



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**Análisis de la corriente doctrinal fuente de los principios fundamentales de
nuestra constitución**

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Velásquez Mera, Luis Alberto

DIRECTOR: Blanco Dávila, Marcelo Gustavo Dr. M.C.I

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2015



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctor

Marcelo Blanco Dávila
DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación, denominado “**Análisis de la corriente doctrinal fuente de los principios fundamentales de nuestra constitución**”, realizado por el estudiante: **Luis Alberto Velásquez Mera**, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Quito, Noviembre 2014

f)

Dr. M.C.I Marcelo Blanco Dávila
DOCENTE DE LA TITULACIÓN

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo **Luis Alberto Velásquez Mera** declaro ser autor (a) del presente trabajo de titulación: **“Análisis de la corriente doctrinal fuente de los principios fundamentales de nuestra constitución”**, de la Titulación **Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil**, siendo el Dr. M.C.I Marcelo Blanco Dávila director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f)

LUIS ALBERTO VELÁSQUEZ MERA
C.I. : 1713936431

AGRADECIMIENTO

Primero le quiero agradecer a Dios por haber hecho posible, que todas las acciones, momentos y personas se junten para poder lograr que esta tesis se la pueda concluir con éxito.

Tengo que dar un agradecimiento un agradecimiento todos mis profesores quienes en estos 2 años de mi carrera en esta prestigiosa Universidad han sabido transmitirme sus conocimientos, a través de conferencia libros o tutorías, aportando de gran manera a mi formación como profesional. Además debo resaltar, la responsabilidad del Dr. M.C.I Marcelo Blanco Dávila, quien apporto con sus conocimientos para la conclusión de esta tesis.

Muchas gracias a todos

DEDICATORIA

Este trabajo lo quiero dedicar primeramente a mis padres Carlos y Marcia, que han estado junto a mí en los momentos buenos y malos, siempre entregando el apoyo incondicional que he requerido, además me enseñaron a ser perseverante en mis objetivos trazados y me han entregado lo mejor de ellos sin pedir nada a cambio.

Especialmente dedico esta Tesis a mí querida esposa Tania, por su comprensión, amor, fuerza y apoyo que me ha brindado desde que ella llegó a mí vida, pero especialmente durante todo este tiempo de desarrollo del presente trabajo, impulsándome a dar lo mejor de mí, para concluir esta tesis.

Los quiero mucho

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTADA	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	III
AGRADECIMIENTO	IV
DEDICATORIA	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS	VI
ÍNDICE DE CUADROS	VII
RESUMEN EJECUTIVO	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA

1.1	Planteamiento del problema	6
1.1.1	Formulación del problema	15
1.1.2	Alcance o delimitación del objeto de la investigación	17
1.2	Objetivos	17
1.2.1	General	17
1.2.2	Específicos	17
1.3	Justificación e importancia	18
1.3.1	Justificación Teórica	20
1.3.2	Justificación Práctica	23

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1	Antecedentes investigativos	25
2.2	Perspectiva General del Neo Constitucionalismo	25
2.3	Una mirada introspectiva al Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.	27
2.4	Una concepción ancestral de vida: El SumakKawsay o Buen Vivir en Ecuador	29
2.5	Fundamentación teórica	31
2.5.1	Fundamentos del Neo Constitucionalismo	31
2.5.2	Fundamentos del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.	32
2.5.3	Fundamentos del SumakKawsay o Buen Vivir en Ecuador	35
2.6	Hipótesis o idea a defender	39

CAPÍTULO III: LA CORRIENTE DOCTRINAL DEL NEO CONSTITUCIONALISMO

3.1	Historia	42
3.2	La Teoría Neo Constitucionalista	44
3.2.1	Neo Constitucionalismo Como Teoría Del Derecho	45
3.2.2	Neo Constitucionalismo Como Ideología	46
3.2.3	Neo Constitucionalismo Como Teoría Metodológica	48
3.3	Los Principios que Caracterizan al Neo Constitucionalismo	48
3.4	Implicaciones que se Derivan la Inclusión del Neo Constitucionalismo	52

CAPÍTULO IV: EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO

4.1	Antecedentes Contemporáneos del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.	56
-----	--	----

4.2	El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano como Corriente Doctrinal.	58
4.3	Los Elementos Formales y Materiales del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.	66
4.4	La Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.	68
4.5	El Reconocimiento Constitucional De Un Principio Ancestral	70

CAPÍTULO V: EL BUEN VIVIR O “SUMAK KAWSAY” COMO PRINCIPIO RECTOR EN EL NUEVO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

5.1	¿Qué debemos entender por SumakKawsay?	73
5.2	Los Principios del SumakKawsay	77
5.3	Reconocimiento Constitucional del SumakKawsay	79
5.4	La Relación del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano y El SumakKawsay.	86

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1	Conclusiones	89
6.2	Recomendaciones	91

MATERIALES DE REFERENCIA

	Referencias Bibliográficas	93
	Referencias Netgráficas	94

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO NO. 1:		
Árbol de Problemas		16
CUADRO NO. 2:		
Cuadro Comparativo: Los Derechos Sociales en la Constitución Ecuatoriana de 1998 vs los Derechos del Buen Vivir en la Constitución Ecuatoriana del 2008.		38
CUADRO NO. 3:		
Los Derechos Sociales de la Constitución de 1998 son reconocidos por la Constitución del 2008 como Derechos del Buen Vivir		81
CUADRO NO. 4:		
Derechos Sociales y Derechos del Buen Vivir		81
CUADRO NO. 5:		
Derechos de la Constitución De 1998 que están Inmersos en otros Derechos de la Actual Constitución.		82
CUADRO NO. 6:		
Derechos del Buen Vivir vs Derechos Sociales		83

RESUMEN

En la actualidad existen argumentos referidos a que nuestra actual Constitución ha sido influenciada por el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano es una corriente jurídica en desarrollo que se viene implementando en las constituciones de nuestro continente desde 1988. Sin embargo otros juristas mencionan que el Neo Constitucionalismo Clásico que apareció luego de la segunda guerra mundial es la corriente jurídica que influencio a nuestra constitución

Por lo que buscaremos desarrollar los principios y características del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano y el Neo Constitucionalismo con el fin de poder apreciar sus diferencias y similitudes para poder concluir con una idea clara, del porque precisamente el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano es la corriente jurídica que influenció a nuestra Constitución y su relación con el Sumak Kawsay o Buen Vivir que en la actualidad se constituye como un elemento principal en nuestra Norma Suprema.

Descriptores: Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, Neo Constitucionalismo, Corriente jurídica, Constitución, Sumak Kawsay.

ABSTRACT

At present there are arguments about our current Constitution has been influenced by the New Latin American Social Constitutionalism is developing a legal power that is being implemented in the constitutions of our continent since 1988. But other jurists mention that the Neo Classic Constitutionalism that Then he came the Second World war is the legal power that influenced our constitution

Therefore we seek to develop the principles and characteristics of the New Latin American Constitutionalism and Social Neo constitutionalism in order to appreciate their differences and similarities to conclude with a clear idea of the New Social precisely because Latin American constitutionalism is the current legal influenced our Constitution and its relationship to the Good Living or Sumak Kawsay which now constitutes as a major element in our supreme law.

Descriptors: New Constitutionalism Latin American partners, Neo Constitutionalism, current law, Constitution, Sumak Kawsay.

INTRODUCCIÓN

Latinoamérica se encuentra en un momento especial en el ámbito jurídico-doctrinal ya que desde la década de los 90 del siglo anterior se viene desarrollando en países como, Brasil, Colombia, Bolivia, Venezuela, y Ecuador, una corriente jurídica conocida como el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, la cual tiene sus bases en el Neo Constitucionalismo europeo, pero que introdujo elementos propios que van acorde a la realidad que viven los países de nuestra región.

Elementos como: la legitimidad del poder constituyente es decir la capacidad del pueblo para determinar y limitar el poder público; el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas; la obligación del Estado de promover y satisfacer los derechos contemplados en la Constitución; la gran cantidad de derechos que se reconocen en las constituciones, son algunas de las diferencias que se presentan en contra del Neo Constitucionalismo Clásico originario de Europa, debido a que, entre otras razones, sus procesos de desarrollo siempre fueron diferentes a los suscitados en nuestro continente. No tuvieron que pasar por procesos de descolonización como ocurrió en nuestros países; la exclusión de pueblos ancestrales no era uno de sus problemas como si sucedió en América. Esta exclusión trajo consigo una serie de levantamientos políticos y sociales que ha permitido que en los últimos tiempos los pueblos indígenas se han reconocidos como una fuerza política, cultural y social muy fuerte en nuestros países y que con el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano son reconocidos e incluidos en las Constituciones

El CAPÍTULO PRIMERO contiene el planteamiento y formulación del problema, los objetivos: general y específicos, la justificación e importancia. En este capítulo se proyecta la necesidad de realizar un estudio de la corriente doctrinal que influenció en la elaboración de la actual Constitución Ecuatoriana.

En el CAPÍTULO SEGUNDO, consta el marco teórico en el que se explican las investigaciones y doctrina referente al tema de investigación

En el CAPÍTULO TERCERO, se realiza un análisis de la corriente doctrinal del Neo Constitucionalismo, como una cultura jurídica que desarrolla después de la segunda guerra mundial, particularmente como consecuencia de la aplicación y expansión del constitucionalismo material surgido en Alemania y seguido por Italia, Portugal y España.

En el CAPÍTULO CUARTO, se aborda el tema del nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, como una corriente jurídica en desarrollo, cuya ideología promueve una filosofía basada en la existencia de un “Estado Constitucional” como la mejor y más justa de las formas de estado posible; y, que como teoría implica la formulación de una nueva explicación teórica del Derecho, que reemplace los postulados y axiomas del positivismo teórico.

En el CAPÍTULO QUINTO, se estudia un elemento que tiene directa y clara relación con el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, y que es precisamente la inclusión de principios de cosmovisión indígena, como el Sumak Kawsay o Buen Vivir en nuestro país, el cual se transforma en el principio y el objeto principal a alcanzar por Estado, ya que el mismo busca la armonía entre el individuo la colectividad y la naturaleza. Para este principio cuando uno de estos elementos falla se rompe la armonía y todos entramos en conflicto. En nuestra Constitución actual a los derechos se los conoce como del Buen Vivir y existen capítulos dedicados especialmente a ellos, y para cumplir con este objeto, se creó el Plan Nacional del Buen Vivir (Sumak Kawsay), estas razones me llevaron a tratar al Sumak Kawsay o Buen Vivir en un capítulo especial.

Finalmente en el CAPÍTULO SEXTO, se insertan las conclusiones y recomendaciones a las que se ha arribado luego de la finalización de la investigación.

**CAPÍTULO I:
EL PROBLEMA**

1.1 Planteamiento del problema

Alrededor del mundo se han formulado una variedad de corrientes jurídicas para la elaboración de las Cartas Magnas o Constituciones de cada país, una de aquellas corrientes jurídicas es el Neo Constitucionalismo, que es una teoría ideológica que apareció luego de la Segunda Guerra Mundial en Alemania y para ser más específico en 1958 en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, posteriormente apareció en países como Italia, Francia, España en 1978 luego en Estados Unidos.

El Dr. Alfonso Santiago, al referirse al Neo Constitucionalismo dice: “Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de Neoconstitucionalismo”.¹

El Neo Constitucionalismo plantea que las Constituciones (leyes de mayor jerarquía o normas supra legales) deben organizar los poderes estatales con el fin de proteger los derechos fundamentales del hombre. Con esta teoría jurídica ideológica se eleva a nivel de norma o ley escrita a los derechos considerados naturales a la dignidad humana.

Por otra parte, uno de los teóricos del Derecho Constitucional, Roberto Viciano al respecto de esta corriente jurídica dice:

“... el neo constitucionalismo está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un extenso catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por la determinación de que la aplicación y la interpretación de las normas constitucionales no puede ser la misma que la de las normas legales. Se trata en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y de fortalecer su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo”.²

“En definitiva, el Neo Constitucionalismo pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas y convertir al Estado Derecho en el Estado Constitucional de Derecho”³

Para el efecto debemos distinguir las concepciones de Estado de Derecho y de Estado Constitucional de Derecho. El primero, es decir, el Estado de Derecho consiste en “El sometimiento de los poderes públicos a la ley, elaborada por la mayoría, como expresión de la voluntad general, surge el principio de legalidad. La ley es la que condiciona la actuación

¹SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Versión digital disponible en: <http://ancmip.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> [Fecha de consulta: 22 de junio 2014]

²VICIANO PASTOR, Roberto. El Nuevo Constitucionalismo en América Latina. Editorial Corte Constitucional del Ecuador.p. 18. Quito-Ecuador, 2010.

³VICIANO PASTOR, Roberto. ¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como Corriente Doctrinal Sistematizada?. Versión digital disponible en: www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf,[consultado el 20 de junio de 2014]

de los gobernantes y ellos se encuentran sometidos a ella bajo su imperio.”⁴. Mientras que en el Estado Constitucional de Derecho es:

[...] la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio.”⁵

Es precisamente función de la constitución “establecer la unidad de un ordenamiento jurídico dado, es decir, de reunir las diversas fuentes de producción del derecho, de modo que éstas aparezcan como expresión de un mismo pensamiento, partes de un sistema único”⁶.

En nuestro continente el Neo Constitucionalismo apareció en la Constitución brasileña de 1988, Sin embargo a partir de la década de los 90 el neo constitucionalismo en Latinoamérica pasa a ser más bien fundamento u origen de una corriente doctrinal conocida como El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, que apareció por primera vez en la Constitución colombiana de 1991 y luego en la venezolana de 1999.

“El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, asume las posiciones del neo constitucionalismo, sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no solo es la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática. En efecto si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o alteración de las normas constitucionales.”⁷

⁴CAJICA LOZADA, Gustavo, Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática, Versión digital disponible en:<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/2/pr/pr7.pdf> [consultado el 20 de junio de 2014]

⁵AVILASANTAMARIA, Ramiro, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Editorial Ministerio de Justicia, p.22, Quito-Ecuador, 2008

⁶MORTATI, Constantino. La Constitución en sentido material. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000. p.143

⁷VICIANO PASTOR, Roberto, El Nuevo constitucionalismo en América latina, Editorial Corte Constitucional del Ecuador, Quito-Ecuador, 2010, p.18.

Además este Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano busca la integración de todos los sectores de la sociedad dando así protagonismo a sectores que habían sido olvidados como el pueblo indígena.

Como ha sucedido en otros países como los antes nombrados Colombia, Venezuela y Brasil de nuestro continente, en Ecuador también se generó un cambio con la diferencia de que este proceso es algo nuevo en referencia al tiempo en que los otros países realizaron sus cambios de Constitución ya que nuestra Constitución fue cambiada en el 2008.

Cabe señalar que durante toda la vida constitucional el Ecuador hasta el momento cuenta en su historia con 19 Constituciones aprobadas en los siguientes años:

Constitución de 1830

Después de que Ecuador se separa de la Gran Colombia, el 23 de septiembre de 1830, se reunió en Riobamba la Primera Asamblea Nacional Constituyente, la cual proclama la Primera Constitución del Ecuador, en la cual consta que los departamentos del Azuay, Guayas y Quito quedan reunidos en un solo cuerpo independiente con el nombre de Ecuador.

La misma Asamblea nombró como Presidente a Juan José Flores, y como Vicepresidente a José Joaquín de Olmedo. Flores tenía que organizar al estado ecuatoriano. En 1832 el gobierno de Flores tuvo el acierto de incorporar al territorio nacional las Islas Galápagos.

La primera constitución duró cinco años, con una tendencia conservadora.

Constitución de 1835

Una vez que el ejército de Flores derrota al ejército de José Félix Valdivieso, se instaló en 1835 una Asamblea Nacional Constituyente, que expidió la segunda Carta Política un 13 de agosto de ese mismo año en Ambato. Donde se nombró como Presidente a Vicente Rocafuerte Bejarano, y como Vicepresidente a Juan Bernardo León

La segunda Constitución del Ecuador duró ocho años con una tendencia liberal.

Constitución de 1843

Nombrado por segunda vez nombrado como Presidente a Juan José Flores, se convocó a una nueva Asamblea Nacional Constituyente, que se reunió en Quito y promulgó la tercera Carta Política un 1 de abril de 1843.

Esta constitución tenía una tendencia conservadora duró dos años y fue conocida como "La carta de la esclavitud" debido a que esta constitución trataba de mantener al presidente Flores en el poder. Unas de las principales resoluciones destacaron:

- El presidente durará ocho años con la posibilidad de reelección.
- Restricción de libertad de imprenta e imposición de castigos para vendedores de diarios impresos en el exterior.

Constitución de 1845

Por el autoritarismo del Gral. Juan José Flores se inició un proceso de revueltas en el país, una de estas fue conocida como la Revolución Marxista la cual estalló un 6 de marzo de 1845 y terminó en 1859, con la que se logró derrocar al Presidente Flores y se vio la necesidad de elaborar una nueva constitución. El 8 de diciembre de 1845, se reunió una nueva Asamblea Nacional Constituyente en Cuenca, y expide la cuarta Carta Política.

La cuarta constitución del Ecuador duró seis años con una tendencia liberal.

Constitución de 1851

Un 27 de febrero de 1851, se reunió una nueva Asamblea Nacional Constituyente en Quito y promulgó la quinta Carta Política del Ecuador está nombró a Diego Noboa Presidente de la República del Ecuador.

La quinta Constitución del Ecuador duro 1 año y tuvo una tendencia conservadora.

Constitución de 1852

El 6 de septiembre de 1852, luego de concluir la administración de Diego Noboa se convocó a una nueva Asamblea Nacional Constituyente, la cual expidió la sexta Carta Política, donde gobernó al Ecuador José María Urbina y Viteri, desde 1852 hasta 1856.

La sexta Constitución del Ecuador duro nueve años, tenía una tendencia liberal.

Constitución de 1861

En Quito, un 10 de abril de 1861 una nueva Asamblea Nacional Constituyente se reunió la cual promulga la séptima Carta Política del Ecuador, en la cual gobernaba al Ecuador Gabriel García Moreno.

La séptima Constitución duró ocho años, y tenía una tendencia conservadora.

Constitución de 1869

En Quito una nueva Asamblea Nacional Constituyente se reunió el 11 de agosto de 1869, la cual promulgó la octava Constitución del Ecuador, la cual era conocida como La Carta Negra ya que convirtió al presidente Gabriel García Moreno en un dictador legal con amplio poder de veto; en amo del Consejo del Gobierno; en elector poderoso de los magistrados del Poder Judicial; en dueño del congreso; en alguien indispensable; en dueño de la burocracia.

García Moreno impuso la religión católica a los ecuatorianos y obligó a los poderes públicos protegerla y hacerla respetar.

La Carta Negra fue refrendada en el plebiscito de julio de 1869. La octava Constitución duró nueve años y tuvo una tendencia conservadora.

Constitución de 1878

Una vez concluida la rebelión del 8 de septiembre de 1876, se reunió en Ambato una nueva Asamblea Nacional Constituyente, la cual promulga la novena constitución un 6 de abril de 1878, donde el presidente de la Asamblea, Ignacio de Veintimilla, asume dictatorialmente la Presidencia de la República, gobernando al Ecuador desde 1876 hasta 1883

Es desde este gobierno que Eloy Alfaro empezó su oposición armada.

La Novena constitución duró seis años y tuvo una tendencia liberal.

Constitución de 1884

Tras el fin de la presidencia de Veintimilla en 1883 se establecieron tres gobiernos seccionales Eloy Alfaro en Manabí y Esmeraldas, Pedro Carbo en Guayaquil y el

Pentevirato en Quito; el 10 de agosto de ese año se llamó a elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente que se reunió en Quito. La Nueva Carta Magna proponía un Ecuador unitario y centralista en estas condiciones empezó a gobernar al Ecuador José María Plácido Caamaño, desde 1884 hasta 1888.

La décima carta política duró trece años, tuvo una tendencia conservadora

Constitución de 1897

Una nueva Asamblea Nacional Constituyente se reunió en Guayaquil, la cual expide la décima carta política un 14 de enero de 1897 y ésta elige Presidente Constitucional al General Eloy Alfaro Delgado.

En ésta constitución se proclamaron algunos derechos como la libertad de conciencia y de cultos, también puso en marcha un ambicioso programa de obras públicas y educacionales, Quito empezó a tener luz eléctrica la mujer era admitida en el servicio público.

En junio de 1897 se contrató para la construcción del ferrocarril, al Ingeniero Archer Harman. Se estableció el Registro Civil, se implantó el pensamiento liberal que fue muy difícil conseguirlo. El 14 de enero de 1897 el Presidente Alfaro promulgó la ley que garantizaba la libertad de pensamiento, hecho inédito en la República, la obra liberal fue fecunda con la creación de un nutrido número de establecimientos de instrucción secundaria y viabilidad. El liberalismo planeó cambios radicales ya que Ecuador necesitaba transformaciones que eliminasen la corrupción el problema político y la pobreza en la mayoría de la población.

La décima primera constitución duró nueve años, tuvo una tendencia liberal.

Constitución de 1906

La Asamblea Constituyente reunida en Quito, un 23 de diciembre de 1906, emite la décima segunda Constitución que rigió hasta 1925, en la que se concretan los principios liberales y se proclama la Jefatura Suprema de Eloy Alfaro, nombrándolo Presidente Constitucional hasta 1911.

Esta constitución propuso paz exterior, viabilidad y ferrocarriles, desarrollo de las artes y ciencias, educación laica, fortalecimiento del ejército, a más de las conquistas que se dieron

en la Décima Primera Constitución y sin duda lo más importante la finalización de la construcción del ferrocarril que llegó a Quito el día 25 de junio de 1908.

La Décimo Segunda Constitución duró veinte y tres años, con una tendencia liberal.

Constitución de 1929

El 9 de Julio de 1925 se produjo la revolución Juliana mediante un golpe de estado que depuso el gobierno de Gonzalo Córdova y Rivera.

Una nueva Asamblea Nacional Constituyente convocada por Isidro Ayora, lo nombra Presidente Constitucional y el 26 de marzo de 1929 se promulga la Décimo tercera Carta Política del Ecuador

La décimo tercera Constitución duro nueve años, con una tendencia liberal.

Constitución de 1938

Se convocó a una nueva Asamblea Nacional Constituyente que se reunió en Quito, un 2 de diciembre de 1938, la Décimo Cuarta Carta Política. La cual nombra como mandatario a Aurelio Mosquera Narváez, esta Carta Política fue aprobada pero no llega a regir y se pone en vigencia la Constitución de 1906.

La Décimo Cuarta Constitución no duró mucho debido a que no fue puesta en vigencia, pero tenía una tendencia liberal.

Constitución de 1945

Con la firma del Protocolo de Rio de Janeiro, Ecuador perdió alrededor de 200.000 kilómetros cuadrados, la presidencia de Arroyo del Río estaba con baja credibilidad y por eso fue derrocado, en estas circunstancias tuvo que gobernar el Dr. José María Velasco Ibarra, quién fue proclamado un 10 de agosto, presidente del Ecuador, por una nueva Asamblea Nacional Constituyente, la cual el 6 de marzo de 1945 expide la Décimo Quinta Constitución.

En esta constitución se establece la Contraloría General del Estado, la Comisión Legislativa Permanente, la Superintendencia de Bancos y el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Ningún líder político en el Ecuador ha tenido el apoyo popular que tuvo José María Velasco Ibarra. Por ser muy instruido, con sus discursos fogosos, emocionaba a las masas.

La Décimo Quinta Constitución duro un año, tenía una tendencia liberal

Constitución de 1946

Luego del autogolpe de Velasco Ibarra, en 1946, se convocó a una nueva Asamblea Nacional Constituyente, la cual nombra como Presidente Mariano Suarez Veintimilla y el 31 de diciembre redacta la Décimo Sexta Constitución, la cual vuelve a crear el cargo de Vicepresidente y el Tribunal Supremo Electoral.

La décimo Sexta Constitución duro veinte años, con una tendencia liberal.

Constitución de 1967

La nueva Constituyente convocada por Clemente Yerovi Indaburu, proclamó la nueva Carta Magna un 25 de mayo de 1967, esta Asamblea proclama a Otto Arosemena Gómez, Presidente Interino, crea la Superintendencia de Compañías y la Junta de Planificación y Coordinación.

La Décimo Séptima Constitución duró once años, con una tendencia conservadora.

Constitución de 1979

Una nueva Asamblea Nacional Constituyente, reunida en Quito, un 15 de enero de 1978 la cual proclamó la Décimo Octava Carta Política del Ecuador, y donde asume la presidencia Jaime Roldós Aguilera.

La Décimo Octava Constitución duro veinte años, con una tendencia social demócrata.

Constitución de 1998

Una nueva Asamblea Nacional Constituyente se reunió en Quito y expidió la Décimo Novena Carta Política un 5 de junio de 1998, la cual entra en vigor con la posesión del presidente Jamil Mahuad Witt.

El 9 de enero del año 2000, y como una medida desesperada, el mandatario dolarizó la economía. Mahuad al igual que Bucaram huyeron del país, tras muchas revueltas, y asumió la presidencia Gustavo Noboa Bejarano.

Después de concluirse el gobierno de Noboa, entra al poder el Cnel. Lucio Gutiérrez Borbúa. En su gobierno se fortaleció la labor de los gobiernos locales. El Congreso ecuatoriano cesó en sus funciones a Lucio Gutiérrez y nombró presidente a Alfredo Palacio, tras considerar que el presidente Lucio Gutiérrez había abandonado el cargo tras múltiples protestas. En las elecciones del 2006 gana Rafael Correa, y por lo tanto asume la presidencia de la República.

La décimo novena Constitución tuvo diez años de vigencia, con una tendencia neoliberal.

CONSTITUCIÓN DEL 2008

Nuestra actual Constitución es la número veinte de nuestra historia y no es la excepción pues existen varios estudios relacionados al articulado, a su aplicabilidad dentro de nuestro entorno, los cambios dentro de las diferentes leyes y códigos para que estén acorde a la filosofía jurídica de la misma.

Pero con respecto al estudio de la corriente jurídica doctrinal en la cual fue fundamentada, se han realizado varios estudios indicando que la Constitución Ecuatoriana de 2008 está influenciada por el Neo Constitucionalismo de forma pura, sin embargo, estos estudios han dejado de lado el análisis del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano doctrina que como lo hemos conceptualizado anteriormente se basa o se origina en el Neo Constitucionalismo, pero en sus principios y fundamentación encontraremos la diferencia, por lo que se hace necesario realizar un estudio del Neo Constitucionalismo versus El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano para dilucidar y tener bien en claro si el Neo constitucionalismo en su concepción pura siendo una corriente jurídica bien formada, influyó directamente en nuestra Constitución o El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano que es una corriente nueva y que se encuentra en pleno desarrollo es la corriente que influyó a nuestra Constitución.

Además la primera respuesta al problema planteado nos llevará a dilucidar del porque se ha implementado el principio de cosmovisión andina o indígena Sumak Kawsay (Buen Vivir) y si existe alguna relación entre el Sumak Kawsay y el Neo Constitucionalismo o El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.

El Sumak Kawsay se define como el equilibrio entre los diferentes aspectos de la realidad, donde a la persona no se la considera como individuo solo, sino como parte de la colectividad y que al momento que esta persona logra el equilibrio entre pensar bien, sentir bien y actuar bien, alcanza el Sumak Kawsay. Además busca encontrar el equilibrio entre las personas con otras personas y las personas con la naturaleza.

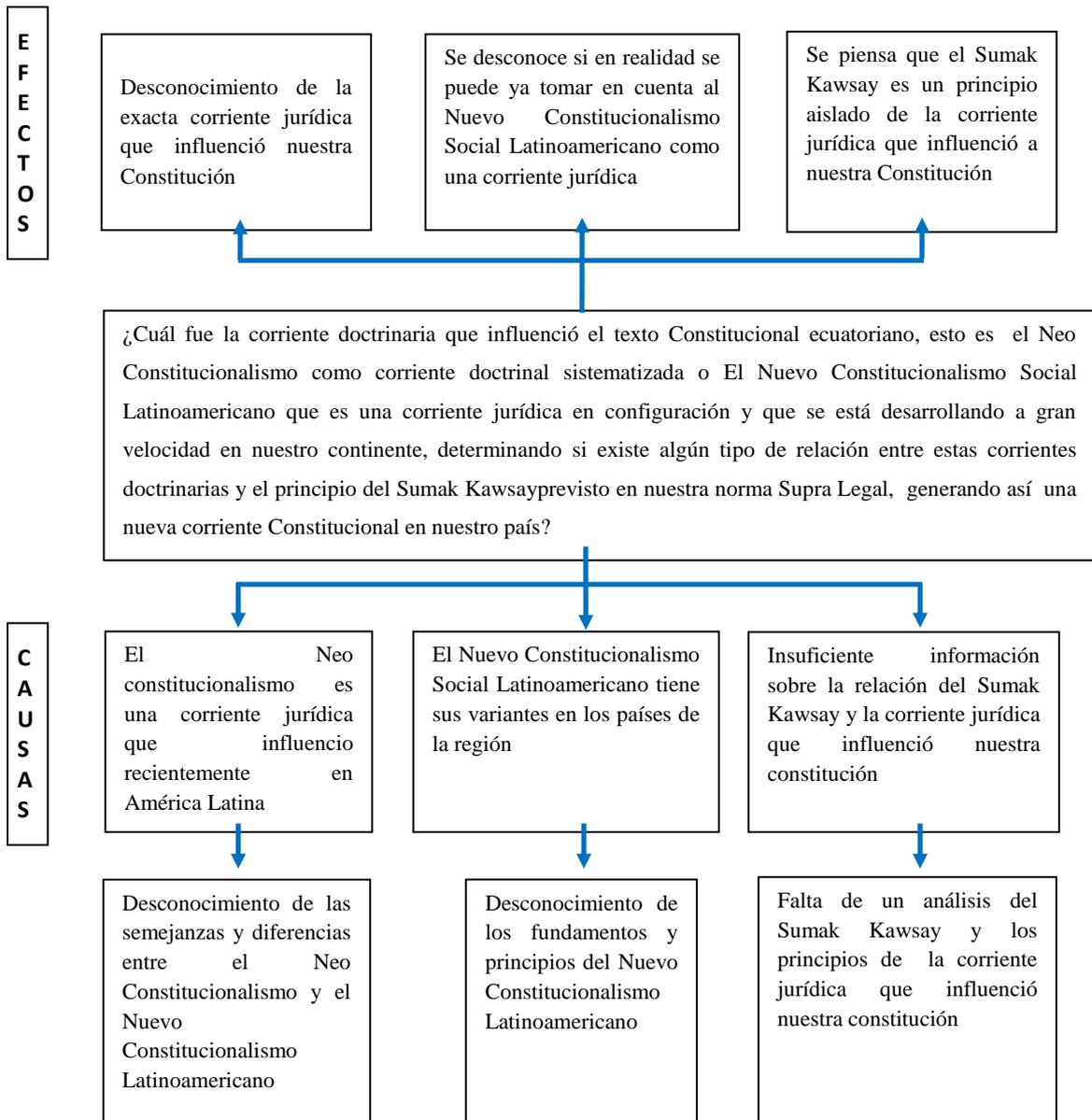
Lo antes mencionado me ha motivado a realizar un estudio sobre qué corriente jurídica doctrinaria influenció en el contenido de la Constitución ecuatoriana vigente, si fue El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano o El Neo Constitucionalismo; además de buscar una respuesta y una relación a la corriente jurídica usada en nuestra constitución con el ingreso del principio indígena del Sumak Kawsay. Esto generará una fuente de consulta con la cual las personas podrán identificar el fundamento doctrinal de la actual Constitución y como estos cambios están afectando y afectarán en la vida jurídica, política, económica, educativa y social de nuestro país.

1.1.1 Formulación del problema.

¿Cuál fue la corriente doctrinaria que influenció el texto Constitucional ecuatoriano, esto es el Neo Constitucionalismo como corriente doctrinal sistematizada o El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano que es una corriente jurídica en configuración y que se está desarrollando a gran velocidad en nuestro continente, determinando si existe algún tipo de relación entre estas corrientes doctrinarias y el principio del Sumak Kawsay previsto en nuestra norma Supra Legal, generando así una nueva corriente Constitucional en nuestro país.?

A continuación se presentará el Grafico No. 1 que contiene el árbol de problemas.

Árbol de Problemas



Cuadro No. 1: Árbol de Problemas
Fuente: El autor.

1.1.2 Alcance o delimitación del objeto de la investigación.

El presente trabajo de investigación estudia una corriente doctrinal internacional como el Neo Constitucionalismo y otra en desarrollo como el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, sin embargo se encuentra delimitado en el contexto nacional, es decir se desarrolla dentro del territorio geográfico y político del Ecuador, ya que el objeto de la investigación es el análisis de la corriente jurídica doctrinal que influenció a la Constitución del 2008.

Por lo que este estudio se lo ha realizado dentro en el área del Derecho y para dar una mayor exactitud del Derecho Constitucional tomando en cuenta dos principales corrientes jurídicas doctrinales estas son; El Neo Constitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Social latinoamericano, además del estudio del SumakKawsay o Buen Vivir en nuestro país.

El resultado este trabajo de investigación dará a la población del Ecuador una respuesta clara y precisa sobre la corriente jurídica que influenció a la actual Constitución, al ingreso de nuevos fundamentos incluyendo el principio indígena del Sumak Kawsay que hacen de esta una Constitución que protege sobre todo los principales derechos del hombre y la naturaleza.

1.2 Objetivos.

1.2.1 General.

Crear un documento doctrinario que contenga un análisis jurídico de la doctrina que influenció la Constitución de la República del Ecuador, determinando si el Neo Constitucionalismo como corriente doctrinal consolidada ha sido aplicada de manera pura, o si más bien el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano que es una corriente doctrinal en configuración, ha introducido nuevos principios de origen ancestral, como el Sumak Kawsay (Buen Vivir), con el fin contribuir en la reflexión jurídica de estudiantes, profesionales del Derecho y en general del pueblo ecuatoriano que debe conocer de forma íntegra o cabal su actual Constitución.

1.2.2 Específicos.

- Estudiar la doctrina neo constitucionalista, en base a su historia, principios y su fundamentación.
- Analizar al Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano en base a sus principios y fundamentos, según estudios de autores nacionales e internacionales.

- Estudiar al Sumak Kawsay o Buen Vivir, su concepción, principios e inclusión en la Constitución de la República del Ecuador.

1.3 Justificación e importancia

En el año de 2007 el presidente Rafael Correa con la idea de Cambiar la Constitución vigente para ese entonces, es decir la de 1998 inicio el proceso legal para ese fin. Siendo el primer paso convocar al pueblo ecuatoriano a una consulta popular, la cual se realizó el 15 de Abril de 2007, donde se preguntó lo siguiente:

"¿Aprueba usted, que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes de conformidad con el estatuto electoral que se adjunta, para que se transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución?".

El resultado de esta consulta fue ampliamente favorable para todos quienes deseaban el cambio de Constitución, ya que el resultado de un 81.72% para el Si frente a un 12,43% para el No, dio muestra del gran deseo de cambio de los ecuatorianos.

Conocidos los Resultados de la consulta popular el entonces Tribunal Supremo Electoral (hoy Consejo Nacional Electoral) llamo a Elecciones con el fin de escoger a los 130 Asambleístas que en Ciudad Alfaro (Montecristi) redactarían la nueva Constitución, estas elecciones se dieron el 30 de septiembre de 2007.

Los Asambleístas escogidos en el proceso electoral se reunieron del 30 de noviembre de 2007 al 24 de julio del 2008, presentando el proyecto de Nueva Constitución el 25 de julio del mismo año.

Para finalizar el proceso de cambio de Constitución, se llamó al Pueblo Ecuatoriano, a un Referéndum el 28 de septiembre de 2008 en el cual se preguntó:

"¿Aprueba usted el texto de la nueva Constitución Política de la República elaborado por la Asamblea Constituyente?"

Pregunta que fue aprobada con un 63.93% de votos a favor.

Así nació la actual Constitución del Ecuador, con resultados electorales que dieron a conocer la gran insatisfacción que el pueblo ecuatoriano sentía frente a su anterior Constitución es decir la 1998 ya que los resultados de los dos procesos electorales el uno para la elaboración y el otro para la aprobación de la nueva Constitución fue ampliamente favorable al voto por el "Si", como lo demuestran los resultados antes mencionados.

También cabe mencionar que esta votación por el cambio de Constitución también tuvo como en otras ocasiones una forma de respuesta del pueblo ecuatoriano que dijo No a la gran cantidad de oposición a este cambio que para ese entonces eran los partidos políticos tradicionales del país y que de los cuales la población decía estar cansada siendo esta razón una de las principales causas para que el cambio de Constitución sea un éxito, puesto que en la mayoría de casos muchos ciudadanos no conocían la nueva constitución a fondo y en otros a pesar de las campañas de difusión no la habían leído por lo que no conocían la diferencia entre la Constitución de 1998 con la actual pero estaban seguros de querer un cambio y que los partidos políticos clásicos tenían que quedar atrás, esto porque el actual Presidente provenía de un movimiento político (Alianza País) lo cual generaba a la población ecuatoriana gran confianza para el cambio del Ecuador a nuevas vías de desarrollo y bienestar. Sin embargo es importante que ahora que la Constitución está aprobada y se encuentra en plena vigencia la población ecuatoriana en su conjunto (personas relacionadas al estudio jurídico o del derecho y la colectividad ecuatoriana en general), deba conocerla a profundidad, tanto en su contenido (artículos) como en el fundamento de la misma (corriente jurídica).

Por otro lado la gran aceptación de cambio de Constitución, que sobre todo se reflejó en las urnas electorales, dio un segundo resultado esto fue el apoyo mayoritario a la propuesta realizada por él en ese entonces recientemente elegido presidente Rafael Correa, debido a que el actual presidente fue elegido un 15 de enero de 2007 es decir unos meses antes de la consulta para el cambio de Constitución, además fue el quien propuso el cambio de Constitución y durante todo el proceso consultivo encabezó las campañas electorales para que los ecuatorianos den el voto por la opción del sí.

Como una de las consecuencias de la aceptación de cambio de Constitución fue el llamado a un nuevo proceso electoral para la elecciones de presidente y para la Asamblea (antes Congreso Nacional) el cual se llevó a cabo el 26 de abril de 2009 dando como el resultado más importante la reelección de Rafael Correa a la Presidencia con un 51.99% de aceptación. Con esto el pueblo ecuatoriano apostaba a la continuación a una nueva propuesta política.

Otra de las consecuencias es la variedad de estudios realizados e incluso hasta críticas de la Constitución actual pero en relación a su articulado y procedimientos en ella contenidos en unos casos por su novedad y en otros para conocer cuál será la forma idónea de socializar los mismos.

Sin embargo se ha dejado de lado o se ha hablado muy poco de la dialéctica entre el Neo Constitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, pese a que la segunda corriente se encuentra en configuración o en pleno desarrollo y que se basa o tiene sus fundamentos en la primera corriente mencionada ambas tiene ciertas diferencias que este análisis nos llevará a conocerlas con el objeto de definir cuál de estas corrientes jurídicas efectivamente influenció a la Constitución del 2008.

El resultado del primer análisis también nos llevara a dar una respuesta de si el principio de cosmovisión andina o indígena Sumak Kawsay (Buen Vivir) que se encuentra en nuestra actual Constitución es resultado de la influencia del Neo Constitucionalismo como corriente doctrinal consolidada, del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano que es una corriente en configuración o fue un aporte de los juristas y assembleístas ecuatorianos para incluir principios que puedan asegurar otra clase de derechos en nuestro país que no los contemplaban en las corrientes jurídicas de visión occidental.

Por lo que el presente trabajo tiene por objeto dar una visión más profunda y doctrinaria de la Constitución de la República del Ecuador, esto es realizar un análisis jurídico sobre en qué corriente doctrinaria se inspiró y fundamento esta Constitución; además de analizar el ingreso del Sumak Kawsay principio indígena que en anteriores Constituciones no se han tomado en cuenta.

Este análisis además pretende aportar al estudio jurídico doctrinal no sólo de la Constitución de la República del Ecuador si no como base para entender al Neo Constitucionalismo, al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y al Sumak Kawsay de tal forma que estudiantes, profesores y todos aquellos que sientan la necesidad de comprender o consultar sobre estos temas, puedan acceder a un trabajo de investigación de autoría nacional que sea fiable y bien fundamentado que pueda llenar todas sus dudas sobre los temas planteados.

1.3.1 Justificación Teórica

Como hemos mencionado anteriormente las Constituciones que han existido en nuestro país, han sido generadas de acuerdo al momento jurídico, político y social, pero fundamentadas o inspiradas en alguna de las corrientes doctrinarias que existen en el mundo.

En el caso de la actual Constitución la mayoría de autores hablan de que la Constitución del Ecuador se encuentra directamente influenciada por el Neo Constitucionalismo dejando de lado el análisis del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano así por ejemplo:

Manuel Montero Lara dice “El neo constitucionalismo tiene origen en la Alemania de la Segunda guerra Mundial y la primera jurisprudencia del Tribunal constitucional Federal germano de 1958, para luego desarrollarse con distintas vertientes en Estados Unidos, Italia y parte de Latinoamérica, aplicándose en diversas constituciones como la de Venezuela y Bolivia en algunos pasajes, pero en la nueva constitución ecuatoriana de 2008 se ve una clara tendencia neo constitucional”⁸

El autor Felipe Asanza nos define al Neo Constitucionalismo de la siguiente forma:

“El Neoconstitucionalismo es una tendencia jurídica muy importante que se viene gestando desde hace varias décadas en el mundo y desde algunos años en el Ecuador. Se trata de una teoría jurídica que plantea que las Constituciones - normas positivas o leyes de la más alta jerarquía-, deben delimitar estrictamente los poderes estatales y proteger con claridad los derechos fundamentales. El Neo constitucionalismo “eleva” a la categoría de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana. Las Constituciones que han recibido la influencia de esta forma conceptual de entender su propio rol e importancia, tienen en los contenidos de sus artículos y en su estructura, una presencia importante de principios morales, así como, ciertas características novedosas en el tema de la interpretación y aplicación de la norma constitucional.”⁹

Con estos dos ejemplos citados nos podemos dar cuenta de la forma en que los autores han analizado a la actual constitución es decir desde una visión netamente Neo constitucionalista dejando de lado al Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano

Otra forma de análisis que va de acuerdo al Neo constitucionalismo en su forma pura es el siguiente: “En definitiva, el Neo Constitucionalismo pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas y convertir al Estado Derecho en el Estado Constitucional de Derecho”¹⁰

Con relación a este enunciado el artículo 1 de la Constitución Ecuatoriana dice:

“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”¹¹

⁸MONTERO LARA, Manuel, El Estado Constitucional y su influencia en la configuración de los Derechos Sociales, Versión digital disponible en:http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=650&Itemid=116 [consultado el 24 de junio de 2014]

⁹ASANZA MIRANDA, Felipe, “Neoconstitucionalismo En El Ecuador Y Las Nuevas Estructuras Globales De Derecho Y Democracia En Labúsqueda De La Reforma Integral De La Justicia:Derechos, Garantías, Políticas Públicas Y Económicas y Su Impacto En Lo Social”. Versión digital disponible en:<http://es.scribd.com/doc/50202932/Neoconstitucionalismo-en-El-Ecuador-y-Las-Nuevas-Estructuras-Globales-de-Derecho-y-Democracia#archive>[consultado el 24 de junio de 2014]

¹⁰VICIANO PASTOR, Roberto. ¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como Corriente Doctrinal Sistematizada?. Versión digital disponible en:www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf, [consultado el 20 de junio de 2014]

¹¹ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Al analizar esto desde un punto de vista puramente Neo constitucionalista diríamos que en realidad el Ecuador ha pasado de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho pues esto dice el art. 1 de la constitución y es lo que busca el Neo constitucionalismo.

Pero en este análisis se ha dejado otros elementos que nos podrían llevar a decir que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es la corriente que aunque todavía se encuentra en configuración o desarrollo es la que influyó sobre nuestra Constitución ya que esta corriente dice que:

“El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, asume las posiciones del neo constitucionalismo, sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no solo es la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática. En efecto si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o alteración de las normas constitucionales.”¹²

Por lo que esta corriente jurídica se basa en el Neo Constitucionalismo pero tiene componentes propios que hace que esta doctrina en configuración abarque otros aspectos como sería el caso de nuestra Constitución.

Además este Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano busca la integración de todos los sectores de la sociedad dando así protagonismo a sectores que habían sido olvidados como el pueblo indígena.

Esto último podría dar una razón al último párrafo del preámbulo de nuestra Constitución que dice:

¹²VICIANO PASTOR, Roberto, El Nuevo constitucionalismo en América latina, Editorial Corte Constitucional del Ecuador, p.18, Quito-Ecuador, 2010.

“Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;”¹³

Lo que a simple vista da una exacta relación con lo que busca el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.

Por lo antes descrito se hace necesario un análisis a profundidad de las dos corrientes doctrinales comparadas de forma rápida en este momento y así verificar si en realidad existen más diferencias o coincidencias entre una y otra doctrina jurídica, respondiendo así, si la corriente del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es como hemos hablado solo en configuración y no afectó a nuestra constitución o por el contrario si la afectó.

1.3.2 Justificación Práctica

El presente trabajo de investigación jurídica es **Factible**, ya que es posible encontrar una cantidad suficiente de información para poder cumplir con los objetivos trazados, desarrollar el trabajo y poder dar una respuesta positiva o negativa a las hipótesis planteadas en el mismo.

Es **útil**, ya que busca ser una fuente de consulta que contribuirá al análisis de nuestra Constitución esto ayudará a la mejor comprensión de los fundamentos y las influencias jurídico doctrinales que tuvo la misma.

Este trabajo **beneficiará** a profesionales y estudiantes de derecho, así como a los docentes que día a día se encuentran envueltos en temas jurídicos y principalmente constitucionales, proporcionándoles una fuente de consulta confiable.

En síntesis el presente trabajo de investigación jurídica, tiene como fin crear un documento preciso, claro y bien fundamentado de carácter jurídico, que aporte a la comunidad nacional e internacional en su conjunto(es decir para personas relacionadas al derecho y aquellas que sienten la necesidad de conocer nuestra Constitución) para la comprensión de la relación entre la Constitución, el neo constitucionalismo, el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano y la relación de estos con el SumakKawsay; y de esta forma, entender el fundamento de fondo de nuestra Constitución.

¹³ ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes Investigativos.

Para la realización del presente trabajo en primera instancia se tomó en cuenta que en la Universidad Técnica Particular de Loja no existe desarrollado ningún trabajo investigativo similar al tema planteado. Además una vez revisados los archivos de las bibliotecas de las universidades: Católica, Central, Simón Bolívar y la FLACSO, he podido determinar que no existe tesis o monografía similar al que estoy proponiendo a la fecha.

2.2. Perspectiva General del Neo Constitucionalismo

Para iniciar con el tema del Neo Constitucionalismo tomaremos las palabras de Eduardo Hernando Nieto quien nos da una primera idea a este tema cuando nos dice:

“[...] se entiende básicamente por Neo Constitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial siendo los casos de la Constitución Italiana (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988 o la Colombiana de 1991 caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos.”¹⁴

En este corto párrafo el autor nos da un primer acercamiento al Neo constitucionalismo indicándonos cuál fue su origen, las constituciones a la cual esta corriente ha influenciado y cuando llegó a nuestro continente, además de decirnos algo de lo que se trata esta corriente.

Para aclarar el contenido de esta corriente jurídica, el autor Manuel Montero Lara nos dice:

“Se trata de una teoría jurídica que plantea que las normas deben delimitar estrictamente los poderes estatales y proteger con claridad los derechos fundamentales. De esta forma pasa de un Estado de Derecho a un Estado garantista de Derechos Constitucionales y Sociales.

El neo constitucionalismo eleva a la categoría de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana.

Las Constituciones que han recibido la influencia de esta forma conceptual de entender su propio rol e importancia, tienen en los contenidos de sus artículos y en su estructura, una presencia importante de principios morales, así como, ciertas características novedosas en el tema de la interpretación y aplicación de la norma constitucional.

¹⁴HERNANDO NIETO, Eduardo, ¿Qué es el Neoconstitucionalismo?, Versión digital disponible en:<http://eduardohernandonieto.blogspot.com/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html> [consultado el 12 de agosto del 2014]

En el Ecuador el neo constitucionalismo es una de las importantes líneas de pensamiento que fue considerada en el proceso de elaboración de la Carta Fundamental.”¹⁵

Aquí podemos ver una definición clara de lo que es el Neo constitucionalismo y cuál es su fundamento, dándonos a conocer que el objeto de esta corriente doctrinal es que la Constitución esta sobre cualquier código y que eleva a leyes los derechos naturales del hombre, además este autor nos afirma que el Neo constitucionalismo es la línea de pensamiento jurídico que se usó para la elaboración de nuestra constitución.

Eduardo Hernando Nieto nos da a conocer una consecuencia que surge en todas las constituciones que son influenciadas por el Neo constitucionalismo, donde:

“[...] el tradicional Estado de Derecho ha dejado de ser el paradigma de la racionalidad jurídica para encontrarnos ahora con el Estado Constitucional de Derecho, en el cual la Constitución se convierte como señalábamos, en un espacio en el cual convergen una serie de valores, directrices y de principios de raíz liberal y democrática que son empleados para resolver los más importantes casos en el derecho y que por lo tanto se adhieren nítidamente a la ahora famosa tesis de la vinculación entre el derecho y la moral, es decir, la perspectiva que trasciende la clásica propuesta de la ciencia jurídica basada en la tesis de la separación entre el derecho y la moral.”¹⁶

De lo expuesto, debemos entender al Estado de derecho como: “El sometimiento de los poderes públicos a la ley, elaborada por la mayoría, como expresión de la voluntad general, surge el principio de legalidad. La ley es la que condiciona la actuación de los gobernantes y ellos se encuentran sometidos a ella bajo su imperio.”¹⁷

Y por otro lado al Estado Constitucional de Derecho como: “La Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución es material orgánica y procedimental.”¹⁸

Este paso de un Estado de Derecho a uno Constitucional de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico supra legal lo podemos verificar de una forma práctica y fácil al comparar el artículo 1 de la Constitución de 1998 que dice que El Ecuador es un estado

¹⁵ **MONTERO LARA**, Manuel, El Estado Constitucional y su influencia en la configuración de los Derechos Sociales, Versión digital disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=650&Itemid=116 [consultado el 24 de junio de 2014]

¹⁶ **HERNANDO NIETO**, Eduardo, ¿Qué es el Neoconstitucionalismo?, Versión digital disponible en: <http://eduardohernandonieto.blogspot.com/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html> [consultado el 12 de agosto del 2014]

¹⁷ **CAJICA LOZADA**, Gustavo, Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática, Versión digital disponible en: <http://www.iuridicas.unam.mx/publica/librev/rev/reviurdp/cont/2/pr/pr7.pdf> [consultado el 20 de junio de 2014]

¹⁸ **AVILASANTAMARIA**, Ramiro, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Editorial Ministerio de Justicia, p.22, Quito-Ecuador, 2008

social de derecho; con el artículo 1 de la Constitución de 2008, el cual dice que El Ecuador es un Estado constitucional de derechos

Sin embargo el paso de un Estado de Derecho a uno Constitucional de Derechos no es la única condición para que una Constitución sea considerada como Neo Constitucionalista, como lo menciona, el jurista italiano Guastini, quien al hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico, señala 7 condiciones:

1. "Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
2. La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
3. La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas "programáticas" sino "preceptivas";
4. La "sobre interpretación" de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
5. La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;
6. La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores;
7. Influencia de la Constitución en el debate político.

Complementariamente, cabe destacar la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos comienzan a tener en la vida jurídica y política. Pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden, también, su influjo a las relaciones privadas.

De este modo, se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico."¹⁹

Para finalizar se podría decir que: "el constitucionalismo actual es social, al rescatar los principios jurídicos que tratan de buscar solución a los múltiples problemas de la sociedad contemporánea, para acercar la realidad social al derecho o, mejor dicho, para que el derecho comprenda integralmente la compleja realidad social."²⁰

2.3. Una mirada introspectiva al Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.

La información existente para el desarrollo de este tema es reducida, sin embargo la que se puede encontrar, está bien fundamentada desde muchos puntos de vista

¹⁹ALFONSO, Santiago, Neoconstitucionalismo, Versión digital disponible en:<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> [consultado el 01 de junio de 2014]

²⁰MONTERO LARA, Manuel, El Estado Constitucional y su influencia en la configuración de los Derechos Sociales, Version digital disponible en:http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=650&Itemid=116 [consultado el 24 de junio de 2014]

principalmente el jurídico, con alto sentido lógico y de fácil comprensión, así podemos encontrar definiciones como la que nos da Roberto Viciano Pastor el cual sobre este tema dice:

“El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, asume las posiciones del neo constitucionalismo, sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no solo es la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática. En efecto si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o alteración de las normas constitucionales.”²¹

Con esta definición nos podemos dar una idea clara y precisa de lo que significa El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano pero que también ayuda a conocer la diferencia entre el Neo Constitucionalismo y esta corriente jurídica.

Otra parte importante en este tema es conocer cuáles Constituciones se han influenciado con esta corriente jurídica Latinoamericana, para esto tomaremos las palabras de la Dra. M. Sc. Gabriela D’Ambrocio quien dice:

“Los nuevos modelos constitucionales desarrollados en América Latina, especialmente en Bolivia (2009), Ecuador (2008), Venezuela (1999), Argentina (1994) y Colombia (1991), tratan de materializar las demandas reclamadas por sus pueblos, teniendo como su objetivo principal la eliminación de las inequidades sociales, políticas y económicas que se vivían en la región, es decir, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, nace en momentos de crisis, frente a la desinstitucionalización, la desconfianza, la incertidumbre, la corrupción, el hiper-presidencialismo, la crisis de gobernabilidad, la ineficiencia de la economía, la privatización de los sectores estratégicos como el energético, la marginación social de los grupos indígenas, etc.”²²

Este enunciado es importante porque da una visión espacial y temporal respecto del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano que está influenciando las Constituciones de América Latina y en qué países se la está desarrollando.

Otro punto importante dentro del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano es conocer sus características, para esto tomaremos las palabras de Roberto Viciano Pastor quien dice:

²¹ **VICIANO PASTOR**, Roberto, El Nuevo constitucionalismo en América latina, Editorial Corte Constitucional del Ecuador, p.18, Quito-Ecuador, 2010.

²² **D’AMBROCIO**, Gabriela, Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, Versión digital disponible en: www.derechoecuador.com [consultado el 13 de junio de 2011]

“A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales que más han caracterizado al Nuevo Constitucionalismo: Su contenido innovador (Originalidad), La ya relevante extensión del articulado (Amplitud), La capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (Complejidad) y El hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (Rigidez)”.²³

Con estas características antes citadas, así como con la definición planteada los aspectos, temporales y espaciales delimitados en nuestro continente, podemos tener un panorama mucho más amplio de los fundamentos del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano a dónde quiere llegar y por supuesto conocer que esta corriente se encuentra en nuestra Constitución vigente.

2.4 Una concepción ancestral de vida: El Sumak Kawsay o Buen Vivir en Ecuador

Como se lo hizo anteriormente, iniciaremos este tema buscando una definición al mismo, para esto tomaremos las palabras de ArirumaKowii quien dice:

“Es una concepción andina ancestral de la vida que se ha mantenido vigente en muchas comunidades indígenas hasta la actualidad. Sumak significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización; y kawsay, es la vida, en referencia a una vida digna, en armonía y equilibrio con el universo y el ser humano, en síntesis el Sumak Kawsay significa la plenitud de la vida.”²⁴

Este primer acercamiento nos deja dos ideas la primera que tiene que ver con el origen de esta concepción andina y para ser más específicos de un pensamiento indígena y la segunda idea o conocimiento que nos brinda es la definición etimológica de Sumak Kawsay.

Otra opción de concepto desde la visión andina es la que nos expone Raúl Llasag Fernández quien además nos presenta los principios del Sumak Kawsay que explica de la siguiente manera:

“Desde la filosofía andina el Sumak Kawsay es un sistema de vida que permite la armonía de la naturaleza. La naturaleza es todo lo que nos rodea y lo que nos rodea tiene vida en este sentido, el ser humano forma parte de la naturaleza.

²³VICIANO PASTOR, Roberto, El Nuevo constitucionalismo en América latina, Editorial Corte Constitucional del Ecuador, p.28, Quito-Ecuador, 2010.

²⁴KOWII, Ariruma, El Sumak Kawsay, Versión digital disponible en:<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/EI%20Sumak%20Kawsay-ArirumaKowii.pdf> [consultado el 03 de junio de 2014]

En consecuencia el SumakKawsay es una forma de concepción del mundo que da lugar a un modelo de vida, y que está regido por ciertos principios...²⁵

El autor a continuación señala como principios del Sumak Kawsay los siguientes:

- Principio Holístico
- Principio de Correspondencia
- Principio de Complementariedad y
- Principio de Reciprocidad

Las definiciones dadas por los anteriores autores sobre el Sumak Kawsay o Buen Vivir nos brindan un panorama claro de lo que significa y cuáles son sus principios sin embargo para concluir con este antecedente, incluiré la definición constante en el Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013 (PNBV) del nuestro país, el cual lo define de esta manera:

“La concepción del Buen Vivir necesariamente recurre a la idea del “nosotros” porque el mundo no puede ser entendido desde la perspectiva del “yo” de occidente. La comunidad cobija, protege, demanda y es parte del nosotros. La comunidad es el sustento y es la base de la reproducción de ese sujeto colectivo que todos y cada uno “somos”. De ahí que el ser humano sea concebido como es una pieza de este todo, que no puede ser entendido sólo como una sumatoria de sus partes. La totalidad se expresa en cada ser y cada ser en la totalidad. “El universo es permanente, siempre ha existido y existirá; nace y muere dentro de sí mismo y sólo el tiempo lo cambia” (pensamiento kichwa). De ahí que hacer daño a la naturaleza es hacernos daño a nosotros mismos. Cada acto, cada comportamiento tiene consecuencias cósmicas, los cerros se enojan o se alegran, se ríen o se entristecen, sienten... piensan...existen (están).

Si recurrimos a la traducción cultural que nos sugiere Boaventura de Sousa Santos, nuestro debate sobre la construcción de una nueva sociedad, partiendo de epistemologías diversas, se enriquece enormemente: ya no estamos hablando de crecimiento económico, ni del PIB, estamos hablando de relaciones amplias entre los seres humanos, la naturaleza, la vida comunitaria, los ancestros, el pasado y el futuro. El objetivo que nos convoca ya no es el “desarrollo” desde esa antigua perspectiva unilineal de la historia, sino la construcción de la sociedad del Buen Vivir.”²⁶

Este último acercamiento a la definición del Buen Vivir en primer lugar nos termina de aclarar la concepción y alcance sobre este tema y segundo nos da a conocer como nuestro país y siendo más específicos nuestra legislación este definiendo a este principio de visión indígena, denominado “Sumak Kawsay”.

²⁵ LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, Revista de Derecho FORO, No 12, Editorial Corporación Editora Nacional, P.114, Quito-Ecuador, 2009

²⁶ Plan Nacional del Buen Vivir del Ecuador(2009-2013), Versión digital disponible en: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional.jsessionid=23038049812A7C26858BC54E2E78505D#tabs2> [consultado el 03 de junio de 2014]

2.5. Fundamentación Teórica.

2.5.1 Fundamentos del Neo Constitucionalismo

El Neo Constitucionalismo es una corriente jurídica doctrinal europea consolidada, que desde hace varios años viene influenciado en algunas de las Normas Supremas de países europeos, más aún cuando aquella es originaria de ese continente, para confrontar lo manifestado citaré a Thomas A. AycartGalecio, que dice:

“El neoconstitucionalismo tiene origen principalmente germano (Estado que aturrido y atrapado por la contemplación de las atrocidades del nazismo, no tuvo más que enmendarse), específicamente en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958”²⁷, posteriormente apareció en países como Italia, Francia, España en 1978

Este primer acercamiento al Neo Constitucionalismo nos muestra desde cuando ésta corriente jurídica se encuentra en Europa y qué países se han influenciado con esta doctrina, para continuar es importante introducir una definición de Neo constitucionalismo con el objeto de entender cuáles son sus fines, motivo por el cual pongo en consideración las palabras de Paolo Comanducci, que dice:

"el constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de constitución a fin de limitar el poder, y de prevenir el despotismo"²⁸

Esta cita nos da una primera idea del Neo constitucionalismo, entendida como la creación de un tipo de Constitución que pueda controlar los poderes del estado. Para reforzar el argumento citaremos a Alejandro Medici quien dice:

“[...]el (neo)constitucionalismo exige activamente la fuerza normativa de la constitución, como punto de conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos positivos nacionales, imagina la constitución como el depósito cultural en movimiento no sólo de reglas jurídicas, sino también de principios e incluso valores constitucionalizados que tienden el puente entre moralidad y derecho a la hora de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, o a la hora de decidir políticas del derecho. De ahí que exija el filtrado constitucional de todas las decisiones legislativas,

²⁷ **AYCARTGALECIO**, Thomas A., El Neoconstitucionalismo, Versión digital disponible en: <http://www.slideshare.net/Puchinni/el-neo> [consultado el 15 de junio de 2014]

²⁸ **BRAZRODRIGUES**, Jaana, El pluralismo político como valor del neoconstitucionalismo, Versión digital disponible en: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13342/el-pluralismo-politico-como-valor-del-neoconstitucionalismo> [consultado el 16 de junio de 2014]

gubernamentales, administrativas y judiciales para lograr la eficacia de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad y libertad de las personas.”²⁹

Esta última cita de Alejandro Medici reafirma lo dicho por Paolo Comanducci debido a que se dice que la Constitución debe ser el punto de inicio de todos los derechos y ordenamientos jurídicos además de tener la suficiente fuerza para hacerlos cumplir; como toda corriente jurídica el Neo Constitucionalismo tiene sus propios postulados que los menciona Paolo Comanducci, estos son:

“Los postulados principales del constitucionalismo son: el control del poder; la necesidad de asegurar el catálogo mínimo de derechos que garanticen la participación y el libre desenvolvimiento de los miembros de la sociedad; el pacto social (según el cual las personas son a la vez soberanos y súbditos); el compromiso convenido por la sociedad en torno a su propia configuración; la auto vinculación (positiva y negativa); y, finalmente, la auto legitimación como fuente de poder y de derecho.”³⁰

Estos postulados precisan como más allá de su estructura formal, la parte material de una Constitución debe estar conformada para que se pueda definir como “Neo constitucionalista” y así poder diferenciarla de otro tipo de corrientes jurídicas existentes; para finalizar, no debemos dejar de lado una de las principales características de esta corriente, esto es, el cambio de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, los cuales se identifican de la siguiente forma:

“En el Estado de Derecho: la ley determina la autoridad y la estructura de poder. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento [... a continuación el autor precisa]

En el Estado Constitucional: la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución es material orgánica y procedimental.”³¹

2.5.2 Fundamentos del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es una corriente jurídica que se viene desarrollando desde hace algunos años en países de América del Sur entre ellos Ecuador por lo que me parece importante iniciar dando una visión espacial y temporal respecto a

²⁹MEDICI, Alejandro, Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo, Versión digital disponible en:<http://www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Derecho%20Politico/Neoconsti%5B1%5D...doc> [15 de junio de 2014]

³⁰BRAZRODRIGUES, Jaana, El pluralismo político como valor del neoconstitucionalismo, Versión digital disponible en:<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13342/el-pluralismo-politico-como-valor-del-neoconstitucionalismo> [consultado el 16 de junio de 2014]

³¹AVILASANTAMARIA, Ramiro, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Editorial Ministerio de Justicia, p.22, Quito-Ecuador, 2008

esta corriente jurídica, para lo cual tomaremos las palabras de la Dra. M. Sc. Gabriela D´Ambrocio quien dice:

“Los nuevos modelos constitucionales desarrollados en América Latina, especialmente en Bolivia (2009), Ecuador (2008), Venezuela (1999), Argentina (1994) y Colombia (1991), tratan de materializar las demandas reclamadas por sus pueblos, teniendo como su objetivo principal la eliminación de las inequidades sociales, políticas y económicas que se vivían en la región, es decir, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, nace en momentos de crisis, frente a la desinstitucionalización, la desconfianza, la incertidumbre, la corrupción, el hiper-presidencialismo, la crisis de gobernabilidad, la ineficiencia de la economía, la privatización de los sectores estratégicos como el energético, la marginación social de los grupos indígenas, etc”³²

Frente a lo expuesto por la Dra. M. Sc. Gabriela D´Ambrocio podemos decir que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se viene desarrollándose desde la década de los 90, apareciendo por primera vez en la Constitución colombiana de 1991, desde entonces su evolución ha sido notoria a tal punto que luego de 17 años de su aparición en Colombia, aparece en nuestro país en la norma suprema de 2008.

Una vez que hemos determinado el ámbito espacial y temporal del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano se nos hace indispensable establecer el método de esta corriente jurídica, por lo que nos remitiremos a las palabras del Dr. Viciano Pastor que dice:

“El Nuevo Constitucionalismo mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el neoconstitucionalismo y plantea, al igual que éste, la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado Constitucional pero su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la constitución, sino, incluso en su primer orden, sobre la legitimidad democrática de la constitución. En efecto, el primer problema del constitucionalismo es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente y la constitución, entendida en su sentido amplio como la fuente del poder (constituido, y por lo tanto, limitado) que se supone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales. Desde este punto de vista, el nuevo constitucionalismo recupera el origen revolucionario del constitucionalismo, dotándolo de los mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la emancipación y avance de los pueblos a través de la constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último del poder constituido.”³³

³² D AMBROCIO, Gabriela, Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, Versión digital disponible en: www.derechoecuador.com [consultado el 13 de junio de 2011]

³³ VICIANO PASTOR, Roberto. ¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como Corriente Doctrinal Sistematizada?. Versión digital disponible en: www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf, [consultado el 20 de junio de 2014]

La cita precedente nos permite determinar que el fundamento del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano es el Neo Constitucionalismo europeo del cual hemos hablado anteriormente, sin embargo esta nueva corriente jurídica tiene sus propias concepciones, que la hacen única tales como: soberanía y participación ciudadana activa.

Como lo hemos mencionado el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano tiene sus propias características, que se encuentran divididas en formales y materiales.

Los elementos formales que ya los habíamos mencionado son cuatro:

1. Originalidad
2. Amplitud
3. Complejidad
4. Rigidez

Los elementos materiales son tres y los podemos resumir de la siguiente forma:

1.- El principal objeto del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos para lograr una relación armoniosa entre soberanía popular y gobierno.

2.- La segunda característica es la gran cantidad de derechos que se desarrollan en las nuevas Constituciones. Estas Constituciones no se limitan a establecer de forma general a los derechos, sino más bien los individualiza de acuerdo a cada caso.

3.- La tercera y última característica tiene por objeto eliminar las desigualdades económicas y sociales, planteando una nueva situación constitucional del Estado frente al tema económico que se traduce en extensos capítulos económicos.

También se ha hablado de que una característica de este modelo es el paso del Estado de Derecho a uno Constitucional de Derecho, lo cual sería una de las bases del Neo Constitucionalismo sin embargo en el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano este paso va más allá como nos lo comenta el Dr. Roberto Viciano quien dice:

“El nuevo constitucionalismo va más allá y entiende que para que el Estado constitucional tenga vigencia efectiva no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el procedimiento constituyente adecuado y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución. El nuevo constitucionalismo defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir,

que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía”.³⁴

Este cambio de Estado de Derecho a Estado Constitucional de Derecho, que cita el Dr. Roberto Viciano lo podemos verificar en nuestra legislación al comparar el artículo 1 de la Constitución de 1998 con el mismo artículo pero de la actual Constitución como lo haremos a continuación:

La Constitución de 1998 en artículo 1 dice: **“El Ecuador es un estado social de derecho**, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es Republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada”.³⁵

La Constitución 2008 en su artículo 1 dice: **“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos** y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.³⁶

Con este ejemplo podemos notar el cambio jurídico doctrinario que ha sufrido la actual Carta Magna de nuestro país frente a su antecesora de 1998.

2.5.3 Fundamentos del Sumak Kawsay o Buen Vivir en Ecuador

Una parte muy importante para nuestra Constitución, ya que la hace única no solo en nuestra región, continente o en el Mundo es la inclusión del principio del principio de cosmovisión andina o indígena conocido como Sumak Kawsay o como lo han traducido en nuestra legislación El Buen Vivir, ya que este principio a afectado directamente en nuestra Constitución de forma fundamental en todo su articulado e incluso se creó el Plan Nacional del Buen Vivir inspirado en este principio indígena.

Para complementar o reforzar lo mencionado empleare las palabras de Lorenzo Peña quien nos da una visión general del Buen Vivir cuando dice:

³⁴ VICIANO PASTOR, Roberto. El Nuevo Constitucionalismo en América Latina. Editorial Corte Constitucional del Ecuador.p. 19. Quito-Ecuador, 2010.

³⁵ Constitución del Ecuador de 1998 publicada en el Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.

³⁶ Constitución del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008

“El buen vivir es un concepto sumamente amplio. Su núcleo está caracterizado en relación, por una parte, con el goce efectivo de los derechos (art. 275), y por otra parte, con el desarrollo, pues el buen vivir es lo que define el régimen de desarrollo como aquel conjunto de sistemas económicos, políticos, sociales y ambientales que garantizarán la realización del buen vivir. En efecto, el primer objetivo del régimen de desarrollo es «Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población» (art. 276.1)”.³⁷

En este punto se nos hace necesario buscar una definición y origen del Sumak Kawsay para lo que traeremos a colación las palabras del Abg. Raúl Llasag Fernández quien nos dice:

“[...] desde la filosofía andina el Sumak Kawsay es un sistema de vida que permite la armonía de la naturaleza. La naturaleza es todo lo que nos rodea y todo lo que nos rodea tiene vida. En este sentido, el ser humano forma parte de la naturaleza. En consecuencia el Sumak Kawsay es una forma de concepción del mundo que da lugar a un modelo de vida [...]”³⁸

Seguidamente a esta cita el Abg. Raúl Llasag Fernández menciona cuatro principios del Sumak Kawsay que en los antecedentes los señalamos pero que ahora los desarrollaremos:

“Racionalidad del todo o principio holístico

Este principio afirma que todo está relacionado, vinculado, conectado. Por tanto, para la filosofía andina la relacionalidad del todo, la red de nexos y vínculos, es la fuerza vital de todo lo que existe. No existe nada sin esta condición trascendental. Por esa razón, la relacionalidad se manifiesta a todos los niveles y en todos los campos de la existencia, inclusive el ser humano y Dios están en íntima relación con todo, por ello, para la filosofía andina el individuo como tal no es nada, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones.[...]

Desde este principio, todo tiene vida y cada uno cumple su función en relación con el todo.[...]

El principio de correspondencia

Este principio, en forma general, significa que los distintos aspectos, regiones o campos de la realidad se corresponden de una manera armoniosa.[...]

Además hay correspondencia entre el ser humano, la familia y la comunidad que forman parte también de la naturaleza pues todo está relacionado, lo que permite una vida armoniosa.[...]

³⁷ PEÑA, Lorenzo, Los Valores Del Ordenamiento Jurídico En La Nueva Constitución Ecuatoriana: El Buen Vivir Como Principio Rector De La Convivencia Ciudadana, Versión digital disponible en: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/29061/1/toluca10.pdf>, [consultado el 03 de junio de 2014]

³⁸ LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, Revista de Derecho FORO, No 12, Editorial Corporación Editora Nacional, P.114, Quito-Ecuador, 2009

El principio de complementariedad

Según este principio ningún ente, ninguna acción, existe por si solo de manera individual, sino siempre en coexistencia de su complemento específico. “Este complemento (com + plenus) es el elemento que recién hace pleno o completo al elemento correspondiente”

De esta visión nuevamente no es individuo autónomo y separado, porque separado no es nada o está incompleto. El ser humano, recién en familia, en la comunidad, se encuentra pleno o con su complemento; por ello, en caso de infringir las normas y principios, las comunidades andinas buscan el retorno a la armonía.[...]

El principio de reciprocidad

A cada acto corresponde como contribución complementaria un acto recíproco. Es decir, según el principio de reciprocidad, los diferentes actos se condicionan mutuamente de tal manera que el esfuerzo o una inversión en una acción será compensado por un esfuerzo o una inversión de la misma magnitud por el receptor. En el fondo, se trata de una justicia del intercambio de bienes, sentimientos, personas y hasta de valores religiosos, y ello obviamente fortalece la vida comunitaria.[...]”³⁹

Los cuatro principios reafirman el concepto que los precede pues estos nos hablan fundamentalmente de la armonía que debe llevar el hombre con el todo o la naturaleza pues este no es un ente individual si no parte del todo de la colectividad por lo que sus actos generan consecuencias en el todo generando o rompiendo la armonía en que todos debemos vivir mientras que el concepto antes citado por el mismo autor nos habla de que el hombre es parte de la naturaleza y por tal razón este debe estar en estrecha armonía con la misma.

No obstante de los conceptos y principios ya mencionados es importante tener en cuenta lo citado en el Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013 (PNBV) del nuestro país, con el objeto de conocer como nuestra legislación define al Sumak Kawsay:

“La concepción del Buen Vivir necesariamente recurre a la idea del “nosotros” porque el mundo no puede ser entendido desde la perspectiva del “yo” de occidente. La comunidad cobija, protege, demanda y es parte del nosotros. La comunidad es el sustento y es la base de la reproducción de ese sujeto colectivo que todos y cada uno “somos”. De ahí que el ser humano sea concebido como es una pieza de este todo, que no puede ser entendido sólo como una sumatoria de sus partes. La totalidad se expresa en cada ser y cada ser en la totalidad. “El universo es permanente, siempre ha existido y existirá; nace y muere dentro de sí mismo y sólo el tiempo lo cambia” (pensamiento kichwa). De ahí que hacer daño a la naturaleza es hacernos daño a nosotros

³⁹ LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, Revista de Derecho FORO, No 12, Editorial Corporación Editora Nacional, P.114-117, Quito-Ecuador, 2009

mismos. Cada acto, cada comportamiento tiene consecuencias cósmicas, los cerros se enojan o se alegran, se ríen o se entristecen, sienten... piensan...existen (están).

Si recurrimos a la traducción cultural que nos sugiere Boaventura de Sousa Santos, nuestro debate sobre la construcción de una nueva sociedad, partiendo de epistemologías diversas, se enriquece enormemente: ya no estamos hablando de crecimiento económico, ni del PIB, estamos hablando de relaciones amplias entre los seres humanos, la naturaleza, la vida comunitaria, los ancestros, el pasado y el futuro. El objetivo que nos convoca ya no es el “desarrollo” desde esa antigua perspectiva unilineal de la historia, sino la construcción de la sociedad del Buen Vivir.”⁴⁰

Ahora tenemos un panorama que nos permite entender lo que significa y cuál es el fin del principio de cosmovisión indígena Sumak Kawsay o Buen Vivir en su traducción al español, pero este principio también ha generado un cambio en relación a la cantidad de derechos que se encuentran en la Constitución que en 1998 era 11 y se los conocía como Derechos Sociales mientras en la actual son 16 y son conocidos como derechos del Buen Vivir y estos son:

Derechos Sociales (1998)	Derechos del Buen Vivir (2008)
Propiedad	Agua
Trabajo	Trabajo
Familia	Ambiente Sano
Salud	Salud
Grupos Vulnerables	Alimentación
Seguridad Social	Seguridad Social
Cultura	Cultura
Educación	Educación
Ciencia y Tecnología	Ciencia
Comunicación	Comunicación
Deportes	Deportes
	Información
	Recreación
	Tiempo Libre
	Hábitat
	Vivienda

Cuadro No. 2: Cuadro Comparativo: Los Derechos Sociales en la Constitución Ecuatoriana de 1998 vs los Derechos del Buen Vivir en la Constitución Ecuatoriana del 2008.

Fuente: Elaboración propia

⁴⁰ Plan Nacional del Buen Vivir del Ecuador(2009-2013), Versión digital disponible en: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional;jsessionid=23038049812A7C26858BC54E2E78505D#tabs2> [consultado el 03 de junio de 2014]

Con este cuadro se muestra cuáles son los Derechos Sociales que se encontraban previstos en nuestra norma normarumen 1998 y cuáles son los Derechos del Buen Vivir contenidos en la actual norma supraleal, y de su comparación se desprende que si bien es cierto los Derechos Sociales en el actual sistema constitucional se hallan incluidos en los Derechos del Buen Vivir, se hace necesario precisar que estos no se agotan en aquellos, pues debemos afirmar que desde la concepción del principio del Sumak Kawsay, los derechos en su totalidad pasan a ser del Buen Vivir, tema que será analizado y agotado en el capítulo V del presente trabajo de investigación.

2.6. Hipótesis o Idea a Defender.

Previo a formular la hipótesis he considerado necesario presentar un escenario global de la situación del Ecuador, que en el año 2007 inicio con un proceso (electoral) que tenía como fin principal el cambio de la Carta Magna que regía a nuestro país desde 1998, objetivo que se lo alcanzó con una gran aceptación por parte de la población dando como resultado la Constitución del 2008.

Como en otras ocasiones para la configuración de la actual constitución se formó una Asamblea Constituyente de donde nacerían los nuevos preceptos y fundamentos de la Constitución, que para esta ocasión cambiaría la corriente doctrinaria de las constituciones que tradicionalmente ha tenido nuestro país, debido a que los asambleístas tomaron de partida los preceptos de la corriente jurídica conocida como Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, doctrina jurídica que se encuentra en pleno desarrollo en nuestro continente, haciendo su primera aparición en la Constitución Política de Colombia en 1991.

Muchos juristas determinan que la principal influencia de esta Constitución es el Neo Constitucionalismo Clásico el cual apareció en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, la cual ha influenciado a varias constituciones de ese continente, constituyéndose en una corriente jurídica consolidada, la cual busca que la Constitución sea la principal norma legal, donde se contenga los principales derechos del hombre y que sobre estos no se encuentra ninguna ley o código además de buscar el control del Estado.

La hipótesis quedaría formulada de la siguiente manera: En un análisis general se podría decir que en realidad el Neo constitucionalismo influenció a nuestra Constitución pues todo lo dicho en el párrafo anterior encuadra con lo que propone nuestra Carta Magna, pero si lo miramos con mayor profundidad, se puede afirmar que a esta corriente jurídica le faltan

algunos elementos para que pueda cuadrar exactamente en nuestra Constitución, elementos que los tiene el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, como la participación ciudadana activa de todos los grupos sociales sobre todo aquellas minorías olvidadas durante años por ejemplo los grupos indígenas, dando resultado la Participación Democrática en todos los aspectos del estado por parte de la ciudadanía. Esta participación de grupos es una de las razones de la implementación del Sumak Kawsay (Buen Vivir) principio de cosmovisión indígena (característica que no contempla el Neo Constitucionalismo) que actualmente es el objeto principal de Nuestra Constitución el alcanzar el Buen Vivir y para lo cual incluso se creó el Plan Nacional del Buen Vivir para lograr este objetivo, también es importante anotar que solo Bolivia y Ecuador han implementado este tipo de principios en sus Cartas Políticas Supremas, además la Constitución de Ecuador es única en el continente, debido a ser la primera en reconocer los Derechos de la Naturaleza de forma individualizada.

Por último debemos aclarar que el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano tiene sus bases en el Neo Constitucionalismo Clásico, pero que ha implementado principios que la hacen diferente a esta corriente europea, y que a pesar de tener características bien fundadas el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano es una corriente jurídica doctrinal el pleno desarrollo.

CAPITULO III
LA CORRIENTE DOCTRINAL DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1. Historia.

El Neo constitucionalismo es una corriente jurídica-doctrinal que se inició en la Europa del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial que se desarrolló en ese continente entre los años de 1939 a 1945, para ser más específicos esta corriente jurídica apareció dentro de la primera Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958, luego de esta fecha el Neo Constitucionalismo se propagó por Europa influenciando a constituciones de Italia, Francia y España. El autor Thomas A. Aycart Galecio, respecto al nacimiento del Neo Constitucionalismo nos dice: “El neoconstitucionalismo tiene origen principalmente germano (Estado que aturdido y atrapado por la contemplación de las atrocidades del nazismo, no tuvo más que enmendarse), específicamente en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958”⁴¹, posteriormente apareció en países como Italia, Francia, España en 1978.

Con este antecedente podemos ubicar en tiempo y espacio al Neo Constitucionalismo que nos da la convicción de que se trata de una corriente jurídica bien consolidada en el mundo desde hace muchos años principalmente en Europa.

Sin embargo hemos hablado durante todo este trabajo que el Neo Constitucionalismo apareció en la primera Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958, por lo que se hace importante conocer que decía esta jurisprudencia que para ser más exactos se la publicó el 15 de enero de 1958 dentro del caso Lüth que de manera resumida dice:

“Los hechos del caso son los siguientes. En los años cincuenta en Alemania, Erich Lüth, Presidente de una organización privada de prensa, había llamado públicamente, ante productores y directores de cine, al boicot de una película que habría de aparecer, bajo el argumento que el director de la misma –el señor V. Harlan- había sido en la época nacionalsocialista un difusor de películas al servicio de la ideología de ese régimen. El productor de la película solicitó una medida cautelar ante el Tribunal Territorial de Hamburgo a través de la cual pretendía se prohibiera a Lüth continuar con la convocatoria al boicot dirigida a propietarios de teatro y casas distribuidoras de películas. La demanda fue estimada fundamentándose en lo estipulado en el art. 826º del Código Civil alemán. [826º (Daño doloso contrario a las buenas costumbres) “Quien dolosamente cause un daño a otra persona de una manera contraria a las buenas costumbres está obligado a indemnizarle por el daño” (Libro segundo; Sección séptima: Relaciones obligatorias en particular; Título vigésimo quinto: Actos ilícitos)] Contra este acto, Lüth interpuso un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional anuló dicha sentencia por considerar que el acto que se

⁴¹AYCARTGALECIO, Thomas A., El Neoconstitucionalismo, Versión digital disponible en: <http://www.slideshare.net/Puchinni/el-neo> [consultado el 15 de junio de 2014]

consideraba como ilícito civil no era tal porque, a su juicio, constituía el ejercicio de la libertad de expresión.⁴²

En esta sentencia por primera vez el Tribunal Constitucional Federal Alemán puso a una norma Constitucional por sobre una ley general, en este caso una sentencia fundada en un artículo del Código Civil fue anulada ya que contravenía uno de los derechos fundamentales que es el ejercicio de la Libertad de Expresión.

Además del resumen expuesto de la sentencia, es importante dar a conocer las consideraciones o argumentos utilizados por los miembros del Tribunal Constitucional para llegar a su deliberación final y que se encuentra en la misma sentencia en siete puntos que dicen:

“1. Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.

2. En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye ante todo disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales.

3. El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales, cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal examina las sentencias de los tribunales civiles sólo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores de derecho.

4. Por disposiciones de derecho civil también pueden entenderse las “leyes generales” en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión.

5. Las “leyes generales” para el Estado democrático libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión.

6. El derecho fundamental del Art. 5 de la Ley Fundamental protege no sólo la expresión de una opinión como tal, sino también, los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión.

7. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres [...] puede estar justificada

⁴² MENDOZA ESCALANTE, Mijail, La Eficacia De Los Derechos Fundamentales En Las Relaciones Entre Particulares, Versión digital disponible en: <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf> [consultado el 03 de agosto de 2014]

constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso.⁴³

Estos siete puntos nos expresan como el Tribunal basa su decisión para su sentencia, y nos da las siguientes pautas sobre la categoría de los Derechos Fundamentales:

- 1.- El cumplimiento de los derechos fundamentales es para todas la esferas del derecho donde el estado no está exento del mismo.
- 2.- El derecho civil no se encontraba relacionado con los derechos fundamentales lo que causaba contradicciones entre estos dos.
- 3.- Si el juez civil inobserva o desconoce para su sentencia los derechos fundamentales el Tribunal se encuentra en la obligación de rectificar este error
- 4.- Las leyes generales en un Estado democrático deben ser analizadas desde el punto de vista del derecho fundamental

3.2. La Teoría Neo Constitucionalista.

Al Neo Constitucionalismo se lo ha definido como una corriente jurídica doctrinal bien constituida, la cual determina la existencia de una Constitución en la cual se encuentra contenida principalmente una gran cantidad de derechos fundamentales del hombre y que sobre ellos no se puede súper poner ningún código o ley, además esta busca tener el control de los poderes del Estado. Con relación a lo mencionado el autor Alejandro Medici nos dice:

“[...]el (neo)constitucionalismo exige activamente la fuerza normativa de la constitución, como punto de conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos positivos nacionales, imagina la constitución como el depósito cultural en movimiento no sólo de reglas jurídicas, sino también de principios e incluso valores constitucionalizados que tienden el puente entre moralidad y derecho a la hora de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, o a la hora de decidir políticas del derecho. De ahí que exija el filtrado constitucional de todas las decisiones legislativas, gubernamentales, administrativas y judiciales para lograr la eficacia de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad y libertad de las personas.”⁴⁴

⁴³Tribunal Constitucional Federal Alemán Sentencia BVerfGE 7, 198 – Lüth15 de enero de 1958, versión digital disponible en: http://www.cacheirofrías.com.ar/Caso_Luth.htm [consultado el 01 de agosto de 2014]

⁴⁴MEDICI, Alejandro, Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo, Versión digital disponible en: <http://www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Derecho%20Politico/Neoconsti%5B1%5D...doc> [15 de junio de 2014]

Esta explicación del Neo Constitucionalismo propuesto por Alejandro Medici, rescata la idea de la fuerza normativa de la Constitución, es decir de su aplicación directa e inmediata, aunque los derechos contenidos en ella no hayan sido objeto del desarrollo legislativo, esa es precisamente la diferencia presentada por el jurista Comanducci:

“[...] (neo) constitucionalismo como ideología, se diferencia parcialmente del constitucionalismo clásico por acentuar mucho más el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, que el de limitar el poder estatal. Este cambio de énfasis se debe a que el estado democrático contemporáneo, a diferencia de aquél al que se oponía el constitucionalismo clásico, no es más visto con temor y sospecha.

Propugna entonces la defensa y ampliación del proceso de constitucionalización, más que describirlo. Destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución.”⁴⁵

Es decir queda demostrado que el objetivo principal del Neo constitucionalismo busca los mecanismos o herramientas para garantizar que los derechos fundamentales del hombre sean cumplidos y que ninguna ley se encuentre sobre estos.

Para la mejor comprensión del Neo Constitucionalismo Bobbio, ha planteado una clasificación tripartita que es la siguiente:

- El Neo Constitucionalismo como Teoría del Derecho
- El Neo Constitucionalismo como Ideología y
- El Neo Constitucionalismo como Teoría Metodológica

3.2.1. Neo Constitucionalismo Como Teoría Del Derecho.

Primero y de acuerdo al tema planteado en este subtítulo hablaremos de la corriente Neo Constitucionalista desde el punto de vista de la **Teoría del Derecho**; teoría que en resumen busca explicar los avances realizados en los sistemas jurídicos por esta corriente doctrinal tanto en la norma como en su estructura constitucional, una descripción más amplia de este tema nos la da el jurista Paolo Comanducci cuando dice:

⁴⁵MEDICI, Alejandro, Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo, Versión digital disponible en:<http://www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Derecho%20Politico/Neoconsti%5B1%5D...doc>[15 de junio de 2014]

“El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.[...]

Es necesario observar que el neoconstitucionalismo teórico – que se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional – adopta a veces, como objeto de investigación, lo que en otro lugar he definido como el “modelo descriptivo de la constitución como norma”, y a veces, por el contrario, el “modelo axiológico de la Constitución como norma”.

En el primero modelo, “constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas). En el segundo modelo, “constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas) – hasta aquí se recalca la definición precedente –, “a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor”[...]⁴⁶

De lo expuesto se deduce que en el Neo constitucionalismo, se evidencia la inclusión de un catálogo extenso de derechos, la omnipresencia de la Constitución, las nuevas reglas de interpretación y en general la superación del iuspositivismo.

3.2.2. Neo Constitucionalismo Como Ideología.

La segunda forma de Neo Constitucionalismo planteada por Bobbio es por su **Ideología**, teoría que la podemos sintetizar de la siguiente forma: Neo Constitucionalismo como Ideología sitúa como objetivo primordial el poder garantizar los Derechos Fundamentales

⁴⁶COMANDUCCI, Paolo, Constitucionalización Y Teoría Del Derecho, Pps 3-5, versión digital disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho>, consultado el 15 de junio del 2014

del Hombre, dejando de tras al poder estatal. Para profundizar en el tema citaremos las palabras de Paolo Comanducci que al respecto dice:

“[...]el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX –, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho.[...]

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales – podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalismo de los contrapoderes” – pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución – podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas” –.

Dado que algunos de sus promotores (pienso por ejemplo en Alexy, Dworkin y Zagrebelsky) entienden que, en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y en este específico sentido, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.[...]”⁴⁷

Lo mencionado por Paolo Comanducci, apoya lo dicho en el primer párrafo de este subtema cuando dijimos que para el Neo constitucionalismo Ideológico lo primero es alcanzar el objetivo de garantizar los derechos fundamentales y en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, pero además nos dice que la Teoría Ideológica no se limita a describir los logros del proceso del Neo Constitucionalismo, sino que también propugna su defensa y ampliación y particular, resalta la importancia de los mecanismos para lograr la garantía de los derechos fundamentales.

⁴⁷ **COMANDUCCI**, Paolo, Constitucionalización Y Teoría Del Derecho, Pps 5-6, Versión digital disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho>, consultado el 15 de junio del 2014

3.2.3. Neo Constitucionalismo Como Teoría Metodológica.

La última forma de Neo Constitucionalismo planteada por Bobbio es la **Metodológica**, teoría que en su fondo explica la tesis de la ineludible conexión entre, la moral de acatar y cumplir con la Constitución y el derecho en base a las normas que vayan a fin con el texto constitucional. Para dar un fundamento más profundo del tema citaremos a Alejandro Medici quien expresa:

“El (neo) constitucionalismo sostiene, por el contrario, la tesis de la conexión necesaria, justificativa entre derecho y moral. En última instancia, cualquier decisión jurídica y en especial, la decisión judicial, está justificada por su deriva de una norma moral. No cualesquiera normas morales, sino aquellas conectadas con el orden jurídico positivo a través de los principios y valores constitucionalizados. Los principios del derecho, operarían tal puente entre la moral objetiva y el derecho positivo. De forma tal, que como lo sostiene Dworkin, en la interpretación judicial y dependiendo de la pericia del juez, puede hallarse la decisión correcta para el caso. Incluso para los llamados “casos difíciles”, que suponen la necesidad de ponderar derechos concurrentes, normas contradictorias, etc.”⁴⁸

Con este comentario sobre el Neo constitucionalismo Metodológico de Alejandro Medici se confirma que esta corriente jurídica busca la necesaria conexión entre derecho y moral. Moral que debe ser entendida como una norma que busca conectarse con los principios y valores constitucionalizados y Derecho que debe estar acorde a la norma Constitucional.

3.3. Los Principios que caracterizan al Neo Constitucionalismo.

Los estudios sobre el Neo Constitucionalismo han llegado a determinar que para poder hablar sobre la influencia de esta corriente jurídica en una constitución, esta debería cumplir con ciertas condiciones que se encuentran claramente establecidas para este sistema jurídico, el autor Eduardo Aldunate Lizana es uno de los analistas del Neo Constitucionalismo que nos da a conocer las siguientes condiciones:

“a) cambio del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho (paso al constitucionalismo rígido), entendido éste como un estado de

⁴⁸ MEDICI, Alejandro, Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo, Versión digital disponible en: <http://www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Derecho%20Politico/Neoconsti%5B1%5D...doc> [15 de junio de 2014]

constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias (o bien: constitución rígida y su garantía jurisdiccional);

b) constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo, dado esencialmente por la inclusión del catálogo de derechos fundamentales y de principios rectores de la organización política, social y económica;

c) constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes, con el consiguiente resultado de irradiación (de la constitución hacia las demás fuentes) y de “constitucionalización” del derecho, cuando los tribunales asumen ambos postulados;

d) consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como “valores” en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional;

e) introducción del “método” de ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales (en general, proposición de la ponderación como forma de solucionar la colisión entre valores). Al igual que en el literal precedente, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional;

f) específicamente en el ámbito europeo, el proceso hacia una mayor complejidad del sistema de fuentes y la relativización del rol de la constitución y el proceso político nacional frente al derecho europeo y el proceso de integración europea (como ya se ha señalado, este rasgo presenta características propias que ameritan su separación del grupo bajo estudio).⁴⁹

En toda Constitución que se pueda apreciar estas seis características o condiciones podremos afirmar que se encuentra influenciada por el Neo Constitucionalismo Clásico condiciones que se las puede resumir de la siguiente manera:

1. Cambio del Estado legislativo de derecho al Estado Constitucional de derechos,
2. Constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo,
3. Constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes,
4. Consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional,

⁴⁹ ALDUNATELIZANA, Eduardo, Aproximación Conceptual Y Crítica Al Neoconstitucionalismo, versión digital disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809502010000100004&script=sci_arttext [consultado el 17 de junio de 2014]

5. Introducción del “método” de ponderación para la solución de conflictos y
6. El proceso hacia una mayor complejidad del sistema de fuentes y la relativización del rol de la constitución y el proceso político nacional.

Sin embargo de las características ya citadas, la escritora Susana Pozzolo nos presenta cuatro características adicionales planteadas desde el plano filosófico del Derechos para lo cual enfrenta a:

1. Los Principios versus las Normas.
2. La Ponderación versus la Subsunción
3. La Constitución versus independencia del legislador, y
4. Los Jueces versus Libertad del Legislador

Temas que a continuación los pasaremos a desarrollar según lo dicho por la autora Susana Pozzolo, quien señala lo siguiente:

“1) Principios versus normas. Con esta expresión me refiero a la exención de tesis dirigidas a sostener que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios. Los principios se diferencian de las normas por algunas características: la dimensión de peso o de importancia y la no aplicabilidad del llamado modo del «todo o nada», según el cual son aplicables al caso concreto solo prima facie. Distintas son las conceptualizaciones de los estándares normativos, pero, en general, son vistos como valores positivizados. Respecto al texto constitucional, aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta del mismo, sí que es cierto que en él, en general y la mayor parte de las constituciones contemporáneas, se encuentran presentes en un número particularmente elevado, expresados en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, hasta determinar un cambio cualitativo del propio documento. Junto a la tesis de los principios se encuentra normalmente, la expresión de una tesis prescriptiva según la cual los jueces deberían servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica. Eso vale, en primer lugar, como recomendación dirigida al juez constitucional, para el que se sugiere el uso de justificaciones basadas en argumentos de justicia. Pero, más en general y también para ordenamientos en los que se cuenta con un órgano concentrado para el juicio de constitucionalidad de las leyes, esta tesis tiende a sugerir una interpretación de la constitución y la consiguiente argumentación, dirigida a extraer el texto constitucional normas y principios idóneos para regular directamente las controversias.

2) Ponderación versus subsunción. Con esta expresión me refiero al peculiar método interpretativo/ aplicativo que requieren los principios. En efecto, ligada a la tesis de los principios se encuentran una peculiar teoría de la interpretación. Los principios no serían interpretables/aplicables según el método llamado «subsunción», peculiar de las normas. Los principios

necesitarían un método llamado ponderación o balanceo. Esta técnica interpretativa consta principalmente de tres pasos: a) en primer lugar, una operación interpretativa tendente a localizar los principios aplicables al caso concreto. Se presupone que los principios idóneos para regular el caso son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial. Es decir, se presupone que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son solo parcialmente coincidentes; b) en segundo lugar, los principios así localizados son internamente sopesados para poder ponerlos en relación jerárquica, obviamente axiológica; el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso; c) en tercer lugar, la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto. O sea, se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico. De este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente en el juicio de otro caso concreto. La relación axiológica, pues, se da cada vez para cada caso individual en base a los juicios de valor formulados por el juez individual.

3) Constitución versus independencia del legislador. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis dirigida a sostener una penetración general del texto constitucional. Si la subordinación de la ley puede parecer obvia desde el momento que se afirma la superioridad del texto constitucional, lo que es peculiar de este modo de ver las cosas de la «materialización» o «sustancialización» de la constitución. Con el uso de estos términos se quiere indicar que la constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, si no que presentan un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales. Esto, no ya en el sentido kelseniano según el cual la constitución constituya una suerte de «marco» en el cual el legislador ordinario lleva a cabo sus decisiones políticas. Sin embargo, el «contenido sustancial condicionante» cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural. Derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, en todo caso, que el legislador necesariamente debe considerar como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollarse la ley, pues, sede el paso a la constitución y se convierte en un instrumento de medición entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.

4) Jueces versus libertad del legislador. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia. Al juez, supuesto la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el juez interpretaba/aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel

asumido por el juez, este tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.”⁵⁰

En general podemos decir que estos cuatro puntos desarrollados hablan de la importancia de los principios constitucionales en esta corriente jurídica, de estas características podemos concluir que:

1. El ordenamiento jurídico está compuesto por principios y normas, los cuales deben tener una correcta relación entre si, para que exista armonía en el ordenamiento jurídico constitucional.
2. Para cada caso se debe poner en relación jerárquica a los principios constitucionales es decir el principio con mayor validez para cada caso irá al inicio y se lo relacionará con sus complementarios que tendrán menor peso pero también serán importantes.
3. El legislador debe tener muy en cuenta los principios constitucionales, para la creación o desarrollo de nuevas leyes.
4. La aplicación de las leyes por parte de los jueces, debe realizarse siempre a la luz de lo que digan los derechos constitucionales.

3.4. Implicaciones que se derivan la inclusión del Neo Constitucionalismo

Como en todo proceso de implementación de una corriente jurídica en un estado, la inclusión del Neo Constitucionalismo, va a generar diferentes tipos de efectos o resultados debido al cambio de criterios que se suscitan. Estos efectos los desarrollaremos desde la perspectiva del autor Edwin Figueroa Gutarra quien puntualiza cinco consecuencias relevantes de la inclusión del Neo Constitucionalismo que son:

“a) Cambio de tesis en la definición del Derecho

¿Qué propone esencialmente el neoconstitucionalismo, luego de las premisas expuestas? A juicio nuestro y de modo sustancial, un cambio de tesis en la definición del Derecho. Refleja Prieto Sanchís que: *“En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, el neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral”*.

Esta vinculación resulta de capital importancia para el neoconstitucionalismo, en tanto que el concepto de dignidad de la persona, nos lleva a juicios de valoración de orden moral. Kelsen proponía la interpretación del Derecho como un producto puro, sin la participación de ninguna otra disciplina. En el neoconstitucionalismo, por el contrario, reafirmamos la tesis de la necesaria

⁵⁰ **POZZO**, Susana, Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional, Versión digital disponible en http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf [consultado el 04 de junio de 2014]

interrelación entre moral y derecho.[...] Veamos la reflexión que aporta Faralli a este respecto:

“La Constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales”

b) Mayor complejidad del Derecho

Otra conclusión de relevancia respecto al Estado neoconstitucional, es que el Derecho se hace más complejo, por la evolución sin pausa de los derechos fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales. Antes el Derecho podía ser definido como un sistema de reglas, en el cual la subsunción era la tarea sustancial del juez. Hoy, el Derecho es igual a valores, principios, y directrices, que concurren en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos.

Por cierto, la propuesta de que optemos por proponer la prevalencia de más principios que reglas, no implica en modo alguno que las reglas desaparezcan en la resolución de controversias. Todo lo contrario, ellas van a seguir subsistiendo en la medida que van a representar, siempre, la base de definición de una controversia. Es decir, solo ante la insuficiencia de las reglas, concurren los principios. Algunas veces los conflictos serán resueltos en parte por el contenido de las reglas y de la misma forma, en otros casos, cuando se configuran extremos sumamente complejos en una controversia, la resolución tendrá en cuenta los márgenes de activismo de los principios y de las herramientas interpretativas que conciernen a derechos fundamentales. Todos estos elementos, en forma cohesionada, juegan un rol fundamental en la solución de conflictos y constituyen la base del Estado neoconstitucional.

c) Plena vigencia de los derechos fundamentales

Estimamos que sólo los principios conceptuales y las pautas procedimentales que informan el Estado neoconstitucional, permiten una aplicación plena de los derechos fundamentales, cuyo norte aplicativo, en la definición de Peces Barba, es la de poseer una juricidad y una moralidad básicas. Juricidad porque los derechos fundamentales contienen mandatos vinculados a realizaciones para la protección de un derecho; y moralidad, porque la vinculación a la protección de la dignidad de la persona, representa una impostergable obligación para el juez constitucional.

En consecuencia, premunido el juzgador de que no sólo concurre un mandato respecto al derecho fundamental, en cuanto a su juricidad, sino también un contenido de optimización respecto a la moralidad, entonces, puede aplicar plenamente los criterios de protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

d) Reposicionamiento del rol de los jueces constitucionales

Con esta expresión queremos significar la importancia capital de las tareas que desarrollan los jueces constitucionales en la protección de los derechos fundamentales.

[...]Concurrentemente, la tarea interpretativa de los jueces de dichos órganos debe significar una materialización de los derechos fundamentales demandados, naturalmente concediendo tutela cuando corresponda. En ese orden de ideas, deviene pertinente reforzar la labor de los mismos y en esa línea, el neoconstitucionalismo presta un apoyo invaluable al constituir, como nuevo planteamiento en la teoría del Derecho, un medio invaluable para la defensa de los derechos fundamentales.

En ese norte de ideas, el fundamento de que las sentencias constitucionales resulten prevalentes frente a las de los demás órganos jurisdiccionales, tiene su razón de ser en el ámbito de protección de la jurisdicción constitucional, vinculado a la tutela, en vía de urgencia, de los derechos fundamentales. La necesidad de esta tutela preferente obedece, en gran medida, a que las controversias vinculadas a derechos fundamentales manejan parámetros interpretativos distintos, como los principios *pro homine*, *favor processum* y el ámbito de los principios, por oposición distintos a los presupuestos de la justicia ordinaria, de suyo vinculados a las expresiones del principio de legalidad, la supremacía de la norma jurídica y la ley, y el principio de congruencia procesal, como valores máximos del positivismo jurídico.”⁵¹

En definitiva estas cinco consecuencias resultado de la implementación del neo Constitucionalismo claramente dan a notar su relación con las características de la corriente jurídica y que las podemos resumir de la siguiente manera:

1. Se desarrolla una estrecha vinculación entre el Derecho y la Moral
2. El derecho se vuelve más complejo por la cantidad de Derechos o principios fundamentales que se incrementan para la solución de conflictos.
3. Sólo los principios y procedimientos conceptuales del estado pueden permitir la correcta aplicación de los Derechos Fundamentales los cuales deben poseer una juridicidad y moralidad adecuados.
4. Los jueces constitucionales tiene el deber de hacer cumplir los derechos fundamentales y aplicarlos según el caso de forma correcta.

⁵¹ FIGUEROA GUTARRA, Edwin, Neoconstitucionalismo e Interpretación Constitucional ¿Hacia Nuevos Horizontes en el Derecho?, versión digital disponible en: <http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>, [consultado el 14 de junio de 2014]

CAPITULO IV
EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO

4.1 Antecedentes Contemporáneos del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.

La corriente jurídica conocida como Nuevo Constitucionalismo social Latinoamericano apareció por primera vez en la Constitución Brasileña de 1988, desde entonces esta corriente ha ido expandiéndose y desarrollándose en las diferentes Cartas Supremas de nuestro continente en el siguiente orden, Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia de 2009. Esta corriente jurídica doctrinal que se encuentra en desarrollo en nuestro continente aparece como consecuencia de varios factores entre ellos, la dura política neoliberal que provocó un profundo quebrantamiento social, el nacimiento de un sentimiento político nacionalista en contra de los nefastos gobiernos de los años setenta y ochenta, el desgaste del discurso planteado por los partidos políticos tradicionales, liderados por los llamados oligarcas de los países (en nuestro país partidos políticos tradicionales desaparecieron como la Izquierda Democrática y otros entraron en crisis como el Partido Social Cristiano o el Roldosista Ecuatoriano) y la aparición de nuevos líderes y movimientos en los escenarios políticos (un caso concreto de nuestro país es el Movimiento Alianza País de donde Rafael Correa es su líder nuestro actual presidente, quien en su momento apareció como nuestra solución al cambio y quien fue el principal impulsor de la creación de nuestra actual Constitución).

Los antecedentes históricos mencionados, los podemos fundamentar citando las palabras del autor Carlos Villabella Armengol, quien de forma clara y precisa al respecto nos dice:

“Luego del cierre del último ciclo de gobiernos militares en la década de los años ochenta, once países latinoamericanos se dotaron de nuevas Constituciones, que buscaron de esta forma legitimar a las fuerzas políticas que advenían al poder e institucionalizar la apertura democrática que se producía. Este constitucionalismo se caracterizó, *grosso modo*, por los siguientes rasgos: extensión y detallismo de los textos; apertura a contenidos particulares de las sociedades (indigenismo, reforma agraria, estados de excepción, papel del ejército), no presentes en el derecho constitucional liberal; aumento de la carga ideológica a través de la inclusión de normas-principio y preceptos declarativos; ampliación de la *ratio* de derechos; introducción de mecanismos de control de constitucionalidad de tipo concentrado o mixto; mutación de la forma de gobierno con la introducción de mecanismos tendentes a amortiguar el hiperpresidencialismo y de elementos parlamentarios que estructuraran una dinámica de gobierno diferente; introducción de pautas calificadoras del proceso de reforma constitucional, y apertura de éste a procesos constituyentes o de consulta popular.

No obstante, a pesar de la novedad de algunos de los elementos que acogió el derecho constitucional del área, es posible dictaminar que en la realidad lo que se produjo fue la modernización formal de éste —que llegó incluso en algunos casos a

la copia mimética de instituciones del derecho constitucional europeo—, pero no se produjo una ruptura real con la práctica constitucional precedente.

De esta forma, no es sino hasta el inicio del siglo XXI que se alumbra un derecho constitucional diferente en Latinoamérica, coyundado por los cambios que se producen en el ciclo electoral que cierra en 2006, en donde doce países realizaron elecciones presidenciales y parlamentarias, lo que propició el advenimiento al poder de nuevos rostros y actores políticos. En este contexto emergió una nueva y policromática izquierda en la que se encuentran: el Partido del Trabajo de Brasil; el Partido Socialista de Chile; el Movimiento V República de Venezuela, devenido posteriormente en Partido Socialista Unido de Venezuela; el Frente Amplio de Uruguay y el Movimiento al Socialismo de Bolivia, que dio cuerpo a una minoría étnica hasta entonces invisible en la escena política. Irrumpieron también grupos de amplio perfil social-nacional como: el Frente para la Victoria de Argentina, el Movimiento País de Ecuador, la Unión Nacional de Esperanza de Guatemala y la Alianza Patriótica para el Cambio de Paraguay. Advinieron, asimismo, antiguos movimientos guerrilleros como el Frente Sandinista de Liberación Nacional de Nicaragua y el Frente Farabundo Martí de El Salvador.

Esta transformación fue el resultado de la combinación de varios factores objetivos y subjetivos entre los que se pueden citar: la aplicación de una brutal política neoliberal que provocó que el deterioro social tocara fondo; la recuperación de las fuerzas de izquierda del trauma del derrumbe del socialismo este-europeo; la emersión de una generación de nuevos líderes; la maduración de un sentimiento nacionalista y patriótico cultivado a la vera de las dictaduras militares de los años setenta y ochenta; el desgaste definitivo de los partidos y fuerzas políticas tradicionales, y el agotamiento de un modelo de hacer política oligárquica y venal.

A partir de este cambio de contexto, los gobiernos de derecha se vieron obligados a cambiar su discurso e incorporar a sus agendas temas sociales.

En este entorno es que se puede significar que toma cuerpo en el continente un nuevo constitucionalismo, que aunque desde el punto de vista documental inició con el texto de Brasil de 1988, y de manera más incisiva con el de Colombia de 1991, es con las Constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009, que adquiere connotaciones relevantes.

Ello estuvo condicionado por la energía de los cambios políticos que en estos países se produjo, en donde la confrontación entre la oligarquía pro-norteamericana y las nuevas fuerzas sociales emergentes se convirtió en aguda lucha de clases, lo que provocó una radicalización del proceso de transformaciones políticas que encontró en la vía constituyente la forma para refundar el pacto social y lograr la emancipación democrática.

La magnitud de los cambios introducidos por las novísimas Constituciones de los tres países citados, la dinámica constitucional que a tenor de éstas se ha producido y el protagonismo que el *soberano* legítimo ha logrado a la vera de la normativa constitucional, permiten distinguir al nuevo constitucionalismo latinoamericano como un momento que brinda continuidad al constitucionalismo revolucionario emergido en Norteamérica y Francia en el siglo XVIII y en Europa en el siglo XX, luego de la segunda posguerra. Al decir de algunos estudiosos, es un reencuentro con la teoría auténtica de Constitución, con el modelo originario de Constitución en el que se concibe a ésta como el resultado de un proceso constituyente legítimo.

En este sentido, puede distinguirse que aun cuando cada una de estas naciones ha enfrentado retos diferentes en lo político y social, tienen de común, respecto a lo que valoramos, las siguientes cuestiones: el proceso de transformaciones se desarrolló por la vía electoral; se activó el constituyente originario que, en ejercicio de su poder soberano, refundó el pacto social y corporizó nuevas Constituciones; el poder constituyente laboró en un régimen de competencia entre las diferentes fuerzas o tendencias políticas; el proceso se desarrolló con la activa participación

de los diferentes sectores sociales, lo que generó un movimiento popular que arropó la dinámica de cambios; las Constituciones fueron legitimadas plebiscitariamente.”⁵²

Lo citado nos da una idea de donde, cuando y porque apareció el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, fundamentando lo dicho en el primer párrafo y además al final nos da los valores en común que tenemos todos los países de Latinoamérica a pesar de nuestras deferentes situaciones políticas, estas similitudes son los siguientes:

- 1.- Se activó el constituyente originario que, en ejercicio de su poder soberano, refundó el pacto social y corporizó nuevas Constituciones;
- 2.-El poder constituyente laboró en un régimen de competencia entre las diferentes fuerzas o tendencias políticas;
- 3.-El proceso se desarrolló con la activa participación de los diferentes sectores sociales, lo que generó un movimiento popular que arropó la dinámica de cambios; y
- 4.-Las Constituciones fueron legitimadas plebiscitariamente.

4.2. El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano como corriente doctrinal.

Para iniciar el presente tema comenzaremos por definir o conceptualizar al Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, para lo cual citaremos al Dr. Roberto Viciano Pastor quien nos propone una definición muy clara que dice:

“El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, asume las posiciones del neo constitucionalismo, sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no solo es la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática. En efecto si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o alteración de las normas constitucionales.”⁵³

Esta definición nos da a conocer que el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano tiene sus bases en el Neo Constitucionalismo, sin embargo su preocupación es la de garantizar la participación activa del pueblo, la impregnación de los derechos fundamentales en la Constitución, los limites al poder derivado

⁵² VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Editorial Mariel S.C Puebla-México 2010, , Pp. 55-58.

⁵³ VICIANO PASTOR, Roberto. El Nuevo Constitucionalismo en América Latina. Editorial Corte Constitucional del Ecuador. Quito-Ecuador, 2010. p. 18

Sobre esta corriente jurídica doctrinal el autor Ramiro Ávila Santamaría nos presenta cinco características representativas que la distinguen del Neo Constitucionalismo, estas son:

“1.-La expansión de derechos

En primer lugar, mencionamos la profunda y extensiva materialización de las constituciones. Las Constituciones de América Latina decididamente, y contra la corriente europea, reconocen los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de los pueblos indígenas.

En algunas, como la colombiana, se reproduce la fatal dicotomía entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, por la que unos son exigibles y otros programáticos (primera y segunda generación). En el resto de Constituciones se rompe con la tradicional forma de ver los derechos sociales como derechos cuya realización depende exclusivamente de los recursos de los estados y que no son justiciables.

La Constitución ecuatoriana con absoluta claridad determina que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, para definitivamente dejar atrás la inútil discusión sobre la naturaleza de derechos. [...]

[...] El amplio catálogo de derechos responde a dos realidades: (1) el reconocimiento de profundos problemas sociales que tienen que ver carencias y necesidades insatisfechas, que afectan el desarrollo de las potencialidades de las personas y los pueblos; (2) las luchas y reivindicaciones de organizaciones y movimientos de la sociedad. Los derechos son artificios creados por los seres humanos para promover cambios y exigir, con respaldo jurídico y estatal, mejores condiciones de vida. Carlos Santiago Nino sostiene que los derechos son artefactos que sirven para enfrentarse a los problemas derivados de la vulnerabilidad de los seres humanos ante otros seres humanos con poder para someter u oprimir.[...]

2. El control de constitucionalidad por parte de todos los jueces

La gran mayoría de las Constituciones de finales del siglo pasado se alejan del modelo europeo (Alemania, Italia y España) que establecía un control concentrado de constitucionalidad. El control concentrado tiene algunas características: solo una autoridad decide la constitucionalidad de las normas, esta autoridad debe estar fuera de los poderes o funciones tradicionales y se la denomina corte o tribunal constitucional, las sentencias que emiten tienen valor de normas generalmente obligatorias. En este modelo, si un juez o jueza, en el caso que conoce, encuentra una norma que considera inaplicable, debe suspender la causa y remitir a la corte o tribunal para decida.

En Estados Unidos, en cambio, el modelo es el difuso. Al considerar que la Constituciones norma aplicable, cualquier juez o jueza tiene la capacidad de invocar la Constitución directamente aún en contra de otras normas cuando éstas se contradicen.

En Latinoamérica se asume un modelo que recoge algo del modelo norteamericano y del modelo continental europeo. Por ello, se considera que en nuestra región existe un control mixto de constitucionalidad. Es decir, por un lado, los jueces y juezas en sus casos aplican directamente la constitución pero, por otro, las cortes o tribunales constitucionales deciden de manera general y obligatoria para todos los casos.

En esto, el constitucionalismo latinoamericano tiene su originalidad. Sin embargo, las últimas versiones del constitucionalismo andino, se alejan de esta tendencia latinoamericana, de forma poco justificable. La Constitución de Venezuela, Ecuador y Bolivia contienen normas que establecen control concentrado al estilo europeo.

En el caso ecuatoriano, la Constitución del Ecuador tiene una aparente antinomia. Por un lado, ordena a toda persona, incluidas jueces y juezas, para aplicar directamente la Constitución y, por otro lado, dispone que los jueces y juezas suspendan la causa cuando encuentre normas que sean contrarias a la Constitución y remitan a la Corte Constitucional. Esta aparente antinomia fue resuelta ya por la Asamblea Nacional al expedir una norma que dispone que solo se suspenderá la tramitación de una causa cuando el juez o jueza tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, lo que quiere decir que cuando un juez o jueza, en la tramitación de un juicio, encuentre una norma que sea evidentemente inconstitucional, debe aplicar directamente la Constitución. De este modo, Ecuador se encuentra dentro de la lógica del control mixto de constitucionalidad y, por tanto, dentro de la tradición de la región que se aleja del modelo europeo.

3. El redimensionamiento del estado

El debate entre estado mínimo y neutral, propuesto por el liberalismo, o estado fuerte y controlador, que se desprende del modelo socialista, se encuentra también resuelto en las Constituciones andinas (con las notables excepciones de Perú y Colombia) y su configuración tiene otras explicaciones.

El estado definitivamente no puede ser mínimo ni neutral. “La neutralidad del Estado fue siempre el arma de las clases dominantes”. y el estado mínimo tiene sentido cuando el estado está orientado a permitir la acumulación y el ejercicio irracional de la libertad de los propietarios. El estado tiene la obligación de promover y satisfacer derechos que en la lógica de mercado no son rentables y, en consecuencia, en un estado mínimo se “garantizaría” su violación. Reflejemos los dos modelos de estado en relación al derecho a la salud. En el estado mínimo, modelo liberal, las personas privadas, a través de su iniciativa y su capacidad económica, deben ofrecer servicios y satisfacer sus necesidades.

En este modelo, médicos, hospitales y farmacias privadas ofrecen el servicio, los intermediarios suelen ser los seguros de salud, los usuarios deben pagar por el servicio. La salud se comercia como cualquier otro producto medible por precio en el mercado. Mejor atención puedo obtener si más dinero puedo ofrecer. Por el contrario, peor atención obtengo en la medida que menos recursos económicos tengo. El estado, en el estado mínimo, debe intervenir subsidiariamente, cuando las personas no pueden ofrecer el servicio o no pueden pagarlo. En el estado mínimo, y en sociedades inequitativas, la salud se convierte en un privilegio y en una de las manifestaciones de la discriminación.[...]

[...]En Ecuador, por el derecho a la salud constitucionalizado, no se puede tolerar un sistema de salud que dependa del mercado. El derecho a gozar de niveles aceptables de salud y acceso a los servicios, no puede depender de la capacidad económica de la persona necesitada. No es aceptable que solo quienes tienen posibilidad de pagar un seguro privado de salud puedan ser atendidos de forma adecuada.[...]

4. El constitucionalismo económico

Se ha dicho que una Constitución democrática debe permitir varios modelos económicos y varias tendencias políticas. El ejemplo por excelencia de ese tipo de Constituciones es la norteamericana. Una constitución parca, mínima, ambigua. Esa constitución, como cualquier otra, no debe leerse exclusivamente en el texto sino en el resultado de su aplicación. El desarrollo de la Constitución se manifiesta en los fallos de las Cortes, en las leyes y en las decisiones administrativas de los órganos de poder. Efectivamente, en una constitución híbrida cabe cualquier modelo económico.

Nuestros países lo menos que necesitan es Constituciones híbridas, que sean indiferentes al modelo de sociedad y estado que se requiere. Nuestra realidad es que vivimos en sociedades jerarquizadas, patriarcales y profundamente inequitativas. Así como en estos contextos no se requieren profesionales y ciencias objetivas y neutras, tampoco las Constituciones y los estados pueden ser indiferentes de nuestras necesidades.

De ahí que la Constitución establezca en régimen de desarrollo encaminado a conseguir la equidad y la igualdad, y que el estado tenga objetivos claros y comprometidos.[...]

5. El hiper-presidencialismo

En América Latina, a diferencia de lo que sucedió históricamente en Europa y Estados Unidos, en donde desconfiaron de la conducción administrativa del estado (estado absoluto) y confiaron en los parlamentos como límite y control del poder, siempre se fomentó el caudillismo y el personalismo desde la época del mismo Simón Bolívar. Se ha considerado que un liderazgo fuerte es necesario para realizar cambios profundos. Por ello es común identificar los grandes períodos de la historia republicana con la influencia de algún personaje que ocupaba la presidencia y de ahí también el adjetivo que acompaña a las Constituciones.

Este fenómeno no cambia con el constitucionalismo contemporáneo y no hay distinguos entre gobiernos de tendencia de izquierda y de derecha. Conviene hacer una evaluación más detenida si este presidencialismo ha sido perjudicial para construir una democracia más participativa y menos centrada en protagonistas. Lo cierto es que nuestra región se caracteriza, en la práctica, por inestabilidad política y por democracias estadísticas, en donde la participación termina con el voto en las urnas y el voto de confianza en el presidente. Quizá sea tiempo de considerar si conviene seguir con esta confianza en el presidencialismo que desequilibra la balanza de poderes.[...]”⁵⁴

Con estas características podemos apreciar claramente que entre el Neo Constitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano existen claras diferencias que con las cuales podemos acertadamente decir que esta nueva corriente jurídica que se desarrolla en nuestro continente es original, sin embargo estas no son las únicos rasgos distintivos por lo que citaremos a Carlos Villabella Armengol quien desarrolla 14 diferencias adicionales, estas son las siguientes:

⁵⁴ AVILASANTAMARIA, Ramiro, El Neo Constitucionalismo Transformador, Editorial Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2011.Pp. 60-72,

- “1)** Presencia de preámbulos que dotan a las Constituciones de espiritualidad, al conectar el texto con la historia del país y dotarlo de contenido programático.
- 2)** Existencia de capítulos pósticos que establecen conceptos y principios que se consideran bases del pacto constitucional.
- 3)** Alta carga de normas-principios y preceptos teleológicos y axiológicos, los que se enuncian como valores superiores (Constitución de Venezuela) o principios ético-morales (Constitución de Bolivia). Entre estos preceptos pueden citarse los siguientes: unidad; inclusión; dignidad; libertad; solidaridad; reciprocidad; respeto; complementariedad; armonía; transparencia; equilibrio; igualdad de oportunidades; equidad social y de género en la participación; bienestar común; responsabilidad; justicia social; redistribución equitativa de los productos y bienes sociales; democracia; responsabilidad social; preeminencia de los derechos humanos; pluralismo político.
- 4)** Reconocimiento de la supremacía constitucional, enfatizándose la primacía de ésta en el ordenamiento jurídico, su fuerza vinculante para las personas naturales, jurídicas y los poderes públicos, y su eficacia directa. Tal cuestión es sistematizada en un capítulo independiente en los textos de Bolivia y Ecuador. En este sentido, puede destacarse además en la Constitución de Ecuador la mención expresa de que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la misma en su integralidad, y en caso de duda debe hacerse en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente. En la Constitución de Bolivia se resalta la interacción del texto con el bloque de constitucionalidad integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario ratificados por el país.
- 5)** Configuración de un nuevo modelo de Estado. La Constitución de Bolivia lo define como Estado unitario social de derecho plurinacional y comunitario; la de Venezuela como Estado democrático y social de derecho y de justicia, y la de Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia. Se adjetivan además como Estados libres, independientes, soberanos, democráticos, interculturales, plurinacionales, participativos, electivos, alternativos, responsables, pluralistas y de mandatos revocables.
- 6)** Proyección social del Estado, enfatizado por la función social y ambiental con la que se delinea la propiedad privada y su convivencia con otros tipos de propiedad, como la individual, colectiva, pública, estatal, comunitaria, asociativa y mixta. Esto configura un régimen de economía mixta. En este aspecto es simbólico lo que plantea la Constitución de Ecuador de que “el sistema económico es social y solidario, reconoce al ser humano como sujeto y fin, propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza, y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.
- 7)** Configuración de un Estado plurinacional e intercultural, en donde hay una amplia protección de las minorías étnicas y los grupos originarios. En este aspecto resalta el empleo de frases e imágenes en lenguas originarias (Constituciones de Bolivia y Ecuador); el reconocimiento de que la existencia de la cultura indígena, depositaria de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones, es una fortaleza para estas sociedades; el reconocimiento del autogobierno; la admisión de una justicia propia en la que se tengan en cuenta sus principios, su cultura, y la legitimación de una amplia cantidad de derechos: a la tierra; al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales ubicados en su hábitat; a mantener y promover sus propias prácticas económicas y actividades tradicionales; a mantener su identidad étnica y cultural, valores, espiritualidad y lugares sagrados y de culto; a un modelo de salud integral que considere sus prácticas y culturas; a que haya un

sistema de educación intercultural bilingüe; a contar con servicios de formación profesional y capacitación; a proteger los conocimientos colectivos basados en sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; a proteger su patrimonio cultural e histórico; a impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen; a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos; a aplicar su derecho propio en los marcos de respeto al derecho nacional; a poseer sus propias formas de convivencia y organización social; a gobernarse por sus estructuras de representación; a la definición de su proyecto de vida de acuerdo con sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza.

8) Constituciones garantistas a partir de la estructuración y conformación del control de constitucionalidad. Se estructura un modelo concentrado y especializado en Bolivia con el Tribunal Constitucional Plurinacional y en Ecuador con la Corte Constitucional, y un modelo centralizado y parcialmente especializado en Venezuela con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

9) Amplio y novedoso refrendo de los derechos, los que en la positivización constitucional rompen con la tradicional forma de agrupación del constitucionalismo occidental. Es expresivo de una nueva perspectiva la noción de la Constitución de Ecuador de derechos del buen vivir, en el que se integran diversas facetas necesarias para materializar la dignidad humana: el derecho a la alimentación, al agua, al ambiente sano, a la comunicación e información, el respeto a la identidad cultural, la educación, el hábitat adecuado y la vivienda segura, la salud, el trabajo, la seguridad social. Esta renovada proyección de la dogmática constitucional contempla los aspectos siguientes:

a) Enunciación de que no hay jerarquía en los derechos, con lo cual se abre tácitamente la puerta a una hermenéutica de ponderación como vía de solución a la confrontación de derechos.

b) Validez de los tratados y acuerdos internacionales ratificados cuyo contenido es la protección de derechos.

c) Se agregan a las tradicionales formas de prohibición de discriminación otras, como la orientación sexual, la identidad de género, el origen, la nacionalidad, la filiación política o filosófica, la condición económica o social, la discapacidad, el embarazo, etcétera.

d) Extensa legitimación de derechos sociales, económicos y culturales, y consagración junto a éstos de la obligación del Estado respecto a los mismos.

e) Refrendo del derecho a la identidad cultural de las minorías étnicas y grupos originarios.

f) Refrendo de derechos a los grupos en situación, como la niñez, los adultos mayores, los discapacitados, los privados de la libertad, los usuarios y consumidores, y las personas con enfermedades catastróficas.

g) Legitimación de novedosas figuras-derechos, como el derecho al agua y el derecho a la alimentación.

h) Planteamiento de temas que están en fase de moralidad crítica pero que aún no configuran derecho, como es el caso de las donaciones o trasplantes de células, tejidos u órganos.

i) Reconocimiento de la titularidad de derechos a personas colectivas, como comunidades, pueblos y nacionalidades.

j) Inclusión de nuevas facetas en derechos clásicos como el de libertad, en el que se introduce la arista de adoptar decisiones libres y voluntarias sobre la sexualidad individual o tomar decisiones independientes y responsables sobre la vida reproductiva.

k) Reconocimiento como sujeto de protección a la naturaleza, respecto a la que se identifica la necesidad de fomentar su protección, restauración y reproducción, creando así una justicia ambientalista.

10) Novedosa presentación de los deberes constitucionales, los que se amplían más allá de las típicas obligaciones que regulaba el constitucionalismo. Así se escrituran obligaciones como: difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución; contribuir al derecho a la paz; denunciar y combatir los actos de corrupción; resguardar el patrimonio natural, económico y cultural; proteger los recursos naturales y contribuir a su uso sustentable; no ser ocioso, mentir, o robar; ejercer la profesión u oficio que se tenga con sujeción a la ética; respetar las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual; etcétera.

11) Amplia protección a los derechos a través de variados mecanismos, instrumentos y dispositivos. En este tenor, además de las apelaciones que insisten en el respeto debido a los derechos por parte de los poderes públicos y autoridades, y los procesos que se desarrollan en sede judicial ordinaria, pueden citarse los siguientes: acción de defensa; acción de amparo constitucional; acción de protección de privacidad; acción de inconstitucionalidad; acción de cumplimiento; acción popular; acción de protección de privacidad; acción de amparo a la libertad y seguridad; acción de protección; hábeas corpus; acción de hábeas data; acción por incumplimiento; acción extraordinaria de protección; defensoría del pueblo.

Puede señalarse también que se legitima la acción individual y colectiva, se crean procesos sumarios de protección y se prevé la reclamación por omisión en caso de que la autoridad encargada no haga realidad la norma.

12) Legitimación de una postura jurídica de integración latinoamericana y de respaldo a la estructuración de instituciones supranacionales de carácter regional, sobre la base de los principios de solidaridad, equidad, igualdad y respeto. En este sentido, se respalda la existencia de una ciudadanía única. Las Constituciones de Ecuador y Venezuela propugnan la integración no sólo con Latinoamérica sino también con el Caribe.

13) Reconocimiento del protagonismo del Estado y su incidencia en aspectos sociales y económicos. Así, se enuncian en la Constitución de Bolivia y Venezuela los fines y funciones esenciales del Estado, y en la Constitución de Ecuador los deberes del Estado. Entre las responsabilidades que resaltan se encuentran las siguientes: garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud, el trabajo y los demás derechos; constituir una sociedad justa y armoniosa; garantizar el bienestar, la seguridad y la igual dignidad de las personas; reafirmar y consolidar la unidad del país; preservar la diversidad plurinacional en la diversidad; promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales; desarrollar el ejercicio democrático de la voluntad popular; promover la prosperidad y bienestar del pueblo; garantizar y defender la soberanía nacional; planificar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza; promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos; proteger el patrimonio natural y cultural del país; garantizar el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

14) Configuración de procedimientos de reforma con la participación del constituyente originario. Pueden destacarse las siguientes características: iniciativa popular como una de las vías para incoar la modificación; protección de determinados contenidos de las enmiendas o reforma parcial (estructura fundamental de la Constitución, carácter y elementos constitutivos del Estado); procedimientos agravados de aprobación (mayoría cualificada para la

aprobación, periodos de enfriamiento), y cierre del proceso mediante referendo.”⁵⁵

Con estos rasgos distintivos podemos concluir en que el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano es una corriente jurídica que a pesar de encontrarse en desarrollo, ya posee sus propias características que la hacen única y no se la debe comparar con el Neo Constitucionalismo, estas características las podemos resumir de la siguiente manera:

- 1) Preámbulos conectan en su texto la historia del país y su contenido programático.
- 2) Capítulos que establecen conceptos y principios constitucionales.
- 3) Alta carga de normas-principios y preceptos teleológicos y axiológicos. Para diferenciar los principios de las reglas, citaremos a Alexy, que dice:

“Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible [...] Los principios, son por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas.[...] En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida pueden ser solo cumplidas o incumplidas”⁵⁶.

- 4) Reconocimiento de la supremacía constitucional.
- 5) Configuración de un nuevo modelo de Estado. La Constitución de Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia.
- 6) Proyección social del Estado, enfatizado por la función social y ambiental con la que se delinea la propiedad privada y su convivencia con otros tipos de propiedad, como la individual, colectiva, pública, estatal, comunitaria, asociativa y mixta.
- 7) Configuración de un Estado plurinacional e intercultural, en donde hay una amplia protección de las minorías étnicas y los grupos originarios.
- 8) Constituciones garantistas a partir de la estructuración y conformación del control de constitucionalidad. En Ecuador con la Corte Constitucional. Como reflexión a este tema anotamos: “El Estado constitucional requiere no solo de un nuevo y distinto proceso, sino, además, de una forma diferente de estudiar, concebir y desarrollar un

⁵⁵ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Editorial Mariel S.C, Puebla-México 2010., Pp. 55-58

⁵⁶ ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y razón práctica” . Revista Doxa No. 5. España. 1998. p. 143.

proceso. La internacionalización de esos valores suponen un radical cambio que pasa por un cambio en la formación de abogados y magistrados[...]⁵⁷.

- 9) Amplio y novedoso refrendo de los derechos, los que en la positivación constitucional rompen con la tradicional forma de agrupación del constitucionalismo occidental. Es expresivo de una nueva perspectiva la noción de la Constitución de Ecuador de derechos del buen vivir, en el que se integran diversas facetas necesarias para materializar la dignidad humana.
- 10) Novedosa presentación de los deberes constitucionales, los que se amplían más allá de las típicas obligaciones que regulaba el constitucionalismo.
- 11) Amplia protección a los derechos a través de variados mecanismos, instrumentos y dispositivos.
- 12) Legitimación de una postura jurídica de integración latinoamericana y de respaldo a la estructuración de instituciones supranacionales de carácter regional, sobre la base de los principios de solidaridad, equidad, igualdad y respeto. En este sentido, se respalda la existencia de una ciudadanía única. Las Constituciones de Ecuador y Venezuela propugnan la integración no sólo con Latinoamérica sino también con el Caribe.
- 13) Reconocimiento del protagonismo del Estado y su incidencia en aspectos sociales y económicos. Así, se enuncian en la Constitución de Ecuador los deberes del Estado. Entre las responsabilidades que resaltan se encuentran las siguientes: garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud, el trabajo y los demás derechos; constituir una sociedad justa y armoniosa; garantizar el bienestar, la seguridad y la igual dignidad de las personas; reafirmar y consolidar la unidad del país; entre otros.
- 14) Configuración de procedimientos de reforma con la participación del constituyente originario.

Además de las diferencias planteadas debemos tomar en cuenta las características principales del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano que se encuentra dividida en características Formales y Materiales, las cuales a continuación las pasaremos a desarrollar.

4.3. Los Elementos Formales y Materiales Del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.

Los Elementos Formales del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano son los siguientes:

⁵⁷PRIORI, Giovanni. Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho procesal Constitución y proceso, llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de septiembre de 2009. P. 361.

1. Originalidad

La capacidad innovadora es esencial a su objetivo de cambio. Ante la inhabilidad del viejo constitucionalismo para resolver problemas fundamentales de la sociedad, el nuevo constitucionalismo ha sido capaz de construir una nueva institucionalidad y determinadas características que finalmente, cuentan como finalidad promover la integración social, crear un mayor bienestar y establecer elementos de participación que de gobierno por parte del poder constituido.

2. Amplitud

Por su extensión estas constituciones en alguna medida podrían ser consideradas herederas del tradicional constitucionalismo latinoamericano clásico. Pero en estos tiempos busca otra función que la prevalencia de la tradición, busca la permanencia de la voluntad constituyente, que busca ser resguardada en la medida de lo posible para evitar su olvido o abandono por parte de los poderes constituidos.

3. Complejidad

No se trata de una complejidad en la lectura o en el vocabulario usado al contrario los esfuerzos fueron dirigidos para aligerar el contenido técnico sin dejar de lado la funcionalidad.

4. Rigidez

Que no busca la perdurabilidad de la constitución, sino que la modificación de ésta se encuentre exclusivamente en manos del poder constituyente (el pueblo que es en donde radica la soberanía)

Adicionalmente existen 3 **Aspectos Materiales** del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano que los propone el Dr. Roberto Viciano, estos aspectos son los siguientes:

1.- “[...] la principal apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía popular y gobierno. Lo que la Constitución colombiana de 1991 denomina “formas de participación democrática” (del título IV, capítulo 1), en el Ecuador de 1998 se denominó gobierno participativo (art.

1); en Venezuela y Bolivia recibe el nombre de democracia participativa (preámbulo y arts. 6, 18, 55, 62, entre otros, de la Constitución venezolana de 1999; art. 11 de la Constitución boliviana de 2009); y en el Ecuador de 2008, “participación en democracia” (título IV, capítulo primero, sección tercera). El denominador común es el mismo: establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido mediante, en muchos casos, nuevas formas de participación vinculantes.

2.- El segundo aspecto más relevante es la profusa carta de derechos de las nuevas constituciones. A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización de acuerdo con cada caso de los mismos, es fácil observar en los textos del nuevo constitucionalismo la identificación de grupos débiles (mujeres, niños y jóvenes, discapacitados, adultos mayores...) y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos.

En relación con lo anterior, las nuevas constituciones plantean en mayor o menor medida, de acuerdo con su realidad social, la integración de sectores marginados históricamente, como es el caso de los pueblos indígenas.

3.- Por último, como no podía ser de otra manera, la necesidad de superar las desigualdades económicas y sociales y de plantear constitucionalmente el nuevo papel del Estado en la economía se traduce en amplios capítulos económicos. En efecto, las constituciones económicas en el nuevo constitucionalismo incorporan simbióticamente varios modelos económicos que van desde la iniciativa privada y la justicia redistributiva hasta la protección de la economía comunitaria, pero con un elemento común: la presencia del Estado, cuya participación se traduce en aspectos tan relevantes como la decisión pública sobre los recursos naturales, o la regulación de la actividad financiera.”

Estos aspectos materiales presentados contienen un alto aporte para el presente estudio ya que muestran las diferencias existentes entre el Neo Constitucionalismo clásico y el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, además estos justifican el ingreso del principio indígena del SumakKawsay, ya que como hemos visto los tres aspectos antes citados en su parte principal nos hablan de inclusión, participación y reconocimiento de derechos, todos estos inherentes también a los principios de los pueblos indígenas, entre los cuales se encuentra el SumakKawsay.

4.4 La Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano que influenció a nuestra Constitución, reafirma la jerarquía prioritaria del reconocimiento Derechos Humanos que se encuentran en nuestra Constitución, y los tratados internacionales ratificados por nuestro país, así lo determina nuestra Norma Suprema en el artículo 424 la cual dice:

“**Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público

deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”⁵⁸

El artículo citado deja ver la importancia que da nuestra Carta Magna a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, esto debido a que estos buscan en su parte medular garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, lo cual es un objetivo principal para el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.

Para entender este contexto, definir materialmente a los derechos fundamentales de la siguiente manera:

“son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁵⁹.

Esta Constitucionalización de los Derechos Internacionales, además se encuentra fundado en el concepto de Bloque de Constitucionalidad que viene desarrollándose desde hace algunos años en el mundo, el cual dice:

“Por **bloque constitucional de derechos fundamentales** entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de iuscogens), sin perjuicio de los derechos implícitos, expresamente incorporados ya sea por el propio texto constitucional por vía del artículo 29 literal c) de la CADH.”⁶⁰

Para complementar el concepto antes mencionado citaremos al artículo 29 literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala: “c) Excluir otros derechos y

⁵⁸ ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Cuarta Edición. Madrid - España. 2004. p. 37

⁶⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina, versión digital disponible en www.jornadasderechopublico.ucv.cl. [consultado el 14 de julio de 2014]

garantías que son inherentes al ser humano, o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”⁶¹

Este primer acercamiento al bloque de Constitucionalidad nos da la idea de su objeto que no es otro que el de asegurar el cumplimiento de los Derechos Fundamentales a través de las normas jurídicas nacionales y a la falta de esta o vacío del derecho en las leyes nacionales usar las internacionales.

Respecto a esto nuestra legislación dio su primera definición en el año 2004 en la Resolución del Tribunal Constitucional No 001-2004-DI, en el sexto Considerando que en su parte pertinente dice:

“[...] (...) la obligatoriedad de los Estados de aplicar lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad. En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía.”⁶²

Definición que concuerda con lo mencionado en el primer concepto y que ratifica la obligatoriedad del Estado de aplicar los derechos fundamentales del hombre a través de su norma jurídica y de los tratados internacionales que se hayan suscrito.

Para completar la información se hace necesario mencionar el artículo 425 de nuestra constitución ya que el mismo nos da el orden jerárquico del bloque de Constitucionalidad en nuestro país que es el siguiente:

“**Art. 425.-** El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.[...]”

4.5 El Reconocimiento Constitucional de un Principio Ancestral

En nuestra actual Constitución por primera vez se reconoce un principio de Cosmovisión andina que junto a Bolivia, se convierte en pionera en insertar este tipo de principios en su ordenamiento jurídico, resaltando que el mismo no solo ha sido desarrollado en un artículo o

⁶¹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, Informe En Derecho Sobre Moción Para Restablecer La Pena De Muerte Para Determinados Delitos, versión digital disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000200008&script=sci_arttext, [consultado el 14 de julio de 2014]

⁶² RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, El Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano, versión digital disponible en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1505/1/RF-06-AV-Riofr%C3%ADo.pdf> [consultado el 14 de julio de 2014]

capítulo de la Constitución, sino por el contrario se lo define como el principio fundamental de esta Constitución, siendo el objetivo a alcanzar por toda la población, por lo que todo el ordenamiento jurídico gira alrededor de él, este principio de cosmovisión andina, indígena o ancestral, es conocido con el nombre de SumakKawsay en quichua o traducido al castellano como el Buen Vivir, sin embargo este tema por el momento lo dejaremos solo enunciado, ya que éste será desarrollado con mayor detenimiento en el siguiente capítulo.

CAPITULO V
EL BUEN VIVIR O “SUMAK KAWSAY” COMO PRINCIPIO RECTOR EN EL NUEVO
ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

5.1. ¿Qué debemos entender por Sumak Kawsay?.

El Sumak Kawsay es un principio de cosmovisión indígena que ha permanecido por años en las distintas comunidades, este precepto busca principalmente que la naturaleza y el ser humano se encuentren en armonía, la palabra Sumak Kawsay proviene del quichua y su traducción de esa lengua es: “*Sumak* significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización; y *Kawsay*, es la vida, en referencia a una vida digna, en armonía y equilibrio con el universo y el ser humano, en síntesis el *Sumak Kawsay* significa la plenitud de la vida.”⁶³

Como podemos apreciar el principio andino del Sumak Kawsay no significa estrictamente “Buen Vivir” pero se le ha dado ese significado como un sinónimo de su significado real que es la Plenitud de Vida.

Al inicio de este trabajo habíamos mencionado que el Sumak Kawsay es un principio que busca principalmente la armonía del hombre con la naturaleza por lo que para complementar lo dicho aludiremos a las palabras de Raúl Llasag Fernández quien dice:

“Desde la filosofía andina el Sumak Kawsay es un sistema de vida que permite la armonía de la naturaleza. La naturaleza es todo lo que nos rodea y lo que nos rodea tiene vida en este sentido, el ser humano forma parte de la naturaleza.

En consecuencia el Sumak Kawsay es una forma de concepción del mundo que da lugar a un modelo de vida, y que está regido por ciertos principios...”⁶⁴

En la definición, el alcance que se da a este principio radica en que el hombre es parte de la naturaleza y que si esta no se encuentra en buen estado el hombre no puede estar en armonía pues ambos son intervinientes, es decir las personas somos parte de un todo que funciona en perfectas condiciones cuando estas se encuentran en buena relación con todos los entes que los rodean.

Pero como casi todo en la vida el Buen Vivir tiene su parte antagónica que es importante conocer, para lo cual mencionaremos las palabras de Pablo Dávalos, quien da a notar lo que no es, o lo que no busca el Sumak Kawsay desde su concepción de vida, cuando señala lo siguiente:

“Sumak Kawsay es la voz de los pueblos kechwas para el buen vivir. El buen vivir es una concepción de la vida alejada de los parámetros más caros de la

⁶³ORDOÑEZ, Wilson, Modulo de Capacitación titulado “ Cosmovisión andina, cultura e identidad” [consultado el 16 de julio de 2014]

⁶⁴LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, Revista de Derecho FORO, No 12, Editorial Corporación Editora Nacional, P.114, Quito-Ecuador, 2009

modernidad y el crecimiento económico: el individualismo, la búsqueda del lucro, la relación costo-beneficio como axiomática social, la utilización de la naturaleza, la relación estratégica entre seres humanos, la mercantilización total de todas las esferas de la vida humana, la violencia inherente al egoísmo del consumidor, etc. El buen vivir expresa una relación diferente entre los seres humanos y con su entorno social y natural. El buen vivir incorpora una dimensión humana, ética y holística al relacionamiento de los seres humanos tanto con su propia historia cuanto con su naturaleza.”⁶⁵

El autor pre-citado, de manera particular destaca lo antagónico para el Sumak Kawsay por ejemplo el individualismo, la utilización de la naturaleza como instrumento económico, y en general el mercantilismo en todos los ámbitos de la vida humana.

Otro aporte importante para reforzar lo mencionado por Pablo Dávalos, lo realiza Mónica Chuji Gualinga quien señala dos puntos, el primero que nos presenta lo que no busca el Sumak Kawsay y el segundo punto que señala lo que busca o pretende el Sumak Kawsay estos puntos dicen lo siguiente:

“• El Sumak Kawsay contradice a la teoría económica y paradigma cartesiano del hombre como “amo y señor de la naturaleza”, y que asume a la naturaleza desde una ámbito externo a la historia humana y por tanto al ser humano individual muy alejado de la naturaleza; esa concepción impuesta hoy en día está pasándonos una factura muy cara.

• El Sumak Kawsay (vida en armonía-buen vivir), al contrario, recupera el sentido de pertenencia de los seres humanos de manera individual y colectiva a la naturaleza y por tanto descarta aquello de que somos dueños absolutos de la naturaleza y más bien reafirma que somos parte inseparable de ella.”⁶⁶

Esta cita nos permite de una manera fácil entender el objeto del Sumak Kawsay que es en definitiva la búsqueda de la armonía del hombre individual y colectivamente con la naturaleza, dejando de lado el pensamiento de que el hombre es el amo de todo lo que le rodea sin importarle nada.

Asimismo el Sumak Kawsay engloba una serie de dimensiones con las cuales se encuentra estrechamente relacionado que permiten llegar a las personas a tener una vida buena y en armonía con su entorno, estas dimensiones son explicadas de forma acertada por Mónica Chuji Gualinga y son las siguientes:

⁶⁵DAVALOS, Pablo, Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo, versión digital disponible en <http://alainet.org/active/25617&lang=es>, consultado el 23 de julio de 2014

⁶⁶CHUJIGUALINGA, Mónica, El Sumak Kawsay : Una Opción De Vida, Versión digital disponible en <http://www.miradoriu.org/spip.php?article168>, consultado el 23 de julio de 2014

“El Sumak Kawsay comprende una dimensión filosófica-espiritual y ética, una dimensión política y de autodeterminación, una dimensión jurídica, una dimensión económica, una dimensión productiva, una dimensión de derechos, una dimensión cultural, una dimensión ambiental, una dimensión comunicacional, una dimensión material, en definitiva una dimensión holística que permita a la humanidad tener una vida equilibrada y armónica.

El Sumak Kawsay tiene una **dimensión filosófico-espiritual y ética** porque nace de las más profundas convicciones de vida colectiva dado por a una relación inseparable, respetuosa y armónica con la naturaleza; porque en la naturaleza está la fuerza y el sustento a toda creación humana; porque en ella vivimos y de ella dependemos. Así por ejemplo el respeto a todas las vidas existentes en la naturaleza desde los más pequeños hasta los más grandes

El Sumak Kawsay tiene una **dimensión política y de autodeterminación** porque depende de decisiones políticas consensuadas y colectivas que generen orientaciones y seguridades en función del bienestar de la colectividad.

Esta dimensión implica que todos los pueblos y naciones tengamos la posibilidad de decidir nuestro propio destino en un marco de respeto a los derechos humanos individuales y colectivos.

Sin la autodeterminación, seguirán en vigencia aquella práctica de dominados y dominadores. Por ejemplo, una decisión política colectiva comunitaria puede hacer que nos mantengamos férreamente unidos para defender la salud del planeta, de igual manera una decisión política puede hacer que se profundice la práctica económica extractivista sin visualizar alternativas, con lo cual se estaría sentenciando aún más al planeta.

El Sumak Kawsay está conectado con la **dimensión jurídica** porque depende de normas jurídicas que permitan la convivencia, respeto y la armonía con el entorno. Los pueblos indígenas siempre hemos elaborado normas de convivencia y de respeto entre la colectividad así como hacia la naturaleza. Cuando se han dado transgresiones a las normas acordadas se aplican mecanismo de reparación o compensación de acuerdo a la gravedad del cometido. En el caso de abuso o irrespeto a la naturaleza se conoce también que habrá consecuencias o reacciones de la naturaleza.

El Sumak Kawsay está conectado **con la economía** porque asume y respeta todas las formas y prácticas económicas y particularmente con aquellas formas que no explota a los seres humanos y que ven en la naturaleza una fuente de vida finita y por ende agotable si no se racionaliza. Para el Sumak Kawsay la economía se transforma en medio para poder resolver los problemas económicos y no se convierte la economía en un problema para la convivencia humana

El Sumak Kawsay se relaciona **con la producción** porque promueve una producción diversa, sana, suficiente que no sobre ni falte; que haya para compartir, para comerciar y para el autoconsumo; un precio justo que no perjudique ni afecte al productor ni al que adquiere el producto. Que no haya explotados ni explotadores, solo personas o colectividades que hacen un intercambio justo.

El Sumak Kawsay y **los derechos humanos universalmente reconocidos**, en el contexto moderno se relaciona porque parte del respeto estricto a todos los derechos humanos. Derecho a la vida, derechos económicos, sociales y

culturales, derechos civiles y políticos y los derechos colectivos. Para tener un buen vivir se requiere que todos estos derechos sean ejercidos de manera colectiva e individual y que los Estados se encaminen a trabajar en función de los derechos y no en función de los mercados

La dimensión cultural del Sumak Kawsay se sustenta en el reconocimiento, valoración respeto y, fundamentalmente, en el diálogo de saberes y con ello en una verdadera interculturalidad. La dominación cultural o la imposición cultural no va con la visión de Sumak Kawsay.

El Sumak Kawsay está conectado con la **dimensión ambiental**, entendida esta como la biodiversidad, los bosques, el agua, las montañas, los animales, el aire y todo cuanto nos rodea. Los derechos de la naturaleza son una expresión del respeto y la necesidad de encontrar puntos de equilibrio con la naturaleza. Los derechos de la naturaleza están reconocidos en el caso de Ecuador en la nueva Constitución lo cual abre el camino para el respeto mutuo. Un ambiente sano nos permitirá tener una vida sana.

El Sumak Kawsay se nutre de una **buena educación y comunicación** y con ello la transmisión de conocimientos, saberes, valores de generación en generación y de articulación con otros conocimientos. La educación en función de la sociedad y de los intereses comunes y una educación que valore los saberes de todas las culturas.

Finalmente, la **dimensión material** también está contemplada en la visión del Sumak Kawsay porque se requiere de los aparatos, instrumentos necesarios que nos faciliten la convivencia, la comunicación el entendimiento y el respeto entre todos y todas. Lo material no para dominar a la naturaleza ni para destruirlo sino para que nos ayuden a cuidarla y a entendernos los unos y los otros.

El definitiva, el Sumak Kawsay propone, en primer lugar, recuperar el sentido y la relación intrínseca entre los seres humanos y la naturaleza que nos rodea; esa relación parte por reconocer que en el mundo existimos sociedades diversas y por tanto debe existir respeto a las diversas visiones y prácticas, por ejemplo reconocer que existimos millones de seres humanos, alejados de las figuras del consumidor, de los mercados libres, competitivos y de la mercancía; seres humanos que cuyas coordenadas de vida la establecemos desde la ética; que somos seres humanos que pertenecemos a pueblos diversos con una memoria de relacionamiento atávica, ancestral diferente a la razón liberal. El Sumak Kawsay propone rescatar la unidad del hombre con su entorno, porque su alejamiento está provocando una de las crisis más graves y profundas que pone en peligro a toda la existencia humana sobre la Tierra. En la perspectiva del mercado no hay posibilidades de frenar el cambio climático y el calentamiento global. Llegará un día en el que la humanidad tenga que optar entre la vigencia de los mercados capitalistas o su propia pervivencia”⁶⁷

Esta relación que hace Mónica Chuji del Sumak Kawsay con las diferentes dimensiones de la vida o del entorno actual, nos da a notar, que no necesariamente al hablar de Sumak Kawsay debemos pensar en el pasado, sino al contrario debemos pensar en el futuro ya que

⁶⁷ CHUJIGUALINGA, Mónica, El SumakKawsay : Una Opción De Vida, versión digital disponible en <http://www.miradoriu.org/spip.php?article168>, [consultado el 23 de julio de 2014]

este principio es universal y siempre se podrá relacionar con cualquier dimensión en el momento histórico que se lo necesite ya que su objetivo nunca tendrá caducidad pues la búsqueda de la armonía individuo, sociedad y naturaleza, siempre ha sido buscada por el hombre pero de diferentes maneras o perspectivas.

5.2. Los Principios del Sumak Kawsay.

Al ser el Sumak Kawsay un modo de vida en el cual el hombre debe estar en armonía con la naturaleza, contiene un conjunto de principios para poder lograr su fin primordial, la armonía de la sociedad y medio ambiente. Estos principios se los puede tomar en cuenta desde dos puntos de vista muy válidos.

El primero lo menciona el autor Raúl Llasag Fernández desde la perspectiva del Sumak Kawsay como tal, es decir el Buen Vivir como orden de vida; señalando los siguientes principios:

1. Principio Holístico

Según este principio todo tiene un vínculo o relación que se presenta en todos los campos inclusive el del ser humano con Dios, por tal razón para la cosmovisión andina el individuo como tal no es nadie, si no se halla dentro de una red de relaciones donde todo tiene vida y cada uno cumple con una función específica. Por tal razón cuando una persona es expulsada de su comunidad equivale a su muerte.

2. Principio de Correspondencia

Para este principio los diferentes aspectos, regiones o campos de la vida se corresponden de una forma armoniosa, por esta razón el ser humano, la familia y la comunidad forman parte de la correspondencia con la naturaleza pues todo está relacionado para poder alcanzar la armonía general.

3. Principio de Complementariedad

Este principio enuncia que nada existe por si solo o de manera individual, y que más bien estos siempre coexisten con su complemento específico. Por lo dicho las personas no son entes autónomos o separados ya que separados no son nada o están incompletos, por lo que en familia o en comunidad encuentran su plenitud o complementariedad; por ello, en caso de infringir las normas y principios, las comunidades andinas buscan el retorno a la armonía.

4. Principio de Reciprocidad

Según este principio, cada acción tiene su reacción o su acto recíproco por el acto realizado, de tal forma que el esfuerzo o inversión puesta en una acción tendrá su compensación con un esfuerzo o inversión igual a la realizada.

El segundo punto de vista que orienta los principios del Sumak Kawsay son algo más bien ancestrales y filosóficos que nos hablan de los valores que deben tener las personas para alcanzar el Buen Vivir, lo dicho parte del **Runa** que significa hombre o persona, que sintetiza su propósito de alcanzar el Sumak Kawsay y para lo cual debe cumplir con los siguientes principios:

“Pakta Kawsay, El Equilibrio.

Se refiere a la estabilidad de los miembros de la comunidad, y al equilibrio emocional que debe lograr cada persona, lo que constituye una garantía para que la comunicación sea horizontal y adecuada y no se vea afectada por alteraciones de incomunicación.

Alli Kawsay, La Armonía.

El trabajo, el equilibrio permiten sostener la armonía del individuo, la familia y la comunidad. Un individuo, una familia, una comunidad que logra estas dimensiones puede contagiar su entorno y lograr que las diferentes actividades sean positivas.

Wiñak Kawsay, La Creatividad.

La presencia de estos valores es el ingrediente que motiva en las personas a recrear y crear sus iniciativas. La creatividad está regida por un mecanismo clave que se denomina el tinkuy.

El tinkuy se lo simboliza en los rituales del inti raymi con las danzas guerreras que rememoran la confrontación de las comunidades por mantener la hegemonía de los espacios rituales, la confrontación sin embargo no genera enemistad, concluido el inti raymi las comunidades mantienen los lazos de apoyo y solidaridad.

Samak Kawsay, La Serenidad.

Aprender a cultivar la serenidad del horizonte, la serenidad de los lagos al amanecer, es una tarea de perseverancia, disciplina, está orientado a aprender a crear mecanismos que permiten controlar reacciones compulsivas, acciones sin previa meditación.

El caminar por el sendero del Ser Runa - Runakay - el saber ser permite alcanzar el Sumak Kawsay que es una concepción ancestral de la vida que se ha mantenido vigente en muchas comunidades indígenas hasta la actualidad.”⁶⁸

⁶⁸ ORDOÑEZ, Wilson, Módulo de Capacitación titulado “Cosmovisión andina, cultura e identidad” [consultado el 16 de julio de 2014]

El cumplimiento de estos principios o valores primeramente como individuos y luego como colectividad nos llevara a cumplir el objetivo de lograr la armonía entre el hombre y la naturaleza, lo que nos dará como resultado concatenado la armonía entre el individuo, la familia y la comunidad, todo esto en conjunto nos permitirá alcanzar el Sumak Kawsay o Buen Vivir, en nuestro país.

5.3. Reconocimiento Constitucional del Sumak Kawsay.

Nuestra actual Constitución ha dado un cambio radical de concepción frente a sus predecesoras en el sentido en que no solo ha reconocido un principio indígena dentro de su sistema jurídico, sino que lo ha planteado como su fin u objetivo principal, esto es alcanzar el Buen Vivir o Sumak Kawsay, concretándolo en el Preámbulo de Nuestra Carta Magna que en su parte pertinente dice: “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay;”⁶⁹

Lo dicho nos da a entender la importancia que tiene el Sumak Kawsay en nuestra legislación, que además se encuentra dividida en dos partes; la primera conocida como **Dogmática** la que engloba al Buen Vivir como Principio Constitucional, y como derecho. La segunda parte que es la **Orgánica** en la cual se encuentra el Régimen del Buen Vivir.

Desde el punto de vista Dogmático el Sumak Kawsay es considerado un Principio Constitucional, esto debido a que el Buen Vivir en nuestra Constitución es considerado como la meta que debemos buscar, por esta razón los principios, normas y leyes constitucionales deben estar dirigidos a poder llegar a la meta conocida como Sumak Kawsay, para poder apoyar lo dicho (y sin la intención de redundar en lo mencionado al inicio de este tema), incluiremos lo dicho por Raúl Llaga Fernández que al respecto nos dice:

“[...] Si revisamos con atención el preámbulo de la Constitución que dice: “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay”, el constituyente esta determinando varias características del Estado: la convivencia en diversidad, la armonía con la naturaleza, todo ello para alcanzar el Sumak Kawsay, por tanto sus normas, principios deben ser interpretados en función de alcanzar el Sumak Kawsay”⁷⁰

⁶⁹ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

⁷⁰LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, El SumakKawsay y sus Restricciones Constitucionales, Revista de Derecho FORO, No 12, Editorial Corporación Editora Nacional, p.120, Quito-Ecuador, 2009

Este objetivo de alcanzar el Buen Vivir, además de estar reconocido en el preámbulo de nuestra Norma Suprema se lo puede encontrar en diferentes secciones de la misma como por ejemplo:

“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

[...] **5.** Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.

[...] **Art. 85.-** La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

[...] **Art. 97.-** Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.”⁷¹

Estos son algunos de los artículos que nos hablan del Buen Vivir como principio constitucional pero debemos tomar en cuenta que la parte Dogmática del Sumak Kawsay no se limita a hablar de este principio solo como tal, sino también como derecho y desde esta posición podemos decir que en nuestra Constitución los derechos se han incrementado frente a los que existían en la Constitución de 1998 que para ese entonces eran 11 y eran conocidos como Derechos Sociales; en la actualidad son 16 los cuales se encuentran dentro del Capítulo II que parte del artículo 12 y concluye en el artículo 34.

Muchas personas afirman que los Derechos del Buen Vivir, son los mismos Derechos Sociales pero con algún incremento en su cantidad, esto porque en realidad como veremos a continuación algunos de los conocidos Derechos Sociales pasaron a ser parte de los Derechos del Buen Vivir como lo veremos en el siguiente cuadro:

⁷¹ **ASAMBLEA CONSTITUYENTE**, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

Derechos Sociales (1998)	Derechos del Buen Vivir (2008)
Propiedad	Agua
Trabajo	Trabajo
Familia	Ambiente Sano
Salud	Salud
Grupos Vulnerables	Alimentación
Seguridad Social	Seguridad Social
Cultura	Cultura
Educación	Educación
Ciencia y Tecnología	Ciencia
Comunicación	Comunicación
Deportes	Deportes
	Información
	Recreación
	Tiempo Libre
	Hábitat
	Vivienda

Cuadro No. 3: Los Derechos Sociales de la Constitución de 1998 son reconocidos por la Constitución del 2008 como Derechos del Buen Vivir.

Fuente: El autor.

En este primer cuadro podemos observar cuales eran los Derechos Sociales y cuáles son los Derechos del Buen Vivir, a continuación presentaremos una serie de cuadros que separan al primero con el fin de analizar de mejor manera a los dos tipos de derechos en mención.

Derechos Sociales (1998)	Derechos del Buen Vivir (2008)
Propiedad	-
Trabajo	Trabajo
Familia	-
Salud	Salud
Grupos Vulnerables	-
Seguridad Social	Seguridad Social
Cultura	Cultura
Educación	Educación
Ciencia y Tecnología	Ciencia
Comunicación	Comunicación
Deportes	Deportes

Cuadro No. 4: Derechos Sociales y Derechos del Buen Vivir

Fuente: Carolina Silva Portero, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Editorial Ministerio de Justicia, p.129, Quito-Ecuador, 2008

En este cuadro podemos apreciar que solo ocho de los once Derechos Sociales de 1998 se han conservado independientemente en la actual Constitución, debido a que el Derecho a la Propiedad, a la Familia y de los Grupos Vulnerables, se encuentran inmersos dentro de otras clasificaciones como nos lo demuestra el siguiente cuadro:

Derechos Sociales (1998)	Derechos del Buen Vivir (2008)
Propiedad	Derechos de Libertad
Familia	Derechos de Libertad
Grupos Vulnerables	Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria

Cuadro No. 5: Derechos de la Constitución De 1998 que están Inmersos en otros Derechos de la Actual Constitución.

Fuente: Carolina Silva Portero, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Editorial Ministerio de Justicia, p.129, Quito-Ecuador, 2008

Como podemos apreciar el Derecho a la Propiedad se encuentra contenido dentro de los Derechos de Libertad, previstos en el artículo 66 numeral 26 de la Constitución, que dice: **“Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas:...

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.”⁷²

Pero además se encuentra regulado en el artículo 321 que habla de los Tipos de Propiedad y dice lo siguiente: **“Art. 321.-** El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.”⁷³

El Derecho a la Familia también se encuentra dentro de los Derechos de Libertad en el artículo 67 que señala:

“Art. 67.- 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.

⁷² ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

⁷³ ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

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.”⁷⁴

Mientras que los Derechos de Grupos Vulnerables se encuentran contenidos dentro de los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria que se encuentra ubicada dentro del Capítulo Tercero entre los artículos 35 y 55.

Para finalizar esta comparación, revisaremos si los ocho Derechos del Buen Vivir que al inicio no tuvieron ninguna coincidencia con los Derechos Sociales, tal vez se encuentren inmersos dentro de algunos de los Derechos Sociales antes mencionados, mediante el siguiente cuadro:

Derechos del Buen Vivir (2008)	Derechos Sociales (1998)
Agua	No Existía
Alimentación	No Existía
Ambiente Sano	Derechos Colectivos
Información	Derecho a la Comunicación
Vivienda	Derecho a la Propiedad
Hábitat	No Existía
Recreación	Derecho al Deporte
Tiempo Libre	No Existía

Cuadro No. 6: Derechos del Buen Vivir vs Derechos Sociales.

Fuente: Carolina Silva Portero, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Editorial Ministerio de Justicia, Quito-Ecuador, 2008. p. 130.

Con lo propuesto en este cuadro podemos afirmar que solo cuatro Derechos del buen Vivir son nuevos estos son: Derecho al Agua, a la Alimentación, al Hábitat y al Tiempo Libre, todos los demás se encontraban de una u otra forma incluidos.

Lo anotado desde una mirada general nos llevaría a decir que efectivamente los derechos del Buen Vivir son Derechos Sociales con excepción de cuatro que son nuevos, pero si nos detenemos un poco y regresamos a la definición del Sumak Kawsay encontraremos que ahora todos son Derechos del Buen Vivir y ninguno Social, pues nuestro principal principio constitucional nos habla de la relación que existe entre todo que nada está al azar y que todos tiene un objetivo que es alcanzar la armonía entre todos, por lo que ver a

⁷⁴ ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

los Derechos del buen Vivir como Sociales nos haría regresar hacia el pasado pues estos no tenían la relación que buscan tener los actuales.

Desde la parte Orgánica el Sumak Kawsay se encuentra constituido por el Régimen del Buen Vivir, pero también concordante con el Régimen de Desarrollo, el primero que se encuentra ubicado en el Título VII, que abarca los artículos del 340 al 415, mientras el segundo se encuentra dentro del Título VI que va de los artículos 275 al 339 de nuestra Constitución.

Este punto de vista presenta la forma en el que el Estado se va a organizar para el cumplimiento de su Objetivo esto es alcanzar el Buen Vivir o Sumak Kawsay, lo cual podemos confirmar con lo establecido en el título del Régimen de Desarrollo que en su primer artículo dice:

“Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del Sumak Kawsay. El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente. El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”⁷⁵

Esto en otras palabras nos dice que el Régimen de Desarrollo tiene por objeto el desarrollar sistemas, económicos, políticos, sociales, culturales, ambientales, etc., para alcanzar y garantizar el Buen vivir o Sumak Kawsay.

Otro resultado de la parte Orgánica es la creación del Plan Nacional del Buen Vivir que nos presenta principalmente, los objetivos y estrategias que debe cumplir el Estado en el periodo 2009-2013 para alcanzar el Sumak Kawsay, y que consta de tres partes: Conceptual, de Políticas Públicas y una Instrumental mismas que se las pueden resumir de la siguiente manera:

“En su primera parte, el Plan presenta las orientaciones y principios para un cambio radical orientados hacia el Buen Vivir, luego incorpora un diagnóstico

⁷⁵ ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.

crítico sobre los procesos económicos, sociales y políticos que han caracterizado al país en las últimas décadas, así como una lectura crítica de los primeros 31 meses de gobierno. Y principalmente propone las transformaciones necesarias para alcanzar, en el mediano plazo, un nuevo modo de acumulación y redistribución para el Buen Vivir.

En su segunda parte, el Plan desarrolla los contenidos de los 12 Objetivos Nacionales para el Buen Vivir, actualizados en función de los contenidos constitucionales, los resultados de la evaluación del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2009, las agendas y políticas sectoriales y territoriales, las acciones e inversiones públicas y los aportes ciudadanos. En ellos se definen políticas y lineamientos de políticas necesarias para la consecución de metas que permitan hacer un seguimiento de los resultados logrados por el Gobierno. Estas metas, que fueron validadas por las instituciones ejecutoras, rompen con las inercias burocráticas e institucionales y muestran el compromiso del gobierno nacional para cumplir con su propuesta de transformación.

En su tercera parte y como parte de las innovaciones del Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 se incluye la Estrategia Nacional Territorial, la misma que identifica y territorializa las principales intervenciones y proyectos estratégicos nacionales. Se incluyen como anexos complementarios a la estrategia territorial una primera versión de las agendas zonales. Estas constituyen un aporte para un proceso de discusión ampliado en el que progresivamente y en función de procesos de la información y la planificación territorial se brinda sustento para el diseño de políticas públicas en función de la diversidad propia del país.

En su parte final, el Plan incluye el desarrollo de criterios para la asignación de recursos a través de la formulación del Plan Plurianual de Inversiones. Cabe resaltar que la planificación y priorización de la inversión pública estuvo acompañada de un proceso de análisis, validación y jerarquización de programas y proyectos articulados a las estrategias de mediano plazo y a las políticas definidas en cada objetivo.”⁷⁶

Con lo planteado podemos tener en un pequeño resumen que nos aclara el panorama de cómo se encuentra distribuido el Plan Nacional del Buen Vivir, cuáles son sus alcances y el número de objetivos que pretende lograr.

Antes de terminar con este tema me gustaría dejar planteado el concepto de Sumak Kawsay que el Estado Ecuatoriano ha tomado y que ha sido plasmado en el Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013, que manifiesta:

“La concepción del Buen Vivir necesariamente recurre a la idea del “nosotros” porque el mundo no puede ser entendido desde la perspectiva del “yo” de occidente. La comunidad cobija, protege, demanda y es parte del nosotros. La comunidad es el sustento y es la base de la reproducción de ese sujeto colectivo que todos y cada uno “somos”. De ahí que el ser humano sea

⁷⁶Plan Nacional del Buen Vivir del Ecuador 2009-2013, Versión digital disponible en: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional;jsessionid=23038049812A7C26858BC54E2E78505D#tabs2> [consultado el 03 de junio de 2014]

concebido como es una pieza de este todo, que no puede ser entendido sólo como una sumatoria de sus partes. La totalidad se expresa en cada ser y cada ser en la totalidad. “El universo es permanente, siempre ha existido y existirá; nace y muere dentro de sí mismo y sólo el tiempo lo cambia” (pensamiento kichwa). De ahí que hacer daño a la naturaleza es hacernos daño a nosotros mismos. Cada acto, cada comportamiento tiene consecuencias cósmicas, los cerros se enojan o se alegran, se ríen o se entristecen, sienten... piensan...existen (están).

Si recurrimos a la traducción cultural que nos sugiere Boaventura de Sousa Santos, nuestro debate sobre la construcción de una nueva sociedad, partiendo de epistemologías diversas, se enriquece enormemente: ya no estamos hablando de crecimiento económico, ni del PIB, estamos hablando de relaciones amplias entre los seres humanos, la naturaleza, la vida comunitaria, los ancestros, el pasado y el futuro. El objetivo que nos convoca ya no es el “desarrollo” desde esa antigua perspectiva unilineal de la historia, sino la construcción de la sociedad del Buen Vivir.”⁷⁷

5.4. La Relación del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano y el SumakKawsay.

A diferencia del Neo Constitucionalismo Clásico, el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano busca el reconocimiento de los derechos sociales, culturales y de las minorías además habla de la participación vinculante de los miembros de la sociedad. De lo mencionado podríamos decir que al buscar la participación de minorías las agrupaciones indígenas calzarían perfectamente y al ingresar el SumakKawsay a la Constitución los hacen ser miembros activos permanentes de la misma. Además una de las características del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano es la gran cantidad de Derechos que se reconocen los cuales requieren de un objetivo a alcanzar, esto les otorga el SumakKawsay pues al convertirse en el principio rector de la constitución todos los Derechos que en la Constitución se encuentran tiene un objetivo aportar para que podamos alcanzar el Buen Vivir.

También podemos decir que una de las metas del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida relación entre soberanía popular y gobierno, este instrumento es claramente el SumakKawsay en nuestra legislación pues el SumakKawsay no solo busca la relación entre las personas y el gobierno si no que va más allá, buscando la relación de las personas, el gobierno y la naturaleza con el único fin de lograr la armonía entre ellos para alcanzar el Buen Vivir.

⁷⁷ Plan Nacional del Buen Vivir del Ecuador 2009-2013, Versión digital disponible en: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional;jsessionid=23038049812A7C26858BC54E2E78505D#tabs2> [consultado el 03 de junio de 2014]

El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano además busca dejar de lado las desigualdades Económicas y Sociales, para lo cual el SumakKawsay o Buen Vivir busca encontrar la armonía entre el individuo y la colectividad dejando de lado los problemas económicos para que estos se resuelvan por esa misma vía pero dando a notar que sobre los problemas económicos se encuentran los problemas de las personas.

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones

- El presente trabajo de investigación se convierte en un material de consulta bien fundado, real y fehaciente para estudiantes y profesionales del derecho que desean encontrar una respuesta a cuál fue la corriente jurídica que influenció a nuestra actual Constitución
- El Neo constitucionalismo se presenta en el mundo como una corriente jurídica con principios y características bien desarrollados, que aparecieron luego de la segunda guerra mundial, que planteo que los Derechos fundamentales del Hombre se encuentran sobre cualquier ley, dando el paso de un Estado Social a un Estado Constitucional de Derechos y que es la base para la formación del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano.
- El Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, efectivamente fue la corriente jurídica doctrinal que influenció a nuestra actual Constitución, ya que los elementos que el mismo contempla, como la participación democrática directa del originario en la determinación y límites para el estado, además de la obligación del gobierno de garantizar la traslación fiel de la voluntad constituyente en sus decisiones dan una primera pero gran diferencia con el Neo constitucionalismo, donde la participación ciudadana es más limitada.
- A pesar de que el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano se presente como una corriente jurídica doctrinal en desarrollo que tiene sus bases en el Neo Constitucionalismo Europeo, está ya posee los elementos, características y principios para ser considerada como una corriente doctrinal particular, que por ahora se encuentra vigente en Latinoamérica.
- Las características que presenta el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano concuerdan con nuestra realidad así por ejemplo: La expansión de derechos se refleja con facilidad pues en la Constitución de 1998 los derechos sociales o del buen vivir consagrados eran once y actualmente son diez y seis. La alta carga normativa de leyes que de igual forma podemos comparar con la Constitución de 1998, la cual constaba de 284 artículos en la actualidad consta de 444 artículos. La configuración de un nuevo tipo de estado esto es del Estado Derecho, a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, entre otras. Pero un

factor importante es la necesidad de superar las desigualdades económicas y sociales y de plantear constitucionalmente el nuevo papel del Estado, este nuevo papel hace que se reconozcan derechos y principios de las minorías entre ellos los indígenas, con esta perspectiva se ingresa el principio del SumakKawsay en nuestra legislación.

- El principio del origen ancestral indígena que es el objeto principal de nuestra Constitución, es decir el SumakKawsay no se lo ingreso de forma aislada o por caso fortuito a nuestra Carta magna, al contrario esta tiene relación con el Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano como se lo nombró anteriormente además porque los aspectos materiales de esta corriente jurídica buscan la participación democrática, se preocupa por el cumplimiento de los derechos individuales y colectivos, y la superación de las desigualdades económicas y sociales, aspectos que también busca el SumakKawsay o Buen Vivir para alcanzar su objetivo principal de mantener la armonía entre la colectividad y la naturaleza
- Al buscar tanto el SumakKawsay como el Nuevo Constitucionalismo Social latinoamericano el reconocimiento de los derechos de la naturaleza para alcanzar la armonía, ha generado que la actual Constitución reconozca derechos de cuarta generación, lo que le hace ocupar puestos de primer nivel en el mundo respecto al reconocimiento de estos derechos.

6.2 Recomendaciones

- Debemos aportar a la difusión y desarrollo del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, puesto que al ser de originado en nuestra región se erige como una corriente que nos representa a todos en el mundo y con la cual podemos demostrar los avances que nuestro continente ha tenido en el ámbito jurídico constitucional.
- Es conveniente la realización de debates sobre el tema para la mejor comprensión del Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano para conocerlo mejor ya que la información del mismo es escasa y con ello podemos verificar las diferencias con el Neo Constitucionalismo.
- El Estado debería crear un mejor modelo de difusión de libros que se encuentran en caminados a resolver el tema entre Neo Constitucionalismo y Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano ya que pocas personas conocen que en el Ministerio de Justicia y en la Corte Constitucional existen libros de distribución gratuita sobre esos temas.
- Se debe generar en las universidades mesas redondas en las cuales se pueda debatir la influencia del SumakKawsay en nuestra Constitución y si este principio es parte del reconocimiento o logros alcanzados por los movimientos indígenas en las últimas décadas.

MATERIALES DE REFERENCIA

Referencias Bibliográficas

- **ALEXY**, Robert. “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y razón práctica”. Revista Doxa No. 5. España. 1998. p. 143.
- **AVILA SANTAMARIA**, Ramiro, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Editorial Ministerio de Justicia, Quito-Ecuador, 2008.
- **AVILA SANTAMARIA**, Ramiro, El Neo Constitucionalismo Transformador, Editorial Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2011.
- **ASAMBLEA CONSTITUYENTE**, Constitución dela República del Ecuador de 2008 publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Montecristi-Ecuador, 2008.
- **FERRAJOLI**, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Cuarta Edición. Madrid - España. 2004.
- **LLASAG FERNÁNDEZ**, Raúl, Revista de Derecho FORO, No 12, Editorial Corporación Editora Nacional, Quito-Ecuador, 2009.
- **MORTATI**, Constantino. La Constitución en sentido material. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000.
- **ORDOÑEZ**, Wilson, Modulo de Capacitación titulado “Cosmovisión andina, cultura e identidad” Quito-Ecuador 2010.
- **PRIORI**, Giovanni. Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho procesal Constitución y proceso, llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de septiembre de 2009.
- **VICIANO PASTOR**, Roberto. El Nuevo Constitucionalismo en América Latina. Editorial Corte Constitucional del Ecuador. Quito-Ecuador, 2010.
- **VILLABELLA ARMENGOL**, Carlos Manuel, Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Editorial Mariel S.C.Puebla-México 2010.

Referencias Netgráficas

- **ALDUNATELIZANA**, Eduardo, Aproximación Conceptual Y Crítica Al Neoconstitucionalismo, versión digital disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809502010000100004&script=sci_arttext [consultado el 17 de junio de 2014]
- **ASANZA MIRANDA**, Felipe, "Neoconstitucionalismo En El Ecuador Y Las Nuevas estructuras Globales De Derecho Y Democracia En La búsqueda De La Reforma Integral De La Justicia: Derechos, Garantías, Políticas Públicas Y Económicas y Su Impacto En Lo Social". Versión digital disponible en: <http://es.scribd.com/doc/50202932/Neoconstitucionalismo-en-El-Ecuador-y-Las-Nuevas-Estructuras-Globales-de-Derecho-y-Democracia#archive> [consultado el 24 de junio de 2014]
- **AYCARTGALECIO**, Thomas A., El Neoconstitucionalismo, Versión digital disponible en: <http://www.slideshare.net/Puchinni/el-neo> [consultado el 15 de junio de 2014]
- **BIBLIOTECA CERVANTES. CONSTITUCIONES DEL ECUADOR.** Enlace: <http://bib.cervantesvirtual.com/porta/constituciones/pais.formato?pais=Ecuador&indicacion=constituciones>
- **BRAZRODRIGUES**, Jaana, El pluralismo político como valor del neoconstitucionalismo, Versión digital disponible en: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13342/el-pluralismo-politico-como-valor-del-neoconstitucionalismo> [consultado el 16 de junio de 2014]
- **CAJICA LOZADA**, Gustavo, Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática, Versión digital disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/2/pr/pr7.pdf> [consultado el 20 de junio de 2014]
- **CHUJIGUALINGA**, Mónica, El Sumak Kawsay : Una Opción De Vida, Versión digital disponible en <http://www.miradoriu.org/spip.php?article168>, [consultado el 23 de julio de 2014]

- **COMANDUCCI**, Paolo, Constitucionalización Y Teoría Del Derecho, Pps 3-5, versión digital disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho> , [consultado el 15 de junio del 2014]
- **D'AMBROCIO**, Gabriela, Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano, Versión digital disponible en: www.derechoecuador.com [consultado el 13 de junio de 2011]
- **DÁVALOS**, Pablo, Reflexiones sobre el Sumak Kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo, versión digital disponible en <http://alainet.org/active/25617&lang=es>, [consultado el 23 de julio de 2014]
- **FIGUEROA GUTARRA**, Edwin, Neoconstitucionalismo e Interpretación Constitucional ¿Hacia Nuevos Horizontes en el Derecho?, versión digital disponible en: <http://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>, [consultado el 14 de junio de 2014]
- **HERNANDO NIETO**, Eduardo, ¿Qué es el Neoconstitucionalismo?, Versión digital disponible en: <http://eduardohernandonieto.blogspot.com/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html> [consultado el 12 de agosto del 2014]
- **KOWII**, Ariruma, El Sumak Kawsay, Versión digital disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/EI%20Sumak%20Kawsay-ArirumaKowii.pdf> [consultado el 03 de junio de 2014]
- **MEDICI**, Alejandro, Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo, Versión digital disponible en: <http://www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Derecho%20Politico/Neoconsti%5B1%5D...doc> [15 de junio de 2014]
- **MENDOZA ESCALANTE**, Mijail, La Eficacia De Los Derechos Fundamentales En Las Relaciones Entre Particulares, Versión digital disponible en: <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf> [consultado el 03 de agosto de 2014]

- **MONTERO LARA**, Manuel, El Estado Constitucional y su influencia en la configuración de los Derechos Sociales, Versión digital disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=650&Itemid=116 [consultado el 24 de junio de 2014]
- **NOGUEIRA ALCALÁ**, Humberto, El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina, versión digital disponible en www.jornadasderechopublico.ucv.cl, [consultado el 14 de julio de 2011]
- **PEÑA**, Lorenzo, Los Valores Del Ordenamiento Jurídico En La Nueva Constitución Ecuatoriana: El Buen Vivir Como Principio Rector De La Convivencia Ciudadana, Versión digital disponible en: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/29061/1/toluca10.pdf>, [consultado el 03 de junio de 2014]
- Plan Nacional del Buen Vivir del Ecuador 2009-2013, Versión digital disponible en: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional;jsessionid=23038049812A7C26858BC54E2E78505D#tabs2> [consultado el 03 de junio de 2014]
- **POZZO**, Susana, Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional, Versión digital disponible en http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf [consultado el 04 de junio de 2011]
- **RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA**, Juan Carlos, El Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano, versión digital disponible en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1505/1/RF-06-AV-Riofr%C3%ADo.pdf> [consultado el 14 de julio de 2011]
- **SANTIAGO**, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Versión digital disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> [Fecha de consulta: 22 de junio 2011]

- Tribunal Constitucional Federal Alemán Sentencia BVerfGE 7, 198 – Lüth 15 de enero de 1958, versión digital disponible en: http://www.cacheirofrias.com.ar/Caso_Luth.htm [consultado el 01 de agosto de 2014]
- **VICIANO PASTOR**, Roberto. ¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como Corriente Doctrinal Sistematizada?. Versión digital disponible en: www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf, [consultado el 20 de junio de 2014]