



El surgimiento del neoconstitucionalismo y su incidencia en la legislación ecuatoriana

Karolay Escobar González¹

¹ Universidad Metropolitana Sede Machala. Ecuador.

En el presente trabajo se realiza un análisis de la corriente neoconstitucional, estableciendo de donde surge esta nueva idea de constitucionalismo y analizando lo mencionado por varios estudiosos del derecho respecto a esta nueva tendencia. Asimismo, se realiza una breve descripción de como el Ecuador ha adoptado esta filosofía del derecho en la Constitución ecuatoriana (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En la primera parte del trabajo encontramos los antecedentes históricos que dieron lugar al surgimiento del neoconstitucionalismo, seguido de aquellos se describen algunas características de esta corriente según lo señalado por varios autores (Ávila, 2009, 2011; De la Rosa, 2010; Raymundo, 2014; Parra, 2019; Erique, 2021). En una tercera parte del trabajo se desarrolla como el reconocimiento de los derechos fundamentales fue plasmándose en pro del ser humano en distintos cuerpos normativos a lo largo de la historia y como de a poco se logró un mejor reconocimiento de aquellos derechos en normas que en épocas pasadas eran consideradas con un carácter general y superior.

Luego encontramos a la historia del constitucionalismo ecuatoriano y como ha ido evolucionando desde la separación del Ecuador de la gran Colombia, realizando un breve repaso de la vida constitucional de nuestro país hasta llegar a la actual constitución, donde luego, se realiza una descripción de como la doctrina neoconstitucional ha tenido su impacto e influencia en el constitucionalismo actual.

Finalmente, se realiza el análisis de una sentencia de acción de protección para buscar demostrar como la administración de justicia en

Ecuador, en sus actuaciones cumplen con aquellos elementos propios del neoconstitucionalismo, los cuales se encuentran plasmados en la propia norma suprema.

El objetivo del presente trabajo es analizar la corriente neoconstitucionalista desde la valoración de sus conceptos y su aplicación e influencia en la Constitución ecuatoriana (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), donde como resultado se analizan algunos aspectos que son aplicados en el derecho constitucional ecuatoriano como es la rigidez constitucional, el surgimiento de garantías jurisdiccionales, el control de constitucionalidad realizado por un órgano supremo y especializado.

La metodología utilizada es bibliográfica documental con alcance descriptivo ya que se recurrió al criterio de varios autores de libros, revistas científicas, nacionales e internacionales concretamente sobre la doctrina neoconstitucionalista. También se procedió aplicar el método histórico en la revisión de normativas para desarrollar la investigación.

Esta corriente del derecho surge en Europa, posterior a la segunda guerra mundial, luego de que la Alemania Nazi junto a sus gobiernos fascistas tomen como mandato lo establecido en una norma para proceder a vulnerar los derechos de las personas de forma cruel y degradante. Después de aquellos eventos que marcaron la historia de humanidad, Alemania, al igual que otros países de Europa como Italia, Portugal, España y Francia se plantearon profundas transformaciones para lograr concebir al estado y al derecho de mejor manera, en aras de velar y garantizar los derechos humanos de las personas.

Es así como referencia de implementación de esta nueva corriente constitucional se puede mencionar a la Constitución Alemana (Consejo Parlamentario de Alemania, 1949), con la denominada Ley Fundamental de Bonn de 1949, donde a partir de esta se crea al Tribunal Constitucional Federal el cual da paso a la realización de un sistema jurisprudencial con observación estricta a la norma constitucional. Del mismo modo, Italia, con la constitución de 1947 (Alemania. Asamblea Constituyente, 1947), donde como resultado de aquello surge una Corte Constitucional.

Cabe mencionar que antes del surgimiento de esta nueva corriente constitucional, las constituciones de los diferentes estados se encargaban de regular y limitar los poderes del estado, dando prioridad

a lo establecido en la ley para administrar justicia, aun cuando en sus mandatos pudieran transgredir derechos fundamentales. Consecuentemente, con la nueva corriente neoconstitucional se manifiesta una nueva forma de concebir al derecho constitucional, donde en la actualidad los administradores de justicia se despojan de la simple visión de aplicar solamente la ley, para transformarse en intérpretes de la norma, velando por la efectiva vigencia de los derechos en virtud del principio pro homine.

Por lo cual, en la actualidad las normas constitucionales se dividen en dos partes una denominada como parte orgánica y la otra como parte dogmática, la primera hace referencia a la organización y estructura de los poderes principales del estado, mientras que la segunda recoge todos los principios, derechos y valores de los cuales gozaran las personas.

En el continente latinoamericano, producto de la influencia neoconstitucionalista europea de los países europeos occidentales ha conllevado al surgimiento de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, donde se recoge un amplio catálogo de principios y derechos, constitucionalizando a los ordenamientos jurídicos a través de procesos democráticos que dan paso a la promulgación de constituciones transformadoras.

Por su parte Carbonell (2007), ha mencionado que *“no existe duda que este constitucionalismo ha favorecido el alumbramiento de una teoría del derecho en muchos aspectos disímil y hasta contrapuesta con la teoría positiva que sirvió de referencia para el Estado de derecho del siglo XIX”*. (p.19)

Por otro lado, Celi (2017), que cita a Carbonell (2007), afirma que:

El neoconstitucionalismo agrupa varias teorías del derecho que dan paso a tres fenómenos actuales. La primera, las constituciones iberoamericanas que incluyen normas procedimentales y materiales que coartan los poderes y garantizan los derechos; la segunda, las praxis jurisprudenciales que interpretan y emplean el contenido de las normas constitucionales; y, la tercera, la teoría desarrollada

por autores que a la vez que explican lo de las constituciones y prácticas jurisprudenciales, han conseguido encaminarlas. (p. 19)

En esta misma línea de pensamiento, Erique (2021), *“el hablar de neoconstitucionalismo, hace énfasis al hecho de que la Constitución es la que prima sobre el resto de las normativas, que no son más que el complemento específico de la misma carta fundamental”* (p. 14). Extendiendo lo anteriormente dicho, el neoconstitucionalismo es una corriente jurídica que sitúa a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico, interpretando al derecho desde el respeto de los derechos fundamentales. Esta doctrina estructura el ordenamiento jurídico ubicando a la Constitución como fuente central donde a partir del cual deben interpretarse todas las normas infraconstitucionales, brindando una debida legalidad y el sometimiento de los poderes del estado a los preceptos constitucionales.

En relación con lo indicado en párrafos anteriores, Dacasa (2023), menciona algunas características del neoconstitucionalismo entre estas encontramos las siguientes:

1. La consideración del valor superior de los principios sobre las reglas.
2. La aplicación judicial de los principios de ponderación y proporcionalidad en oposición a la subsunción.
3. La omnipresencia de la Constitución en el sistema jurídico.
4. La preponderancia de la actuación judicial sobre la autonomía legislativa. (p.19)

Además, el autor menciona que la característica principal de esta doctrina jurídica es la supremacía de la Constitución, dado que es el fundamento válido y formal de todo el ordenamiento jurídico, por lo tanto, cualquier norma o acto de autoridad que contravenga sus preceptos, son nulos. Afirma Dacasa (2023), al exponer sobre el Neoconstitucionalismo que es una nueva forma de interpretar la Constitución:

La Constitución considerada como un ordenamiento axiológico que exige su aplicación en todo el ámbito normativo estableciendo un orden vinculante de esos valores, entendiendo a los derechos humanos como derechos subjetivos que limitan el poder del Estado, y por otra parte, como un sistema axiológico que irradia todo el sistema jurídico partiendo de considerar que los derechos humanos son un principio de interpretación para el resto de la legislación. (p. 44)

Por lo tanto, se puede acotar que esta corriente jurídica es contraria al constitucionalismo positivista, el cual daba prioridad a la aplicación de las leyes dejando a la constitución únicamente como aquella norma encargada de regular y organizar los poderes del estado. Consecuentemente, con la nueva filosofía neoconstitucional nace una nueva forma de concebir y llevar a cabo al derecho constitucional en los estados, ya que en la actualidad los administradores de justicia renuevan su antigua visión de aplicar solamente la ley para resolver los conflictos jurídicos, transformándose en intérpretes de la norma, velando por la efectiva vigencia de los derechos en virtud del principio *pro homine*.

En resumen, el neoconstitucionalismo transforma a la Constitución pasando de ser una norma política que organiza los poderes del estado, a ser aquella norma suprema y principal del ordenamiento jurídico que recoge principios, valores, derechos y reglas en pro del bienestar de las personas, esto es velando por el debido respeto de los derechos fundamentales, por lo tanto, para alcanzar dicho objetivo los administradores de justicia deben lograr un amplio entendimiento e interpretación de los preceptos constitucionales, para garantizar la progresividad de los derechos conforme a las nuevas necesidades de la sociedad.

Ferrajoli (2009); y De la Rosa (2010), dan tres respuestas distintas respecto a lo que se entiende por derechos fundamentales, esto es, desde el ámbito dogmático constitucional, filosófico y desde la teoría del derecho. “*Según la dogmática constitucional son derechos fundamentales aquellos derechos que tienen carácter universal e indisponible consagrados en el derecho positivo*” (De la Rosa, 2010, p. 40).

De igual forma expone De la Rosa (2010), que “*la filosofía política por su parte no dice que son los derechos fundamentales, es decir, no da una respuesta asertiva, sino que menciona cuales deben ser considerados como derechos fundamentales*” (p. 40). Y para lograrlo hace uso de tres criterios valorativos:

El primero es que debe existir nexo entre derechos humanos y paz, esto según la Declaración Universal de Derechos Humanos que supedita la paz interna de los Estados a la garantía de los derechos humanos; el segundo es el nexo entre derechos e igualdad, que se expresa en un doble sentido: como garantía de las diferencias personales y como reducción de las desigualdades materiales, el tercero es el de los derechos fundamentales como ley de los más débiles, pues históricamente estos derechos han sido el fruto de luchas y revoluciones que representan conquistas de los más débiles frente a los más fuertes. (p. 40)

La teoría del derecho, por su parte, busca definir a los derechos fundamentales sin determinar el contenido de estos. Es así como, los derechos fundamentales no son más que los mismos derechos humanos que han sido positivizados en una carta fundamental o norma suprema, es decir la Constitución, transformándose así en derechos constitucionales. Entre algunos ejemplos, argumenta Bianchi (2009), que la positivización de los derechos humanos encontramos a Inglaterra en 1215 con la denominada Carta Magna, en la cual se proponía un modelo compartido entre el ejercicio del poder del estado y las libertades compartidas de las personas. En 1628, con la llamada Petición de derecho, donde se recogían algunas garantías como que no puede existir impuesto sin el previo consentimiento de los individuos, que los soldados no pueden alojarse en propiedades privadas sin el previo consentimiento del propietario.

Asimismo, la *Bill of Rights*, donde se garantiza la independencia del actuar del parlamento frente a la corona y, la Ley de libertades, donde se garantiza las libertades de los súbditos frente al rey. Por lo cual, uno de los legados más relevantes en la historia del constitucionalismo inglés es su idea de constitución y democracia el cual tiene como objetivo limitar el ejercicio de los poderes a través de los derechos

fundamentales, garantizando la libertad como límite a los poderes del gobernante y a la función normativa del legislador (Evangelista, 2015).

En el derecho americano, nace el control de constitucionalidad, el cual declaraba la nulidad de cualquier ley que desconozca a la Constitución. Acá se da el surgimiento del estado constitucional y una nueva idea de Constitución donde se la entiende como la super ley la cual es rígida y garantiza derechos y limita los poderes del estado. Se puede acotar, que la visión norteamericana fue desde el principio lograr consolidar la idea de un estado constitucional de derechos fundamentados en que la Constitución debía ser la norma suprema y vinculante.

Dicho lo anterior, se puede observar cómo en Inglaterra y Estados Unidos en sus distintas legislaciones se ha buscado reconocer a través del derecho positivo, los derechos humanos del hombre, es decir, plasmarlos en normas escritas y que las mismas sean de aplicación para la correcta regulación y desarrollo de las personas en la sociedad. De ambos ejemplos se puede mencionar a simple vista que el derecho estadounidense es el que más se asemeja a lo que hoy se denomina neoconstitucionalismo, dado que establece en su legislación una norma suprema la cual otorga garantías y limita poderes a las entidades estatales, estableciéndola como la madre de las demás leyes existentes.

Sin embargo, no se puede menospreciar el aporte del derecho anglosajón, dado que sin la positivización de los derechos humanos en normas formales que garantizan el cumplimiento y la no vulneración de estos, no se hubiese llegado al criterio y al desarrollo de establecer una norma madre con efecto irradiador sobre las demás leyes del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Ecuador desde su separación de la Gran Colombia y su fundación como país independiente ha tenido veinte constituciones, autores como Ávila (2009), que cita al historiador ecuatoriano Ayala (2004), el cual realiza un resumen del proceso de constitucionalización del Ecuador mencionando lo siguiente:

El Ecuador tiene un récord en la adopción de nuevas Constituciones, el cual no es precisamente por la necesidad de cambios sino, más

bien, por la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general ha entrado en vigencia con la elección de un nuevo gobierno. (p. 190)

En línea de pensamiento con Ávila (2009), este menciona que las constituciones ecuatorianas pueden clasificarse hasta la Constitución de 1998. (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), desde cuatro criterios: liberal conservador, liberal laico, legal-liberal-social y neoliberal. El primero asocia riqueza con poder político donde el libre mercado y el sector económico privado caracterizaban el espacio público. Respecto al reconocimiento de los derechos, solo eran reconocidos los derechos individuales tanto civiles y políticos, asimismo solo se consideraban ciudadanos a aquellos individuos que poseían determinadas características como ser mayor de edad, ser hombre, ser propietario, no trabajar en relación de dependencia, tener educación y en alguna Constitución con esta característica se requería profesar el catolicismo, por lo cual los únicos que alcanzaron a cumplir estos requisitos luego de la independencia del yugo español, fueron los criollos. En Ecuador las doce primeras constituciones poseen estas características.

El segundo criterio, se caracteriza por el laicismo donde se separa a la iglesia y al estado, se reconocen las libertades a los ciudadanos, ya no solamente se discute de política, sino que también se habla de economía. Sin embargo, para ser considerado ciudadano aun siguió teniendo varias características restrictivas.

El constitucionalismo legal-liberal-social, Ávila (2011), menciona que es liberal,

Dado que es un modelo económico individual, marcado por la prevalencia del derecho privado, que se manifiesta en la organización de la administración de justicia. En cuanto a la teoría del derecho, pregonada en las universidades, y aplicada por la administración de justicia, gira alrededor del Código Civil. (p. 89)

Es social, dado que se reconocen derechos sociales, culturales, económicos, laborales, educación, salud, seguridad social. Asimismo, se crea el Banco Central del Ecuador y la Contraloría General del Estado, se da la reforma agraria. En la Constitución de 1967 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1967), se pueden palpar clases sociales con privilegios.

Finalmente, el constitucionalismo neoliberal, siguiendo la misma línea de ideas del Ávila (2011), menciona que en esta parte se puede identificar una transición hacia la democratización del estado partiendo desde la Constitución de 1979 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1979), donde se amplían los derechos y se da el reconocimiento explícito de los derechos económicos, sociales y culturales, además de profundizarse en el ámbito del reconocimiento de la ciudadanía, donde la presencia del pueblo indígena tiene una notoriedad significativa en la esfera pública.

En este orden de ideas, ya para 1998 llega una nueva Constitución (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), la cual es aprobada por una asamblea nacional influenciada por las elites del poder y los intereses de estos y aprobada en un cuartel militar. Entre las cosas a destacar fue el avance en materia de derechos dado que se reconoce el derecho de los indígenas, derechos de niños y niñas, derechos de las mujeres, derechos de las personas con discapacidad. Se crea un tribunal constitucional y se establece que el estado es social de derecho, se crea a la figura jurídica conocida como el amparo como una garantía judicial, se crea la institución jurídica nombrada candado constitucional la cual buscaba que el sistema de reforma constitucional sea rígido, por lo que se puede palpar como un primer paso para alcanzar un estado constitucional de derechos en la historia del Ecuador.

Por su parte, Echeverría (2008), menciona que *“la Constitución de 1998 es avanzada en su parte dogmática, es decir, con relación al reconocimiento de los derechos, pero retrasada en su parte orgánica, o sea, en aquella que define los mecanismos concretos de realización de los derechos”* (p. 25). Como aporte a lo mencionado anteriormente, se puede analizar que en la Constitución política de 1998 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), ya se presentan notables rasgos de la

corriente neoconstitucional ya que para el análisis de la constitución se cuenta con un juez especializado de última instancia, se da un gran paso en el desarrollo y reconocimiento de derechos y garantías, la constitución ya no puede ser reformada por vías ordinarias, ni por el parlamento dado que se da la institución del candado constitucional y se lleva a cabo el reconocimiento del sistema internacional de Derechos Humanos reconociéndolo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, aunque, la parte orgánica tenía algunas deficiencias al igual que el régimen económico el cual se mantenía liderado por el modelo constitucional liberal-tradicional.

Para poder comprender el avance constitucional que vivió el Ecuador a raíz de la promulgación de la Constitución de 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), es importante entender dos conceptos fundamentales como lo es la legalidad y la constitucionalidad, dado que a partir de la entrada en vigencia de dicha constitución el Ecuador paso de ser un estado de derecho a un estado de derechos y justicia social. El estado legal es un modelo de estado donde las autoridades y las estructuras del poder son determinadas a través de la ley, y los poderes del estado son tres: el poder legislativo, el poder ejecutivo, y el poder judicial. Asimismo, los límites del estado estaban interpuestos por el parlamento, ya que el poder ejecutivo estaba limitado en su actuar a lo que establecía la ley, y el poder judicial era un simple vocero de la ley.

A través de la ley se plasmaba cuáles serían los derechos y las distintas competencias de las autoridades, la constitución podría ser cambiada por el parlamento dado que la constitución no era rígida y podría ser cambiada a través de un proceso ordinario de creación de leyes, por otro lado, los derechos de las personas eran aquellos que se encontraban recogidos en las distintas leyes.

En el estado constitucional, según Ávila (2009), *“la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. La constitución es material, orgánica y procedimental”* (p. 777). Además, es la norma suprema del ordenamiento jurídico por lo que las demás normas inferiores deben guardar concordancia con la misma.

La Constitución (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) es material que recoge derechos que serán protegidos con tal relevancia al punto de que serán la finalidad del estado el garantizarlos, es orgánica ya que establece cuáles serán los órganos que conformaran al estado los mismos que tienen la obligación de velar por la no vulneración de los derechos de las personas, y finalmente es procedimental porque se establecen todos los mecanismos de participación los cuales tienen como finalidad que todos los debates públicos sean informados y se encuentren reglados esto con dos finalidades ya sea para la correcta toma de decisiones o para la elaboración de las normas jurídicas.

Por consiguiente, para el jurista ecuatoriano Ávila (2009).

En el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En los estados constitucionales la constitución es rígida y no pueden ser reformadas por procedimiento ordinario del parlamento. (p. 777)

La constitución es la norma jurídica de directa aplicación dado que es una norma vinculante, por lo que para sancionar su inadecuada aplicación y el incumplimiento de la misma se requiere de una autoridad competente específica para esa labor. Esta autoridad en el Ecuador es la Corte Constitucional la cual entre sus facultades puede sancionar la inconstitucionalidad de todos aquellos actos que emanan del poder público.

En conclusión, la Constitución de 1998 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), era entendida como un instrumento político y estos no eran más que cartas que servían para gobernar, además se establecía que el estado ecuatoriano era un estado de derecho lo cual se interpreta como el sometimiento del estado al derecho, mismo que reconocía como su fuente primaria a la ley y esta era su fuerza normativa por lo tanto era un estado legalista.

La Constitución de 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), establece que Ecuador es un estado constitucional de derechos esto quiere decir, que todo debe estar en la constitución y está ya no se somete a la fuerza normativa de la ley, sino a la propia constitución, la misma que se encarga de proteger los derechos de las personas, el estado ecuatoriano de 2008 como gobierno garantista se convierte en el primer llamado a tutelar los derechos de las personas.

Para comprender un poco la nueva realidad del estado ecuatoriano se analizan las dos Constituciones tanto la de 2008 como la de 1998, donde podemos ver el primer y significativo cambio donde se plasma la transición del estado derecho al estado de derechos, a simple vista pareciera que lo único que aumenta es la “s” pensando que pudo haber un error de codificación, sin embargo, la connotación que se le da a la palabra “derechos” crea un nuevo paradigma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Tabla 1. Análisis de las Constituciones tanto la de 2008 como la de 1998.

Constitución Política del Ecuador 1998	Constitución del Ecuador del 2008
Establece que el Ecuador es un estado social de derecho.	Establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia.
Voto facultativo para adultos mayores de 65 años y analfabetos. Los miembros de la fuerza pública en servicio activo no hacían uso del derecho al voto.	Voto facultativo para jóvenes de entre 16 a 18 años y para los miembros de la fuerza pública en servicio activo. Se reconoce el derecho al voto a los extranjeros residentes que hayan vivido durante 5 años en el país.
La clasificación de los derechos se daba de la siguiente manera: derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, derechos sociales y culturales.	Se elimina la clasificación tradicional de los derechos, esto con la finalidad de enfatizar la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales. Se utiliza una división temática: derechos del buen vivir, de participación, de libertad, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades entre otros.

Definía al estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico.	Declara al estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural.
Respecto al derecho al trabajo se impulsaba la eliminación de la desocupación y subocupación.	Tiene disposición de impulsar el empleo y eliminar el subempleo y desempleo. Además, amplía los principios y derechos laborales, ubica al trabajo humano como eje en el proceso productivo; garantiza los derechos de los trabajadores prohíbe la precarización laboral y expresamente la tercerización y el trabajo por horas.
No se reconoce al trabajo doméstico como labor productiva.	Se reconoce como labor productiva, el trabajo no remunerado de autosustento, y cuidado humano que se realiza en los hogares. Por primera vez el trabajo doméstico no remunerado que casi siempre es realizado por mujeres es reconocido como tal. El estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano.
Los poderes del estado eran solo tres: ejecutivo, legislativo y judicial. La función legislativa era ejercida por el congreso nacional y entre los requisitos para ser diputado era tener 25 años.	Los poderes del estado son cinco. Poder ejecutivo, legislativo, judicial, electoral, transparencia y control social. En la actualidad el congreso paso a ser Asamblea Nacional y para ser asambleísta se debe contar con 18 años.

La tabla 1 muestra las diferencias que se han dado en las dos últimas constituciones del Ecuador. Fuente: Semejanzas y Diferencias de las Constituciones de 1998 y 2008. En la tabla 1 se puede observar algunos de los avances de la nueva constitución del Ecuador, y como se ha mencionado con anterioridad a lo largo de este trabajo, el primordial y transcendental cambio es el concebir al Ecuador como estado de derechos y justicia. El término estado de derechos y justicia alude a una renovada concepción del “Derecho” y como debe regirse un estado, esto es que tiene primacía y prevalece como fuente primordial sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, la Constitución.

Bajo esta nueva corriente la norma suprema es entendida como fuente de toda la producción jurídica, esto es todas las normas inferiores

que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano se someten a lo establecido en la norma suprema guardando coherencia y concordancia con la misma. Está conformada de principios, preceptos y cuenta con nuevas formas de interpretación y aplicación dejando de lado aquel sometimiento estricto de cumplimiento de reglas bajo el método de subsunción, en la actualidad el método de interpretación y aplicación del derecho constitucional ecuatoriano está ligado a la ponderación.

Entendiendo a esta nueva concepción constitucional como la denominada en la actualidad neoconstitucionalismo. Raymundo (2014); y Comanducci (2016), analizan al neoconstitucionalismo desde tres aspectos como una ideología, una metodología y una teoría. Cuando se refiere a la primera esta debe entenderse como aquella que ubica en segundo plano la limitación de los poderes, velando por garantizar los derechos humanos, es una metodología, dado que, establece que los derechos constitucionales y los derechos humanos son aquel puente entre el derecho y la moral, y es una teoría porque adopta un modelo axiológico.

Asimismo, Raymundo (2014), que cita a Prieto (2008) el cual resume al neoconstitucionalismo desde seis aspectos distintos. El primero menciona que, la constitución tiene fuerza vinculante de carácter general, ya que es aquella norma que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a sus preceptos, el segundo aspecto es la supremacía jerárquica en el ordenamiento jurídico o conocido como sistema de fuentes, esto es que la constitución es la norma suprema y por lo tanto es aquella que condiciona la validez de las demás normas del orden jurídico representando frente a estas una amplia y prioritaria interpretación.

El tercero, es la eficacia de la norma y la directa aplicación ya que no necesita de algún acto o ley para ejercer su fuerza vinculante, el cuarto aspecto se entiende a la constitución como una garantía judicial que cuenta con un control constitucional concreto y abstracto encomendando esta labor a órganos especiales, en el caso ecuatoriano la corte constitucional, el quinto aspecto es que cuenta con contenido normativo denso conformado por derechos, principios y valores, y el sexto y último es la rigidez constitucional, una constitución se entiende

como tal cuando su proceso de reforma es dado por un ente distinto al legislador ordinario y bajo procedimientos no ordinarios como por ejemplo una asamblea convocada para el efecto, un referéndum, etc.

En el modelo neoconstitucional, la constitución es omnipotente ante cualquier caso concreto a resolver, siendo la ley relegada a un segundo lugar, la cual debe verse siempre bajo el prisma de la norma constitucional, además, se concibe al juez y a la autoridad pública como aquellos actores activos que velan por el cumplimiento de la constitución, los mismos que en sus decisiones deben argumentar suficientemente, asimismo la discrecionalidad judicial es controlada bajo el principio de proporcionalidad o lo conocido como ponderación.

Un estado puede considerarse constitucionalizado según Guastini (2018), cuando la constitución sea extremadamente invasora, es decir, que tenga la capacidad de condicionar a la legislación y a la jurisprudencia, la acción de los actores políticos, el estilo doctrinal y las relaciones sociales. Para analizar más a profundidad cómo funciona el sistema constitucional en el Ecuador, se tomara algunos aspectos mencionados por Parra (2019), el primero hace referencia a la rigidez de la actual constitución ya que el capítulo noveno y último se dedica por completo a establecer la supremacía de la constitución sobre cualquier otra norma, dicha prevalencia no solo funciona cuando existe un conflicto dado por la contradicción de contenidos, sino que es de aplicación directa, esto es que al aplicar determinada norma para resolver un caso concreto debe prevalecer lo mencionado por la norma suprema.

El procedimiento de reforma por su lado es complejo y limitado esto por la imposibilidad de cambiar principios, derechos y garantías. Sin embargo, existe la figura de enmienda constitucional esto es que puede darse el cambio o reforma de uno o varios artículos que no alteren la estructura fundamental o los elementos constitutivos del estado y además no restrinjan derechos y garantías fundamentales, y que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, esto según el artículo 441 de la misma (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Por lo cual las enmiendas pueden llevarse a cabo conforme lo siguiente: a través de referéndum el cual debe ser solicitado por el presidente o por el ocho por ciento de las personas inscritas en el recinto electoral, por la asamblea nacional con el respaldo no inferior de la tercera parte de sus miembros. Por su lado, la reforma parcial de la constitución puede darse con el cumplimiento de los mismos requisitos establecidos para el referéndum o por resolución integrada por la mayoría de los integrantes de la asamblea nacional.

Siguiendo la línea de idea de párrafos anteriores, el segundo aspecto es las garantías jurisdiccionales en la Constitución, ya que la misma establece mecanismos de control de las normas jurídicas y de los actos de la administración pública los cuales deben guardar armonía con los preceptos constitucionales. En nuestro país según Parra (2019), *“a más de la existencia de un control jurisdiccional existe un control administrativo de creación”* (p. 72). Esto justificado según lo establecido en la constitución en su artículo 84, donde exige a la asamblea nacional a adecuar formal y materialmente las leyes y toda norma jurídica a la Constitución (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Por otro lado, respecto a la administración de justicia en materia constitucional encontramos al control concentrado que ejerce la Corte Constitucional y el control difuso el cual es ejercido por los jueces de justicia ordinaria los cuales tienen la obligatoriedad de realizar un test de constitucionalidad en los casos concretos que se presenten ante ellos para ser resueltos.

La administración de justicia especializada se lleva a cabo por parte del máximo órgano de control constitucional, la Corte Constitucional misma que entre sus funciones se encuentran las siguientes: ser la instancia máxima de interpretación de la constitución, resolver acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo y forma, declarar la inconstitucionalidad de actos normativos, normas conexas y actos administrativos, conocer y resolver las acciones por incumplimiento, expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, sancionar el incumplimiento de sentencias constitucionales, declarar inconstitucional aquellas acciones en la que incurran las instituciones del estado o las autoridades públicas.

Cabe mencionar también la diferencia en el ejercicio del control que realizan los jueces ordinarios frente a los jueces especializados, los jueces ordinarios según Parra (2019), señalándolo de la potestad de “el juez juzga la ley” de ser el caso de encontrarla incompatible la inaplica para el caso concreto pero no la expulsa del ordenamiento jurídico, más bien existe la posibilidad de que el juez ordinario envíe a consulta ante la corte constitucional una determinada norma por encontrarla inconstitucional para que sea el órgano supremo quien determine la constitucionalidad o no de la misma. A diferencia del control que realiza el órgano especializado, al ponerlos en el mismo papel de “el juez juzga la ley” al encontrar una norma incoherente e incompatible con la constitución la invalida con efectos generales, declarando su inconstitucionalidad y expulsándola del ordenamiento jurídico.

Un análisis respecto a las funciones de la Corte Constitucional y propio desde la óptica de la autora del presente trabajo se puede considerar a los jueces constitucionales como legisladores pasivos esto debido a que sus decisiones tienen un alcance de ley, ya que muchas veces las normas son adecuadas y reformadas conforme a los nuevos análisis y pronunciamientos del ente regulador. También contamos a la fuerza vinculante de la constitución, *“el neoconstitucionalismo se sustenta en la existencia de constituciones materiales, es decir textos de “largo aliento”, generosos en la estipulación de normas genéricas y principios de aplicación de derechos, que tiene como fin alcanzar la justicia social”* (Parra, 2019, p. 107).

Dicho de otro modo, y tal cual lo encontramos en la Constitución del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) al establecer principios para la correcta aplicación de los derechos, recogiendo derechos colectivos los cuales son denominados derechos del buen vivir, derechos individuales los cuales son reconocidos como derechos de libertad y los derechos del debido proceso los cuales son nominados como derechos de protección.

Pues como argumenta Parra (2019), cabe aclarar que no todo el contenido de la constitución se presenta propiamente como norma jurídica concreta, esto quiere decir que en algunos aspectos remite la aplicación de un derecho a lo contenido en la ley. Un ejemplo de aquello es lo que encontramos en artículo 66 numeral 14 de la Constitución

(Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), donde se refrenda que *“el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por el juez competente”*.

En todo caso, aun sin la existencia de desarrollo de una norma específica en determinada materia, el juzgador tiene la obligatoriedad de aplicar la constitución y la jurisprudencia existente y aplicable al caso concreto, y aunque la constitución no determine la concreción de un determinado derecho a la ley, si otorga referencias generales para poder desarrollar y garantizar un derecho, de hecho existe el denominado bloque de constitucionalidad, esto no es más que una facultad que otorga la propia constitución a los tratados y convenios internacionales, ratificados por el Ecuador, a estar por encima de la misma cuando estos garanticen la progresividad de los derechos.

Asimismo, tenemos a la interpretación de la constitución, donde Parra (2019), que menciona a Guastini (2018), el cual parte de la siguiente premisa: *“por más que una Constitución sea extensa no puede agotar todos los hechos producidos en sociedad”* (p. 109). Esto quiere decir que requiere un desarrollo jurisdiccional y legal más amplio que lo establecido en la propia constitución con la aspiración de lograr conformar un ordenamiento jurídico más coherente, armónico y completo de los preceptos constitucionales y de las normas que regulan la vida en sociedad evitando lagunas o vacíos normativos.

La Constitución (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) permite la interpretación constitucional a través de la Corte Constitucional en última instancia en determinados casos que quizás no alcanzaron justicia en instancias inferiores. También encontramos a la figura de la aplicación directa de las normas constitucionales ya que es un cuerpo normativo que regula la relación de los particulares con el estado, y de los particulares entre los particulares, establece en ella misma las garantías genéricas para garantizar la armonía de dichas relaciones, esto es que en la actualidad cualquier juez o servidor público para resolver un caso concreto debe motivar sus decisión principalmente conforme a lo establecido en la carta suprema.

Y finalmente, encontramos la interpretación conforme a las leyes, para lo que Guastini (2018), que es mencionado por Parra (2019), señala que “*no existe un texto normativo que tenga un solo significado determinado antes de la interpretación*”; esto es que las dudas que puedan presentarse respecto al alcance de un cuerpo normativo, no solo se presentan en los cuerpos constitucionales, sino también en las leyes aunque es estas últimas generalmente se presenten en forma de reglas no es menos cierto que existen mandatos o enunciados legales en forma de principios, por lo cual cuando se está frente a una ley que requiere de interpretación esta debe llevarse a cabo conforme lo establecido en la constitución.

Para Parra (2019), puede darse el caso de que las leyes al momento de ser leídas por los administradores de justicia pueden ser entendidos de una forma, sin embargo, al aplicar en el caso concreto su interpretación difiere, a lo que el autor se plantea la interrogante: ¿Cuál de las interpretaciones de los juzgadores debe guiar su decisión y actuación? Pues debe ser la que más se ajuste a la norma suprema, donde la interpretación de la ley debe ser desarrollada de forma progresiva concordante con la constitución para que la norma pueda ser conservada, ya que de lo contrario como se mencionó en párrafos anteriores perdería su vigencia, esto por el control que ejercería el juez especializado.

Se puede concluir brevemente que el ordenamiento jurídico en el Ecuador se encuentra constitucionalizado, esto debido a que la Constitución es reconocida como la norma suprema la cual determina un rol fundamental en el desarrollo de las demás normas infraconstitucionales, y además de ser un regulador de las funciones y atribuciones de los operadores de justicia. Estableciendo así la obligatoriedad de que todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico guarden armonía con la constitución y que las actuaciones judiciales sean siempre en aras de garantizar los derechos fundamentales que han sido reconocidos en la misma.

Respecto a la interpretación que deben realizar los administradores de justicia, la propia constitución menciona que las normas constitucionales: Se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la constitución

en su integralidad. Por lo cual, en el caso de duda se va a interpretar 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 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Pero ¿qué se entiende por tenor literal? Es el significado que se le da a las palabras en su sentido primario y natural, es decir, el uso que usual y normalmente se les da. Sin embargo, el neoconstitucionalismo considera que todo texto es susceptible de tener varios sentidos. Por lo tanto, el sentido que se le dé partiendo desde el significado natural de las palabras será validado conforme se ajuste al sentido de la constitución desde su totalidad esto quiere decir cuando se ajusta al sentido general de la constitución y no existe contradicción interna.

Por otro lado, puede llegar hacer un poco contradictoria ya que la misma constitución establece de forma explícita que en caso de duda sobre la norma constitucional se interpretara en el mejor sentido que interprete la voluntad del constituyente, a lo que esto es claramente un análisis opuesto a la interpretación literal, por lo que Parra (2019), menciona lo siguiente:

La manera más evidente de respetar la voluntad del constituyente es atender el contenido de su texto tal cual. Pero si se parte de la idea de que el legislador no dice todo lo que quiere, como asume la Constitución cuando obliga una interpretación más ajustada a la voluntad del constituyente, se tendrá que atribuir un sentido distinto al escrito; en ese caso, deberá ser el que más favorezca la vigencia de los derechos debido al contexto social y político que involucró la creación de la carta magna. (p. 114)

El mismo autor menciona que si nos remitimos al preámbulo constitucional se puede entender un poco más la intención del legislador al desarrollar el texto el cual buscaba que exista respeto de género, equidad, reconocimiento a la diversidad de los pueblos entre otros, buscando una nueva visión de vida para los ecuatorianos fundados en la democracia y el respeto a la naturaleza. Es así que, los administradores de justicia al interpretar la norma deben atender la voluntad del legislador constituyente y la percepción que tenía en

aquel entonces respecto a lo que quería lograr en el nuevo estado constitucional de derechos y justicia.

Para ejemplificar aquellos aspectos del neoconstitucionalismo mencionados anteriormente, se procederá a tomar como ejemplo el análisis de una sentencia de garantía jurisdiccional la cual es la acción de protección, que ha sido desarrollada por Erique (2021). El juicio referido es el N° 11333-2020-00799 (Ecuador Corte de Justicia, 2020), en la sentencia se busca el reconocimiento de la vulneración del derecho al trabajo por haberse dado la terminación de la relación laboral de un ciudadano ecuatoriano con la entidad pública Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM, a lo que el accionante alega una vulneración al derecho a la seguridad jurídica, a obtener resoluciones motivadas por parte de la administración pública, y derecho al trabajo. Es así como, el administrador de justicia entre las disposiciones constitucionales aplicadas para resolver el caso toma los siguientes artículos 86, 88, 33, 76, 72, 325 de la Constitución ecuatoriana (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), toma en cuenta jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y lo establecido en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados por el Ecuador.

Se puede observar a simple vista que la motivación de la decisión se encuentra ordenada sistemáticamente se resuelve conforme a preceptos establecidos en la norma suprema, a pronunciamientos emitidos por el máximo órgano de control e interpretación constitucional del país, como lo es la Corte Constitucional y se toma en cuenta tratados internacionales que en muchos de los casos garantizan la progresividad de los derechos de las personas.

Por otro lado, se encuentran a las normas legales citadas 18, 41, 40, 7 de la Ley el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009); el artículo 17 de la Ley Orgánica de Servicio Público (Ecuador. Asamblea Nacional, 2010) y los artículos 105, 18, 16 del reglamento a la LOSEP Asamblea Nacional del Ecuador (2010). Se puede observar que no se restringe la aplicabilidad de las normas infraconstitucionales, sino que más bien son interpretadas a la luz de los mandatos constitucionales, considerando el efecto irradiativo

de la norma suprema el cual permite tutelar la efectiva vigencia de los derechos.

Para concluir este breve análisis, se puede observar que se prioriza a la Constitución como fuente principal para la resolución del caso, de la misma manera se percibe que se han considerado elementos neoconstitucionales, como son, la garantía jurisdiccional en este caso la acción de protección, la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional, la interpretación conforme a las leyes y la aplicación directa de la Constitución, elementos que se encuentran recogidos en la propia Constitución (Ecuador. Asamblea Constituyente, 2008).

Por lo tanto, en la sentencia examinada, se corrobora que se ha considerado por parte del juzgador estos elementos del constitucionalismo moderno y garantista, que tiene como función principal velar por la plena vigencia y garantía de los derechos del hombre, y en el caso concreto, garantizar el derecho reclamado. Por lo cual, se concluye que existió un análisis coherente entre los hechos y los artículos empleados para resolver el caso y motivar la decisión tomando en cuenta los elementos característicos del neoconstitucionalismo, propios de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

El neoconstitucionalismo tiene su aparición a raíz de hechos crueles y degradantes con los cuales el hombre reflexionó y se planteó la necesidad de plasmar normas que sirvan para armonizar la convivencia de la sociedad basándose en el respeto de los derechos humanos. El Ecuador en su historia constitucional muy poco, por no mencionar que nada ha recogido y velado por reconocer derechos a las personas, más bien estas constituciones fueron cartas políticas que sirvieron para gobernar por parte de cada presidente de turno.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico del Ecuador bajo la influencia del neoconstitucionalismo ha promocionado a potenciar el contenido de la Constitución, esto dado que pasa de ser una constitución netamente política que organiza funciones del estado, a ser una constitución garantista que reconoce derechos fundamentales y que obliga a las demás normas del ordenamiento jurídico a someterse a sus preceptos, modificando los presupuestos básicos de funcionalidad del Estado ecuatoriano en relación a la acción judicial.

La teoría neoconstitucional se presenta como una teoría del derecho con aspectos deontológicos que infiltran a la moral con el Derecho, instando el deber ser del derecho, el mismo que debe atender no solo a la forma de creación de las normas jurídicas, sino a la confrontación que tienen las normas jurídicas con la realidad social que van a regular.

La visión de la Constitución del 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) indudablemente trae consigo un cambio profundo a la forma de concebir al derecho constitucional en el Ecuador esto dado que ha recogido ese enfoque normativo del neoconstitucionalismo, el cual tiene como característica la supremacía de la constitución, el reconocimiento de los derechos, la existencia de un ente regulador específico, la rigidez constitucional, la aplicación directa de la constitución, entre otros. Mismas características que pudieron verse demostradas en la tramitación de una acción de protección.

Evidentemente, la doctrina del neoconstitucionalismo es caracterizada por la infiltración del derecho ordinario por las normas constitucionales demostrando así la omnipresencia de la constitución en las demás normas ordinarias, transformándose en la fuente autoritaria del ordenamiento jurídico que cuenta con fuerza vinculante con carácter general, reconociendo además en sus preceptos valores y principios acercando el derecho a la moral.

Referencias bibliográficas

Asamblea Constituyente de la República Italiana. (1947). Constitución de la República Italiana. <https://www.constituteproject.org/constitution>

Ávila Santamaría, R. (2009). Del estado legal de derecho al estado constitucional de derechos y justicia. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Abya Yala.

Bianchi, A. B. (2009). *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*. Editorial Cathedra Jurídica.

Carbonell, M. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Trotta.

- Celi, I. (2017). *Neoconstitucionalismo en Ecuador*. Corporación Editora Nacional.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Consejo Parlamentario de Alemania. (1949). Constitución de la República Federal de Alemania. <https://elordenmundial.com/hoy-en-lahistoria>
- Dacasa López, E. Constitucionalismo, neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Primera Instancia*, 10(20), 131-169.
- De la Rosa, Y. C. (2010). Aproximación a los conceptos neoconstitucionalismo y derechos fundamentales. *Saber, Ciencia y Libertad*, 40.
- Echeverría, J. (2008). *Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente*. Abya-Yala.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial N° 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). Registro oficial 544. <https://www.registroficial.gob.ec/edicion-especial-no-1079/>
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2022). Ley Orgánica Servicio Público. Registro Oficial No. 294. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3407/1/Ley%20Org%20a1nica%20del%20Servicio%20P%20bablico.pdf>
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. (2020). Juicio N° 11333-2020-00799. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBIIdGE6J3NvcnRIbycsIHV1aWQ6J2YzM-j4YTM0LWY0OGYtNDE3Mi1hODI2LTAxMGFhZDU1ZDE2MS5wZ-GYnfQ==

- Erique Moncada, P. F. (2021). *La aplicación del neoconstitucionalismo como la nueva concepción del derecho y del estado ecuatoriano*. (Tesis de maestría). Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Evangelista, M.C. (2015). A 800 años de la Carta Magna Inglesa de 1215. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/miscelaneas41620.pdf>
- Ferrajoli, L. (2009). Garantismo. *Una discusión sobre derecho y democracia, traducción de Andrea Greppi*. Colección estructuras y procesos, Serie Derecho. Trota.
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*. Ediciones Legales y Ubi iuris.
- Parra, R. (2019). *El neoconstitucionalismo en Ecuador*. ESPOCH.
- Prieto Sanchis, L. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Ministerio de Justicia. <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/117-el-principio-de-proporcionalidad-y-la-interpretaci%C3%B3n-constitucional/fie>
- Raymundo, G. R. (2014). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Biblioteca jurídica UNAM México*, 9.