio, cuando se analiza a la luz de la dignidad humana, da por resultado, invariablemente, la aceptación del matrimonio igualitario.⁶⁶ De allí que, la Suprema Corte de Justicia de Canadá sostuvo que “en sociedades plurales uno de los principales pilares de la interpretación constitucional canadiense es la idea de la Constitución como un árbol viviente que por la vía de la interpretación progresiva, se acomoda y se ocupa de las realidades de la vida moderna”.⁶⁷

Por tal motivo, si el matrimonio esta constitucionalizado como unión heterosexual, el desarrollo de la dignidad, libertad e igualdad y la no discriminación como derechos que prevalecen a la definición restrictiva dan como resultado la facultad de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio. De lo anterior, podemos postular que, en el caso de la definición de matrimonio, el legislador (cumpliendo con su deber de garantía normativa) o el intérprete constitucional (cumpliendo con el mandato de la norma suprema), están en la obligación de armonizar la Constitución,⁶⁸ aplicando en forma preferente el principio de igualdad y no discriminación con el objetivo de interpretar la norma en forma sistemática. Ello implica lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía,⁶⁹ otorgando de esta forma a parejas del mismo sexo la libertad de poder acceder al matrimonio civil en igualdad de condiciones.

Tal ejercicio hermenéutico, de identificación y protección de los derechos es propio de la interpretación constitucional;⁷⁰ y sería empleado a fin de terminar con la discriminación histórica hacia homosexuales en materia de familia y matrimonio, teniendo en cuenta que, jurídicamente, es posible dicho cambio, en el contexto ecuatoriano, al ser un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, pues dicho modelo jurídico significa que toda acción del Estado, incluyendo la aplicación e interpretación de la Constitución, debe garantizar, respetar y tutelar derechos; esto en sí mismo es la auténtica razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico.⁷¹

66. Cfr. American University Washington College of Law, Amicus Curia, presentado ante la Corte Constitucional Colombiana, disponible en <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub_disc_briefs>.

67. Supreme Court of Canada, *EGALE Canada Inc. vs. Canada (Attorney General)* 2003, 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251; *Hendricks vs. Quebec (Attorney General)* [2002] R.J.Q. 2506 (Sup. Ct.); *Barbeau vs. British Columbia* 2003 BCCA 251 (Court of Appeal for BC, May 1, 2003).

68. *Ibid.*, 16.

69. Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3.

70. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. *Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12-307*. Argued March 27, 2013-Decided June 26, 2013, <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>.

71. Ramiro Ávila, *Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Alcance y efectos de la introducción de progresividad en el sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la Constitución del 2008* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 55.

En este punto, es preciso indicar que todos los argumentos hasta aquí desarrollados se encaminan a una interpretación constitucional distinta a la contenida en el artículo 67 del texto; para ello, se ha hecho una lectura integral de los principios constitucionales que permiten una interpretación progresiva a la luz de la libertad, igualdad y dignidad, facultando al juez constitucional, como garante de la Constitución o al parlamento como organismo sujeto al cumplimiento de los derechos constitucionales, el legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Este cambio puede realizarse mediante: a) actividad legislativa o judicial; y b) mediante un procedimiento de reforma constitucional, de enmienda, contemplada en el artículo 441 de la norma suprema.⁷² Este último punto es posible ya que el matrimonio igualitario no altera la estructura fundamental o elementos constitutivos del Estado, así como no restringe derechos, pues los garantiza, y tampoco modifica el procedimiento de reforma constitucional.⁷³

Finalmente, las opciones en mención son apuestas por la conciencia jurídica del real valor de la dignidad humana, como premisa de la construcción de un Estado más justo, equitativo y en el que se erradique las nuevas formas de segregación. Mirarnos como sociedad desde la igualdad y capacidad de la diferencia construye la interculturalidad y una conciencia colectiva más incluyente.

Entender la alteridad de existencias y dignidades nos permite tomar conciencia que el sentido valorativo de la otredad ha servido históricamente para categorizarnos, y discriminarnos unos a otros. En el primer apartado evidenciamos cómo la construcción de modelos normalizantes ha provocado insurgencias sociales y jurídicas. Por lo tanto, el segundo apartado apuesta a esa insurgencia en contra del sistema hetero patriarcal, para así nutrir el debate acerca del pluriverso de entidades y caminos en la lucha del anhelado buen vivir.

72. Constitución de la República del Ecuador, artículo 441: “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergerable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

73. *Ibid.*

CONCLUSIONES

- La familia y matrimonio son instituciones sociales en permanente evolución; su regulación legal tiene que adecuarse a la exigencia social y a la garantía de los derechos. El Estado debe reconocer en igualdad y no discriminación las nuevas formas y cambios de la familia y matrimonio, a fin de permitir el libre desarrollo de las personas en sociedades democráticas.
- El derecho ha reproducido un enfoque patriarcal de las normas, consolidando, de esta forma, una cultura heteronormativa que discrimina a las personas por su orientación sexual e identidad de género. Resulta indispensable una reivindicación de la igualdad y dignidad en el sistema normativo, fundamentalmente en torno a la garantía de los derechos humanos de las personas gais, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgénero.
- El artículo 67 de la Constitución de la República consagra una definición de matrimonio cuyo efecto produce discriminación y vulnera los derechos de libertad e igualdad, consagrados en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos. Por tal razón, se debe armonizar la Constitución interpretándola sistemáticamente según sus principios, para aplicar en forma prevalente el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación y libre desarrollo de la personalidad en relación a los derechos de familia y matrimonio; y, así, tutelar el derecho de parejas homosexuales de acceder, sin restricción, a la celebración de contratos civiles matrimoniales.
- El intérprete constitucional, así como el parlamento, deben garantizar la mejor vigencia de los derechos, desde el principio *pro homine* y la dignidad humana, elementos fundamentales del Estado que exigen respetar y tutelar desde la dignidad e igualdad, los derechos y libertades constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- American University Washington College of Law, Amicus Curia, presentado ante la Corte Constitucional Colombiana. Disponible en <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub_disc_briefs>.
- Azurmendi, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2a. ed. México: Universidad Iberoamericana / Fundación Manuel Buendía, 1998.
- Ávila, Ramiro. “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”. *Revista Umbral*, (2012).

- Bernal Pulido, Carlos. “El juicio de la igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En Caicedo Tapia, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Bimbi, Bruno. “Aportes del debate de la ley de matrimonio para todos y todas”. En *Matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*. s. l.: Fundación Triángulo. Disponible en <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>>.
- Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1965.
- Brown vs. Junta Escolar. “La decisión del Tribunal Supremo que cambió una Nación”. Boletín Informativo de la Embajada de los Estados Unidos-Panamá, febrero de 2014. Disponible en <<http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/abvsedb.pdf>>.
- Castañeda de la Cruz, Gibrán. “Familia y sistemas de parentesco: una contribución sociológica al estudio jurídico de la familia”. En Fausto Álvarez, coord., *Derecho de familia*. México: Escuela Libre de Derecho, 2012.
- Caicedo, Danilo. “Heterosexualidad y heteronormatividad. Análisis discursivo con énfasis en el entorno ecuatoriano”. *Revista Umbral* (2012).
- Centeno, Rafael. “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, 37º período de sesiones, 1989. Disponible en <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5>.
- . *Caso Toonen c. Australia, 31 de marzo de 1994*. Disponible en [<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/488-1992.html>].
- Correas, Óscar. *Crítica de la ideología jurídica: Ensayo sociosemiológico*. México: Universidad Autónoma de México, 1993.
- Diario El Universo. “Iglesia católica no acepta 4 temas de nueva Constitución”. 29 de julio de 2008. Disponible en <<http://www.eluniverso.com/2008/07/29/0001/8/3E6D6A4304954C31A9818E75FB1F7835.htm>>.
- Ecuador. Acta 89. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.
- . Acta 91. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.
- . Asamblea Constituyente. Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes. En Registro Oficial, Suplemento No. 223. Montecristi, 30 de noviembre de 2007.
- . Asamblea Constituyente. *Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes*. En Registro Oficial No. 236. Montecristi, 20 de diciembre de 2007.
- . Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional. Constituyente: 14-15. Disponible en <http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/busqueda_proleg>.
- . Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, 2a. ed. México: Editores Mexicanos Unidos, 1981.

- Facio, Alda. *Feminismo, género y patriarcado*. Santiago: LOM Ediciones, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. “El principio de igualdad y la diferencia de género”. En Juan Cruz, coord., *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México: Corte Suprema de Justicia.
- . “La democracia constitucional”. En Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2001.
- . *La igualdad y sus garantías*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>.
- Fernández, Mariano. “Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del Derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Fígari, Carlos. “Per scientiam and justitiam”. En *Matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*. s. l.: Fundación Triangulo. Disponible en <http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>.
- Martínez, Germán. “La familia y su nueva concepción”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord., *El Derecho internacional privado*. México: Porrúa, 2012.
- Munive, Manuel, y Gerardo García. “Matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Distrito Federal y el derecho internacional privado mexicano”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord., *El Derecho internacional privado*. México: Porrúa, 2012.
- O’Donnell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Tierra Firme, 2007.
- Restrepo, Carolina, Sandra Sánchez y Catalina Tamayo. *Derecho y diversidad sexual*, Medellín: Universidad de Medellín, 2010.
- Rey, Fernando. *Homosexualidad y constitución*, Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Salgado, Judith. “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”. *Revista Aportes Andinos*, No. 11 (2004).
- . *Manual de formación en género y derechos humanos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.
- Sachs, Albie. Simposio “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”. *Anuario de Derechos Humanos*, No. 7 (2011).

Normativa

- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-191-98*, 6 de mayo de 1998. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2012/a151-12.htm>.
- . *Sentencia C577-2011*, 11 de enero de 2011. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>.

---. *Sentencia T-594/93*, 15 de diciembre de 1993. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-594-93.htm>>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

---. *Opinión Consultiva OC-4/84*, 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, *Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 2/2010*.

Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. *Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12-307*. Argued March 27, 2013, Decided June 26, 2013. Disponible en <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>.

Tribunal Constitucional Español, *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado No. 286, 28 de noviembre de 2012.

Supreme Court of the United States, case *Obergefell vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health*. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, argued april 28, 2015-decided june 26, 2015. Traducción del autor.

Tribunal Constitucional Español. *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado No. 286, 28 de noviembre de 2012.

Fecha de recepción: 26 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 8 de marzo de 2016

El recurso de casación ante el neoconstitucionalismo garantista: crítica filosófica y constitucional de una casación “de minimis”

Pedro José Izquierdo Franco*

RESUMEN

En este artículo se propone un análisis crítico de una práctica cada vez más frecuente de las salas de casación de la Corte Nacional de Justicia –aquí denominada “casación de minimis”– en virtud de la cual se considera suficiente para inadmitir o desechar un recurso la mera consideración de que los cargos contenidos en él no han sido correctamente alegados bajo la causal de casación que la sala considera adecuada en cada caso. La tesis de este artículo es que esta práctica se sustenta en una concepción viciada de la casación y que es violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación como derecho a la acción y el relacionado principio *pro actione*, tal y como estos han sido entendidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina.

PALABRAS CLAVE: Casación, neoconstitucionalismo, tutela judicial efectiva, principio *pro actione*, debido proceso.

ABSTRACT

This article proposes a critical analysis of an ever more frequent practice of the cassation chambers of the National Court of Justice, here called “de minimis cassation”, by which it is considered sufficient to deny admission or reject a cassation appeal on the mere consideration that the charges contained in it have not been correctly argued under the ground of cassation that the chamber considers adequate in each case. The thesis of this article is that this practice is based on a vitiated conception of cassation and violates the right to effective means of redress in its manifestation as the right to an action and the related *pro actione* principle, in accordance with the understanding of these contained in the jurisprudence of the Constitutional Court and in legal scholarship.

KEYWORDS: cassation appeal, contemporary constitutionalism, judicial protection, *pro actione* principle, due process.

FORO

* Abogado asociado de la firma de abogados White & Case LLP, Ciudad de México.

INTRODUCCIÓN

Es común encontrar resoluciones de la Corte Nacional de Justicia en las que se inadmite o se desecha un recurso de casación porque, a decir de la sala de admisión o sustanciación, el o los cargos levantados por el recurrente contra la sentencia impugnada no han sido “encajados”, “encuadrados” o “insertados” en la causal de casación supuestamente adecuada. Se dice, por ejemplo, que la violación de un derecho constitucional “no procede” impugnarla por la causal primera;¹ que el no responder a los argumentos concretos de una de las partes “no cabe” acusarlo por la causal segunda; que la incorrecta admisión de una prueba “no puede” fundar un cargo por la causal tercera; que la resolución generalizada de un asunto complejo, sin considerar sus puntos particulares importantes, “está fuera del alcance” de la causal cuarta; que la falta de consideración de tal o cual hecho determinante “no se adecua” a lo que se refiere la causal quinta. Y así, en múltiples versiones distintas. En definitiva, se trata de resoluciones en que, sin entrar a considerar la validez o mérito de los argumentos hechos por el casacionista para sustentar el cargo, la sala se contenta con desechar el recurso con el único argumento de que sus alegaciones han sido mal planteadas porque debieron invocarse al amparo de una causal de casación distinta de la que se ha usado. La clave aquí es que esta justificación es la *única* que se ofrece para rechazar el recurso, y que por ello no existe un análisis siquiera sumario de la argumentación del recurrente sobre el fondo. Las sentencias en las que se evidencia este *modus operandi* son muy numerosas.²

-
1. La numeración de las causales que seguimos en este artículo es la que existe en el artículo 3 de la Ley de Casación, por ser la más familiar para los operadores jurídicos en el país, a pesar de que en el nuevo Código Orgánico General de Procesos que entrará en vigencia el 12 de mayo de 2016, derogando la Ley de Casación, la numeración es distinta (con ciertas modificaciones textuales, la causal primera es ahora la quinta, la causal segunda es ahora la primera, la causal tercera es ahora la cuarta, la causal cuarta es ahora la tercera y la causal quinta es ahora la segunda). No obstante, en atención al cambio legislativo, al hacer referencia a las normas que regulan la casación, lo haremos a los artículos del nuevo código.
 2. Véase, por ejemplo, Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 542-2006 de 27 de julio de 2009, publicada en Gaceta Judicial, año CX, serie XVIII, No. 8, p. 2004; Sentencia No. 466-2009 de 22 de septiembre de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 170 de 19 de julio de 2011; Sentencia No. 132-2008 de 1 de junio de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 215 de 29 de noviembre de 2011; Sentencia No. 64-2014 de 24 de julio de 2014; Sentencia No. 417-2010 de 21 de julio de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 8 de 14 de junio de 2013. Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 273-2002 de 4 de diciembre de 2003, publicada en Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 13, p. 4210; Sentencia de 20 de marzo de 2007, publicada en Gaceta Judicial, Año CVIII, Serie XVIII, No. 3, p. 852; Sentencia No. 266-2002 de 27 de mayo de 2003, publicada en Registro Oficial No. 154 de 25 de agosto de 2003; Sentencia No. 242-2007 de 11 de julio de 2007, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 542 de 6 de marzo de 2009; Sentencia de 29 de noviembre de 1999, publicada en

Como ha dicho la Corte Constitucional, en feliz –y aliterada– frase, la motivación es “aquella justificación razonada que hace jurídicamente aceptable una decisión judicial”.³ Así, si veredictos como los que hemos esbozado –y que son comunes en las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia– vinieran precedidos de un análisis suficiente de los argumentos del casacionista, o por lo menos de una sumaria revisión de ellos, esta práctica quizá sería jurídicamente aceptable, pues se podría seguir el raciocinio de la sala para considerar mal invocada tal o cual causal. Lo usual, sin embargo, es lo contrario: la inadmisión o rechazo de numerosos recursos de casación sobre la única y exclusiva base de que los cargos no corresponden a la causal invocada, sin que la sala justifique adecuadamente –esto es, motive– esta decisión. Este es un modo de atender los recursos de casación que podemos llamar constitucionalmente minimalista, una casación *de minimis*.

En este artículo proponemos una crítica de este modo de proceder de nuestro tribunal de casación encauzada por dos vías. La primera es de carácter iusfilosófico y consiste en un análisis de la concepción teórica del recurso de casación que da pábulo a esta práctica injustificada, concepción a la que aquí se denomina la “tesis esencialista” de la casación (sección II). La segunda vía es de carácter argumentativo y en ella se explora el modo en que esta práctica podría dar lugar a violaciones de derechos constitucionales, en particular del derecho a la tutela judicial efectiva. Se propone una lectura de este derecho desde el principio *pro actione*, que nos permitirá formular, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la doctrina, una serie de *tests* o estándares de análisis para determinar las consideraciones que deben informar la decisión de admitir o aceptar un recurso de casación en el que existen problemas relativos a la idoneidad de la causal invocada por el recurrente (sección III).

LA TESIS ESENCIALISTA Y LA CASACIÓN *DE MINIMIS*

En primer lugar, es preciso comprender de la mejor manera qué es la casación *de minimis*. No se trata de intentar *describir* esta práctica con todo detalle –basta el esbozo que hemos hecho en la introducción y será fácilmente reconocible para cualquiera familiarizado con la práctica casacional en el Ecuador–, sino de entender cuál podría ser la teoría jurídica que le da sustento. En efecto, toda operación jurídica contiene

Gaceta Judicial, Año C, Serie XVII, No. 2, p. 374; Sentencia de 3 de abril de 2001, publicada en Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII, No. 5, p. 1277.

3. Corte Constitucional, Sentencia No. 244-12-SEP-CC de 24 de julio de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 877 de 23 de enero de 2013.

implícitamente una teoría de sí misma, una propuesta dogmática para su propia justificación en términos de las categorías racionales del derecho⁴. Una crítica cabal de la operación no es posible, pues, sin una comprensión adecuada de esa justificación que permita su deconstrucción y análisis.

Por tanto, vale la pena considerar qué modelo teórico –qué justificación– del recurso de casación podría servir de base a esta práctica de la casación *de minimis*, en la que la mera constatación de que los cargos realizados por el recurrente no “caben” dentro de tal o cual causal es suficiente para inadmitir o desechar el recurso, sin más. Sin perjuicio de que se pueda interpretar el sustrato teórico de la casación *de minimis* de otras formas o de que haya casos particulares de esta práctica que podrían explicarse acudiendo a otros paradigmas, consideramos que en gran medida este modo de actuar de la Corte Nacional de Justicia responde a una peculiar manera de entender el recurso de casación a la que se puede denominar una “tesis esencialista”.

Es necesario apuntar que, a nuestro mejor entender, esta tesis no ha sido formulada expresamente por la corte, y lo más probable es que su aceptación por parte de los jueces que la integran no sea siempre plenamente consciente o explícita. Es más, incluso es posible –y muy de desear– que muchos de ellos, al considerar a fondo una explicación clara de la tesis esencialista, la rechacen, y, con ella, la praxis que le sigue. Nuestra razón para sostener que debe ser, no obstante, el fundamento teórico de su modo de resolver es de carácter inductivo: al revisar múltiples sentencias, se desprende de ellas, aunque sea difusamente, una manera de concebir la casación que responde *grosso modo* a la tesis esencialista.

Es decir, aquí se propone un análisis *a posteriori* de la práctica de la corte de casación en los últimos tiempos, que busca entender y formular mejor –con el fin de criticar– su porqué teórico. Al mismo tiempo, la crítica que se presenta aquí de la tesis esencialista podría servir como remedio a gran parte de esta práctica, pero, puesto que no se trata de una crítica a una teoría que la corte ha defendido expresamente, esperamos que tenga la flexibilidad argumentativa suficiente como para poder distinguir los casos de casación *de minimis* de los casos en los que ese porqué teórico resulte ser otro.

4. En la terminología de Alexy, el acto jurídico siempre contiene una “pretensión de corrección”, esto es, una declaración implícita de su fundamentabilidad según el orden jurídico. Esta relación entre el acto y el orden siempre se construye en términos argumentativos o, según la tradición clásica, mediante una operación de la razón práctica, por lo que la adecuación consiste precisamente en una *justificación*, aunque sea implícita. Ver Robert Alexy, “La institucionalización de la razón”. *Persona y derecho*, No. 43 (2000): 219-26; del mismo autor, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*. Trad. de M. Atienza e I. Espejo (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 55. En efecto, como explica Spaemann, la filosofía práctica –la filosofía que estudia el actuar humano, la *praxis* (Ética, Política, Jurisprudencia)– se ocupa precisamente de la acción bajo el aspecto de su justificación intersubjetiva. Cfr. Robert Spaemann, *Crítica de las utopías políticas* (Pamplona: EUNSA, 1981), 144.

LA TESIS ESENCIALISTA

Entendido genéricamente, el “esencialismo” es la doctrina filosófica que postula la existencia, en cada objeto o ente, de una serie de atributos característicos o “esenciales” que le dan su identidad y su función.⁵ En este sentido, decir que algo posee una “esencia” equivale a sostener que posee una identidad distinta de la que poseen otros seres en razón de los atributos característicos que necesariamente lo hacen ser lo que es. Acudiendo a la terminología de los escolásticos, se distingue entre “lo que la cosa es” (*id quod est*) y “aquello por lo cual la cosa es lo que es” (*id quo est*). Al hablar de las sustancias (las cosas u objetos que existen en el mundo), lo primero es su esencia, y lo segundo la o las características que constituyen esa esencia.

Por ejemplo, la esencia de un pulpo implica ciertos atributos (ser un molusco, tener ocho tentáculos, carecer de esqueleto, etc.) en ausencia de los cuales cualquier objeto concreto necesariamente dejaría de ser un pulpo, mientras que hay otros atributos, llamados accidentales, que pueden o no darse sin que el pulpo deje de ser lo que es (ser de tal o cual color, tener tal o cual edad, estar ubicado en tal o cual océano, estar dormido o despierto, etc.).⁶ En el campo jurídico, esta doctrina ontológica, que aclara y verifica lo que nos dice el sentido común, se ve plasmada en la concepción de los

-
5. Los exponentes clásicos de esta doctrina, aunque con importantes divergencias, son Platón, *República*, libros V-VII; *Fedón*, 65a-67a, 72e-84b, 95a-107a. En *Diálogos IV: República*. Trad. y ed. de C. Eggers Lan (Madrid: Gredos, 1988), 244-77; del mismo autor: *Diálogos III: Fedón, Banquete, Fedro*. Trad. y ed. de C. García Gual, M. Martínez Hernández y E. Lledó Iñigo (Madrid: Gredos, 1986), 41-5, 56-79, 99-122; Aristóteles, *Categorías*, 2a12-4b19; *Metafísica*, 1031 a 12 *et seq.* En *Tratados de lógica (Órganon) I: Categorías, Tópicos, Sobre las refutaciones sofísticas*. Trad. y ed. de M. Candel Sanmartín (Madrid: Gredos, 1982), 34-42; del mismo autor: *Metafísica*. Trad. y ed. de T. Calvo Martínez (Madrid: Gredos, 1994), 294. También forma parte de la tradición central del neoplatonismo: Plotino, Porfirio, Proclo. A la zaga de estas tradiciones clásicas, la adoptaron los Padres de la Iglesia y varios teólogos cristianos: Orígenes, San Agustín, los Padres Capadocios, Juan Filópono, etc., los escolásticos: San Anselmo, San Alberto Magno, Santo Tomás de Aquino, San Buenaventura, el beato Juan Duns Escoto; muchos filósofos y teólogos islámicos y judíos del Medioevo: Al-Farabi, Avicena, Averroes, Maimónides; y, con importantes modulaciones, varios pensadores modernos: Descartes, Spinoza, Leibniz, etc. Se han dado defensas actuales de esta postura, ver, por ejemplo, David S. Oderberg, *Real Essentialism* (Nueva York: Routledge, 2007); Edward Feser, *Scholastic Metaphysics: A Contemporary Introduction* (Heusenstamm: Scholasticae, 2014).
 6. El esencialismo puede entenderse como una conclusión ineludible del principio de contradicción y su corolario, el principio de identidad, cfr., Aristóteles, *Metafísica*, 1005b15. El primero tiene dos manifestaciones, una lógica, por la cual se estipula la imposibilidad de sostener simultáneamente una proposición y su contradicción; y la otra, metafísica, por la cual se estipula que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo respecto; el segundo principio es su consecuencia: un ente es siempre idéntico a sí mismo, y no puede ser otra cosa sin dejar de ser sí mismo.

elementos del contrato contenida en el artículo 1460 del Código Civil,⁷ y es una parte elemental de la teoría de la existencia y validez de los actos jurídicos.⁸

En el caso de la casación, llamamos tesis esencialista la que pretende aplicar esta ontología a las causales de casación enumeradas en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (y en el 3 de la Ley de Casación).⁹ Esta aplicación consistiría en sostener que cada causal describe un vicio legal único y excluyente, claramente identificado y definido según unas características esenciales que supuestamente le son propias y lo hacen distinto de otros. Así, el vicio descrito en la causal primera es una cosa concreta, mientras que los vicios de las causales segunda, tercera, cuarta y quinta son otras, sin que en ningún caso sea posible —o concebible siquiera— que haya mezcla o confusión entre ellas.

-
7. Código Civil: art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son *de su esencia*, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. *Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente*; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (las cursivas me pertenecen).
8. Un acto jurídico existe en virtud de aquello que es en sí mismo, su esencia. Es decir, el modo de su existencia viene determinado por las características que le son propias, las esenciales (*id quo est*). Es lógico, pues, que la ausencia de esos atributos o elementos esenciales determine la *inexistencia* del acto, la cual se distingue de otras construcciones como la nulidad, la invalidez o la ineficacia. Ver Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2000), 339-442; Pablo Rodríguez Grez, *Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno: Teoría bimembre de la nulidad* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 11-30 y 105; César Coronel Jones y Óscar del Brutto, *Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en derecho privado ecuatoriano* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones), 3-11. Existe una ambigüedad, en el tratamiento de este tema, entre las características esenciales del acto *qua* acto (esto es, del acto jurídico considerado como género común) y las características esenciales de cada especie de acto jurídico (por ejemplo, las de la compraventa o del mutuo considerados en sí mismos). Esta ambigüedad (tratada por Ospina en su doctrina del acto jurídico putativo: ver *Teoría general del contrato...*, 420-2) no afecta, sin embargo, la estructura ontológica de la relación entre el ente jurídico y su esencia (ya sea esta genérica o específica), que es lo que nos interesa en este contexto.
9. Código Orgánico General de Proceso: art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. 3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia. 4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto. 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

Al nivel más elemental, esta tesis es evidentemente verdadera, en el sentido de que es necesario reconocer y dar cuenta de que las causales son distintas y que las diferencias entre ellas han de poder ubicarse en ciertas características esenciales, peculiares a cada causal. Pero esta inicial consideración lógica no ha de confundir nuestro análisis, pues es ahí donde se comete la falacia objeto de nuestra crítica. En efecto, de que podamos distinguir mentalmente las causales entre sí, en atención a las características propias de cada una, no se sigue que cada una de ellas se refiera a *cosas*, objetos reales (en este caso, los diversos vicios), que existen en el mundo y se distinguen realmente entre sí. Precisamente la falacia de la tesis esencialista es suponer que la distinción mental entre dos conceptos ha de traducirse necesariamente en una distinción real entre dos objetos en el mundo. Nuestra mente es capaz de distinguir entre “hombre” y “animal racional”, o entre “Rafael Correa” y “presidente de la República en la actualidad”, pero de ello no se sigue que estas cosas sean distintas en la realidad.

Estas distinciones mentales nos ayudan a concebir y conceptualizar el mundo con precisión y rigor, planteando los objetos desde diversas perspectivas y enfatizando distintos aspectos, pero es preciso evitar caer en la tentación de creer que nuestra mente construye la realidad con sus distinciones. Del mismo modo, como argumentaremos más adelante, es falaz concebir las causales como necesariamente expresivas de realidades distintas, en lugar de como herramientas dialécticas para plantear de diverso modo los problemas jurídicos. La consecuencia de la falacia esencialista en la casación es que se vuelve imposible alegar un vicio más que por medio de aquella causal que, supuestamente, lo expresa y lo contiene en su totalidad. Con ello, la técnica casacional se asemeja a una argumentación de carácter metafísico y demostrativo, basada en el análisis de las características esenciales de cada causal y en el intento de subsumir en ellas, a título exclusivo y absoluto en lugar de relativo y dialéctico, el vicio denunciado.

A todo esto hemos denominado una tesis esencialista porque consiste dar por suelta la analogía falaz de que cada uno de los vicios referidos en las causales del artículo 268 es entendido como una cosa real con su particular *esencial real*, que en el mundo no se confunde, ni puede en forma alguna confundirse, con ninguna otra. La analogía consiste, precisamente, en tratar cada vicio como análogo de un objeto real –en el lenguaje aristotélico, una *sustancia*– cuya identidad y modo de existencia reside en una esencia real, como si la distinción entre las causales no fuese solamente mental o conceptual, sino también real.

Estos vicios-sustancia existirían en el mundo real con una identidad determinada, de modo análogo a los pulpos y los contratos de compraventa. Por lo tanto, impugnar una sentencia o proceso porque en él existe, por ejemplo, una de las características esenciales que configuran el vicio de la causal tercera, excluiría absolutamente la posibilidad de que dicho vicio también pueda plantearse desde alguna otra causal, de un

modo análogo al caso de que decir que una cosa es un pulpo o un contrato de compra-venta excluye absolutamente que aquello pueda también ser un calamar o un contrato de mutuo, respectivamente. A la inversa, un vicio argumentado bajo la égida de una causal distinta de aquella que supuestamente lo contiene y agota implicaría el fracaso del recurso, por haber violado la exigencia del artículo 267.3 del Código Orgánico General de Procesos (procedente del artículo 6 de la Ley de Casación) de que aquel debe contener “la determinación de las causales en que se funda”.

Aunque hay fuertes –de hecho, irrefutables– argumentos en favor del esencialismo como forma razonable de conceptualizar la existencia de los entes reales y de los actos jurídicos como los tipos contractuales,¹⁰ carece de sentido –como veremos– como manera de concebir enunciados argumentativos y dialécticos como los vicios legales referidos en las causales de casación, tratándolos como si cada uno fuera una “cosa” real separada y perfectamente delineada y sin que puedan traslaparse unos con otros.¹¹ En particular, la tesis esencialista excluye de suyo la posibilidad eminentemente razonable de interpretar los vicios descritos en las cinco causales como diversos *modos* de plantear jurídicamente un problema o como diversos *aspectos* de un mismo problema jurídico.

La tesis esencialista es jurídicamente inaceptable. Aparte de los graves problemas que plantea desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva (que trataremos en la sección III *infra*), es sencillamente una concepción racionalmente insostenible, lo que la hace inapta como teoría jurídica.¹² Esta insostenibilidad le viene por

10. Parece difícil escapar de algún tipo de esencialismo como esquema ontológico para concebir el mundo, dada la estrecha relación entre esta teoría y el principio de contradicción. Ver Vasilis Politis, *Routledge Philosophy Guidebook to Aristotle and the Metaphysics* (Londres: Routledge, 2004), 138-50.

11. En el sistema de nuestro Código Civil, como hemos visto, los actos jurídicos también se conciben según una *analogía entis* aristotélica como semejantes a sustancias con esencia y existencia. Desde el punto de vista dogmático, no es posible (ni, en nuestra opinión, deseable) salir de este paradigma, pues, entre otras razones, responde a una concepción realista de la ciencia jurídica y está, además, asentado directamente en la ley. Sin embargo, el caso de un vicio como los descritos en las causales de casación no necesariamente se encuentra bajo ese paraguas, sino que debe entenderse como una categoría exclusivamente dialéctica, como veremos.

12. Como ya dijera Cicerón: el derecho es una destilación de la razón, y lo que violenta la razón es, *eo ipso*, contrario a derecho: “*Lex est ratio summa, insita in natura, quæ iubet ea, quæ faciendæ sunt prohibetque contraria*” (“La ley es la razón suma, enclavada en la naturaleza, que ordena lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario”) *De legibus*, I vi 18. En el mismo sentido, pero con mayor profundidad, la clásica doctrina del derecho de Santo Tomás de Aquino, que en primer lugar define la ley como una ordenación que pertenece propiamente al orden de la razón, *Summa Theologiae*, Ia-IIæ, q. 90, a. 1. En *Suma de Teología*. (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989), 703-5; y en segundo lugar define el derecho como el objeto recto propio de la virtud de la justicia, teniendo en cuenta que es la razón la que determina la regla de la acción justa, Ia-IIæ, q. 57, a. 1, 470-1. Es cierto que la jurisprudencia romana aceptaba una resolución contraria a la lógica cuando así lo exigía la utilidad justa: *multa iure civil contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse* (“por la común utilidad se han admitido por derecho civil muchas cosas contra lo razonable de una discusión”) Justiniano, “Digesto, 9, 2, 51, 2”. En *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (Barcelona: Jaime Molinas, 1889), 589-90, pero esto no implica una resolución irracional. Por el contrario, apela

dos títulos. En primer lugar, la tesis esencialista es falsa en cuanto que no da cuenta de la naturaleza necesariamente dialéctica –no ontológica-demostrativa– de la técnica casacional. En segundo lugar, es falsa porque se basa en una premisa quimérica.

LA TESIS ESENCIALISTA NO DA DEBIDA CUENTA DE LA TÉCNICA CASACIONAL

Primero, la tesis esencialista es falsa porque propone una concepción trunca, limitante y pobre de la técnica casacional que no hace justicia a las reales potencialidades argumentativas del recurso tal y como lo concibe nuestra legislación. Una exposición de esta postura paupérrima la da Murcia Ballén, en una cita recogida por la Corte Nacional de Justicia:

Por cuanto las diferentes causales de casación corresponden a motivos o circunstancias disímiles, son por ende autónomas e independientes; tiene [*sic*] individualidad propia y, en consecuencia, no es posible combinarlas para estructuras [*sic*] [debe decir: estructurarlas] en dos o más de ellas el mismo cargo, ni menos pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de las causales distintas.¹³

Se ve con claridad aquí la falacia antes explicada de suponer que de una distinción mental se puede postular una real, esto es, de creer que porque es posible distinguir en la mente las causales de ello se sigue que se refieren a cosas reales. Para ver el problema de esta postura en la práctica casacional, acudamos al ejemplo de una sentencia de instancia en la que el juzgador no ha expresado *en absoluto* la valoración de pruebas, sino que ha llegado a conclusiones fácticas de manera genérica, sin explicar de qué modo cada elemento probatorio, o por lo menos cada elemento probatorio clave, le ha llevado a su convicción sobre tales conclusiones. En su lugar, el juez se ha contentado con hacer afirmaciones generales tales como “ninguna de las pruebas hace mérito suficiente...” o “el acervo probatorio nos indica que...”, etc. El vicio que aquí se ve, pues, es que hay *ausencia total* de valoración probatoria expresada en la sentencia.

precisamente a una justificación en términos de un bien mayor, esto es, una justificación ordenada a un fin, y, por tanto, razonada.

13. Ver Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 436-2010 de 26 de julio de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 19 de 9 de julio de 2013. Ya veremos más adelante que este mismo autor suaviza esta doctrina en atención al principio *pro actione*. Por lo demás, es posible interpretar caritativamente esta cita de Murcia como referida solamente a las exigencias argumentativas del recurso, sin que ello implique necesariamente una aceptación de la tesis esencialista. Lamentablemente, esta distinción no se encuentra en las decisiones de nuestra corte de casación que lo citan.

La primera impresión que este ejemplo puede producir a los practicantes de la casación en el Ecuador es que, en un recurso, la ausencia de valoración debe acusarse por la vía de la causal tercera, que se refiere a violaciones de “preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba” que hayan conducido a un error en la aplicación de normas de derecho en la sentencia. En efecto, al no valorar la prueba en absoluto, puede decirse que en el ejemplo se ha vulnerado el primer párrafo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil,¹⁴ que regula dicha valoración exigiendo que se considere la prueba “en conjunto” y conforme a la sana crítica, y tal ausencia evidentemente ha llevado también a que el juez aplique normas de derecho sustantivo a un supuesto de hecho no acreditado legítimamente, esto es, a aplicarlas de manera injustificada y, en consecuencia, errónea.

La tesis esencialista sostendría que, al tratarse de un asunto relativo a la valoración de la prueba (o ausencia de ella), este vicio *solamente* se podría alegar adecuadamente por la vía de la causal tercera y que, si se alega por otra, el recurso debe rechazarse. Sin embargo, esto comete una falacia de *non sequitur*, pues del hecho de que un vicio cabe dentro de la estructura dialéctica de una causal no se sigue (ni la ley exige) que esta sea la *única* causal que pueda darle cabida, ya que de la descripción dialéctica no puede asumirse sin más, como hemos dicho, que el vicio descrito es un ente real. Esta conclusión, además, reconduce la técnica casacional a un simulacro de silogismo metafísico, profundamente distorsionando su alcance y potencialidades dialécticas.

De hecho, el vicio de la sentencia de nuestro ejemplo podría ser susceptible de alegarse plausiblemente por la vía de *todas* las causales de casación, como se demuestra a continuación.

Se podría alegar por la vía de la causal segunda, sobre la violación de “normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión” y ello haya “influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa”. En efecto, la falta absoluta de valoración también podría ser, por ejemplo, una violación directa del *segundo* párrafo del artículo 115 del código procesal civil,¹⁵ que contiene la obligación del juez de expresar en la sentencia su motivación respecto de todas las pruebas aportadas. Esta norma, que establece una obligación del juez sobre el modo de resolver la causa, no es una norma de valoración probatoria (no establece criterio alguno sobre cómo debe realizarse dicha valoración) y tampoco es una norma de derecho sustantivo, por lo que puede entenderse residualmente como una norma

14. Código de Procedimiento Civil: art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos [...].

15. Código de Procedimiento Civil: art. 115.- [...] El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

“procesal”, cuya violación se acusa por vía de la causal segunda. Y es evidente que su violación provoca indefensión, pues al omitir análisis probatorio alguno se priva a la parte afectada de fundamentos con los cuales cuestionar, contrastar o rebatir las conclusiones de la sentencia. Es igualmente evidente que esto además influye en la decisión de la causa.

También se podría alegar por la vía de la causal cuarta, sobre casos en que se haya “resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio” o se “omita resolver algún punto de la controversia”. Esta causal se refiere a la obligación de congruencia, establecida en la ley.¹⁶ En nuestro ejemplo se puede argumentar que una sentencia en la que no se analizan las pruebas y los argumentos relativos a ellas, sino que se da una conclusión genérica y omnicompreensiva, no ha resuelto los puntos concretos sobre los que se trabó la litis, pues resolver de un plumazo sobre todos esos puntos no equivale jurídicamente a dar una respuesta que los cubra a todos, y el mero hecho de que el juez así lo diga no altera esta situación.¹⁷ Dicho de otro modo, afirmar ampliamente en la sentencia que “las pruebas presentadas no hacen mérito suficiente, por lo que se rechaza la demanda”, o algo similar, sin explicar por qué ello es así respecto de cada prueba y hecho (por lo menos de los fundamentales), no constituiría una resolución cabal de todos los puntos de la litis. La exigencia legal es que el juez se dedique a analizar y ponderar *cada uno* de los argumentos y pruebas aportados por las partes (por lo menos los fundamentales) respecto de cada pretensión y excepción de manera más o menos pormenorizada según las características del caso. Solo así puede juzgarse la congruencia del fallo. Por ello, una sentencia como la de nuestro ejemplo, con su lenguaje resolutorio general, podría cometer el vicio de incongruencia por infrapetición, esto es, de no resolver en el fallo todos los puntos sobre los que se trabó la controversia.

También es posible alegar este vicio por la causal quinta, disponible “cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles”. La motivación adecuada del fallo en el derecho y en los hechos es, como disponen los artículo 274¹⁸ y 276¹⁹

16. Código de Procedimiento Civil: art. 273.- La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella.

17. La ley, de hecho, prohíbe expresamente las fórmulas genéricas o indeterminadas como la de nuestro ejemplo. Código de Procedimiento Civil: art. 275.- Los decretos, autos y sentencias expresarán con claridad lo que se manda o resuelve; y en ningún caso se hará uso de frases oscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide, etc.

18. Código de Procedimiento Civil: art. 274.- En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal.

19. Código de Procedimiento Civil: art. 276.- En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión [...].

del Código de Procedimiento Civil, un requisito exigido de toda sentencia. Por ello, una sentencia en la que no se ha expresado en absoluto una fundamentación sobre las pruebas que dé suficiente sustento a la resolución es una sentencia sobre la que plausiblemente se podría decir que le falta este elemento esencial.

Por último, se podría también alegar por la vía de la causal primera, pues una sentencia que no contiene una valoración de la prueba es una sentencia inmotivada, lo cual constituye también una violación de una norma sustantiva, a saber, la contenida en el artículo 76.7(m) de la Constitución,²⁰ que establece la motivación de las resoluciones como garantía de los derechos de los ciudadanos.²¹

Como se puede ver, no es cierto que es imposible argumentar un mismo vicio por la vía de más de una causal, ni que el modo de argumentarlo consista en adecuar exclusiva y absolutamente el vicio alegado a tal o cual causal, forzando el punto como si solamente ella lo pudiera encapsular o comprender, y de una demostración metafísica se tratara. Por el contrario, es eminentemente plausible que el mismo problema jurídico se pueda plantear como una violación por la vía de más de una causal. En efecto, aún si los argumentos expuestos *supra* respecto de las cinco causales no llegaran a convencer a todo jurista –en efecto, carecen de gran parte de la sustancia que solo los hechos concretos de un caso pueden dar–, todos ellos son eminentemente razonables y verosímiles, lo cual demuestra *prima facie* la falsedad de la tesis esencialista como manera de concebir las causales y, por consiguiente, la técnica casacional que en ella se basa. Y es que nuestro ejemplo no es de un caso en el que ocurren, separadamente, varios vicios que podrían alegarse separadamente por varias causales, sino que *el mismo vicio* es perfectamente susceptible de alegarse por varias de ellas, si no por todas.

20. Constitución de la República: art. 76.- [...] 7. [...] (l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

21. Que un derecho constitucional, aunque atañe al debido proceso, es una norma sustantiva, es una tesis discutida. El argumento a favor podría partir de los siguientes puntos: (i) la Constitución expresamente establece una igualdad de tratamiento para los derechos contenidos en ella; y (ii) la violación de un derecho constitucional cualquiera genera un derecho de acción autónomo. En cualquier caso, lo importante en este contexto no es demostrar que el argumento sería siempre eficaz, sino el carácter eminentemente plausible de su proposición. La jurisprudencia, sin embargo, ya ha aceptado esta tesis. Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 210-98 de 17 de mayo de 2000, publicada en Registro Oficial No. 109 de 29 de junio de 2000. En todo caso, debido a la nueva redacción de las causales en el Código Orgánico General de Procesos, es posible que ya no quepa alegar concretamente la violación de la garantía de la motivación por la vía de la causal primera (la quinta en la nueva norma), pues la motivación está expresamente contenida en la nueva causal segunda (equivalente a la anterior causal quinta). El argumento seguiría siendo válido, no obstante, para violaciones de otros derechos constitucionales, distintos de la motivación.

Las posibilidades argumentativas que plantean las cinco causales dejan claro, pues, que su carácter es propiamente *dialéctico*. Es decir, proveen una serie de vías lógicamente estructuradas para plantear ordenadamente un problema jurídico, y la eficacia del planteamiento ha de juzgarse exclusivamente a partir de la validez y la persuasividad de los argumentos que lo sustenten, sin que quepa tratar el asunto como si *ab initio* admitiese nada más que una sola respuesta aceptable o correcta. Por lo demás, esta índole dialéctica de la casación se relaciona con el hecho de que es un recurso que analiza exclusivamente problemas puramente jurídicos, ya que un postulado básico de la ciencia jurídica moderna es que toda situación jurídica afecta a más de un derecho (y no se diga las diversas facetas de los derechos, hoy cada vez más complejos), en razón de que el ordenamiento jurídico que establece y regula tales derechos es un entramado interdependiente,²² por lo que siempre podrá plantearse el asunto desde sendas perspectivas diferentes.

LA TESIS ESENCIALISTA SE BASA EN UNA PREMISA FALSA

Pero la sentencia que hemos puesto de ejemplo no solo muestra la falsedad de la tesis esencialista en relación con la técnica del recurso de casación (esto es, su correspondencia con su naturaleza dialéctica y, en consecuencia, con las reales potencialidades de esta técnica argumentativa), sino también su falsedad en sí misma, que es el punto más grave. En efecto, es quimérico sostener que cada una de las causales definidas en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos se refiere a una “cosa” –el vicio concreto que supuestamente encapsula– que existe en el mundo de los operadores jurídicos con sus peculiares atributos esenciales, porque tales vicios sencillamente *no existen* en el mundo de ese modo, como entes separados y perfectamente identificados. En la medida en que la tesis esencialista se basa en esta crucial premisa falsa, es ella misma una concepción falsa.

Como demuestra el ejemplo que hemos propuesto, un vicio jurídico implica siempre la violación de más de una norma o exigencia jurídica, de modo que no es posible concebirlo de manera unidireccional como si solamente afectara a una de esas normas o exigencias. Por el contrario, el vicio siempre puede plantearse desde diversas perspectivas, según la importancia real y estratégica de sus peculiares características, y la

22. Este postulado se fundamenta sobre todo en un razonamiento de carácter lógico, en el sentido de que la interdependencia es una conclusión a la que se llega al analizar los atributos lógicos del ordenamiento jurídico como sistema según la doctrina normativista, particularmente los de unidad, coherencia y plenitud. Ver Norberto Bobbio, *Derecho y lógica* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006).

decisión del recurrente de enfocarse en una u otra violación particular dependerá del peso con el que el vicio haya afectado a tales o cuales normas o exigencias concretas.

En realidad, *es a esas diversas perspectivas* a las que se busca describir en las cinco causales, y no al supuesto vicio en sí, que, como hemos visto, es siempre polifacético. Ello armoniza perfectamente con la intención didáctica enunciada por los redactores de la Ley de Casación, en el sentido de que lo que se pretendió con la enumeración del artículo 3 no fue definir una lista cerrada y enredecida de supuestos vicios distintos, sino ayudar a los operadores jurídicos a plantear los problemas desde diversas perspectivas según sea el caso.²³ Es decir, las cinco causales no pueden representar cinco substancias, que no existen, sino que son diversas vías para atacar una sentencia o proceso valiéndose de las herramientas argumentativas que ofrece el derecho. En dos palabras: las causales deben concebirse dialéctica y no ontológicamente.

Dicho esto, hay que destacar que no se está afirmando aquí que siempre habrá argumentos igual de poderosos para que cualquier vicio se pueda sustentar por cualquier causal (en nuestro ejemplo, en el que la violación es tan tremenda, parecería que el recurso debería prosperar por varias de las cinco causales, pero ello no siempre será así y será un asunto de estrategia el cómo enfocar y argumentar el vicio del que se trate). Más bien, el punto fundamental es que forma parte de la realidad de las cosas –y nuestro sistema de casación así lo refleja– que un mismo problema jurídico puede plantearse como un vicio que podría alegarse por más de una causal.

Asimismo, nada de lo que aquí se ha dicho puede servir para negar que la normativa de casación exige, de hecho, que en el recurso el vicio se alegue por la vía de una causal concreta y que para ello el modo en que se plantee el vicio debe satisfacer los peculiares requisitos argumentativos de la causal que se elija. Al decir que la tesis esencialista es falsa no se está abogando por suprimir las causales, pues es obvio que la técnica propia del recurso de casación consiste en saber presentar un problema jurídico dentro del marco dialéctico que se ha establecido en el artículo 268.²⁴ Sin

23. Sobre la “función didáctica” que se quiso dar a la Ley de Casación han escrito por lo menos dos miembros del comité redactor del primer anteproyecto de la norma. Ver Santiago Andrade, *La casación civil en el Ecuador* (Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005), 198; César Coronel Jones, “La Ley de Casación: Estudio introductorio”. En *La casación: Estudios sobre la Ley No. 27* (Quito: Corporación Editora Nacional, 1994), 19.

24. El requisito reiterado de que el recurrente formule satisfactoriamente la “proposición jurídica completa” tiene aquí su cabida. Así lo ha dicho la jurisprudencia: “El recurso de casación, al ser extraordinario y formalista, determina, entre otros aspectos, que el error en la sentencia que se impugna, debe ser acusado en relación a la causal que para cada caso corresponde, de acuerdo con cada una de las cinco causales determinadas en el art. 3 de la Ley de Casación, debiendo la fundamentación, guardar estrecha correspondencia con la causal que invoca el recurrente” (Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 08-2012 de 19 de marzo de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 271 de 13 de febrero de 2015. Véase, en el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia de 8 de febrero de 2006, publicada en Gaceta Judicial, año CVII, serie XVIII, No. 2, p. 426; Sentencia No. 28-2001 de 12 de febrero de 2003, publicada en Gaceta Judicial, año CIV, serie XVII, No. 11, p. 3486.

embargo, como ya hemos dicho, de esta exigencia argumentativa del recurso no se sigue que si un vicio *puede* alegarse por una causal, ese vicio *deba* alegarse por ella, pues eso dependerá del modo en que se plantee el problema en cada recurso. Si el recurrente lo ha hecho de manera persuasiva y razonable, el recurso debe admitirse, y si no ha sabido sustentar su cargo satisfactoriamente por la causal que ha elegido, su recurso deberá fallar. Pero el punto es que para saber esto es preciso que la corte entre a analizar los *argumentos* del casacionista. No puede la corte rechazar un cargo *ab initio*, sin siquiera considerar los argumentos, sencillamente porque en su opinión el recurrente debió acudir a otra causal. Este tipo de arbitrariedad fundada en la tesis esencialista, esta casación *de minimis*, se encuentra a una gran distancia de la sencilla exigencia argumentativa propia de la técnica casacional.

Llegados a este punto se puede comprender mejor el resultado práctico de la tesis esencialista que, en definitiva, termina por ser una maniobra evasiva que emplean algunas salas de admisión o sustanciación para no entrar a considerar los argumentos del casacionista. El fácil expediente de constatar que, en su opinión, el recurrente se ha “equivocado” al invocar tal o cual causal basta para inadmitir o rechazar multitudes de recursos, cuando en realidad la única manera de saber si esa equivocación ha ocurrido es, como hemos venido proponiendo, deteniéndose a analizar, ponderar y deshilar los argumentos del recurrente. Solo cuando se ha considerado esta argumentación sería posible determinar si se ha planteado correctamente el recurso por la vía de la causal que se ha elegido. La práctica de la casación *de minimis*, sin embargo, se limita a descartar tales argumentos sobre la base de una mera intuición o, peor, un hábito acríticamente aceptado.²⁵

Por último, nuestra crítica tampoco niega la facultad de una sala de inadmitir o desechar un recurso que es manifiestamente inaceptable, como tendremos ocasión de reiterar en otro contexto más adelante. En efecto, hay recursos con deficiencias tales que su inviabilidad es patente, y que la corte de casación está en plena facultades de rechazar de plano. La legítima potestad de un tribunal de justicia de rechazar *ab initio* una acción o un recurso que es *prima facie* patológico es innegable y forma parte de

25. Es común que las salas excusen este tipo de actuación haciendo vagas consideraciones sobre el modo correcto de plantear la casación, aludiendo al carácter extraordinario, “altamente técnico” y formalista del recurso, entre otras ideas similares. Estas reflexiones, además de ser, en la mayoría de los casos, meras reproducciones de lo dicho en otras sentencias, habitualmente carecen del peso que las salas pretenden darles, cuando las usan como proemio doctrinal a la práctica de una casación *de minimis*. Y es que del carácter extraordinario, técnico y formal del recurso de casación no se llega –salvo por un tortuoso camino de falacias– a la justificación de la casación *de minimis*, como hemos visto. Por ello hemos dicho que este modo de ver las cosas ha degenerado en un mal hábito, ya acríticamente aceptado e inocente de cualquier examinación racional que lo provea de una justificación adecuada. Además, no se da análisis alguno de las graves afectaciones que produce de los derechos constitucionales de los recurrentes. Es precisamente esta falta la que nos ha movido a presentar esta crítica.

sus facultades de administración interna y en último término de las que lo establecen como garante del orden jurídico. Esto es así con mayor razón en el caso de la casación, que es un recurso extraordinario y protegido por altos umbrales de admisibilidad.²⁶ Pero estos casos son excepcionales y normalmente se podrán despachar rechazando los recursos de hecho. Aquí se trata, como hemos dicho, de recursos patológicos, en los que la deficiencia es evidente a primera vista.

No es posible, sin embargo, extrapolar de las potestades relativas a recursos patológicos, que buscan salvaguardar la integridad de la administración de justicia y, en este caso particular, el carácter extraordinario y técnico de la casación, para justificar un *modus operandi* habitual. De hecho, mucho más se fomentaría el carácter extraordinario y técnico del recurso si las salas entrasen al fondo, dedicando esfuerzo a desmenuzar no solo el contenido, sino también la estructura y validez de los argumentos. Con ello se elaboraría poco a poco una valiosísima jurisprudencia sobre el modo correcto de plantear la casación, basada en auténticos estándares concienzudamente aplicados, que serviría de auténtica guía a los operadores jurídicos,²⁷ en lugar de las vagas, repetitivas y diminutas consideraciones que muchas veces encontramos, casi a modo de refranes, tópicos y frases hechas, en las sentencias de la Corte Nacional de Justicia.

En conclusión, la tesis esencialista, según la cual cada causal de casación encarna un solo vicio a exclusión de otros, de modo que no es posible alegarlo más que por dicha causal, es falsa. Un sencillo ejemplo ha bastado para demostrar su falsedad en cuanto a la técnica propia del recurso de casación, en el sentido de que simplemente no es cierto que un vicio no puede alegarse de manera plausible más que por la vía de una sola causal que supuestamente lo encapsula. Por otra parte, el ejemplo ha demostrado que, además, la tesis esencialista se basa en una premisa falsa, porque en lugar de interpretar las cinco causales como lo que son, esto es, como modos de plantear argumentadamente un problema jurídico en el recurso de casación, parte de que cada causal representa un vicio como si este fuera una substancia pura que existe en el mundo.

26. Un ejemplo de un uso adecuado de esta potestad en Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 28-2001 de 12 de febrero de 2003, publicada en Gaceta Judicial, año CIV, serie XVII, No. 11, p. 3486.

27. Un ejemplo de una resolución útil en este sentido en Corte Nacional de Justicia, Sentencia de 26 de marzo de 2013, publicada en Gaceta Judicial, año CXIII, serie XVIII, No. 12, p. 4852.

LA CASACIÓN *DE MINIMIS* COMO ATENTATORIA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

La tesis esencialista, una concepción patológica de la casación, no solo contraría el orden jurídico por su falsedad, sino que su puesta en acción además implica –como explicaremos seguidamente– violaciones a derechos constitucionales. Ante esta realidad, el uso extendido de la casación *de minimis*, manifestación forense de la tesis esencialista, saca a la luz el conflicto entre el recurso de casación tal y como se practica hoy en el Ecuador y el neoconstitucionalismo garantista que rige en el país desde por lo menos el año 2008. La tesis esencialista pone la casación ante este constitucionalismo, y, mientras el recurso se encuentre atado en la práctica a aquel malsano paradigma, no podrá estar a la altura que exigen los nuevos tiempos jurídicos. En esta tercera parte, después de hacer una breve reflexión sobre la relación entre la casación y el neoconstitucionalismo, entraremos a considerar de qué manera una casación *de minimis* supone un ataque al modelo garantista de la Constitución de 2008. En particular, sostendremos que constituye, *in abstracto*, fuente de violaciones del derecho a la tutela judicial efectiva.²⁸

LA CASACIÓN Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Excede el ámbito de este artículo describir el modelo neoconstitucionalista, cuyas múltiples manifestaciones teóricas y prácticas han sido ampliamente discutidas por la doctrina.²⁹ Baste para nuestros efectos recordar el resumen de Ratti:

28. La violación *in abstracto* es aquella que no se produce por un acto u omisión particular, y por lo tanto, no requiere la existencia de un daño. Más bien, se trata de una violación por incumplimiento de los requisitos o estándares constitucionales correspondientes, similar a la que se constata al declarar la inconstitucionalidad de una ley.

29. Ver Claudia Storini y José Francisco Alenza García, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2012); Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008); María Verónica Sarango Erique, “El Estado neoconstitucional como fórmula de organización estatal en el Ecuador” (tesis de diplomatura, Universidad del Azuay, Cuenca, 2009). Para un tratamiento esquemático, ver Ramiro Ávila Santamaría, “El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008”. En *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, coord. por Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (México D.F.: UNAM-IJ, 2009), 953-80. Para una acertada y eficaz crítica de esta tendencia de pensamiento jurídico, ver Giovanni Battista Ratti, “Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo”, *Jus Humani. Revista de Derecho*, vol. 4 (2014-2015): 227-61.

[La] expresión [neoconstitucionalismo] es usada para denotar, por los [*sic*] menos, los siguientes “objetos”: una forma de estado, una política de activismo judicial, una reconstrucción teórica de los sistemas jurídicos contemporáneos, una metodología jurídica y una forma de adhesión ideológica al derecho.³⁰

Dentro de este entramado conceptual, no siempre coherente, es interesante resaltar en relación con la casación el segundo “objeto” –como los llama este autor, siguiendo a Paolo Comanducci–:³¹ el neoconstitucionalismo como activismo judicial, que se caracteriza tanto por una lectura extensiva de los derechos constitucionales, “de forma que no quede ningún espacio normativo vacío de derecho constitucional”, como por “la práctica judicial de aplicar directamente los principios constitucionales a causas judiciales particulares, sin que sea necesario (u oportuno) que intervenga alguna intermediación legislativa”.³²

Desde esta perspectiva, el modelo neoconstitucionalista otorga singular importancia a la función judicial como garante último –y cotidiano– de los derechos.³³ En efecto, las garantías de este modelo tienen su núcleo duro en el ámbito jurisdiccional, el foro idóneo para proveer una tutela de los derechos determinada jurídicamente y, por tanto, comunicable ordenadamente –por analogía y otros modos procedimientos– al resto del sistema.³⁴ En consecuencia, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sirve de auténtico gozne del modelo, al constituir uno de los principales mecanismos de actualización y realización del orden constitucional. La casación, como pináculo del sistema de justicia ordinaria, ha de jugar, pues, un papel preponderante en la medida en que, como recurso supremo, rige, corrige y dirige el ordenamiento procesal y el ejercicio de la función judicial.

Pero la casación, como todo acto del poder público en general, ha de estar ella misma sometida a los derechos y, como acto jurisdiccional en particular, está sujeta a un alto estándar constitucional en virtud del cual pueda fungir no solo como cauce sino como garantía de los derechos. Asegurar esto es precisamente el contenido fundamen-

30. Battista Ratti, “Neoconstitucionalismo negativo y...”, 230.

31. Ver Paolo Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2010), 201-6.

32. Battista Ratti, “Neoconstitucionalismo negativo y...”, 231.

33. Este papel preponderante de las garantías jurisdiccionales ha de entenderse sin perjuicio de la aspiración neoconstitucionalista de que todo poder público ha de reconocer y aplicar los derechos, expresada, por ejemplo, en palabras de Ávila Santamaría: “[t]odo el Estado es garante de los derechos”, “El constitucionalismo ecuatoriano...”, 967-70.

34. Este papel preponderante de las garantías jurisdiccionales ha de entenderse sin perjuicio de la aspiración neoconstitucionalista de que todo poder público ha de reconocer y aplicar los derechos, expresada, por ejemplo, en el efusivo lenguaje de Ávila Santamaría de que “todo el Estado es garante de los derechos”, “El constitucionalismo ecuatoriano...”, 967-70.

tal del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, es particularmente gravoso en un modelo neoconstitucionalista que sea precisamente el proceso judicial –y dentro de él, el recurso máximo– el vehículo de una violación constitucional, y ello no de modo accidental (por ejemplo, porque el juez ha resuelto una causa sin razón e injustamente), sino esencialmente, porque el mismo modo de resolver es antijurídico. La tesis de este artículo es que este es precisamente el resultado de la casación *de minimis*, como se explica a continuación.

LA CASACIÓN *DE MINIMIS* COMO VIOLACIÓN *IN ABSTRACTO* DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho constitucional afectado por la práctica de la casación *de minimis* es el derecho garantizado por el artículo 75 de la Constitución:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Este es el derecho a la tutela judicial efectiva, que, como ya hemos mencionado tiene un papel axial en el sistema garantista de la Constitución de 2008, en el que la protección y desarrollo de los derechos se encomienda, en gran medida, a los jueces.

La casación *de minimis* provoca indefensión

No es necesario aquí entrar a considerar todos los diversos aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva, que han sido tratados ampliamente por la doctrina,³⁵ y ver cómo la casación *de minimis* los podría afectar. Ello sería útil si la casación *de minimis* fuese una violación compleja, que requiriese un detallado análisis de los diversos estándares de la tutela efectiva y cómo aquella los afecta. Sin embargo, basta enfocarnos en el estándar *mínimo* de este derecho, que es, tal y como lo han entendido

35. Ver Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y libertades constitucionales* (Madrid: Ariel, 1995); Ignacio Borrajo Iniesta, Luis María Díez-Picazo Giménez y Germán Fernández Farreres, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional* (Madrid: Civitas, 1995); Joan Picó I Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: Bosch, 1997); Vanesa Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador* (Quito: UASB / Ediciones Legales, 2012).

la jurisprudencia³⁶ y la doctrina³⁷ ecuatorianas, la prohibición de la indefensión.³⁸ Ya aquí encontramos la principal violación del derecho producida por la casación *de minimis*, por lo que se vuelve innecesario profundizar más: producida la violación al más elemental fundamento de la tutela judicial –la garantía contra la indefensión–, no es necesario ni provechoso considerar violaciones de otros componentes del derecho. A continuación, explicamos cómo la casación *de minimis* supone indefensión.

En términos generales, la indefensión es la denegación del acceso a la justicia,³⁹ que puede producirse de varias maneras. La más burda sería la inacción completa de los órganos de administración de justicia ante la interposición de una acción o recurso; esto es, el no responder al accionante ni dar trámite a su pedido. Una violación de un grado menor, pero igualmente inaceptable, es la de una reacción del órgano jurisdiccional en la que se niega la acción o el recurso, pero sin fundamentación, esto es, una denegación absolutamente inmotivada. Un tercer caso es el de una denegación fundada en razones manifiestamente insuficientes, absurdas o impertinentes. Este tercer caso se asimila en nuestro sistema jurídico al segundo como violación del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la Corte Constitucional ha indicado que una motivación que adolece de tales características equivale a una ausencia de motivación.⁴⁰ Como ha dicho una autora, “la motivación, como garantía de razonabilidad de las decisiones judiciales, determina la posibilidad de que una respuesta [del órgano judicial] pueda rechazar la pretensión del justiciable”.⁴¹ Es decir, la motivación es precisamente lo que hace que la denegación de una acción o recurso *no viole* el derecho a la tutela

36. “[La tutela judicial efectiva no implica] que es un deber ineludible del juez dar la razón a la parte que formula su queja siempre y en toda circunstancia, aunque no acredite tenerla, precisamente el proceso se origina de manera tal que pueda el juzgador llegar a concluir, con razonable certeza, a cuál de las partes le asiste la razón” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 147 de 11 de julio de 2003, publicada en Registro Oficial No. 663 de 16 de septiembre de 2003). Es decir, el derecho no garantiza que al accionante se le dé la razón, pero sí que se le dé una respuesta fundada y bastante, sea o no favorable.

37. “Así, en principio, se conceptúa al [*sic*] derecho *tutela judicial efectiva* como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una *demanda*–, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión”. Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, *Foro. Revista de Derecho*, No. 14 (2010): 8.

38. En este extremo, el texto constitucional sigue la redacción del artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, que inauguró en nuestro entorno cultural el concepto de la tutela judicial efectiva como derecho constitucional: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

39. Ver Tribunal Constitucional (extinto), Resolución No. 002-2004-DI de 19 de octubre de 2004; Corte Constitucional, Sentencia No. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 97 de 29 de diciembre de 2009; Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 202-2004, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 532 de 25 de febrero de 2005.

40. Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia No. 244-12-SEP-CC de 24 de julio de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 877 de 23 de enero de 2013.

41. Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva...”, 36.

judicial efectiva. Luego, una denegación con motivación insuficiente, absurda o impertinente violará este derecho. Así lo ha entendido también la doctrina comparada.⁴²

El caso de la casación *de minimis* no es de una denegación inmotivada absolutamente, pues en estas situaciones la sala inadmite o rechaza el recurso bajo el argumento de que el recurrente no ha encuadrado adecuadamente los cargos en esta o aquella causal, que es la que los jueces consideran la apropiada. Es decir, existe un intento de motivar, de dar una razón, para la denegación. Por lo tanto, si hay una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, esta deberá darse por la tercera vía que hemos esbozado, esto es, por tratarse de una motivación insuficiente, absurda o impertinente, que no satisface el estándar mínimo del derecho.

En este sentido, ya hemos visto que el planteamiento que da pábulo teórico a la decisión de rechazar un recurso en la casación *de minimis* –la tesis esencialista– no tiene sustento racional adecuado, sino que, por el contrario, es irrazonable. Llegado el argumento a este punto, pues, es suficiente demostrar las patologías de la tesis esencialista para dar por establecida una violación al derecho a la tutela judicial efectiva en todos aquellos casos en que la denegación del recurso se base en esta tesis.

Sin embargo, ello no es suficiente para condenar en general la casación *de minimis*, pues no en todo caso esta práctica se fundamentará en una postura como la tesis esencialista. Como hemos indicado al iniciar nuestra crítica a esa tesis, ella no ha sido –hasta donde sabemos– expuesta o defendida expresamente por nuestra corte de casación, sino que su articulación resulta de un intento de análisis inductivo y *a posteriori* de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia de los últimos años. Al no estar expresamente contenida en las sentencias, la valoración constitucional de la práctica de la casación *de minimis* en general no puede basarse solamente en una crítica de la tesis esencialista –sin perjuicio de lo mucho que ello aporte para aclarar el asunto–, sino que en todo caso debe partir de lo que la corte ha dicho.

Como hemos visto, en la mayoría de estos casos, lo que la corte dice para sustentar la decisión de inadmitir o denegar el recurso es que la causal invocada es inapta o incorrecta, y a veces se añade cuál de las otras causales se debió alegar, y nada más. Es esta escueta línea argumental la que debe analizarse a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, es necesario determinar si este razonamiento resulta insuficiente, absurdo o impertinente. Para hacerlo, se requiere primero responder a una importante objeción.

42. Ver Gregorio Serrano Hoyos, “Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 10 (1992): 119-68.

Respuesta a una objeción

La objeción puede formularse de la siguiente manera: la casación *de minimis* no puede violar el derecho a la tutela judicial efectiva porque este es un derecho de configuración legal, es decir, no genera una acción *per se*, sino que requiere desarrollo en la norma legal para ser efectivo y accionable. Por lo tanto, el ejercicio del derecho está sujeto al modo en que las acciones y recursos están configurados en las leyes, y la casación, al ser un recurso altamente extraordinario, formal y técnico, exige ser interpuesto de una manera peculiar que, de no cumplirse, no da derecho al trámite, sin que ello suponga violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Con ello, una resolución que inadmite o rechaza un recurso en el que no se satisfacen los requisitos formales legales será una resolución suficientemente motivada a efectos del derecho a la tutela judicial efectiva, y, por ello, permisible.

Esta es una objeción importante que merece ser tratada con cuidado haciendo dos distinciones. En primer lugar, debe procurarse un equilibrio entre el respeto a las formalidades procesales propias de cada acción y recurso, por un lado, y las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, entre ellas el principio de que las formalidades no sirvan ellas solas para enervar la acción (principio *pro actione*), por el otro. En efecto, como veremos, los requisitos formales establecidos en las leyes son de derecho público, pero no se sigue de ello que todos sean irrenunciables, esenciales o de orden público, de tal manera que su sola inobservancia implique la inadmisibilidad o imposibilidad de una acción o recurso. Precisamente el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación como principio *pro actione*, implica que no toda formalidad enerva la eficacia de una acción o recurso, como veremos más adelante.

Esto nos lleva a la segunda distinción que hay que hacer, entre las formalidades procesales que sí forman parte de un “núcleo duro” de requisitos ineludibles, sin los cuales cualquier acción o recurso debe fracasar, y las demás formalidades, cuya ausencia no impide la procedencia o eficacia de la acción o recurso.⁴³ En general, el

43. En este contexto, es útil la precisión hecha por Gregorio Serrano Hoyos a la hora de entender que significa que la forma procesal es “de orden público”: “Doctrinal y jurisprudencialmente se afirma, con carácter general, la naturaleza de Derecho público de las normas procesales, sin embargo, cuestión más controvertida es la de determinar [...] si los requisitos procesales que en ellas se disponen pertenecen o no al orden público, pues si fuera así tendrían el carácter de irrenunciables y de obligado cumplimiento. Es claro que no todos los requisitos procesales son irrenunciables: el incumplimiento de algunos requisitos procesales que no merma garantías procesales no genera nulidad absoluta y el beneficiario de una determinada garantía procesal puede renunciar a ella siempre que no perjudique a terceros ni contrarie el interés o el orden público”. Sin embargo, “una cosa nos parece clara: son de orden público los requisitos procesales garantes de una tutela judicial efectiva sin indefensión [...] los

desarrollo de las fronteras entre ambos campos es tarea propia de la jurisprudencia constitucional. En este trabajo se defiende la tesis de que el *test* para determinar la capacidad enervante de una formalidad procesal consiste en determinar, en cada caso, si la exigencia del cumplimiento con dicha formalidad se adecua razonablemente a hacer valer el fin constitucionalmente relevante que ella está llamada, en general, a servir. Si no hay esa adecuación —esto es, si la exigencia de la formalidad no sirve al fin constitucional para el cual la formalidad existe—, la acción o recurso debe proceder, incluso si la formalidad ha sido obviada del todo; en cambio, en caso de que sí haya tal adecuación —esto es, si la exigencia de la formalidad sí sirve al fin constitucional para el cual ella existe—, la denegación de la acción o recurso será conforme a derecho. Por lo demás, nunca se podrá impedir la eficacia de una acción o recurso si la violación de la formalidad es subsanable. Este *test* deriva de la aplicación del principio *pro actione*, que veremos más adelante.

Con lo dicho, es posible proponer una respuesta a la objeción: el derecho a la tutela judicial efectiva no supone la eliminación o irrelevancia de los requisitos formales que las leyes establecen para las diversas acciones y recursos, incluida la casación, pero el cumplimiento en cada caso de dichos requisitos ha de estar razonablemente encaminado a satisfacer los fines constitucionalmente protegidos que esos requisitos sirven. Por tanto, la casación *de minimis* supondrá una violación del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que constituya la práctica de denegar el recurso basada en una aplicación excesiva de sus formalidades, esto es, una aplicación que ya no guarda una relación razonable con los fines a los que dichas formalidades sirven o cuando la violación de formalidades es aún subsanable.

Debemos ahora preguntarnos, pues, si la casación *de minimis* constituye o no tal aplicación excesiva de las formalidades del recurso de casación. Como hemos dicho, la dogmática constitucional ha elaborado un principio, apéndice de la tutela judicial efectiva, encaminado a responder este tipo de preguntas acerca de la relación entre las formalidades procesales y los derechos constitucionales a la justicia: el principio *pro actione*. A continuación, analizamos la práctica de la casación *de minimis* desde este principio, que nos ofrece un *test*, una “prueba de fuego”, para determinar, caso por caso, si se están violando o no los derechos del recurrente.

requisitos procesales son diversos: unos serán de carácter imperativo y otros distintos no, porque su finalidad no atiende al orden público”. “Formalismo y tutela judicial efectiva”, 123, 124.

EL PRINCIPIO *PRO ACTIONE* Y LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de directa aplicación en nuestro país como manda el artículo 426 de la Constitución,⁴⁴ contiene una concisa definición del derecho a la tutela judicial efectiva que resalta el contenido del principio de marras:

Art. 25.- Protección Judicial.- 1. Toda persona tiene *derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...* (énfasis añadido).

Según este texto, el núcleo del derecho es la garantía de un camino o recurso judicial *efectivo* para la protección de los derechos. La garantía de esta efectividad contiene para el Estado una obligación que lo vincula en el poder legislativo, por la cual debe crear y mantener estructuras jurisdiccionales y procesales teóricamente eficaces. Tiene también, complementariamente, una obligación que vincula a los órganos del poder judicial, que opera más en el orden práctico y que se traduce, entre otras cosas, en que los jueces están obligados a interpretar y a aplicar las normas e instituciones procesales de tal modo que ellas, como manda la Constitución, realmente sean “un medio para la realización de la justicia” y favorezcan “la plena vigencia de los derechos”,⁴⁵ incluida la tutela judicial efectiva.⁴⁶ Se trata de una obligación general de carácter interpretativo, que debe inclinar a los órganos jurisdiccionales a preferir la lectura de la norma procesal que haga más eficaz en la práctica el derecho de los ciudadanos a obtener del órgano judicial una resolución motivada sobre el fondo. En dos palabras, es un imperativo interpretativo a favor de la eficacia de las acciones y

44. Constitución de la República: “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”.

45. Constitución de la República, artículos 169 y 427.

46. Esta obligación incluso ha sido positivizada a nivel legal, en el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial: “Interpretación de las normas procesales.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material...”.

recursos,⁴⁷ contenida doctrinalmente en el llamado principio *pro actione* (“a favor de la acción” o del recurso).

El principio tiene un firme asidero en el texto de nuestra Constitución. Además del artículo 75, que contiene el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio informa también las disposiciones de los artículos 11.5, 169 y 427 de la norma suprema.⁴⁸ En primer lugar, el artículo 11.5 consagra el principio interpretativo general llamado en nuestro entorno “principio *pro persona*” o “a favor (de los derechos) de la persona”, por el cual toda autoridad pública interpretará y aplicará las normas en el sentido que “más favorezca[] [la] efectiva vigencia [de los derechos]”. En segundo lugar, el artículo 427 reitera el principio aplicándolo a la interpretación de la propia Constitución. En tercer lugar, ya en el plano de lo judicial, el artículo 169 estatuye la prevalencia de la sustancia sobre la forma en lo que respecta a la eficacia de las instituciones procesales como mecanismos de protección de derechos, mandando que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. En todos estos artículos se ve el mandato interpretativo a favor de la vigencia de los derechos, incluso extendiéndolo expresamente a lo procesal. Puede decirse, pues, que el principio *pro actione* forma parte del marco general obligatorio de la Constitución.⁴⁹

El principio *pro actione* y las meras formalidades en la casación *de minimis*

El principio *pro actione* milita en la práctica contra la tendencia de inadmitir, e incluso desestimar, una acción o recurso valiéndose excesivamente de requisitos o cuestiones formales, muchas veces subsanables, usándolos de auténtica excusa para no entrar al fondo del asunto cuando el accionante o recurrente ha expresado suficientemente su intención y su pedido.

47. Así se define en la doctrina. Según un autor, el principio *pro actione* “impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo” Picó I Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso...*, 49.

48. Constitución de la República: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

49. Y así lo ha reconocido también el legislador, en el ya mencionado citado 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, que desarrolla la norma constitucional (véase *supra* No. 46).

Para comprender la aplicación de este principio, es pertinente introducir al análisis el concepto de una *mera formalidad*, entendida como (i) un requisito formal (ii) cuya exigencia en un caso concreto está desvinculada (o por lo menos suficientemente alejada) de la finalidad constitucionalmente relevante a la que sirve y (iii) que se utiliza como único fundamento de una decisión inhibitoria, de inadmisión o de desestimación, de una acción o recurso.⁵⁰ El concepto también se aplica a una exigencia formal cuya violación es aún subsanable por la parte interesada al momento en que el juez toma su decisión inhibitoria.

Con esto se ve que el principio *pro actione* no es una absoluta afirmación de la primacía de la sustancia sobre la forma –esto es, un puro y simple desplazamiento de la forma–, pues no toda formalidad es una *mera formalidad*, y la consideración de tal dependerá de las circunstancias de cada caso. Los requisitos formales deben entenderse como garantías destinadas a salvaguardar un fin que las trasciende: en general, el orden público y el debido proceso garantizados en la Constitución. Cuando la exigencia de una formalidad en un caso concreto se ve divorciada de ese fin, pierde su razón de ser, convirtiéndose en una *mera formalidad* que no puede ser capaz de frenar por completo y por sí sola una acción o recurso si este cumple con los demás requisitos de admisibilidad. Esto se basa en una concepción teleológica del derecho procesal que lo pone al servicio de causas más altas, expresadas en los derechos y principios constitucionales.

El concepto de mera formalidad sirve como *test* de admisibilidad que podemos aplicar al caso de la causal que un recurrente ha invocado en casación. Para hacerlo, pasamos a analizarlo bajo cada uno de los tres elementos de esta noción que hemos resumido *supra*. Podemos considerar que la tercera característica de la mera formalidad –que sea el único fundamento para rechazar la acción o recurso– se cumple, pues ella es la premisa fáctica de nuestro análisis. Veamos a continuación las dos primeras características: si se trata de un aspecto puramente formal y si su exigencia en el caso concreto la desvincula de la finalidad a la que sirve.

Primero, la invocación o no de la causal que la sala de casación considera adecuada en cada caso es un aspecto formal, no sustantivo, del recurso. Como hemos explicado al criticar la tesis esencialista, las cinco causales de casación contienen sendas estructuras dialécticas propuestas por el legislador como vías para que el recurrente plantee los vicios objeto de impugnación en el recurso. La exigencia argumentativa de que se debe invocar satisfactoriamente una causal se ve o no cumplida en la validez, eficacia y persuasividad del razonamiento del recurrente, y no tiene relación intrínseca alguna

50. Ver Serrano Hoyos, “Formalismo y tutela judicial efectiva”.

con el número de la causal que se ha invocado. Dicho de otro modo, fijarse en cuál de las causales se ha usado no toca la valía de los argumentos que se han usado para sustentarla, por lo que su sola consideración a la hora de determinar la admisibilidad de un recurso equivale a centrar el análisis en un aspecto extraño al fondo del asunto y, por tanto, formal.

Segundo, la decisión denegatoria de un recurso de casación basada únicamente en que no se ha invocado la causal adecuada desvincula las exigencias argumentativas del recurso de la finalidad a la que sirven. En páginas anteriores hemos considerado la razón de ser de las causales de casación como requisitos de carácter dialéctico, encaminados a orientar al recurrente dentro de unos cauces determinados que debe recorrer para poder proponer exitosamente su impugnación. No se trata de esencias jurídicas, sino de diversas perspectivas o planteamientos argumentales dentro de los cuales se debe estructurar el recurso. Por lo tanto, si el recurrente ha presentado un razonamiento válido, eficaz y persuasivo para impugnar la sentencia inferior y lo ha encuadrado dentro de la vía de tal o cual causal, la consideración acerca del número de la causal resulta superflua. Es más, resulta difícil en este contexto descifrar siquiera qué significaría que la elección sea “correcta” si nos desentendemos de los argumentos sobre el fondo que la fundamentan. Es decir, si se ha cumplido la finalidad argumentativa a cuyo servicio están las causales, invocarlas para rechazar un recurso ya no sirve ni se relaciona razonablemente con esta finalidad, y resulta excesivo.

Ahora bien, es necesario proceder con precisión en este punto, para evitar una aparente contradicción. Por un lado, hemos caracterizado la consideración del número de la causal como algo formal, esto es, algo ajeno al fondo del asunto. Por el otro, hemos dicho que para saber si se ha cumplido o no con la finalidad argumentativa de las causales, es preciso constatar si el recurrente ha argumentado correctamente la que ha elegido, esto es, hay que analizar los argumentos sobre el fondo en relación con dicha causal. Podría parecer que el análisis de la casación *de minimis* desde el estándar de la “mera formalidad” implica decir que las causales de alguna manera son simultáneamente realidades de forma y de fondo. La contradicción, sin embargo, es solo aparente. Recuérdese que el objeto de nuestra crítica es una resolución que inadmite o rechaza el recurso *únicamente* sobre la base de que la causal invocada debió ser otra, aludiendo a sus supuestas características esenciales. Por lo tanto, sigue siendo cierto que la elección de la causal es, por sí sola, una pura formalidad, y el problema consiste precisamente en que la sala omite hacer consideración alguna que justifique su decisión denegatoria, consideración que debe trascender esta formalidad para entrar a ver si se ha satisfecho la carga argumentativa que ella implica analizando los argumentos sobre el fondo. Al dejar de hacer este análisis, la sala asegura que su decisión se base en nada más que una mera formalidad. El análisis de los argumentos de fondo es, pues, un requisito indispensable para evitar que una decisión inhibitoria basada en

la deficiencia de la elección de la causal sea violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como se puede ver, el concepto de la mera formalidad ayuda a aclarar el alcance del principio *pro actione* a la hora de ayudar a los jueces a decidir sobre la capacidad de un requisito procesal para enervar la procedencia de una acción o recurso. Este requisito siempre deberá ser interpretado en cada caso en atención a los fines a los que sirve, y fuera de ellos no podrá fundar una decisión denegatoria. La casación *de minimis* parece ser un caso de aplicación excesiva de una mera formalidad como fundamento de una decisión inhibitoria, violando así el principio *pro actione*.

El camino que hemos recorrido deja abierta una última pregunta. Sabemos que hay que entrar a considerar el fondo antes de fundar una decisión que quiere denegar el recurso porque se ha alegado mal la causal. Pero es preciso determinar un nuevo estándar de análisis que aterrice esta regla, un *test* de admisibilidad de tales argumentos de fondo que permita determinar cuándo ellos han pasado el baremo mínimo del principio *pro actione* y cuándo no, para saber si es adecuado rechazar el recurso por incorrecta invocación de una causal. Este baremo es lo que llamaremos la “prueba de fuego” de este principio, que estudiamos a continuación y que distinguirá los casos protegidos por el principio de los que la corte puede legítimamente considerar patológicos y rechazar de plano.

La casación *de minimis* y la “prueba de fuego” del principio *pro actione*

En general, podemos decir que la argumentación del recurrente superará la prueba si el recurso contiene y expresa suficientemente cuál es el problema que se impugna y la pretensión del recurrente de impugnarlo. En los casos en que esto se cumple, el juzgador está obligado por el principio *pro actione* a entrar al fondo, sin que defecto alguno de tipo formal, como la identificación de la causal invocada, sea suficiente para excusarlo de este deber. La razón es que una acción o recurso en el que se identifica debida y legítimamente la problemática jurídica y la pretensión de quien lo interpone contiene ya la “materia prima jurídica” suficiente para que el juzgador pueda emitir una decisión razonada y justificada sobre el fondo, que es precisamente de lo que se trata una tutela judicial efectiva. El aspecto formal de señalar cuál es el número de la causal invocada o sus supuestas notas esenciales no añade absolutamente nada a esa “materia prima” para hacerla susceptible de un análisis sustantivo, de modo que, al existir esta, la divergencia con la sala en la determinación de la causal pertinente no justifica la negativa a cumplir con la obligación de entrar al fondo y resolver motivadamente sobre él (sea o no de modo favorable al recurrente).

El corolario de esta regla es que, por el contrario, si un defecto formal impide acceder a esa “materia prima” porque hace ininteligible la pretensión o bien implica una violación del orden público, el debido proceso o el carácter extraordinario y técnico de la casación (los fines que la formalidad busca proteger), será suficiente razón para considerar patológico el recurso y rechazarlo *in limine*. Pero si tal defecto no menoscaba la posibilidad de identificar adecuadamente los argumentos y pretensiones de quien los presenta en un contexto de respeto a los fines del proceso, el principio *pro actione* obliga al juez a interpretar flexiblemente o, mejor dicho, teleológicamente la norma procesal que regula tal formalidad para poder entrar al fondo y dar satisfacción al derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.

Para determinar si el recurrente ha satisfecho esta carga, podemos acudir a la doctrina clásica en materia de casación y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que sirven para entender su despliegue en la práctica. Por una parte, Humberto Murcia Ballén se refiere a lo que denomina la facultad inherente de la corte de casación de “interpretar la demanda [recurso] de casación, siempre que el contenido de ella le permita conocer inequívocamente el propósito y la intención del recurrente”. Continúa explicando que “la interpretación de la demanda es atribución que debe ejercer la Corte para no sacrificar su contenido, es decir, cuando la interpretación conduzca la casación a su fin, pero sin alterar palmariamente las claras expresiones que dicho libelo contiene”.⁵¹ Para Murcia, se trata de una aplicación del principio universal *iura novit curia*. Así, es evidente que la sala no puede, al interpretar el recurso, hacer pedir o argumentar al recurrente algo que no ha pedido o argumentado, pero sí puede, por decirlo coloquialmente, “usar la cabeza” al leerlo, recurriendo a la sana crítica para extraer de él su auténtico contenido e intención, en consecución de la finalidad que el recurso tiene en el ordenamiento jurídico. Al efecto, el mismo autor cita con aprobación un fallo de la Corte Suprema colombiana en el cual se aplica esta doctrina:

Pero si la acusación es completa en sus detalles, porque se señala el texto violado, se exponen las razones que demuestran su quebranto y las consecuencias del mismo en la decisión del litigio, la equivocada calificación del concepto no es óbice para el estudio de la censura en el fondo, puesto que la índole formalista del recurso no puede llegar hasta impedirle a la Corte decidir el cargo, ateniéndose más a su contenido que a las palabras en que está expresada la acusación.⁵²

Aquí se puede ver el principio *pro actione* en acción, valga la redundancia. Que la manera de recurrir esté “equivocada” según unos cánones formalistas y rigoristas es,

51. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de casación civil* (Bogotá: Librería el Foro de la Justicia, 1983), 586, 588.

52. Corte Suprema de Colombia, Sentencia de 17 de agosto de 1971; Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*, 587.

en atención a la finalidad del recurso, un asunto irrelevante, siempre que en el texto del recurso haya claridad suficiente sobre el contenido de los cargos que se formulan. Como dijimos al criticar la tesis esencialista, las causales no son más que herramientas argumentativas al servicio de la eficaz y técnica presentación del recurso, cuya importancia se relativiza cuando este cometido se cumple, incluso si la identificación de la causal no es la que la sala prefiere.

Por otra parte, Fernando de la Rúa, en su clásica exposición de la casación, explica que el recurrente tiene “la obligación [...] de invocar una de las causales previstas por la ley procesal como motivo legal para recurrir, [...], es decir, debe señalar a cuál de los motivos se refiere su agravio”, tal y como manda el artículo 267.3 del Código Orgánico General de Procesos, ya citado. Inmediatamente añade al respecto que “[e]l error en la denominación del motivo no constituye, sin embargo, causal de inadmisibilidad, siempre que el agravio se encuentre clara y suficientemente expuesto”.⁵³

De la Rúa se detiene a explicar cuáles son las exigencias para que se pueda considerar que un recurso ha cumplido con exponer clara y suficientemente el agravio, lo cual reputa como el requisito indispensable de todo recurso viable.⁵⁴ Afirma:

Para esto la primera exigencia es citar concretamente los preceptos legales que se estiman violados o erróneamente aplicados. [...] Pero es también necesario que se indique cuál es la aplicación que se pretende, con lo cual quedará señalado el error atribuido a la sentencia. La exigencia se cumple indicando cuál es la norma que debió ser aplicada, y con qué alcance y sentido, de manera de precisar la interpretación errónea que se atribuye al Tribunal de Juicio.⁵⁵

Ya entre nosotros, la Corte Constitucional, acudiendo a la teoría de las meras formalidades, amonestó a la Corte Nacional de Justicia en un caso en que esta había desechado un recurso de casación que contenía una reclamación clara y debidamente fundamentada por una supuesta errónea identificación de la causal. La Corte Constitucional dijo: “visto así el asunto, el fundamento de casación es bastante claro [...] La Corte de Casación debió subsanar el error de identificación, que era claramente comprensible, y efectuar sus reflexiones sobre el fondo, evitando obstaculizarlo por meras formalidades”. En efecto, en ese caso, la Corte Nacional de Justicia había desestimado

53. Fernando de la Rúa, *El recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino* (Buenos Aires: Zavalía, 1968), 220. Más adelante dirá, en la misma línea: debe señalarse cuál es el motivo a que se refiere el recurso indicando el inciso correspondiente [...]. El error en la cita no debe impedir a la Corte, si el agravio fue expuesto con eficacia, conocer del recurso aunque haya error en su denominación.

54. *Ibíd.* “Este es el requisito fundamental: individualizar el agravio, de modo que a través de los motivos se pueda individualizar también la violación de ley que lo constituye”.

55. *Ibíd.*

el recurso de casación porque “la norma constitucional se refiere a la motivación, vicio previsto en la causal quinta y no en la primera del artículo 3 de la Ley de Casación”, que era la que había alegado el recurrente (un caso similar al que propusimos como ejemplo al criticar la tesis esencialista). La Corte Constitucional consideró que esta manera de proceder constituía una violación de derechos constitucionales, determinando que la corte de casación, ante tales casos, tiene la obligación de entrar al fondo en lugar de dejar al recurrente “en indefensión”.⁵⁶

De estas opiniones doctrinales y jurisprudenciales es posible destilar cuáles son los requisitos que una acción o recurso deben satisfacer para ser susceptible de resolución sobre el fondo. Estos requisitos pueden resumirse en cuatro: (i) que el recurrente identifique claramente el yerro cometido en la sentencia que impugna; (ii) que identifique claramente la manera en que tal yerro incidió en la resolución del caso; (iii) que explique cómo debió aplicarse correctamente la norma vulnerada; y (iv) todo ello dentro de la estructura dialéctica propia de la causal que haya elegido.

Los cuatro requisitos tienen sentido si los miramos a la luz de la interpretación teleológica que venimos explicando. En efecto, la finalidad de que se exija argumentar el recurso de casación al amparo de una de las cinco causales del artículo 268 es asegurar el carácter técnico y extraordinario de esta institución procesal, pero si el recurrente ha cumplido con las exigencias argumentativas, aunque identificando un número de causal con el que la sala no está de acuerdo, rechazar su pretensión por esta sola razón equivaldría a dar prevalencia a una mera formalidad, en merma del derecho a la tutela judicial efectiva.

Estos tres requisitos se erigen, pues, en la auténtica prueba de fuego que impone el principio *pro actione* para determinar si un recurso de casación ha satisfecho la carga argumentativa exigida en la normativa de casación. Si un recurso pasa esta prueba y el juzgador se niega a entrar al fondo, habrá violado el principio *pro actione* y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva.

CONCLUSIONES

En este trabajo hemos propuesto una crítica de la casación *de minimis*, entendida como la práctica de algunas salas de admisión o sustanciación de la Corte Nacional de Justicia de inadmitir o desestimar recursos de casación sobre la única base de un desacuerdo inmotivado con el número de la causal de casación elegida por el recu-

56. Corte Constitucional, Sentencia No. 045-10-SEP-CC de 21 de octubre de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 331 de 30 de noviembre de 2010.

rente. Nuestra crítica se ha dado desde dos grandes líneas: la Filosofía del Derecho y la doctrina constitucionalista. A continuación, resumimos nuestras conclusiones en cada una de estas líneas de crítica.

Primero, desde el punto de vista iusfilosófico, hemos hecho una crítica de la “tesis esencialista”, a la que consideramos como la teoría jurídica que subyace a la casación *de minimis*, llegando a las siguientes conclusiones:

1. La tesis esencialista consiste en tratar los vicios descritos en las causales de casación como sustancias jurídicas, poseedoras de una esencia de modo análogo a como lo tienen los seres naturales o los entes jurídicos como los tipos contractuales.
2. La tesis esencialista debe ser rechazada, primero, porque no da debida cuenta de la técnica propia del recurso de casación tal y como está configurado en nuestro derecho. En efecto, las exigencias argumentativas del recurso imponen considerar las causales como cauces dialécticos, dirigidos a orientar y conducir al recurrente, lo cual permite que un mismo problema jurídico sea planteado desde varias causales, según sea el caso. La exigencia de argumentar satisfactoriamente el recurso por la vía de una causal no puede equivaler a decir que cada problema jurídico solamente puede plantearse por una sola de las causales, con exclusión de las demás.
3. La tesis esencialista debe ser rechazada, segundo, porque es falsa su suposición de que los vicios descritos en las causales pueden considerarse como sustancias jurídicas. En realidad, se trata de herramientas dialécticas proveídas por el legislador para asegurar el carácter técnico del recurso.

Segundo, desde el punto de vista del derecho constitucional, hemos propuesto que las decisiones que podrían estar sustentadas en la tesis esencialista violan el derecho a la tutela judicial efectiva, llegando a las siguientes conclusiones:

4. La casación, al ser el recurso que corona el sistema de justicia ordinaria, tiene un rol preponderante que jugar en el modelo neoconstitucionalista de la Constitución de 2008, en la cual las garantías jurisdiccionales son, a través del derecho a la tutela judicial efectiva, el principal mecanismo de realización del orden constitucional.
5. La casación *de minimis* supone una violación *in abstracto* del derecho a la tutela judicial efectiva, pues de entrada implica ya poner al recurrente en indefensión, en la medida en que consiste en denegar el recurso sobre la base de una motivación manifiestamente insuficiente como es la tesis esencialista.
6. En los casos en que no se dé la tesis esencialista como motivación expresa para denegar el recurso, la casación *de minimis* igualmente viola el derecho a la tu-

tela judicial efectiva porque supone el rechazo del recurso sobre la base de una mera formalidad, contraviniendo el principio *pro actione*.

7. El principio *pro actione* obliga al juez casacional a entrar al fondo del recurso, incluso si discrepa en la elección de la causal, si el recurrente ha sabido plantear la “proposición jurídica completa”, esto es, si ha identificado adecuadamente el yerro, su incidencia en la causa y el modo correcto de resolver, dentro de la estructura dialéctica de la causal que ha elegido.

El objeto de este trabajo, al criticar esta práctica de la corte de casación en el Ecuador, a la que hemos denominado una casación *de minimis*, ha sido ofrecer un esquema analítico suficientemente desarrollado que no solo permita ver los problemas que entraña este modo de proceder –y así, esperamos, estimular la conciencia jurídica de los operadores–, sino también que provea las herramientas necesarias para paliarlo con rigor y precisión, manteniendo en sano equilibrio todos los bienes y valores constitucionales en juego.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Guzmán, Vanesa. “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”. *Foro. Revista de Derecho*, No. 8 (2010): 5-43.
- . *Tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*. Quito: UASB / Ediciones Legales, 2012.
- Alexy, Robert. “La institucionalización de la razón”. *Persona y derecho*, No. 43 (2000): 217-49.
- . *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de M. Atienza e I. Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Andrade, Santiago. *La casación civil en el Ecuador*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005.
- Aristóteles. *Metafísica*. Traducción y edición de T. Calvo Martínez. Madrid: Gredos, 1994.
- . *Tratados de lógica (Órganon) I: Categorías, Tópicos, Sobre las refutaciones sofísticas*. Traducción y edición de M. Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008”. En Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato, coord., *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. México D.F.: UNAM-IIIJ, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, edit. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bobbio, Norberto. *Derecho y lógica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

- Borrajó Iniesta, Ignacio, Luis María Díez-Picazo Giménez y Germán Fernández Farreres. *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1995.
- Commanduci, Paolo. *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2010.
- Coronel Jones, César. “La Ley de Casación: estudio introductorio”. En *La casación: Estudios sobre la Ley No. 27*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994.
- Coronel Jones, César, y Óscar del Brutto Andrade. *Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en derecho privado ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- De Aquino, Tomás. *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.
- De la Rúa, Fernando. *El recurso de casación en el Derecho positivo argentino*. Buenos Aires: Zavalía, 1968.
- Feser, Edward. *Scholastic Metaphysics: A Contemporary Introduction*. Heusenstamm: Editiones Scholasticae, 2014.
- Gilson, Etienne. *De Aristóteles a Darwin (y vuelta)*. Pamplona: EUNSA, 1980.
- Grossi, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- Justiniano. “Digesto, 9, 2, 51, 2”. En *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas, 1889.
- Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de casación civil*. Bogotá: Librería el Foro de la Justicia, 1983.
- Oderberg, David S. *Real Essentialism*. Nueva York: Routledge, 2007.
- Ospina F., Guillermo, y Eduardo Ospina A. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2000.
- Picó I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.
- Platón. *Diálogos III: Fedón, Banquete, Fedro*. Traducción y edición de C. García Gual, M. Martínez Hernández y E. Lledó Iñigo. Madrid: Gredos, 1986.
- . *Diálogos IV: República*. Traducción y edición de C. Eggers Lan. Madrid: Gredos, 1988.
- Politis, Vasilis. *Routledge Philosophy Guidebook to Aristotle and the Metaphysics*. Londres: Routledge, 2004.
- Ratti, Giovanni Battista. “Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo”. *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 4 (2014-2015): 227-61.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno: teoría bimembre de la nulidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Rubio Llorente, Francisco. *Derechos fundamentales y libertades constitucionales*. Madrid: Ariel, 1995.
- Sarango Erique, María Verónica. “El Estado neoconstitucional como fórmula de organización estatal en el Ecuador”. Tesis de diplomatura, Universidad del Azuay, Cuenca, 2009.
- Serrano Hoyos, Gregorio. “Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 10 (1992): 119-68.

Spaemann, Robert. *Crítica de las utopías políticas*. Pamplona: EUNSA, 1981.

Storini, Claudia, y José Francisco Alenza García. *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2012.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia No. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 97 de 29 de diciembre de 2009.

---. Sentencia No. 045-10-SEP-CC de 21 de octubre de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 331 de 30 de noviembre de 2010.

---. Sentencia No. 244-12-SEP-CC de 24 de julio de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 877 de 23 de enero de 2013.

Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 542-2006 de 27 de julio de 2009, publicada en Gaceta Judicial, año CX, serie XVIII, No. 8, p. 2004.

---. Sentencia No. 132-2008 de 1 de junio de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 215 de 29 de noviembre de 2011.

---. Sentencia No. 466-2009 de 22 de septiembre de 2009, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 170 de 19 de julio de 2011.

---. Sentencia No. 417-2010 de 21 de julio de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 8 de 14 de junio de 2013.

---. Sentencia No. 436-2010 de 26 de julio de 2010, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 19 de 9 de julio de 2013.

---. Sentencia No. 08-2012 de 19 de marzo de 2012, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 271 de 13 de febrero de 2015.

---. Sentencia de 26 de marzo de 2013, publicada en Gaceta Judicial, año CXIII, serie XVIII, No. 12, p. 4852.

---. Sentencia No. 64-2014 de 24 de julio de 2014.

Corte Suprema de Justicia (extinta), Sentencia No. 210-98 de 17 de mayo de 2000, publicada en Registro Oficial No. 109 de 29 de junio de 2000.

---. Sentencia de 29 de noviembre de 1999, publicada en Gaceta Judicial, año C, serie XVII, No. 2, p. 374.

---. Sentencia de 3 de abril de 2001, publicada en Gaceta Judicial, año CII, serie XVII, No. 5, p. 1277.

---. Sentencia No. 28-2001 de 12 de febrero de 2003, publicada en Gaceta Judicial, año CIV, serie XVII, No. 11, p. 3486.

---. Sentencia No. 266-2002 de 27 de mayo de 2003, publicada en Registro Oficial No. 154 de 25 de agosto de 2003.

---. Sentencia No. 147 de 11 de julio de 2003, publicada en Registro Oficial No. 663 de 16 de septiembre de 2003.

- . Sentencia No. 273-2002 de 4 de diciembre de 2003, publicada en Gaceta Judicial, año CIV, serie XVII, No. 13, p. 4210.
 - . Sentencia No. 202-2004, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 532 de 25 de febrero de 2005.
 - . Sentencia de 8 de febrero de 2006, publicada en Gaceta Judicial, año CVII, serie XVIII, No. 2, p. 426.
 - . Sentencia de 20 de marzo de 2007, publicada en Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, No. 3, p. 852.
 - . Sentencia No. 242-2007 de 11 de julio de 2007, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 542 de 6 de marzo de 2009.
- Tribunal Constitucional (extinto), Resolución No. 002-2004-DI de 19 de octubre de 2004.

Fecha de recepción: 20 de enero de 2015
Fecha de aprobación: 22 de marzo de 2016

Jay D. White, *Tomar en serio el lenguaje, los fundamentos narrativos de la investigación en administración pública* (México: Fondo de Cultura Económica, 2013).

David Augusto García
García*

En la actualidad frecuentemente se llevan a cabo discusiones sobre la transición a nuevos paradigmas en diversas esferas del conocimiento, cuya mayor implicación supone la modificación de las perspectivas epistemológicas tradicionales y dominantes en disciplinas como el derecho, el arte, la sociología, la economía, la psicología, etc. Habría que mencionar entonces, que existen movimientos de investigadores que propugnan tales giros, puesto que desde su punto de vista es necesaria la vigencia de modelos que den cuenta y que viabilicen la superación de los desafíos inherentes a las complejas sociedades modernas.

Cabe señalar que la investigación referente a la administración pública no se encuentra apartada de tales discusiones, puesto que los resultados expuestos por distintos estudiosos de la materia indican que existen graves defectos en el plano metodológico y teórico actual que dificultan la comprensión apropiada de los problemas y, con ello, la consecución de sus soluciones.¹ Lo mencionado ha obligado a los investigadores a desarrollar nuevas y más amplias construcciones teóricas relativas a la investigación de la administración pública, con el objeto de obtener, mediante un apropiado análisis, las respuestas correctas que exigen las actividades y prácticas de la administración pública actual, al igual que las relativas a su sustento epistémico.

En este contexto, el profesor Jay D. White diseña una propuesta teórica cuya mayor virtud radica en la base filosófica y humanística que sustenta su articulación, cualidad que la distingue de otros estudios en administración pública que, por lo general, carecen de enfoques de esta naturaleza. La solidez teórica mencionada deriva de sus amplios conocimientos de filosofía y de su capacidad para trasladar dichos conocimientos a una materia como la administración pública de forma inteligible, dinámica y conveniente.

Por otra parte, se debe mencionar que la propuesta teórica contenida en el libro del profesor White posee una impronta ampliamente crítica, correspondiente a la adopción de los modelos que han servido de base para la investigación relacionada

* Estudiante de la Maestría de Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Jay D. White, *Tomar en serio el lenguaje, los fundamentos narrativos de la investigación en administración pública* (México: Fondo de Cultura Económica, 2013), 38.

a la administración pública. Debido a lo anterior, el autor plantea fuertes críticas a los investigadores que han reconocido al modelo de investigación explicativa como único para conseguir los objetivos de la misma en la materia mencionada. Ello visibiliza la identidad pospositivista de su perspectiva, en cuya línea considera que tal modelo no puede excluir la investigación interpretativa y crítica de la investigación en administración pública.

Paralelamente, sostiene la notoria relevancia que tiene el lenguaje, el discurso, la razón práctica y el relato; lo que indica su posición ecléctica desde el punto de vista filosófico, con la que busca conciliar las posiciones modernas y posmodernas, estructuralistas y posestructuralistas; conciliación, a partir de la que delinea una teoría narrativa del conocimiento.

La estructura del libro está compuesta por nueve capítulos, cuyos contenidos se encuentran adecuadamente interconectados a través de una tópica dinámica y recurrente. El primer capítulo plantea la identificación de los problemas que existen dentro la investigación en administración pública. En este sentido, menciona, entre otros aspectos, la influencia del positivismo en la filosofía de la ciencia, la carencia de articulación teórica y sustento filosófico de los métodos de investigación cualitativa, y la ausencia de una lógica de la narración en la investigación en administración pública.²

Posteriormente, el autor desarrolla seis argumentos para superar los problemas identificados, con lo que pretende conseguir una visión integral de investigación en materia de administración pública. El eje de su planteamiento está basado en la idea de que toda investigación debe ser entendida como una cuestión de narración, afirmación que incluye también a la investigación científica, puesto que, al igual que en otras áreas de investigación, los resultados se alcanzan a través del discurso práctico. De igual manera, el autor expone de forma clara y consistente los presupuestos que dan sustento a su propuesta teórica.³ Culmina el capítulo con una breve aproximación al positivismo y su notoria influencia en la filosofía de la ciencia, así como de las ciencias culturales, cuya objeción no desconoce su valor, sino procura conseguir la corrección de los propósitos de la lógica de la indagación en administración pública, basado en una proyección teórica pospositivista, con la que pretende obtener como resultado una metodología y teoría apropiada aplicable a cuestiones de investigación en la materia aludida.

2. *Ibíd.*, 39-42.

3. Indica el autor que las fuentes que dan origen a su teoría narrativa del conocimiento son: las ciencias sociales básicas y aplicadas, la filosofía de la ciencia, la teoría de la crítica literaria, la teoría del razonamiento legal, y la filosofía y teoría social posmoderna. *Ibíd.*, 48.

El segundo capítulo diseña de forma introductoria la idea de considerar a la teoría de la investigación como una modalidad de narración. Lo mencionado implica, que el análisis relativo a tal materia debe desarrollarse desde un enfoque explicativo, interpretativo y crítico, que, entre otras bases, tiene origen en el análisis de políticas de Martin Rein, quien las considera como un relato que vincula enunciados presentes con proyecciones futuras y que, a su vez, viabiliza la evaluación de las posibilidades y la delimitación de las acciones para obtener soluciones a las problemas de ciertas políticas vigentes. Además insiste en la necesidad de privilegiar la interpretación sobre la explicación, en disciplinas como sociología o antropología o economía.

En el tercer capítulo el autor desarrolla el estudio relativo a la lógica de cada forma de investigación en relación con su propósito, estructura lógica y forma de validación. En este contexto aclara la lógica de la investigación explicativa,⁴ sus alcances y límites. En la misma forma, analiza la investigación interpretativa y precisa que su fin consiste en entender la acción y no en explicar la conducta, ello manifiesta una identidad relacionada con la filosofía analítica del lenguaje, la hermenéutica y la fenomenología. Posteriormente, se refiere a la investigación crítica, cuyo objetivo es la superación de las limitaciones de la libertad y desarrollo, causadas como efecto de la comunicación distorsionada y los conflictos estructurales del orden social. En este capítulo se analiza, además, la lógica de cada modo de investigación, a partir de la experiencia en el plano práctico compartida por el autor.

En el cuarto capítulo el profesor White establece que los modos de razonamiento inherentes a los modos de investigación son comunes en la práctica e investigación jurídica, administrativa y en la investigación en general. La diferencia, explica el autor, radica en los contextos en los que se aplican tales razonamientos; por ello, a partir de los cánones cada modo de razonamiento, se configura un modelo de racionalidad, basado en un sustento dialógico, propio del discurso práctico, en el que convergen la razón instrumental, la interpretativa y la crítica. Frente a lo precisado, es notoria la influencia de Habermas en la obra examinada, en tanto que el lenguaje se concibe por White como el núcleo de los procesos de toda investigación, validación de la verdad y validez teórica y normativa, al igual que lo planteado por el citado filósofo, en su teoría de la acción comunicativa.

En el quinto capítulo el autor toma dirección hacia el pospositivismo con relación a la adopción de un paradigma de la filosofía de la ciencia, que actualmente se encuentra atravesando una modificación en materia de investigación científica. Dicho modelo comúnmente se encuentra asociado con sistemas constructivistas, estructu-

4. Indica el autor que está basada en el modelo explicación/predicción, de tipo deductivo-nomológico e inductivo probabilístico, que sirve de base para obtener las respuestas de la investigación desde este enfoque. *Ibid.*, 84-7.

rados bajo fundamentos discursivos, a partir de los que se pretende obtener mayor solidez, en la lógica de la explicación y validez de las pretensiones de conocimiento. En este escenario, luego de hacer referencia a las limitaciones del razonamiento de cuño positivista, el autor se decanta por la necesidad de recurrir al discurso práctico racional que deben sostener las comunidades de científicos e investigadores, a partir del que se forja mediante consenso, las condiciones para conseguir la validación de las teorías.

El capítulo sexto enfatiza su análisis en la acción, aportándose así de un enfoque de corte conductista explicativo, característico del positivismo. En este sentido, el análisis considera la teoría de la acción, la investigación de la acción y la ciencia de la acción, vinculadas a la teoría del conocimiento como una narración, lo que conlleva a la aplicación de la lógica interpretativa y crítica, en casos en los que la meta de la investigación consiste, en optimizar la situación de las personas que relatan su situación, pero, además, pretende proveer herramientas para que de forma independiente cambien su situación, una vez que han considerado que sus circunstancias resultan inaceptables. La aplicación de este enfoque está relacionado, entre otros aspectos, con el desarrollo organizacional, cuyo núcleo de estudio toma como punto de partida a la acción.

En el séptimo capítulo el profesor White examina la relación de la crítica literaria moderna, su lógica e interpretación, con las de la filosofía de la ciencia, puesto que existe un considerable paralelismo debido a la aplicación de la teoría general de la interpretación en ambas disciplinas. Con el mismo rigor exhibe un análisis sobre el desarrollo histórico de la teoría de la interpretación y luego traslada el análisis al contexto de la interpretación literaria; aclara la aplicación de los criterios de validación desarrollados por K. Popper y trasladados por Hirsch a la interpretación literaria de forma completa y exhaustiva.⁵ Finalmente, sostiene en este capítulo, la viabilidad de la aplicación de los criterios de interpretación literaria en investigaciones de administración pública, en tanto que son compatibles con la investigación cualitativa,⁶ debido a que en ambos casos, se recurre al discurso práctico en su modalidad dialógica.

En el octavo capítulo el profesor White elabora un análisis minucioso sobre el movimiento posmoderno, en el que examina su origen, desarrollo y magnitud de influencia en distintas disciplinas de las ciencias culturales y sociales, con las que se ha conseguido modificar las perspectivas de investigación y la cosmovisión general actual. Indica, a su vez, que entre sus ideas principales se distingue la inestabilidad del conocimiento, la complejidad del lenguaje y la imposibilidad de la verdad, a

5. *Ibid.*, 195-8.

6. *Ibid.*, 199.

partir de la referencia a autores como Derrida, Lyotard, Jameson, Lacan y Rorty, y específicamente con relación a la teoría del lenguaje.⁷ Dichas referencias sirven para perfilar su propuesta teórica –con las aproximaciones y distanciamientos del caso– basada en la comprensión del conocimiento como una narrativa. Finalmente, sostiene en este capítulo, ciertos rasgos posmodernos presentes en la administración pública, cuyo sustento se manifiesta en las narrativas locales, que han configurado el espectro de comprensión de los estudiosos y de la sociedad en general con respecto a esta materia.

En el noveno capítulo el profesor White propone la teoría narrativa del conocimiento para la investigación de administración pública, con la que pretende evitar el relativismo propuesto por el movimiento posmoderno en este campo específico de investigación. En este contexto, nuestro autor recurre a Rorty, quien, pese a considerarse un posmoderno, sostiene que la verdad, la justicia o la belleza no surgen de una verdad objetiva o criterio lógico universal, sino como resultado de una conversación de una comunidad, con la misma identidad lingüística. La adopción de la perspectiva de Rorty manifiesta la necesidad de tomar en serio al lenguaje que, finalmente, se configura como el medio para la construcción de conocimiento a partir del desarrollo de una conversación, que, en el caso de la obra del profesor White, se circunscribe dentro de los relatos que tienen por finalidad el desarrollo íntegro y correcto de la investigación en administración pública.

Es necesario destacar el sustancial aporte que se plasma en la obra reseñada, ello se manifiesta en la rigurosidad y calidad teórica que la caracteriza, situación que induce al lector a la investigación y profundización de la temática expuesta. Por otra parte, es destacable una perspectiva integral de análisis que posibilita el acceso a las fuentes filosóficas que sustentan la obra, particularidad poco común en investigaciones sobre administración pública, que, por lo general, se desarrollan en un contexto descriptivo y mecánico en cuanto a los temas que se analizan. Además de lo señalado, cabe mencionar la inteligibilidad de la obra en su totalidad, que se traduce en la utilización de un lenguaje claro y apropiado con el que se transmiten las ideas de forma precisa, pese a que se abordan temas de profunda complejidad, lo que manifiesta la capacidad didáctica y el nivel de conocimientos del autor, tanto en filosofía en general como en investigación de administración pública. Estas virtudes, además de la experiencia práctica, que se hace notoria a lo largo de la obra, ponen al autor y al libro como un referente para el entendimiento integral de asuntos relativos a la administración pública, que por su configuración es accesible a todo aquel que esté interesado en la materia.

7. Ibid., 201-18.

Podría, sin duda, afirmarse que el mayor valor de esta obra reside en su alcance epistemológico que, aun partiendo del análisis de un ámbito específico como la administración pública, se irradia a diferentes esferas del conocimiento y, por supuesto, a la del derecho.

Roberto Viciano Pastor,
Claudia Storini, edit., *In-
novación y continuismo
en el modelo constitucio-
nal boliviano de 2009* (Va-
lencia: Tirant lo Blanch,
2016).

*Juan Carlos A. Estivariz
Loayza**

El texto contiene un interesante y pormenori-
zado análisis de la Constitución Política del
Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante la
“Constitución”) realizado por diecisiete autores,¹
conocedores no solo de los contenidos formales del
texto fundamental, sino también de las circunstan-
cia sociopolíticas en las que se forjó, ya que en su
mayoría participaron directa o indirectamente del
proceso constituyente. Así, a partir de las “inno-
vaciones” de la Constitución, se resaltan algunos
problemas que encarna su contenido, planteándose
proyecciones de cómo funcionarán algunos de esos

contenidos. De ahí que el texto invita a los estudiosos del derecho a reflexionar acerca de las cuestiones que a continuación serán puntualizadas.

Se inicia con el contexto en el cual se desarrolló el proceso constituyente en Bolivia, advirtiéndose tres hechos relevantes que finalmente decantaron en la convocatoria a la Asamblea Constituyente: a) entreguismo de recursos naturales y empresas a la “voracidad” extranjera; b) crisis del sistema democrático representativo; y c) exclusión y marginalidad de las naciones originarias.

Se hace también referencia a que el texto definitivo de la Constitución, que se aprobó en referéndum el 25 de enero de 2009, se fijó fuera de la sede constituyente. Este hecho presenta problemas, pues, a la hora de interpretar oscuridades, lagunas, contradicciones y/o vaguedades del texto constitucional, no habría más voluntad constituyente originaria que la expresada en el texto “original” de diciembre de 2007.

Seguidamente se ingresa a analizar el art. 1 que, a consideración del texto, podría resumir todas las innovaciones y características de la Constitución: definición del Estado boliviano y su legitimación en la pluralidad y democracia. Aquí es importante resaltar cómo la lucha del pueblo (marginalidad de las naciones originarias) influyó de gran manera en el texto constitucional y en la propia definición del Estado.

* Estudiante de la Maestría de Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Héctor E. Arce Zaconeta, Rubén Martínez Dalmau, José Ángel Camisón Yagüe, Fernando Garcés V., Albert Noguera, Claudia Storini, Enrique Soriano Hernández, Silvio Gambino, Boris Wilson Arias López, Antonio de Cabo de la Vega, Juan Pablo Aguilar Andrade, Marcos Criado de Diego, Roberto Viciano Pastor, Ignacio Durbán Martín, César Montaña Galarza, Alfredo Serrano Mancilla, Alberto Montero Soler.

Se delinearán algunos matices acerca de la definición de “Estado Plurinacional”; uno de ellos se refiere al apartamiento del Estado de la religión. Otro se refleja en el art. 8 de la Constitución que por una parte contiene “valores” de los pueblos indígenas y, por otra, plantea principios puramente republicanos. En ese sentido se concluye que esa simbiosis (que se encuentra presente en gran parte del texto constitucional. V. gr. la incorporación de la “whipala” como símbolo patrio) es una de las novedades más originales de la Constitución.

Posteriormente, el texto se sumerge en el análisis de la multiplicidad de derechos que se tienen reconocidos en la Constitución; así, por un lado, se estudian los derechos civiles y políticos. Y, por otro, en el que hay mayores innovaciones, se analizan los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos. Entre los últimos se destaca el derecho a la autodeterminación del cual, según del texto, emergen los demás derechos colectivos; dicho derecho es coherente con la denominación del Estado Plurinacional y las luchas de los pueblos de las que derivó el proceso constituyente.

Conviene también resaltar que la larga lista de derechos contenida en la Constitución no solo se avoca a citarlos, sino también establece mecanismos de garantía, justiciabilidad y criterios de aplicación e interpretación de estos, lo que hace que los mismos sean plenamente exigibles y justiciables.

Analizados los derechos, se procede al estudio de las garantías de los mismos; así, se van estableciendo algunos problemas, por ejemplo, si es que existe una aplicación directa de la Constitución, es decir, si es que debe ser aplicada por todos los órganos, principalmente los jueces, o no. Un problema importantísimo que se plantea en el presente análisis se refiere a la procedencia de la acción de amparo, pues se tiene que esta no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados; así establecer cuándo el recurso ordinario garantice o no la protección inmediata no será tarea fácil y deberá esperarse a que sea el Tribunal Constitucional Plurinacional quien defina esos requisitos. No obstante este es un punto relevante respecto al cual, a partir del texto, pueden generarse nuevos análisis.

Concluido lo anterior se ingresa al análisis del Órgano Legislativo, aquí se resalta que, junto a las circunscripciones uninominales y plurinominales, el texto constitucional incorpora las circunscripciones especiales de los pueblos originarios.

Un aspecto innovador se presenta en el art. 152 que establece rotundamente que “los asambleístas y las asambleístas no gozarán de inmunidad”; en la anterior Constitución la inmunidad alcanzaba además del ámbito penal a civil, familiar, por lo que era fácil incurrir en excesos.

En contrapartida, en la Constitución vigente no se tiene previsto la publicidad de las deliberaciones de cámara, principio que es fundamental en todo sistema democrático y que además sí se encontraba presente en la anterior Constitución.

A continuación se analiza la forma de gobierno, buscando identificar si es que esta corresponde a un presidencialismo parlamentario y si es que en realidad existe un reforzamiento de la figura presidencial. Además se recogen algunas disposiciones innovadoras, como que dentro de las formas de ejercicio de la democracia, aparte de la clásica forma (representativa), se prevén otras dos formas, una de tipo directo y participativo y, la otra, comunitaria.

Hecho lo anterior, se analiza el Órgano Judicial acentuándose en que, al reconocerse el pluralismo jurídico, el Estado ya no es el único productor de normas jurídicas; de otro lado, se plantea una crítica en el sentido de que la Ley del Órgano Judicial no ha desarrollado algunos elementos contenidos en la Constitución, como mecanismos que permitan desarrollar el principio de cultura de paz.

Seguidamente se pasa a realizar un análisis del Órgano Electoral; al respecto la principal crítica se refiere a que el texto constitucional promulgado es menos original que el que redactaron los constituyentes, pues deja parcialmente de lado la cuestión indígena apostando, más bien, por un modelo representativo tradicional.

En cuanto al control social, se hace una reflexión sobre quién debe ser el último contralor, llegando a la conclusión que este debe ser el pueblo; además se establece que este control social no debe ser institucionalizado, como ocurrió en Ecuador, toda vez que perdería su esencia convirtiéndola en una instancia representativa más.

En la misma línea se resaltan algunas inconsistencias, por ejemplo, la que se da entre el art. 241.I y II, y el art. 11.II.1 que al enumerar los medios de ejercicio de la democracia directa y participativa, “olvida” hacer referencia a la participación ciudadana y al control social. Al respecto, se llega a la conclusión de que la enumeración de los medios de ejercicio de la soberanía contenidos en el artículo 11 no es exhaustiva, comprendiéndose otros medios de igual carácter que están regulados en, particularmente, los art. 241 y 242, lo que resulta, a consideración del texto, congruente con la redacción original del referido art. 11. Nótese que para realizar tal interpretación, en el libro, se recurre al texto constitucional “original” de 2007.

Luego se estudia el modelo de organización territorial, desde sus inicios, resaltándose cómo es que la iniciativa popular de febrero de 2005 que promovió el referéndum sobre autonomías departamentales influye en el texto constitucional vigente. De otro lado, se muestran algunas inconsistencias pues, por ejemplo la Constitución reconoce una igual jerarquía entre los cuatro niveles subnacionales de gobiernos autónomos; sin embargo, a la autonomía regional no se le dota de facultades legislativas ni se le da un catálogo competencial específico.

En lo que respecta a las relaciones internacionales y los tratados se apuntan algunos problemas, por ejemplo, se sitúa a la Constitución en igual rango que el Derecho comunitario, pero solo respecto de aquellas normas “ratificadas” por el país; así, parecería que tal reconocimiento solo alcanza a los tratados fundacionales de la Comunidad Andina o a sus protocolos.

Otro punto problemático es que al reconocerse rango de ley a los tratados internacionales, se abre la posibilidad de que una ley atente contra la integridad de diversos instrumentos internacionales, poniéndose en peligro no solo los intereses del país sino el cumplimiento de sus responsabilidades externas.

En cuanto a la política fiscal, no se detectan muchas modificaciones con respecto a la anterior Constitución. Y, en cuanto al modelo económico, se resalta que el art. 306.I constituye una ruptura completa con la anterior Constitución, pues hace referencia a la pluralidad de formas económicas y a los objetivos a los que el modelo económico debía servir. Asimismo, la Constitución abandona categorías económicas convencionales, como crecimiento o desarrollo económicos, apuntando hacia una visión más integral y holística del bienestar: el “suma qamaña”.

Finalmente, se realizan algunas consideraciones respecto al Tribunal Constitucional Plurinacional, así se resalta la manera en que la plurinacionalidad se ve reflejada en la integración del Tribunal; igualmente se rescata que la jurisprudencia que vaya construyéndose debe apuntar hacia la consolidación de la plurinacionalidad. Y, la elección directa de los magistrados que componen el Tribunal.

Puede sin duda afirmarse que el texto objeto de estos breves párrafos, además de representar el único ejemplo de reflexión sistemática y crítica sobre la vigente Constitución Política de Bolivia, es sumamente enriquecedor en tanto que invita al debate acerca de una multiplicidad de cuestiones constitucionales que representan verdaderas innovaciones no solo en relación con la historia constitucional boliviana sino, en el contexto regional y mundial, proponiendo interesantes proyecciones respecto a las mismas y abriendo nuevos espacios de discusión sobre estas.

Derecho a la vida, derecho a la salud y mala práctica médica: análisis desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana y los compromisos derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos

*Daniel Felipe Dorado Torres**

RESUMEN

Recordando las obligaciones y deberes internacionales/nacionales que le asisten a los Estados (fruto de haber ratificado diversos instrumentos internacionales, como de sus propias disposiciones normativas internas), entre otras, aquellas que emanan de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que en su orden se refieren a la obligación de respetar los derechos y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, resulta interesante revisar los estándares que la Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Civil, adoptó en la sentencia de agosto 8 de 2011, expediente No. 2001 00778 01, para nutrir los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los casos de mala práctica médica, con el propósito de evidenciar en las conclusiones de este análisis jurisprudencial, si los mismos contribuyen a la materialización de los compromisos del Estado colombiano (particularmente con la protección de los derechos a la vida y a la salud), como signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vida, derecho a la salud, mala práctica médica, Convención Americana sobre Derechos Humanos, responsabilidad civil.

ABSTRACT

Recalling the international and national duties that assist to the States (fruit of ratifying various international instruments and their own internal legislation), among others, those deriving from articles 1 and 2 of the "American Convention on Human Rights" referred to the "obligation to respect rights" and the "duty to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights

* Asesor de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

or freedoms”; it is interesting to review the standards that the Colombian Supreme Court of Justice, Civil Cassation Chamber, adopted in the judgment of August 8, 2011, file No. 2001 00778 01, to feed tort liability regimes in cases of medical malpractice, for the purpose of evidence in the conclusions of this jurisprudential analysis, if they contribute to the realization of the commitments of the Colombian State (particularly protection of the rights to life and health), as a Member of the “American Convention on Human Rights”.

KEYWORDS: Right to life, right to health, medical malpractice, American Convention on Human Rights, civil liability.

FORO

INTRODUCCIÓN

Derecho a la vida, derecho a la salud y mala práctica médica: tres conceptos que a simple vista están interrelacionados pero que, sin duda, han ameritado un amplio desarrollo normativo, jurisprudencial y dogmático,¹ con el propósito de lograr, por un lado, la eficacia de los derechos a la vida y a la salud, y, por el otro, la armonía entre la práctica médica y los postulados de la *lex artis o ley del arte*.²

En este orden de ideas, recordando las obligaciones y deberes internacionales/nacionales que le asisten a los Estados (fruto de haber ratificado diversos instrumentos internacionales,³ como de sus propias disposiciones normativas internas⁴), entre otras, aquellas que emanan de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁵ y que en su orden se refieren a la “obligación de respetar los derechos” y al “deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, resulta interesante revisar los estándares que la Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Civil, adoptó

-
1. Nohely Bastidas Matheus, “La mala práctica y los derechos humanos”, *Razón y palabra: Primera revista electrónica en América Latina especializada en comunicación*, No. 81 (noviembre 2012-enero 2013): 1-25.
 2. El término *Lex Artis* proviene del latín que significa *Ley del Arte*, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate. Ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Ver Nelson Hernández, *De la responsabilidad jurídica del médico: teoría general de la praxis médica* (Caracas: Ateproca, 1999).
 3. Miguel Carbonell Sánchez, *et al.*, comp., *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos* (México: Porrúa / Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2006).
 4. Constitución, leyes, reglamentos, etc.
 5. *Convención Americana de Derechos Humanos* (1948). Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.

en la sentencia de agosto 8 de 2011, expediente No. 2001 00778 01, para nutrir los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los casos de mala práctica médica, con el propósito de evidenciar en las conclusiones de este análisis jurisprudencial, si los mismos contribuyen a la materialización de los compromisos del Estado colombiano (particularmente con la protección de los derechos a la vida y a la salud⁶), como signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷

Con estos antecedentes, el siguiente análisis jurisprudencial se ha estructurado en dos partes: la primera, alusiva a los datos generales de la sentencia, donde nos aproximaremos a los datos generales del caso, los hechos objeto de debate, las decisiones de primera y segunda instancia, los temas fundamentales que analiza la Corte Suprema, y la decisión de esta última para el caso concreto; y, la segunda, atinente a las conclusiones, donde sentaremos nuestra posición sobre el caso de estudio y si las reflexiones a las que llega la Corte contribuyen a la materialización de los compromisos del Estado colombiano (en lo que respecta a la tutela de los derechos a la vida y a la salud), como Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

DATOS GENERALES DE LA SENTENCIA

DATOS GENERALES DEL CASO

Tipo de sentencia	Casación de proceso ordinario de responsabilidad civil.
Número de sentencia	Referencia expediente No. 2001 00778 01.
Fecha de la sentencia	08-08-2011.
Magistrado ponente	Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.
Actora	Teresita del Niño Jesús Vélez Vélez.
Demandado	Emergencia Médica Integral (E.M.I.) Antioquia S.A. (en adelante E.M.I.)

6. *Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional* (1991), art. 11, 48 y 49, en *Gaceta Constitucional*, No. 116, 20 de julio de 1991. Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>.

7. Colombia ratificó la Convención el 8 de octubre de 1990. Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>.

HECHOS OBJETO DE DEBATE

- La Corte resuelve el recurso de casación incoado por la parte actora contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2009, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario promovido por Teresita del Niño Jesús Vélez Vélez frente a E.M.I.
- La señora Teresita del Niño Jesús Vélez Vélez solicitó declarar que la sociedad demandada es *civil y contractualmente* responsable de los daños materiales y morales que sufrió a causa de la muerte de su cónyuge Hernando Mauricio Barrera Ochoa; reclamó que se condenara a la accionada a indemnizarle dichos perjuicios, en cuantía de \$ 434.000.000.00 y 1.000 gramos de oro, respectivamente.
- La situación fáctica se sintetiza así:
 - El 30 de septiembre de 2000 falleció su cónyuge como consecuencia de una enfermedad coronaria. El señor Barrera Ochoa se encontraba afiliado a la empresa E.M.I., cuyo personal lo atendió el día antes de su deceso.⁸
 - La señora Teresita del Niño Jesús Vélez Vélez refiere que la atención médica evidencia una clara negligencia, “por cuanto si en ambas visitas la diagnosis fue crisis hipertensiva arterial, sin que entre una y otra hubiese habido una evolución favorable, la conducta indicada a seguir era trasladar al paciente a un centro clínico u hospitalario, preferiblemente a uno especializado en enfermedades cardiovasculares. Esa negligencia o temeridad del personal médico vinculado a la sociedad demandada contribuyó al fallecimiento del cónyuge de la actora”.⁹
 - La muerte del señor Hernando Mauricio Barrera Ochoa le ocasionó a la señora Vélez Vélez dolor y aflicción, además dejó de recibir la ayuda económica que este le proporcionaba (\$ 3.000.000.00 mensuales, aproximadamente).
 - E.M.I. se opuso a la prosperidad de las pretensiones.¹⁰

8. “Siendo examinado inicialmente (8:20 p.m.), a quien le diagnosticaron una crisis hipertensiva (HTA) y como tratamiento le formuló suero (SSN 500 cc), captopril a 5 miligramos, sublingual”; posteriormente, fue examinado por otro médico, “que anotó allí como diagnosis: ‘crisis hipertensiva, síndrome de abstinencia, neurosis ansiedad’, prescribiéndole captopril y tavegil”. Ver Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, expediente No. 2001 00778 01, agosto 8 de 2011. Disponible en <<http://190.24.134.101/corte/index.php/jurisprudencia/>>.

9. *Ibíd.*

10. *Ibíd.* Expuso como argumentos en su defensa “la ‘inexistencia de causa jurídica’, ‘inexistencia de nexo causal’, ‘ausencia de culpa’, ‘inexistencia de la obligación’, ‘culpa exclusiva de la víctima’, ‘tasación excesiva del perjuicio’ y la excepción ‘genérica’” autorizada por el artículo 306 del C. de P. Civil”; así mismo, llamó en garantía

DECISIÓN DE PRIMERA Y DE SEGUNDA INSTANCIA

Decisión de Primera Instancia

- Mediante sentencia de 17 de diciembre de 2006, fueron negadas las pretensiones, por falta de legitimación de la actora en la causa.

Decisión de Segunda Instancia

- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la denegación de las pretensiones por las razones que pasan a exponerse y sintetizarse:
 - *Problema jurídico*: se le puede o no atribuir responsabilidad a la entidad demandada por el daño que la señora Vélez Vélez sufrió con la muerte de su esposo, en tanto medió negligencia por parte de los médicos tratantes al no remitirlo a una institución de salud para recibir una atención idónea.
 - *Puntos de análisis*:
Legitimación en la causa por activa y naturaleza extracontractual de la acción incoada:
 - i) El Tribunal encontró que no obstante la acción formulada por la accionante era de naturaleza contractual, del análisis conjunto de las pretensiones y la situación fáctica, se infería que la misma obedecía a una responsabilidad civil extracontractual, para la cual la actora sí estaba legitimada para presentarla, debido a que “los hechos no hacían referencia al incumplimiento contractual sino a la ‘negligencia o temeridad del personal’ y al ‘error de conducta del mismo’ y las pretensiones recaían sobre perjuicios materiales, propios de ambas especies de responsabilidad, como también sobre los de carácter moral propios esencialmente de la extracontractual”.¹¹
 - ii) Adicionalmente explicó que, aunque en el caso en concreto, las prestaciones a cargo de E.M.I. derivaban de la existencia de un contrato,

a la “Compañía Suramericana de Seguros S.A.”, empresa que también formuló “la inexistencia de causa válida para pedir por inexistencia de incumplimiento contractual de la demandada”.

11. *Ibíd.*

“los fundamentos, la estructura y las pretensiones propuestas”¹² aludían a la existencia de una acción de naturaleza extracontractual; así pues el análisis se enmarcaría dentro de los presupuestos del artículo 2341 del Código Civil (la culpa, el daño y el nexo de causalidad entre estos dos), prescindiendo del examen del contrato celebrado entre las partes.¹³

iii) Finalmente adujo que era deber del juez de primera instancia interpretar el escrito de la demanda, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia, sin vulnerar el debido proceso y el derecho de defensa del demandado.

– *Análisis caso en concreto:*

i) Partiendo de que el caso en estudio se circunscribe dentro de la órbita de la *responsabilidad extracontractual*, señaló que cuando la misma se desprende con ocasión del *acto médico*, está gobernada por el régimen de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación.

ii) Precisó que a la luz del artículo 13 de la Ley 23 de 1981, el médico debe utilizar los procedimientos a su disposición y alcance, por lo que se descarta que la responsabilidad médica deba analizarse bajo los presupuestos de la culpa levísima (artículo 63 Código Civil).

iii) Procedió a analizar el acervo probatorio obrante en el proceso (réplica a la demanda, documentos, testimonio de los médicos Jaime Nelson Giraldo Monsalve, Eduardo Escorcía Ramírez y Gustavo González González, peritajes), para concluir, que:

a) Si bien un paciente en las circunstancias de Barrera Ochoa debía ser hospitalizado, dicha valoración correspondía al médico tratante –de acuerdo con lo señalado por el Dr. Jaime Nelson Giraldo Monsalve–, quien en ningún momento afirmó que el tratamiento impartido por los médicos de E.M.I. no hubiese sido objetivamente idóneo (estabilizar al paciente en la casa), y por ende hubiesen obrado negligentemente; o que dicho proceder produjo o fue la circunstancia esencial en la muerte del señor Barrera. Concluyó que el objeto de la prueba es demostrar

12. *Ibíd.*

13. *Ibíd.* Este razonamiento encuentra sustento, además, en las afirmaciones que presentó E.M.I. y la Compañía Suramericana de Seguros S.A. en sus respectivos escritos de contestación: “la sociedad demandada, la que en la réplica a la demanda en modo alguno hizo referencia al cumplimiento contractual; además, con los hechos exceptivos buscó desvirtuar los elementos antes mencionados, ya que alegó la inexistencia del daño, la ausencia de culpa y nexo causal, incluso adujo la culpa exclusiva de la víctima, anotando que cualquiera que fuese la responsabilidad, la condena pedida no procedía, amén que la accionada, ni la compañía llamada en garantía invocaron la falta de legitimación, como tampoco la impropiedad de la acción”.

la culpa y no que el servicio no fue prestado en condiciones óptimas, pues tal circunstancia no conduce a la derivación de responsabilidad.

- b) Al analizar los testimonios de los doctores Escorcía Ramírez y González González, estableció frente a cada uno respectivamente que: 1. El Dr. Eduardo Escorcía en ningún momento estimó que los médicos tratantes hubiesen sido negligentes; también debía tenerse en cuenta que la remisión del paciente dependía del examen clínico practicado junto al hecho de que la “crisis hipertensiva” se agrava por el hecho del no consumo de los medicamentos; 2. Frente a lo dicho por el Dr. Gustavo González, el juzgador consideró que sus declaraciones revisten el carácter de contradictorias puesto que en un primer momento adujo que “el paciente con crisis hipertensiva debía ser remitido”, y luego arguyó que “era lo más prudente”.¹⁴ De esta manera concluyó que dichos testimonios “valorados en conjunto no ofrecían certeza sobre la responsabilidad atribuida a la sociedad accionada”,¹⁵ reiterando que de ninguno de ellos se infería que los médicos de E.M.I. hubiesen obrado negligentemente, que exista alguna responsabilidad de la entidad demandada, o que la muerte de Barrera Ochoa haya obedecido al actuar de los galenos de E.M.I.
- c) Finalmente, según las experticias rendidas en el proceso (dictamen rendido por entidad privada y cardiólogo), se estableció respectivamente que: 1. La primera experticia coincidía con los médicos declarantes en que una crisis hipertensiva puede ser tratada aún por un médico general; 2. En relación con la segunda experticia arguyó que estaba demostrado que el enfermo en mención dejó de tomar los medicamentos formulados para el control de la presión, exponiéndose imprudentemente a los posibles resultados de su omisión.

TEMAS FUNDAMENTALES QUE ANALIZA LA CORTE SUPREMA

Síntesis-Demanda de Casación

- Amparados en la causal primera de casación (ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial), la parte demandante formula dos cargos contra la

14. *Ibíd.*

15. *Ibíd.*

sentencia de segunda instancia, pero por vías distintas –directa¹⁶ e indirecta–,¹⁷ que la Sala procede a analizar y resolver de manera conjunta por la estrecha relación entre ellos.

– *Cargo primero*

Fundamento jurídico-denuncia:

- i) Violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea,¹⁸ del artículo 13 de la Ley 23 de 1981,¹⁹ como también de los precedentes contenidos en las sentencias del 1 de febrero de 1993, 30 de enero de 2001, 11 de septiembre de 2002 y 26 de septiembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia,²⁰ lo cual condujo a la inaplicación del artículo 2341 del Código Civil.²¹

Argumentos:

- i) *Falta de certeza probatoria sobre la culpa atribuida a los médicos de la accionada que atendieron a Hernando Mauricio Barrera Ochoa:* El razonamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín es constitutivo de un “*error in iudicando o error de juzgamiento*”.^{22 23}

-
16. “(...) dejar de aplicar la ley al conflicto de interés discutido en el proceso por una rebeldía del juez que pasa por alto el precepto legal. Procede también por dar aplicación a la ley no habiendo lugar a ello, de la misma manera puede haber infracción directa cuando se aplica una norma pero de forma incompleta o porque se aplica dicha disposición a un hecho inexistente no demostrado en el proceso”. Ver Sandra Bibiana Buitrago Castañeda *et al.*, *El recurso extraordinario de casación laboral* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002), 54-5.
 17. “La vía indirecta permite atacar la sentencia por posibles yerros en que haya incurrido el sentenciador al dejar sentadas las proposiciones fácticas que encontró demostradas”. Ver Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: Dr. Germán Valdés Sánchez, rad. No. 13561, mayo 11 de 2000. Disponible en <<http://190.24.134.101/corte/index.php/jurisprudencia/>>.
 18. “El juez si aplica la ley que regula el caso, pero le da una interpretación que no es la correcta”. Buitrago Castañeda *et al.*, “El Recurso Extraordinario de Casación Laboral”, 60.
 19. “El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales”.
 20. “Dan cuenta del alcance de la obligación galénica, esto es, la atinente a brindarle al paciente ‘todos’ los medios a su disposición para procurar conservarles o devolverle su salud”. Ver Corte Suprema de Justicia de Colombia, expediente No. 2001 00778 01.
 21. “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.
 22. “Se produce por la inobservancia del deber que le asiste al juez de sentenciar *secundum jus*, de ahí que se hable de error de juicio en la actividad realizada por el juez para decidir el conflicto, dicho yerro se verá reflejado en la parte resolutoria de la sentencia”. Buitrago Castañeda, *et al.*, *El recurso extraordinario de casación laboral*, 50.
 23. Se destacan los siguientes argumentos: 1. Los testimonios técnicos y los peritajes no demuestran el referido elemento de la responsabilidad reclamada, sino que, de ellas puede colegirse razonablemente que la conducta de los citados profesionales fue adecuada. 2. Dicho juzgador no examinó ni asentó consideración alguna sobre la fuente de la obligación supuestamente incumplida por los galenos, como tampoco sobre la extensión o contenido de la prestación que constituye su objeto. [...] Solo así sería posible emitir un juicio sobre la conducta concreta

– *Cargo segundo**Fundamento jurídico-denuncia:*

- i) Violación indirecta del artículo 2341 del Código Civil y de los precedentes contenidos en las sentencias del 1 de febrero de 1993, 30 de enero de 2001, 11 de septiembre de 2002 y 26 de septiembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia,²⁴ por haber incurrido en “*error de hecho*” al omitir la prueba existente sobre la causa de la muerte del señor Barrera Ochoa.

Argumentos:

- i) El Tribunal estimó que no estaba acreditado que la muerte del señor Barrera Ochoa se hubiese producido por causa de los médicos tratantes:

sin percatarse de que a la demanda fue adosado el certificado médico expedido por el Dr. César Augusto Giraldo, según el cual barrera murió como consecuencia de enfermedad coronaria; de ahí que resulte razonable aducir que la crisis

de quienes atendieron al prenombrado paciente, es decir, si la obligación fue incumplida, o fue cumplida, pero en forma tardía o defectuosa. 3. No dijo cuál era la conducta jurídicamente exigible de la atención médica que debía brindarse a un paciente con una crisis hipertensiva arterial, pues se limitó a afirmar, con sustento en la prueba antes referida, que la atención dada al señor Barrera Ochoa fue adecuada, aunque lo más recomendable era remitirlo a una institución hospitalaria. 4. Lo que el Tribunal planteó es que “no incurre en culpa el médico que deja de hacer lo que, en términos óptimos, ideales, podría haber hecho”, reflexión que releva, con claridad, el grave error sustancial en que aquel incurrió, pues las normas sustanciales indican, precisamente, todo lo contrario, esto es, que el médico solo cumple su obligación si da al paciente el mejor de todos los tratamientos posibles, atendidas, por supuesto, las circunstancias del caso en concreto. 5. La obligación de los médicos, que son profesionales, es de medios, sí, pero reforzada, en tanto y en cuanto solo cumplen brindando al paciente todos los medios (lo mejor, lo óptimo) que estén a disposición en las circunstancias del caso para preservar o devolver la salud. 6. Los médicos, salvo los que realizan cirugías estéticas, tienen con el paciente una obligación de medios, lo que significa que cumplen con su obligación, en la medida que pongan al servicio de este los medios tendientes a la obtención del resultado querido, con independencia de que el resultado deseado y buscado se produzca o no. [...] [E]l médico no se obliga propiamente a curar, sino a procurar que el paciente se recupere, poniendo al servicio de ese fin toda su pericia, prudencia y diligencia. La conducta médica indicada es un asunto en el cual las circunstancias del caso son determinantes. [...] Por tanto, si es más recomendable remitirlo a un centro hospitalario que hacerle un tratamiento domiciliario, y esa remisión es posible en las circunstancias externas del caso, no remitirlo o derivarlo constituye un error de conducta, culpa. Sin embargo, el tribunal no lo entendió de esa manera, puesto que afirmó, sin ambages, que el hecho de que no se haga lo óptimo, lo ideal, no implica la culpa del médico. 7. El planteamiento del sentenciador resulta extraño al contenido del artículo 13 de la Ley 23 de 1981, como también a los precedentes jurisprudenciales referidos a explicar el alcance de la obligación galénica (brindarle al paciente todos los medios a su disposición para procurar conservarle o devolverle la salud), porque la naturaleza misma de la relación médico paciente y los bienes comprometidos en esa labor (la propia vida) se expresan en la necesidad de exigir, no un comportamiento simplemente adecuado de todos, el óptimo, en las circunstancias, claro está, del caso en concreto. Y en la situación aquí debatida lo más adecuado, lo recomendable, era derivar al paciente hacia un centro hospitalario de alto nivel (la clínica cardiovascular, por ejemplo), que, por cierto, era una posibilidad cercana. Ver. Corte Suprema de Justicia de Colombia, expediente No. 2001 00778 01.

24. *Ibíd.* “Dan cuenta del alcance de la obligación galénica, esto es, la atinente a brindarle al paciente ‘todos’ los medios a su disposición para procurar conservarles o devolverle su salud”.

hipertensiva arterial, no atendida debidamente por los galenos de EMI, fue la que produjo el fallecimiento del paciente.²⁵

Temas fundamentales

- Señalando de entrada que la Sala de Casación Civil procede al análisis en conjunto de los cargos esgrimidos, por la estrecha relación de los temas en ellos debatidos, identificamos los siguientes contenidos:

Responsabilidad médica

- *Debate naturaleza contractual y/o extracontractual:*
 - La Corte Suprema de Justicia tiene sentado, desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, que esta especie de responsabilidad es predominantemente contractual, no obstante en algunos casos revestir el carácter extracontractual.
 - Existen algunos eventos en los que “*no hay consenso*” sobre la naturaleza de la acción: i) Atención del paciente en los casos en que este no puede prestar su consentimiento, ni puede hacerlo en su nombre o por su cuenta un tercero –graves casos de emergencia–; ii) El daño se produce en las etapas previas a la celebración del contrato; y iii) El perjuicio es ocasionado en materia ajena a la que es objeto del negocio.
- *El daño a terceros ajenos al contrato médico y la naturaleza extracontractual de la acción:*
 - La jurisprudencia ha señalado que los daños derivados de esta situación se pueden reclamar por la vía extracontractual por regla general, estableciendo la diferencia entre estas dos acciones: *Acción hereditaria* y *la Acción Iure Propio*; para lo cual se remite a lo dicho en la sentencia de Casación Civil del 18 de mayo de 2005.²⁶

25. *Ibid.*

26. *Ibid.* La Corte no presenta estos datos de manera gráfica, pero decidimos agruparlos de esta manera con fines pedagógicos. Para todas las referencias incluidas.

<i>Acción hereditaria</i>	<i>Acción Iure Propio</i>
<i>Definición</i>	
Cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada “ <i>acción hereditaria o acción hereditatis</i> ”, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de este, la reparación del daño que hubiere recibido.	Corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial.
<i>Naturaleza</i>	
Es de índole contractual o extracontractual, según que la muerte del causante sea fruto de la infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o que se dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás.	Siempre es extracontractual, pues así la muerte de este sobrevenga por la inobservancia de obligaciones de tipo contractual, el tercer damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante.
<i>Legitimación</i>	
Causahabientes a título universal (herederos) de la víctima inicial.	Toda víctima, heredera o no del perjudicado inicial.

Responsabilidad de las entidades prestadoras de los servicios médicos

- Recordando lo expresado por la sentencia de Casación Civil de 22 de julio de 2010, volvió a plantear:²⁷
 - i) Dichas entidades responden directamente cuando con ocasión del cumplimiento del acto médico, el mismo es ejecutado por sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa.

27. *Ibíd.* Para todas las referencias, alusivas a las entidades prestadoras de servicios médicos.

- ii) Los centros clínicos y hospitalarios incurrirán en responsabilidad siempre que se acredite que los profesionales a ellos vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica del paciente.
 - iii) Aunque el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y por ende la responsabilidad dependerá de la naturaleza de cada una de ellas, los perjuicios que se deriven con ocasión de la *culpa profesional o dolo*, cuya carga corresponderá al demandante, deberán indemnizarse, sin que se admita un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los galenos.
 - iv) Lo anterior no se opone a que el juez, atendiendo los preceptos de la sana crítica y diversos procedimientos racionales que matizan las reglas de la carga de la prueba (reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia lógica), establezca determinadas inferencias lógicas encaminadas a deducir la culpabilidad médica en el caso en concreto: a) Presunciones simples o de hombre relativas a la culpa galénica; b) Indicios *endoprocesales* derivados de la conducta de las partes; c) Principio *res ipsa loquitur*, por ejemplo cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, se amputa un miembro equivocado; d) Culpa virtual o resultado desproporcionado (transfusión de sangre y que la persona se muera).
- Aunque en un principio, en la sentencia de 5 de marzo de 1940, la Corte estableció que la responsabilidad de las entidades prestadoras de los servicios médicos estaba supeditada a la culpa en que uno de sus profesionales hubiese incurrido, con posterioridad (sentencia 26 de noviembre, entre otras) señaló que “el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia, con el fin de procurar la sanación del paciente, de manera que si por su negligencia, descuido u omisión le causa perjuicios, incurre en una ‘conducta ilícita’ que será calificada por el juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave para imponerle el deber resarcitorio”. Así pues, la responsabilidad por el acto médico requiere un *reproche culpabilístico* atinente a la diligencia, pericia y cuidados exigibles al médico; dicha exigencia se estructura a partir de las reglas de la *lex artis ad hoc* junto con un patrón de comparación *el del buen profesional*.

Empresas de Servicios de Emergencias Médicas

- La Corte se ocupó de darle contenido a una serie de conceptos que deben tenerse presente a la hora de determinar la responsabilidad civil de esta clase de empresas:

- i) Naturaleza del servicio que prestan: modalidad de servicio de salud en que se ofrece la prestación de atención médica, en cualquier lugar del área geográfica de cobertura predeterminada, para lo cual afectan al servicio una flotilla de ambulancias y de personal competente para atender la respectiva urgencia o emergencia, según el caso, y trasladar al paciente a un centro asistencial en el evento de que su estado de salud así lo requiera.²⁸
- ii) Cobertura: va desde el momento en que requiere el servicio hasta cuando la crisis haya sido superada y el paciente se encuentre en condiciones de permanecer en su domicilio o hubiere sido trasladado a una institución de salud para su tratamiento posterior.²⁹
- iii) Contrato de prestación del servicio médico asistencial de emergencia y obligaciones: se configura una relación contractual entre el afiliado (contrata esa clase de servicio asumiendo la obligación de pagar anticipadamente un precio) y la empresa prestadora del servicio (tiene la obligación brindar la atención prehospitalaria³⁰ de la urgencia o emergencia que padece el paciente, que abarca el tratamiento de la crisis hasta que haya sido superada hasta el traslado del paciente a un establecimiento médico asistencial); el servicio comprende diversos requerimientos asistenciales por parte del usuario siempre que los mismos sean motivados por crisis agudas; y, puede contratarse bajo la modalidad individual, familiar y colectiva.³¹
- iv) Atención prehospitalaria: a pesar de estipularse en la condiciones generales del contrato, debe tenerse en cuenta que también lleva implícita la obligación de prestar el servicio “con urgencia”, dada la naturaleza del servicio ofrecido. De ahí la importancia del tiempo que transcurra entre el pedido del servicio y el momento en que efectivamente se cumpla.³²

28. Ver *ibíd.*

29. Ver *ibíd.*

30. Artículo 16, núm. 2, Decreto 1486 de 1994: “El conjunto de acciones y procedimientos extrahospitalarios, realizados por personal de salud calificado a una persona limitada o en estado crítico, orientadas a la estabilización de sus signos vitales, al establecimiento de una impresión diagnóstica, y a la definición de la conducta médica o paramédica pertinente o su traslado a una institución hospitalaria”.

31. Ver *ibíd.*

32. Ver *ibíd.*

Atribución de responsabilidad-Errores Diagnóstico y de Tratamiento

La Corte fue enfática en esgrimir la responsabilidad civil que se puede derivar de este tipo de errores, a la hora de practicarse determinada atención médica al paciente.³³

Error Diagnóstico	Error de Tratamiento
<p>1. Diagnóstico</p> <ul style="list-style-type: none"> • Está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesis”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes. <p>2. Atribución de responsabilidad</p> <ul style="list-style-type: none"> • Para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la “lex artis ad hoc” recomienda para acertar en él. • Demostración o acreditación del Error Culposo: solo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen; en todo caso, y esto hay que subrayarlo, “ese error debe juzgarse ex ante”, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico 	<p>1. Tratamiento</p> <ul style="list-style-type: none"> • Consiste, en un sentido amplio, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético. <p>2. Tratamiento curativo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Asume un fin eminentemente curativo, entendido este no solo en el sentido de sanar al paciente, sino, también, dependiendo de las circunstancias del caso, el de impedir el agravamiento del mal, o el de hacerlo más llevadero, o mejorar sus condiciones de vida e, incluso, en el caso de enfermos terminales, mitigar sus padecimientos. Así las cosas, el facultativo se encuentra ante una ponderación de intereses en la que, atendiendo las reglas de la ciencia, debe prevalecer aquella consideración que le brinde la mayor probabilidad de alcanzar la finalidad propuesta. • No puede olvidarse que aquel goza de cierta discreción para elegir, dentro de las diversas posibilidades que la medicina le ofrece, por aquella que considere la más oportuna, todo esto, por supuesto, sin soslayar el poder de autodeterminación del paciente.

33. *Ibíd.* La Corte no presenta estos datos de manera gráfica, pero decidimos agruparlos de esta manera con fines pedagógicos. Para todas las referencias incluidas.

<p>que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un diagnóstico acertado.</p> <p>3. Eventos no configuración responsabilidad</p> <ul style="list-style-type: none"> • Errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad. <p>4. Criterios Juez-Determinación Error Culposo</p> <ul style="list-style-type: none"> • El meollo del asunto es determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en este último caso porque no lo fueron. 	<ul style="list-style-type: none"> • Por último, el tratamiento debe comenzar a la brevedad que las circunstancias lo reclamen, tanto más en cuanto su eficacia dependa de la prontitud con la que actúe sobre la persona.
--	---

DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA PARA EL CASO CONCRETO

Tomando como referente los temas objeto de síntesis en el punto anterior, la Corte “NO CASA” la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2009, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario promovido por Teresita del Niño Jesús Vélez Vélez frente a E.M.I., por las siguientes razones:

- *El Tribunal explícitamente señaló la fuente de la obligación que se derivaba en el caso concreto:* Si bien, las prestaciones a cargo de E.M.I. derivaban de la existencia de un contrato, “*los fundamentos, la estructura y las pretensiones propuestas*” aludían a la existencia de una acción de naturaleza extracontractual; así pues el análisis a realizar se enmarcaría dentro de los presupuestos del artículo 2341 del Código Civil (la culpa, el daño y el nexo de causalidad entre estos dos), prescindiendo del examen del contrato celebrado entre las partes.

- *No acreditación de la culpa como elemento que estructura la responsabilidad extracontractual*: No obstante la actora considerar que el Tribunal no evidenció la culpa en la responsabilidad médica, debido a que estimó que en ella no incurre el médico que “deja de hacer lo que, en términos óptimos, ideales, podría haber hecho”,³⁴ la Corte señala que dicha acusación es inexacta, por cuanto el *Ad Quem* “ni siquiera reparó en cual era el manejo óptimo de la crisis mencionada y, mucho menos examinó si el tratamiento seguido se ajustó o no a él”.³⁵

Las razones que el fallador de segunda instancia expuso para negar la responsabilidad imputada obedecieron a argumentos de *naturaleza fáctica*:

- i) No tomó en cuenta la tesis de los doctores Jaime Nelson Giraldo Monsalve, Eduardo Escocia Ramírez y Gustavo González: “remitirlo a un centro hospitalario fuese lo óptimo”,³⁶ sino que consideró el hecho manifestado por aquellos, de que en últimas era el “juicio clínico del médico tratante el que determinaba la conducta a seguir”,³⁷ resaltando que en ningún momento, los referidos testigos descalificaron la conducta desplegada por los médicos de E.M.I.
- ii) Las conclusiones derivadas de la experticias practicadas, ya que coincidían en afirmar que el manejo de la crisis hipertensiva con antihipertensivos orales en su residencia, fue adecuada según la “*Lex Artis*”, gracias a que no existía indicación para trasladarlo a un hospital o centro especializado. Aunado al dictamen rendido por el cardiólogo, que arguyó que no empero las condiciones de salud del paciente (no consumir los medicamentos para la presión y estado de embriaguez), el traslado del paciente a una institución de salud dependía del criterio médico, teniendo en cuenta si contaba con asistencia familiar que pudiera apersonarse de la administración de los medicamentos recetados, la cual dio por descontada, conforme emergía de lo atestado por los médicos tratantes y de la historia clínica, en cuanto estaba firmada por la acompañante Luz Ospina, amén que reportaba el estado de embriaguez de aquel, el abandono de los fármacos recetados para el control de su presión arterial y su manifestación de que al día siguiente se internaría para someterse a un tratamiento de alcoholismo.³⁸

34. Ver ibíd.

35. Ver ibíd.

36. Ver ibíd.

37. Ver ibíd.

38. Ver ibíd.

La Corte concluye que, al no objetarse el razonamiento que verdaderamente condujo a inferir la ausencia de culpa de los médicos de E.M.I., el mismo sigue en firme.

- *Omisión del certificado médico expedido por el Dr. César Augusto Giraldo, según el cual Barrera murió como consecuencia de enfermedad coronaria; de ahí que resulte razonable aducir que la crisis hipertensiva arterial, no atendida debidamente por los galenos de EMI, fue la que produjo el fallecimiento del paciente:* la Corte aduce que la no acreditación de la culpa, hace improcedente el cargo formulada por la señora Teresita del Niño Jesús, ya que “si no hay culpa ninguna relación de causalidad puede surgir con respecto al daño cuya indemnización se persigue”.³⁹ Aunado al hecho de que el certificado médico expedido por el doctor César Augusto solo demuestra que el señor Barrera Ochoa falleció como consecuencia de una enfermedad coronaria, circunstancia que de ninguna manera demostraría en el hipotético caso de que estuviese acreditada la culpa, que la muerte se hubiese producido como consecuencia de la omisión de remitir al paciente a un centro clínico u hospitalario.

Finalmente, a manera de reflexión, señala que la actora pasó por alto el hecho de que el señor Barrera Ochoa dejó de tomarse los medicamentos que le habían sido recetados para el control de la presión arterial.

CONCLUSIONES

Como se recordará, el problema de reflexión que motivó o fundamentó la escogencia de esta sentencia se circunscribió a esclarecer si las reflexiones a las que arribó la Corte Suprema de Justicia colombiana contribuyen a la materialización de los compromisos del Estado colombiano (en lo que respecta a la tutela de los derechos a la vida y a la salud), como Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicho esto, y previo a desarrollar el problema en detalle, podemos anticiparnos a decir que los análisis de la Corte sí ayudan a materializar los antedichos compromisos del Estado colombiano, pero con ciertos matices.

Tomando como punto de análisis la afirmaciones planteadas por Nohely Bastidas Matheus respecto a la protección de los derechos a la vida y a la salud en los casos de mala práctica médica, y las consecuencias que de dichos actos emanan: i) El amparo

39. Ver *ibíd.*

de estos derechos en los precitados eventos es tímida, casi insuficiente cuando un paciente se somete a las manos de un profesional sin medir riesgos, ante cualquier eventualidad que pudiera presentarse; y ii) La mala práctica médica, ocasiona un desbalance en el patrimonio de las víctimas o sus familiares, porque tienen que cubrir con su propio patrimonio los daños y perjuicios producidos por el error médico, por una negligencia, o por una imprudencia, pues, la mayoría de los profesionales no enfrentan las consecuencias de sus actos y en la mayoría de los casos huyen amparados por su gremio;⁴⁰ vemos que los *temas fundamentales* que abordó la Corte Suprema de Justicia colombiana, en la sentencia objeto de estudio, constituyen un avance importante en materia de la obligación y deber general contemplados en los ya referidos artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Y es que cómo inferir lo contrario, si cuando nos acercamos al examen dogmático del derecho a la vida (el mayor bien que goza el ser humano, es un derecho que no puede verse afectado, en ningún caso, por razones ajenas a su propia voluntad),⁴¹ del derecho a la salud (no debe entenderse solamente como un derecho a estar sano, sino que también abarca varios factores determinantes básicos)⁴² y la mala práctica médica (actuación incorrecta en el ejercicio de la profesión médica capaz de provocar daño⁴³ al paciente),⁴⁴ apreciamos como las referencias profundas de la Corte Suprema de Justicia colombiana en el caso de Teresita del Niño Jesús Vélez Vélez frente a E.M.I.,⁴⁵ apuntan a desvirtuar por un lado las precitadas afirmaciones de Nohely Bastidas (por lo menos desde el punto de vista de la teoría jurisprudencial, ya que se constata como

40. Bastidas Matheus, “La mala práctica y los derechos humanos”, 12.

41. Ver Alegre Martínez y Óscar Mago, *Derecho de la personalidad y derechos de los daños morales. Una visión de derecho comparado desde la transdisciplinariedad y el Derecho Constitucional* (Madrid: Constitución Activa / Breviarios del Nuevo Derecho, 2007).

42. Ver Miguel Carbonell Sánchez, “El derecho a la salud en el Derecho internacional de los derechos humanos”. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La protección judicial de los derechos sociales* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 183.

43. “Dar un concepto unitario de daño constituye una labor ciertamente difícil, dada sus diversidad de manifestaciones y matices. El Diccionario de la Real Academia define la acción de dañar como ‘causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia’, comprendiéndose así en la noción aspectos que ni son sinónimos ni tienen idéntico significado en el ámbito jurídico. En Derecho no se consideran los daños en sí mismos, sino en sus efectos de cara a la responsabilidad. Pero, eso sí, el daño, para ser resarcible, ha de ser cierto, no eventual. Al menos, ha de tener una certeza, siquiera sea relativa”. Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cap. V (s. l.: Dykinson, 2001), 144.

44. Ver Hernández, *De la responsabilidad jurídica del médico...*

45. i) Los regímenes de responsabilidad civil médica (contractual y extracontractual); ii) El daño a terceros ajenos al contrato médico y la naturaleza extracontractual de la acción: “Acción Hereditaria y la Acción Iure Proprio”; iii) Responsabilidad de las entidades prestadoras de los servicios médicos (criterios); iv) Conceptos que deben tenerse presente a la hora de determinar la responsabilidad civil de las Empresas de Servicios de Emergencias Médicas (naturaleza del servicio que prestan, cobertura, contrato de prestación del servicio médico asistencial de emergencia y obligaciones y atención prehospitalaria); y, v) Responsabilidad civil que se puede derivar de los errores diagnóstico y de tratamiento.

en Colombia se cuenta con un régimen estructurado para abordar los casos de mala práctica médica); y, por el otro, a demostrar que en cumplimiento de la obligación y deber consagrados en los artículos 1 y 2 de la “Convención Americana de Derechos Humanos”, el Estado colombiano ha dado pasos importantes para contribuir a la eficacia de los derechos a la vida y a la salud desde el ámbito de la responsabilidad civil.

No obstante, reiterando que la respuesta que se le dio al problema objeto de investigación de este análisis jurisprudencial no es absoluta, una breve aproximación a la teoría de la *perspectiva sociológica en general o de la sociología jurídica*, planteada por Miguel Carbonell Sánchez,⁴⁶ permite evidenciar que la dinámica judicial colombiana frente a los casos de mala práctica médica, en materia de responsabilidad civil,⁴⁷ van en aumento;⁴⁸ lo cual demuestra que las ya mencionadas aseveraciones de Nohely Bastidas Matheus, respecto a la protección de los derechos a la vida y a la salud frente a los eventos de una mala práctica médica es aún *tímida*.

Lo anterior, de ninguna manera, significa que los avances logrados en materia de responsabilidad civil médica colombiana (para el caso que nos ocupa, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia) deban reformularse o desconocerse, debido a que un retroceso en esta materia, sin lugar a duda, atentaría contra los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y tampoco se está diciendo que deben reforzarse hasta tal punto los regímenes de responsabilidad, para este caso el civil, imposibiliten el ejercicio de la noble y exigente profesión del médico (en tanto que si se comportan según los lineamientos del juramento hipocrático y la *lex artis*, no tendrían por qué verse abocados a ser sancionados).

A lo que se quiere llegar finalmente con este análisis jurisprudencial es al hecho de posicionar el caso colombiano como un referente de estudio para la Comunidad Andina, Latinoamérica y el mundo, a efectos de que el “diálogo” se convierta en el pilar para la construcción de una política pública en materia de responsabilidad médica, donde los médicos, otros profesionales de la salud (que también pueden incurrir en responsabilidad), legisladores, jueces, académicos y la sociedad en general, no solo se comprometan a utilizar con moderación y conciencia los regímenes de responsabili-

46. Los derechos también pueden ser analizados a partir de la *perspectiva sociológica en general o de la sociología jurídica* en particular, desde la que lo que interesa será conocer el grado de efectividad –de eficacia, en otras palabras– que tienen los derechos en una sociedad determinada. Ver Miguel Carbonell Sánchez, *Los derechos fundamentales en México*, cap. I. (s. l., s. f.). Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/4.pdf>>.

47. La responsabilidad médica en Colombia, no solo se limita al ámbito civil. Por vía de ilustración, también existe la responsabilidad penal, del Estado, disciplinaria, entre otras. Jorge Iván Manrique MD, “Aspectos característicos de responsabilidad médico legal”, *Revista Médico-Legal* (septiembre-diciembre 2000).

48. *Ibid.* Por solo citar un ejemplo, según el Fondo Especial para el Auxilio Solidario de Demandas FEPASDE, al año 2000, de los 100 casos de responsabilidad médica analizados en Bogotá D.C., los procesos alusivos al ámbito civil –como forma de reclamación más utilizada por las víctimas–, ocuparon el 27% del estudio.

dad que existen, si efectivamente ha quedado demostrado que se le ocasionó un *daño* al paciente o a sus allegados, sino también a enaltecer el ejercicio de las profesiones afines con la salud, por cuanto son dichos profesionales a quienes se les han encomendado la noble tarea de velar por la tutela efectiva de los derechos a la vida y a la salud, cuando diagnostican y tratan a los pacientes.

BIBLIOGRAFÍA

- Bastidas Matheus, Nohely. “La mala práctica y los derechos humanos”. En *Razón y palabra: Primera revista electrónica en América Latina especializada en comunicación*, No. 81 (noviembre 2012-enero 2013).
- Buitrago Castañeda, Sandra Bibiana, et al. *El Recurso Extraordinario de Casación Laboral*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
- Carbonell Sánchez, Miguel, et al., comp. *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*. México: Porrúa / Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2006. Disponible en <http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Jur_23.pdf>.
- . “El derecho a la salud en el Derecho internacional de los derechos humanos”. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- . *Los derechos fundamentales en México*, cap. I, s. I., s. f. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/4.pdf>>.
- Hernández, Nelson. *De la responsabilidad jurídica del médico: teoría general de la praxis médica*. Caracas: Ateproca, 1999.
- Manrique, Jorge Iván MD. “Aspectos característicos de responsabilidad médico legal”. En *Revista Médico-Legal* (septiembre-diciembre 2000).
- Martínez, Alegre, y Óscar Mago. *Derecho de la personalidad y derechos de los daños morales. Una visión de derecho comparado desde la transdisciplinariedad y el Derecho constitucional*. Madrid: Constitución Activa / Breviarios del Nuevo Derecho, 2007.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cap. V, s. I.: Dykinson, 2001.

Normativa

- Convención Americana de Derechos Humanos* (1948). Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.
- Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional* (1991). En *Gaceta Constitucional*, No. 116, 20 de julio de 1991. Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>.
- Colombia. Decreto 1486 de 1994.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral, magistrado ponente: Dr. Germán Valdés Sánchez, rad. No. 13561, mayo 11 de 2000. Disponible en <http://190.24.134.101/corte/index.php/jurisprudencia/>.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, expediente No. 2001 00778 01, agosto 8 de 2011. Disponible en <http://190.24.134.101/corte/index.php/jurisprudencia/>.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm.

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 14 de abril de 2016

Colaboradores

Alexander Barahona: ecuatoriano, abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, y especialista superior en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; asesor en Corte Constitucional del Ecuador. *alexbarh_22@hotmail.com*

Daniel Felipe Dorado Torres: colombiano, abogado, Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; especialista superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; especialista en Derecho Médico, Pontificia Universidad Javeriana; diplomado en Inglés Legal y Derecho del Consumidor, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad Externado de Colombia. Asesor de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador. *danieldorfado05@gmail.com*

Juan Carlos A. Estivariz Loayza: boliviano, abogado, Universidad del Valle; diplomado en Derecho Constitucional, Universidad del Valle; estudiante de la Maestría en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *juanca.e.88@gmail.com*

David Augusto García García: ecuatoriano, abogado por la Universidad del Azuay; especialista superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; alumno de la Maestría en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *rjodg2012dg@gmail.com*

Pedro José Izquierdo Franco: ecuatoriano, abogado, Universidad de Los Hemisferios; magíster en Derecho, Universidad de Nueva York; doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Abogado asociado de la firma de abogados White & Case LLP. *pj.izquierdo@gmail.com*

Sebastián López Hidalgo: ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad del Azuay; magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; docente de la Universidad del Azuay; candidato a doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *sebaslopezhidalgo@yahoo.com*

Juan Carlos Riofrío: ecuatoriano, doctor en Derecho, Universidad Católica de Guayaquil y por la Santa Croce de Roma. Especialista en Derecho de las

Telecomunicaciones por la Universidad Andina Simón Bolívar. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Hemisferios. Autor de 9 libros y de decenas de artículos científicos. Asociado del Estudio Coronel & Pérez, Abogados. *juancarlosr@uhemisferios.edu.ec*

Claudia Storini: italiana, licenciada en Ciencias Políticas, Università degli Studi di Roma, La Sapienza; licenciada en Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha; doctora en Derecho, Universidad de Valencia; coordinadora del Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra. *claudia.storini@uasb.edu.ec*

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador publicará únicamente trabajos inéditos, o una versión actualizada de artículos previamente publicados, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO* declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. *FORO* edita resultados artículos de investigación, estudios, experiencias, reseñas y análisis de sentencias.
4. El artículo debe ser remitido a la siguiente dirección electrónica: <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima:
 - Artículos: 15 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 12.000 caracteres aproximadamente.
 - Análisis de sentencia: 10 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 6.000 caracteres aproximadamente.
 - Recensiones: 4 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalente a 3.000 caracteres.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (40 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.

- Cada trabajo debe estar acompañado de un resumen de hasta 150 palabras en idioma castellano, donde se describirá de forma concisa el objetivo de la investigación, su contenido y las principales conclusiones.
 - Cada trabajo deberá contener un abstract en idioma inglés de 100 a 150 palabras. Para su elaboración no se admite el empleo de traductores automáticos.
 - Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave (descriptores) que establezcan los temas centrales del artículo, igualmente en ambos idiomas.
 - El autor enviará una reseña de hasta 50 palabras en las que destacará su vinculación académica, publicaciones más importantes y cargo actual. Indicará además su correo electrónico personal.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. Estilo, citas y referencias: se usará el manual de estilo Chicago, a manera de ejemplo:
- Nombre y apellido del autor, *título de la obra* (ciudad: editorial, año), número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995), 206.
 - En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, 206.
 - Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.
 - Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas“ ”), nombre de la Revista (*en cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar (año de publicación): página o páginas citadas. Así: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 1 (2003): 85-121.
 - Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. No irán numerados y se relacionarán por orden alfabético; por ejemplo: Viciano, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
 - Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

- Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.
- Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

Proceso editorial

FORO acusa recepción de los trabajos enviados por los autores/as y da cuenta periódica del proceso de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.

1. Los autores podrán remitir manuscritos para su evaluación sin fecha predeterminada, se dará preferencia a los trabajos que se ajusten al eje temático de la convocatoria.
2. En el período máximo de 15 días, a partir de la fecha de recepción, los autores recibirán notificación de recepción, indicando si se acepta preliminarmente el trabajo para su evaluación. Los manuscritos serán evaluados a través del sistema de doble ciego (*peer review*).
3. A la vista de los informes de los evaluadores, se decidirá la aceptación, aceptación con modificaciones, o rechazo de los artículos para su publicación. En caso de aceptación con modificaciones, el autor tendrá un plazo máximo de 15 días para entregar la versión final de su manuscrito.
4. En el caso de juicios dispares, el trabajo será remitido a un tercer evaluador.
5. No existe comunicación directa entre los evaluadores ciegos entre sí, ni entre estos y el autor del trabajo. La comunicación entre los actores está mediada por la coordinadora editorial.
6. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.
7. El plazo de evaluación de trabajos es de 30 días como máximo.
8. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que puedan realizar las correcciones o réplicas que correspondan.
9. Una vez editado el número, los autores de artículos recibirán tres ejemplares de la publicación, autores de recensión un ejemplar, y autores de análisis de sentencia un ejemplar.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

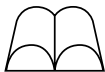
César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ealban@corpmyl.com>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:*

Ecuador: US \$ 61,80

América: US \$ 153,87

Europa: US \$ 162,87

Resto del mundo: US \$ 173,87

Valor del ejemplar suelto:* US \$ 15,27

* Incluye 14% del IVA.

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <ventas@cenlibrosecuador.org>

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



Ximena Ron E., *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador: ¿pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015.

Este libro discute sobre los parámetros que la Corte Constitucional ecuatoriana debería considerar para resolver una acción de control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas. La autora reflexiona respecto al pluralismo jurídico en Ecuador a partir del reconocimiento de tensiones inevitables en la interrelación entre dos sistemas jurídicos culturalmente diversos: el hegemónico y el indígena.



Rosa Melo D., *El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015.

En la presente investigación se aborda el estado de excepción y sus aspectos generales, para luego efectuar un análisis comparado respecto a su regulación y funcionamiento en las Constituciones de los Estados miembros de la Comunidad Andina (CAN) para determinar si el estado de excepción está siendo utilizado por el Ejecutivo en observancia a la normativa prevista en el texto constitucional.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

