

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

El derecho desde los derechos, nueva fuente y creación en sede jurisdiccional

The law from the rights, new source and creation in jurisdictional seat

Eduardo Alfredo Argudo Nevárez¹ (eduardo.argudon@ug.edu.ec) (<https://orcid.org/0000-0002-7617-6737>)

María Goretty González Espinoza² (magogonez@yahoo.es) (<https://orcid.org/0000-0002-3821-0009>)

Katherine Sayonara Argudo González³ (katherineag@gmail.com) (<https://orcid.org/0000-0002-8233-7226>)

Resumen

La historia del derecho está íntimamente ligada a los seres humanos y a sus derechos. Por ello, investigar las fuentes del derecho es involucrarse con la condición de la naturaleza del ser humano, y de ahí se deriva su dignidad. El derecho vivo, aquel en que su condición de abstracción supera los mismos lineamientos de su origen primario, se supera para cuando su creación novísima surge desde los derechos. La fuente primaria normativa nos advierte un elemento insuperable. Esto es que los Estados Constitucionales son eminentemente reconocedores y garantistas de los derechos, y no podría ser de otra manera, ya que son los ciudadanos quienes deciden construirlos, y son ellos los que dan estas normativas constitucionales. Desde aquí se apuntala la justicia, entendida como el goce efectivo de los derechos en igualdad. Este es el marco y la condición históricas de descripción de esta investigación que nos hace recorrer la necesidad de ir en forma crítica buscando los estudios jurídicos, repensando el derecho, advirtiendo formas paralelas de justicia justificadas por su condición histórica, enfrentado una nueva fuente creativa del derecho incorporando la justicia constitucional, y construyendo una ideología de los derechos. La dogmática jurídica lo exige. Desde esta jurisdicción surgen las sentencias interpretativas o manipulativas, atípicas todas ellas, aditivas en tanto y cuanto ingresan al espacio de dominio del legislador.

Palabras claves: derechos, justicia, justicia constitucional, sentencias manipulativas, estado constitucional.

Abstract

The history of law is intimately linked to human beings and their rights. Therefore, to investigate the sources of law is to become involved with the condition of the nature of the human being, and from there derives its dignity. The living law, that in which its condition of abstraction surpasses the same guidelines of its primary origin, is surpassed when its very new creation arises from the rights. The primary normative source warns us of an insurmountable element. This is that the Constitutional States are eminently recognizers

¹ Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas en la Universidad del Zulia, Venezuela. Docente Titular Principal de la Universidad de Guayaquil Guayaquil, Ecuador.

² Magíster en Educación Superior e Investigación Educativa, Licenciada en Psicología Educativa, Docente de la Universidad de Guayaquil.

³ Magister (P) en Comunicación con mención en políticas de desarrollo Social, Licenciada en Ciencias de la Comunicación Social. Guayaquil, Ecuador.

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

and guarantors of rights, and it could not be otherwise, since it is the citizens who decide to build them, and it is they who give these constitutional regulations. This is the basis for justice, understood as the effective enjoyment of rights in equality. This is the historical framework and condition of description of this research that makes us go through the need to go critically looking for legal studies, rethinking the law, noticing parallel forms of justice justified by its historical condition, facing a new creative source of law incorporating constitutional justice, and building an ideology of rights. Legal dogmatics demands it. From this jurisdiction arise the interpretative or manipulative sentences, all of them atypical, additive insofar as they enter the space of the legislator's domain.

Key words: rights, justice, constitutional justice, manipulative sentences, constitutional state.

Introducción

El derecho tiene como objeto el control social. Es una concepción no extraída de los libros ni de los anaqueles de las bibliotecas, sino de un estudio claro y efectivo del origen mismo del derecho como instrumento de dominación para garantizar los privilegios en una clase dominante originaria. Desde el esclavismo al tiempo de la división de la sociedad en clases por el surgimiento de la propiedad privada se ha mantenido por los siglos en la historia material. Este hecho no ha cambiado, sigue siendo un instrumento de las clases dominantes. Esto es mantener un régimen normativo que tiene como su parapeto al Estado.

Cuando nos proponemos investigar si es correcto que los jueces y juezas tengan en cuenta que su intervención funcional es el derecho desde los derechos, nueva fuente y creación en sede jurisdiccional, se niega la inexistencia de un derecho natural, porque este no está positivado, como sí lo es el derecho.

En el presente artículo analizaremos como la pluralidad jurídica va tomando incidencia en el ejercicio de los derechos. Finalmente, invocaremos los principios del derecho constitucional y se determinará cómo las personas están siendo incorporadas a la nueva protección de los derechos creados desde una nueva fuente.

Nos proponemos diferenciar derechos y derecho. Los primeros son todos aquellos que surgen de la condición, de la naturaleza, y se derivan de la dignidad humana. Entendemos que los referidos derechos surgen al tiempo de la existencia del ser humano. Los segundos son las normas jurídicas que surgen de las relaciones y actos humanos normativizados. Son consecuencia de normas positivas coercibles que restringen la libertad humana, para controlar la sociedad de clases creada por la fuerza dominante, y son fuente del derecho. Para ello se desarrollará la discusión sobre si existen como fuente y creación del derecho. Actualmente el derecho es sistémico, pues el capitalismo ha globalizado la producción y ha realizado un barrido de la legislación despojando a los Estados Nacionales de su soberanía normativa. Son algunos autores los que ya en sus investigaciones y propuestas se identifican con las fuentes del derecho desde los derechos, cuando las Cortes Constitucionales así en sus resoluciones lo han puesto en evidencia.

El debate se centra entre si los derechos surgen de las normas o estos tienen autonomía de origen. Es como decir que hay que construir derecho desde los derechos, donde la jurisdicción juega un rol trascendente.

La creación en sede jurisdiccional que destaca un activismo judicial es parte de este trabajo, que por este elemento ha significado los aportes de Zagrevesky en su obra el

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

Derecho Dúctil, Ross en El Concepto de validéz y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural, Carbonell en Recensiones, Prieto en El neoconstitucionalismo y la ponderación judicial, entre otros. Todos ello apuntalan el rol sustancial de los jueces y juezas constitucionales en la creación del derecho.

Se asume como una afirmación inicial, supositiva y provisional que la nueva fuente creadora del derecho pasa por considerar el activismo judicial, lo que nos ha incorporado a investigar si esta violenta o no el área funcional del lesgilador, o si la creación de la politización de las Cortes Constitucionales es entregarle confianza a sus actuaciones. Nos proponemos desentrañar en este aporte los rasgos distintivos y la dirección de la discusión que los resultados nos irán entregando sobre el tema planteado, no sin antes mencionar que de estos objetivos se podrán obtener algunas conclusiones que apuntalarán ulteriores investigaciones que abrirá la caja de jurisdicción en esta novísima fuente no primaria del derecho pero última por su concepto y la condición en la que se desarrolla.

La metodología aplicada va desde el origen mismo de los seres humanos hasta el actual y sus consecuencias jurídicas. Se realizará los actos comparativos para extraer desde la deducción la consecuencia que nos permite manifestar que la condición, naturaleza y dignidad del ser, son perfectamente compatibles con los derechos y desde el mismo se extrae su ideología.

Pensando en el Derecho

La resistencia de los pueblos ha provocado un enfrentamiento para plasmar el derecho como un instrumento nuevo, garantista de los derechos, en lo que se pueda. Los elementos constitutivos del derecho siguen siendo los mismos, y se ha puesto a la dependencia de los poderes políticos de turno. La constitucionalización de la democracia va en dirección de más democracia normativa, la modificación al tiempo de pensar como derecho justo, es una utopía. Por tanto, decimos que las cadenas que mantienen los pueblos son los derechos que aún faltan por conquistar. Los obreros tienen como consigna, que: “La lucha de los trabajadores va a romper las leyes de los explotadores”⁴. La apuesta de construcción de un Estado constitucional de derechos y justicia es transitoria, va en el camino de “más derechos, menos reglas”, “los derechos sobre las reglas”. Lo expuesto sustenta la definición de que la Justicia no es otra cosa que “el goce efectivo de los Derechos”. Bajo esta definición nos apartamos del viejo apotegma que la justicia es darle a cada cual lo que le corresponde, lo que ha sido una limpia manos al estilo romano. Por ende, corresponderá a los jueces y juezas no solamente garantizar el debido proceso en la judicialización de los conflictos, sino que a través de ellos se consiga la tutela efectiva de los derechos, obteniendo de ellos decisiones que miren los derechos y no las normas, que sean restauradores y reparadores de los derechos, y no jueces que, en vez de administrar, administren normas.

Los mecanismos jurisdiccionales invocan el principio de tutela de los derechos, debiendo la justicia constitucional ser la promotora de ellos con la expedición de dictamen y sentencias que modulen las normas para adecuarlas mediante interpretación constitucional los derechos. Se está configurando una tendencia de estar “...confiriendo prevalencia al juez constitucional, asignándole al mismo la aplicación de más principios que reglas e inclusive proyectando lo que viene a denominarse ya la irrupción en el ámbito de lo jurídico, del Estado jurisdiccional...” (Figuerola, 2010).

⁴ Consigna del Movimiento de Izquierda Revolucionario de Chile.

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

En los estados constitucionales, el derecho y los sistemas de garantías estatales de los derechos fundamentales, en algunos de los casos son conquistas humanas, estas deben ser progresivas y hay que blindar, para ello se ha de entender que "...se alerta que no son la única y exclusiva forma de garantía contra los diferentes excesos de poder..." (Sánchez, 2009). Son los estudios críticos del derecho lo que puede ir marcando una actividad científica, que realmente, no solo aportará al debate sino al constructo de los pueblos.

La pluralidad jurídica

La declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su primer artículo menciona que todos los hombres son libres e iguales en derechos, de lo expresado se desprende en forma lógica que los derechos se reconocen, no es necesaria su positivación. Los derechos ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas han permanecido y permanecerán, independientemente que los Estados los positivasen; o que en su contrario estos los normativicen. Hay una resistencia histórica.

Las propias formas de vida, su identidad antropológica, se constituyen en únicas, se han mantenido, son parte, de los pueblos con justeza llamados originarios, ya mencionaba: "...estamos arribando entonces a una ruptura del Estado, que ha considerado exclusivamente, tomar en cuenta los antecedentes jurídicos escritos; y no, los antecedentes que, siendo partes de una normativa no escrita, son parte del Ecuador profundo, de ese Ecuador nuclear que siempre existió, y que con otros nombres se ha recuperado, se ha expresado y sigue existiendo a través de los pueblos y nacionalidades" Argudo (2014).

Como instrumento internacional el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT (1989) reconoce y establece algunos principios sobre la jurisdicción de los pueblos tribales e indígenas, como son el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, deberán respetarse su propio orden y métodos. Esto es ampliar el sentido de reconocimiento de que la juridicidad no es privativa para los colonizadores, sino que existen rasgos costumbristas que le hemos equivocadamente llamado, derecho consuetudinario. Los procedimientos propios de los indígenas para el juzgamiento podrían ser un elemento para considerar, ya que ancestralmente han usado la oralidad e inmediatez.

Es importante destacar que al no existir penalidad sino medios para reivindicar el Sumak Kawsay, esto es el buen vivir, evidencia la opción para resolver los conflictos no desde un derecho penal, sino desde una cosmovisión que deviene de la Pacha Mama, esto es la naturaleza a la que pertenece el ser humano. Este uso podría asemejarse a las llamadas medidas alternativas a prisión preventiva de la justicia ordinaria que se podrían rescatar de nuestros hermanos indígenas.

Es recurrente por parte de las autoridades públicas, actos a nombre de los Estados interfiriendo en la justicia indígena. Es una interferencia que se podría considerar como un neocolonialismo y reconquista, pero desde una visión universal de los ciudadanos, los derechos no pueden transarse. Los límites de la justicia indígena están en el respeto a los derechos humanos. Asimismo, es una conquista de nuestra constitución el obligar a reconocer la participación y decisión de la mujer en la justicia indígena.

En el Caso la Cocha, en Ecuador, la Corte Constitucional consideró y dictaminó que cuando se trata de la vida es obligación del Estado intervenir para garantizarla. La justicia indígena solamente realiza juzgamiento sobre sus efectos del buen vivir, de su cosmovisión interna, pero de ninguna manera de los efectos de los actos contra la vida

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

misma que debe ser objeto de tutela, esto ha resuelto la Justicia Constitucional, en sentencia manipulativa que la competencia es de la justicia ordinaria.

Nos cuestionamos si es el sistema penal ordinario un ejemplo para cuestionar la justicia indígena, si la justicia ordinaria tiene como objeto la pena, el encarcelamiento en el sistema punitivo ecuatoriano. Por su parte, la justicia indígena no, y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT (1989) en forma expresa manifiesta que debe preferirse tipos de sanción distintos del encarcelamiento, se violenta el sistema convencional ratificado por el Ecuador, y se evidencia una imposición desde el Estado contra los pueblos indígenas.

“Lo anterior sólo ha generado situaciones sumamente inestables, pues cada entidad federativa le da un distinto reconocimiento y reglamentación a este derecho, lo que provoca que en la mayoría de los casos no exista un verdadero pluralismo jurídico que sea integral y tangible, impidiendo a los pueblos indígenas mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos, que forman parte de su identidad cultural. Por otro lado, es posible tomar como referente de una buena práctica y apropiada adecuación del derecho a la Constitución Política de la Ciudad de México. En ella se reconocen los sistemas jurídicos indígenas para la resolución de sus conflictos internos, introduce una interpretación intercultural de los derechos humanos, y establece que habrá una coordinación entre las autoridades de los pueblos indígenas con los tribunales de la Ciudad de México en los casos en que sea necesario” (González, 2020)

¿Bajo qué principios se podría impedir a los pueblos y nacionalidades el reconocimiento de la pluralidad jurídica? No hay principios sino una imposición positivista con una cosmovisión occidentalista, como hemos dicho, neocolonialista. Hay que recordar que la justicia y orden indígena se sustentan en la naturaleza, en un derecho material sobre sí mismos. Los ámbitos territoriales fuera de los pueblos indígenas, los actos de las personas indígenas deben ser objeto de un juzgamiento ordinario. En los Estados como Ecuador, se ha incorporado la justicia intercultural que da cuenta de los derechos de las personas originarias de los pueblos indígenas. Entre otros se destacan los siguientes: projurisdicción indígena, *Non bis in idem*, interpretación intercultural, igualdad, diversidad.

Teoría de las fuentes del derecho y precedente jurisdiccionales

Cuando nos referimos a las fuentes, nos trasladamos al inicio, origen, y conceptualización histórica del derecho. Está claro el rol sustancial que juega la relación social. Es el reconocimiento de los seres humanos y su transcendencia, su condición y naturaleza, sus derechos.

Si nos ubicamos en la fuente indicada, debemos involucrar a la sociedad de clases como la fuente originaria del derecho. El desarrollo histórico de la humanidad no está exento de los sistemas de poder que le dan una lectura objetiva a la estructuración del Estado. Ante ello, la resistencia a la explotación y desigualdad humana, estas últimas, intentada ser legitimada por intermedio del aparato normativo, significa una carencia de interpretación del sentido que debe llevar la dirección de un proceso sustentable hacia la transcendencia de la humanidad.

Los intereses de la globalización están presentes como fuente constitutiva del derecho en los estados, quienes han desnacionalizado sus normativas para ponerlas acordes a la presencia de las transnacionales y multinacionales del mercado global del capitalismo. Las luchas de los explotados han conducido a ciertas modificaciones normativas que han

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

paliado, sin significación, a obtener conquistas desde su condición de dominados. Esta lucha, esencialmente del movimiento obrero, en los últimos doscientos años, ha conducido a la expedición de normas, que en rigor son, sin lugar a dudas, conquistas frente al capitalismo.

Estas luchas por los derechos han contribuido a ser fuente del derecho. En este marco surgen los Estados Constitucionales, que, sin ser una modificación estructural del sistema, han recuperado legítimas luchas y han direccionado muchas de las normativas constitutivas a los objetivos de los derechos. Se manifestaría que existe una contradicción entre la concepción del Estado de derechos y justicia y el régimen que este mismo organiza y propone.

Cuando los ciudadanos exigen como seres humanos, igual trato en sus derechos, debemos reconocer que la discriminación y exclusión no ha sido eliminada. La legitimación del legislado al expedir la ley, es democrática, pero en su origen, supuestamente, en su ejercicio no lo es cuando constituye a la ley en una fuente del derecho que oprime los derechos y va en dirección de mantener las condiciones de desigualdad.

Desde el concepto de un nuevo constitucionalismo se pretende construir una nueva noción de justicia, la Justicia Constitucional. Para ello se organiza una novísima jurisdicción que se constituye en la potestad pública para juzgar en el marco de la constitución, teniendo a esta como punto de partida, involucrando la supremacía y su vigor normativo. Se trata entonces de la noción de justicia, que el efectivo goce de los derechos tenga una referente garantista, y se crean tribunal, salas o cortes constitucionales que van desde el control, interpretación, jurisdicción a la emisión de la llamada jurisprudencia constitucional. Son todas estas atribuciones las que se van a construir mediante las resoluciones que tendrán un carácter vinculante *erga omnes*.

El rol de los jueces y juezas en el control difuso que, en países como Venezuela, Argentina, y otros, implica un marco de aplicabilidad normativa con carácter de legislador negativo inter partes, es el control concentrado en un órgano defunción constitucional lo que permite que estas decisiones tengan finalmente efectos *erga omnes*. Estos órganos jurisdiccionales constitucionales están incluso legitimados por el órgano legislativo mediante leyes que regulan y determinan sus competencias.

Lo anterior trae una contradicción, ya que, entre las competencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana, determinadas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, está la de dictar sentencias modulativas, interpretativas conocidas como manipulativas que pueden determinar que lo hecho por el legislador, que es la norma expedida sea expulsada, modificada, sustituida o aditiva.

Para la creación normativa, la Corte Constitucional ha dispuesto de las sentencias aditivas o integradoras, mediante las cuales va generando un conjunto de normas o las va conduciendo a su modificación. Presuponen cambios o nuevas reglas con efectos *erga omnes*. Son las llamadas sentencia atípicas, en las que el control constitucional por omisión se hace presente, y pone en cuestionamiento la labor del órgano legislativo. En este instante se produce una invasividad del área funcional del legislador, ya que jueces constitucionales se atribuyen la competencia de llenar vacíos, adicionando literatura que contenía la norma sometida a control. Esta forma no originaria de creación del derecho procede de la misma constitución (Sentencia No. 008-13-SCN-CC, casos N.0 0033-09-CN y otros 2013).

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

Esta facultad de legislador positivo a un órgano jurisdiccional se expresa mediante la expedición normativa con las llamadas sentencias interpretativas o manipulativas, sustitutivas y/o aditivas, pero es así que este órgano al interpretar la constitución, instrumento de poder, en muchas ocasiones, tiene una actividad o fenómeno que va en dirección de los acontecimientos políticos los estados, por lo que se advierte un discurso normativo que resuelve la cuestión política mediante la interpretación de las normas constitucionales que regulan el poder de los órganos legislativos y de gobierno, y la forma en que estos reaccionan ante los términos de ese discurso judicial (Stone-Sweet 2000). Un ejemplo, lo tiene la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, cuando se le pidió resolver la habilitación política del presidente de la República para determinar su derecho de participación como candidato a la presidencia sin haber renunciado a su puesto (Sentencia, 2013).

Las fuentes del derecho son aquellas en las que el operador de justicia se sustenta para juzgar, luego de realizar con ellas una interpretación acorde con la constitución. Es el juzgador quien debe hacerlo optando por las normas o los derechos, por la condición de garantista, el juez o jueza constitucional, desde la constitución, realiza todo tipo de manipulación. Todas ellas debidas para cumplir con los objetivos del pueblo soberano que aprobó la constitución elaborada por el constituyente.

Esta actuación no violenta de ninguna manera la seguridad jurídica, ya que la misma debe ser concebida como la seguridad a los derechos que la constitución y la ley así determinan. Estas decisiones, como precedentes que son, se constituyen en una fuente normativa que debe observar no solamente operadores de justicia sino el mismo legislador al tiempo de expedir las normativas de su competencia. Es un nuevo papel que juegan con absoluta legitimidad las Cortes Constitucionales. Es indebido expresar que se estaría vulnerando el espacio funcional del legislador con la expedición de normativas como los precedentes.

Si deben o no limitarse estas atribuciones, es un cuestionamiento que los políticos realizan para mantener el control normativo, pero hay que mencionar que la constitución es la limitación, y esta limitación únicamente podría entrar en cuestionamiento con el control de convencionalidad de conformidad con tratados y convenios internacionales de derechos humanos. La creación jurisdiccional está protegida por la supremacía de la constitución.

Creación y aplicación del derecho en sede jurisdiccional

Conviene comenzar afirmando que la noción de justicia no puede quedar inalterable después de la lucha de los pueblos, de la humanidad, en la que concibe su propio reconocimiento de cuáles son sus verdaderos valores. Se pudiera confundir en un discurso, intentar poner de manifiesto que las virtudes humanas individuales y colectivas son los valores humanos, y que depende de un marco ético que ha transversalizado una sociedad moral de aceptación de la explotación del ser humano en la historia de la lucha de clases.

La justicia es por sí misma, por su esencia, el goce de los derechos en igualdad. Por supuesto, en forma efectiva, significación que debería entenderse para lograr la invasividad de un concepto de justicia restauradora y reparadora, síntoma de una exigencia de pasar del Estado de Derecho a un Estado de Derechos. Por lo expuesto, la justicia no está relacionada con la ley; esta solamente puede ser un instrumento para reconocer mediante la constitución la fuerza normativa, la opción de avanzar en la conquista de los derechos negados por un sistema de explotación y desigualdad. La

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

materialización de la justicia se concretará con efectivo goce de los derechos, se podría constituir como el supremo sentido fuera de los alcances de un supuesto estado de bienestar preso de una sociedad excluyente que aspira, a migajas, ir alcanzando supuestas conquistas en los derechos sin resolver lo principal.

Ya es un avance el camino del reconocimiento universal de los derechos y de la justicia, al instrumentalizar un Estado (a pesar de su carácter de clase) que tenga como alto deber garantizar los derechos que su constitución reconoce, y desde esta concepción garantista, afinar su puntería con un sistema de justicia dirigido a judicializar los conflictos que se generan cuando se vulneran o violentan los derechos. Claro, esta justicia surge de una concepción normativista de la constitución que limita el margen del operador de justicia y, por ende, el rol sustantivo y procesal que se le ha asignado dentro de este sistema. “La justicia antes que la ley, viene del juez, que con su sentencia alcanza la justicia como valor supremo de la sociedad en reconocimiento de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana” (Ocando y otros, 2011). Se trata de fuerza normativa de la constitución, de la supremacía y la conducción vinculante para el poder público. Está construida dentro de un marco democrático, no electoral sino participativo holísticamente.

Sin ser el único elemento, el proceso se ha concebido como la instrumentalización, el medio, la vía para tutela de los derechos, y no del derecho. El rol del juez o jueza no es la garantía de la normativa, sino adecuar su trabajo, su condición de restaurador de derechos y reparador de estos, al Estado de Derechos y Justicia. Lo expuesto no es de ninguna manera una negación a la seguridad jurídica que brinda la propia fuerza normativa de la constitución. Esta es, la concepción axiológica del nuevo juez o jueza. Es el sustento de sus decisiones amparadas en un estado democrático que está en consonancia con su ejercicio. La realidad como fuente de sus decisiones, empoderándose de la condición humana, ya que no es ajeno a esto, deberá marcar su paso en la magistratura.

Si las decisiones del magistrado que se fundan en la armonía de una sociedad desigual, aportan a ella, debe estar por encima de las normativas que fracturen, que contradigan los derechos, debe avanzar a no aplicación en los casos del control difuso o a su eliminación en el concentrado. No puede limitarse a la legalidad. Prima facie “...el juez no puede olvidarse de su deber de tutelar judicialmente los derechos fundamentales del hombre no solo reconocidos por el texto constitucional vigente, sino además de ello los demás derechos inherentes a la dignidad humana bajo el principio de la progresividad de los derechos humanos...” (Zagrevelsky 1995).

No es el Hércules, sino el que con su potestad jurisdiccional, en el caso del operador de justicia constitucional es quien debe ser garante del debido proceso, del derecho a la tutela judicial efectiva y del acceso a la justicia de los ciudadanos, un auténtico intérprete de la Constitución y de las normas, persona con los más altos principios éticos, comprometido “...con la búsqueda del entendimiento, el desarrollo y la paz por medio del Derecho, persuadido que su manifestación suprema se halla en la Constitución articulada con valores, principios y normas, todos susceptibles de ser implementados porque son preceptos jurídicos” (Zagrevelsky 1995).

En este sentido, va la sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2000) que dice: “...la finalidad última del proceso es la realización de la justicia solucionando los conflictos sociales, y no la obtención de mandatos jurídicos que se convierten en meras formas procesales

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

establecidos en las leyes, sin dar satisfacción a la demanda social, quedando la justicia subordinada al proceso...”, va en la dirección de un juzgador totalmente despojado de las condiciones políticas que pudieran tener las normas que provienen del área funcional de la legislatura.

El control, la interpretación, la jurisdicción y la jurisprudencia constitucional son un nuevo rol que juegan con absoluta legitimidad las Cortes Constitucionales. Es indebido expresar que se estaría vulnerando el espacio funcional del legislador con la expedición de normativas como los precedentes. Es una fuente de creación normativa, pero concentra la atención primaria en los derechos y en ámbito constitutivo del Estado.

La creación jurisdiccional está protegida por la supremacía de la constitución. El nuevo tipo de juez, como una especie de neorrealista -si se nos permite denominarlo así- enriquecido por su capacidad imaginativa.

El nuevo tipo de juez “cree que la realidad, y no la ley ni la jurisprudencia, es la fuente del derecho por excelencia. El juez, en esta concepción, actúa a manera de antena receptora de los factores determinantes de los comportamientos humanos. Es un juez ensamblado en la madera de un hombre integral. Además de jurista, es un político en la acepción honorable y refinada del término. Por eso sus decisiones, en lo posible, no están orientadas a incidir, mediante filigranas formales, en el desarrollo de la interpretación legal por la interpretación legal misma. Su principal parapeto es la Constitución Política. Desde esa trinchera, se esfuerza porque sus fallos trasciendan más allá de la legalidad. En su concepción, sus decisiones deben contribuir a jalonar el desarrollo de las relaciones sociales y económicas de la sociedad. Su ideal es promover el cambio social. Desde su función, aspira a contribuir a la tan esperada y aplazada reconciliación entre la Constitución y la ley” (Penhalvel 2017).

Zagrebelsky destaca también en su libro la necesidad de que los jueces constitucionales sean independientes de sí mismos. Se trata de un tema poco explorado, pero sobre el que vale la pena detenerse. Nuestro autor nos recuerda que los jueces constitucionales son hombres y mujeres comunes y corrientes: “No hay nada que diferencie a los jueces del resto de los mortales”. Pero en el desempeño del cargo deben asumir una actitud que no tienen todas las demás personas: deben ser fieles a la Constitución, de tal suerte que el texto constitucional pase a formar parte de sus hábitos mentales y morales (Carbonell 2008).

Existen muchos casos donde se manifiesta la soledad de la jueza o el juez, y dentro de ella de sus convicciones y creencias. Estas juegan y han jugado un papel importante al momento de decidir dentro de complejos procesos donde se encuentra frente a su obligación de juzgar con equidad y justicia y sus concepciones y normas jurídicas.

Nos recuerda Zagrebelsky el caso de un famoso juez de la Corte estadounidense, Félix Frankfurter, quien fue el redactor de la sentencia del caso *Gobitis*, de acuerdo con la cual se permitía sancionar a los niños que no saludaran a la bandera por motivos religiosos. La decisión del caso *Gobitis* desató una ola de ataques contra miembros de los Testigos de Jehová y varios de sus lugares de reunión fueron quemados; en el rechazo a esa violencia y al sentido del fallo, la sociedad norteamericana tomó muy en cuenta la actitud de Hitler manipulando al pueblo alemán para que adorara a su bandera y a los símbolos nazis. La Corte cambió de criterio poco tiempo después, en la sentencia del caso *Barnette*, redactada por el más elocuente juez en toda la historia de la Corte, Robert H. Jackson, quien escribió pasajes verdaderamente memorables en su resolución (Carbonell 2008).

Frankfurter afirmó en su voto: “Nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es si el legislador pudo razonablemente dictar tal ley (Beltrán y González, 2005).

El Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho (...) La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista (Zagrevesky, 1995).

Conclusiones

La justicia ya no es una entelequia manoseada por las más conspicuas definiciones decimonónicas. Debemos analizar los valores e ideología en la legislación, la jurisprudencia y la dogmática, para obtener la descripción de los fundamentos que de ellas se desprenden de los derechos humanos. De la historia de la humanidad solamente debemos señalar su estudio material; lo dogmático es un elemento de la diversidad conceptual, puramente teórica, o elemental para la justificación del ambiente social, consecuencia de un ser con esta característica propia desde antes inclusive de sus inicios racionales.

La dimensión de la condición, naturaleza y dignidad humana conduce necesariamente a concebir la justicia desde el mismo concepto de su objeto material, el ser humano. Por ello entendemos al ser humano con la apropiación absoluta de sus valores que son los derechos. Bajo estas condiciones los Estados han debido incorporar en sus elementos constitutivos los derechos que sus propios constituyentes instalan. En este paragrafo se concibe a la humanidad como un todo, en armonía con la naturaleza, y que su propia naturaleza se resiste a perecer decididamente frente a los intereses belicistas hegemónicos. Los derechos para esto, reconocidos o no por los estados, tienen un carácter que no pueden ser suplidos por las normas y que apuntan a expandir, rompiendo fronteras o cualquier otro estigma su verdadera condición.

Bajo los siguientes principios la Asamblea Constituyente de Montecristi en sus debates y en la redacción de la constitución advierte que los derechos humanos son universales, inherentes, absolutos, inalienables, inviolables, indivisibles, irreversibles, imprescriptibles, indisolubles e interdependientes, lo que apunta los sentimientos de igualdad y libertad. Los derechos entonces no dependen del derecho.

Si bien es cierto lo expresado por el positivismo que las normas nacen de actos humanos, no menos cierto es también que estos actos responden al requerimiento del poder político que las sociedades históricamente han debido soportar para beneficio de los intereses dominantes. Los elementos disuasivos aludidos desde la normatividad jurídica para definir a la justicia no han logrado atender el requerimiento de una dogmática que se instale como sustento teórico con validez. Por otro lado, involucrar a la ley, instrumento del positivismo, con la justicia, es interponer al legislador como conceptualizador definitorio de la justicia.

Para constituir democracia se debe construir un estado constitucional de derechos y de justicia; la democracia ya no es el sentido que las mayorías sino el que los derechos se gocen en forma efectiva. Es democrático que las normas surjan no del elemento del populismo normativo sino desde los derechos que no pueden ser parte del debate partidario en un parlamento, sino de los requerimientos ciudadanos en la construcción de la progresividad de sus derechos. La democracia incluye al garantismo como elemento de protección de los derechos y de reparación de los mismos. Por ello, la ideología de

Recepción: 14-02-2021 Aprobación: 04-03-2021

los jueces y juezas será la que determine la constitución en su sentido restrictivo, y la que se recupere de los tratados y convenios internacionales que se sustentan en la fuerza normativa desde los derechos humanos.

Referencia

Argudo, E. (2014). *La Acción Extraordinaria de Protección, el Sumak Kawsay y el neoconstitucionalismo*. 500 vols. Guayaquil.

Carbonell, M. (2008). Recensiones, Gustavo Zagrevlsky, Juez Consitucional. *Estudios Constitucionales*. Año 6. No. 2. pp. 561-565.

Figueroa, E. (2010). Nedoconstitucionalismo e interpretación constitucional, Hacia nuevos horizontes en el derecho. *Revista Jurídica del Perú*. Pp. 43-57.

González, T. (2020). El sistema jurídico de los pueblos indígenas: una forma de hacer justicia. *Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 158. Mayo-agosto. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/15631/16581>

Ocando, H. y otros. (2011). Principios axiológicos del juez en el estado social de derecho y de justicia. Universidad de Zulia. *Frónesis* 18, nº 3.

Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio 169. *Informativa*. Ginebra.

Penhalvel, L. (2017). *El Juez del Código Civil y Clomercial de la nación Argentina, Luces y Sombras*. Rosario.

Sanchez, D. (2009). Repensar los Derechos Humanos. De la Anestesia a la Sinestessia. *Tapa Blanda*.

Stone-Sweet. (2000). *Governing with judges: Constitutional politics en Europe*. Oxford: University Press,

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (8 de marzo de 2013). *Sentencia*. 13-0196.

Zagravelsky, G. (1995). *Derecho Ductil*. Madrid: Trotta.