



## EL DERECHO DESDE LOS DERECHOS, NUEVA FUENTE Y CREACIÓN EN SEDE JURISDICCIONAL

### LAW FROM RIGHTS, NEW SOURCE AND CREATION IN COURT

Argudo-Nevárez Eduardo Alfredo <sup>1</sup>  
González-Espinoza María Goretty <sup>2</sup>  
Argudo-González Katherine Sayonara <sup>3</sup>

<sup>1</sup> Universidad de Guayaquil, UG. Guayaquil, Ecuador. Correo: eduardo.argudon@ug.edu.ec.

<sup>2</sup> Universidad de Guayaquil, UG. Guayaquil, Ecuador. Correo: magogonez@yahoo.es.

<sup>3</sup> Universidad de Guayaquil, UG. Guayaquil, Ecuador. Correo: katherineag@gmail.com.

#### 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 naturaleza del ser humano, y de ello 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 se dan éstas normativas constitucionales, desde este se apuntala la justicia, entendida esta como el goce efectivo de los derechos en igualdad. Este es el marco y de condición históricas 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 a al espacio de dominio del legislador.

**Palabras clave:** Derechos, Justicia, Justicia Constitucional, sentencias manipulativa, Estado Constitucional.

#### ABSTRACT:

The history of law is intimately linked to human beings and their rights, so investigating the sources of law is to get involved with the nature condition of the human being, and from that derives their dignity. The living right, the one in which its condition of abstraction exceeds the same guidelines of its primary origin, is exceeded by the time its latest creation arises from rights. The primary normative source warns us of an insurmountable element, that is, that the Constitutional States are eminently recognizing and guaranteeing rights, and it could not be otherwise since it is the citizens who decide to build them and it is they who give these regulations constitutional, from this justice is propped up, understood as the effective enjoyment of equal rights. This is the historical framework and condition description of this research that makes us explore the need to go critically seeking legal studies, rethinking law, warning parallel forms of justice justified by its historical condition, faced with a new creative source of law incorporating constitutional justice, and building an ideology of rights. Legal dogmatic demands it. From this jurisdiction, interpretative or manipulative sentences arise, all of them atypical, additive as long as they enter the domain of the legislator.

**Keywords:** Rights, Justice, Constitutional Justice, manipulative sentences, Constitutional State.





## **1. 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 esclavismo al tiempo de la división de la sociedad en clases por el apareamiento 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 el 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. Lo expuesto, niega la inexistencia de un derecho natural, porque este no está positivado, como si lo es el derecho.

Examinaremos por ello, como parte de lo que constituye la nueva fuente creativa del derecho y la protección que desde la Corte Constitucional se está produciendo, Asimismo analizaremos como la pluralidad

jurídica va tomando incidencia en el ejercicio de los derechos, y finalmente invocaremos los principios del derecho constitucional, así como determinar 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; y por ello nosotros entendemos que los derechos surgen al tiempo de la existencia del ser humano; el derecho en cambio, las normas jurídicas surgen de las relaciones y actos humanos normativizados, éstas 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 de del derecho, para ello se desarrollara 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 hay que construir derecho desde los derechos, y para ello 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 entre otros, Gustavo Zagrevesky en su obra el "Derecho Dúctil", Ross, Alf. en "El Concepto de validéz y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", Carbonell, Miguel. en Recensiones, Gustavo Zagrevelsky, Juez Consitucional, Luis Prieto Sanchis, en "El neo constitucionalismo y la ponderaciòn judicial", entre otros, todos ello apuntalan el rol sustancial de los jueces y juezas constitucionales en la creaciòn del derecho. Apuntalamos como una afirmaciòn inicial, supositiva y provisional que la nueva fuente creadora del derecho pasa por considerar el activismo judicial; esto es lo nos ha incorporado a investigar si esta formula violenta o no el àrea funcional del

lesgilador, o que la ngaciòn de la poltiziaciòn de las Cortes Constitucioinales es entregarle confianza a sus actuaciones. Nos proponemos desentrañar en este aporte los rasgos distintivos y la direcciòn de la discusiòn que los resultados nos iran entregando sobre el tema planteado, no sin antes mencionar que de èstos objetivos se podràn obtener algunas conclusiones que apuntalaran ulteriores investigaciones que abra la caja de jurisdiccidad en esta novisiva fuente no primaria del derecho pero ùltima por su concepto y la condiçiòn en la que se desarrolla. Por ello la metodología aplicada va desde el origen mismo de los seres humanos hasta el actual y sus consecuencias jurídicas, realizando actos comparativos para extraer desde la deducciòn la consecuencia que nos permite manifestar que la condiçiòn, naturaleza y dignidad del ser, son perfectamente compatibles con los derechos y desde el mismo se extrae su ideología.

## **2. REVISIÒN LITERARIA**

### **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 ello decimos que las cadenas que mantienen los pueblos son los derechos que aún faltan por conquistar, por ello los obreros tienen como consigna, que con: "La lucha de los trabajadores a romper las leyes de los explotadores" La apuesta de construcción de un Estado constitucional de derechos y justicia es transitorio, va en el camino "más derechos, menos reglas", "los derechos sobre las reglas". Lo expuesto nos apuntala a la definición que la Justicia no es otra cosa que "El goce efectivo de los Derechos", y, 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, entonces corresponderá entonces 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..." (Figueroa Gutarra 2010). 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...". (Sanchez Rubio 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 los pueblos tribales e indígenas como el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, deberán respetarse su propio orden y métodos, esto es ampliar el sentido de reconocimiento 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, de parte de las Autoridades Públicas, actos a nombre de los Estados interfiriendo en la justicia indígena; ello es una interferencia que se podría considerar como un neo-colonialismo y neo conquista de éstos pueblos, pero desde una visión universal de los ciudadanos, los derechos no pueden transarse, esto es los límites de la justicia indígena están en el respeto a los derechos humanos, asimismo es una conquista de nuestra constitución al 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, por ello, 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 misma que debe ser objeto de tutela, esto ha resuelto la Justicia Constitucional, en sentencia manipulativa que la competencia es de la justicia ordinaria. (2014)

Nos cuestionamos: ¿Es el sistema penal ordinario un ejemplo para cuestionar la justicia indígena?, si la justicia ordinaria tiene como objeto la pena, esto es el encarcelamiento en el sistema punitivo ecuatoriano, y 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. ¿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, neo colonialista. Hay que recordar que la justicia y orden indígena se sustenta 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, la misma da cuenta de los derechos las personas originarias de los



pueblos indígenas, entre otros los siguientes: Pro jurisdicción indígena, Non bis in idem, Interpretación Intercultural, Igualdad, Diversidad.

### **3. RESULTADOS**

#### **Teoría de las Fuentes del Derecho y precedente jurisdiccionales**

Cuando nos referimos a las fuentes, nos trasladamos al inicio, origen, y claro a la conceptualización histórica del derecho. Está claro el rol sustancial que juega la relación social, esto es el reconocimiento de los seres humanos y su transcendencia, su condición y naturaleza, sus derechos, ante, ante esto 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 de 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 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 éstas legítimas luchas y han direccionado mucha de la normativa constitutiva 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 éste 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, pero 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, esto es 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, esto teniendo a esta como punto de partida, involucrando la supremacía y el vigor normativo de la misma. Se trata entonces que la noción de justicia, esto el efectivo goce de los derechos, tenga una referente garantista, y para ello se crean Tribunal, salas o Cortes Constitucionales que van desde el control, interpretación, jurisdicción a la emisión de la llamada jurisprudencia constitucional, todas estas atribuciones 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, esto trae ya 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 sentencia modulativas, interpretativas conocidas como manipulativas que pueden determinar que lo hecho por el legislador, esto 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, todas ellas presuponen cambios o nuevas reglas con efectos erga omnes. Son las llamadas sentencia Atípicas, en las mismas 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) 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 que al interpretar la constitución, instrumento de poder, esto es político, 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 éstos 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 operador de justicia se sustenta para juzgar, luego de realizar con ellas una interpretación acorde con la constitución, y es el juzgador quien debe hacerlo optando por las normas o los derechos, por ello 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. Por ello 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. Este es un nuevo papel de juegan con absoluta legitimidad las Cortes Constitucionales; por



ello es indebido expresar que se estaría vulnerando el espacio funcional del legislador con la expedición de normativas como los precedentes.

Si deben o 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.

#### **4. DISCUSIÓN**

##### **Creación y aplicación del derecho en sede jurisdiccional**

Conviene comenzar definiendo 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, éste 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 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 por ello 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, H et al 2011), se trata de fuerza normativa de la constitución, asimismo 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, por ello 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 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; por ello 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 asimismo 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, "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)

[...]Zagrebel'sky 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, éstas 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 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". (Beltran De Felipe, Miguel y Gonzalez, Julio 2005). Insiste Zagrevsky (1995) "...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."

## **5. CONCLUSIONES**

### **La Ideología de los Derechos**

A manera de conclusión, prima face afirmaríamos que la Justicia ya no es una entelequia manoseada por las más conspicuas definiciones decimónicas. 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. Dale al César lo que es el César, enerva la dirección de la justicia que el carpintero de Nazaret intentó otorgar a esta frase; esta por supuesto sacada de contexto de la integralidad de su filosofía espiritualista; advertimos que este sentido fue objeto de utilización por las clases dominantes que insisten que la justicia es darle a cada cual lo que se merece, poniendo énfasis en los merecimientos y no en los verdaderos valores axiológicos de su condición. La dimensión de la condición, naturaleza y dignidad humana conduce necesariamente a concebir la justicia desde el mismo concepto de su objeto material, esto 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 paragua 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. (2008), 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. Zagrebelsky (1995) manifiesta que los principios de justicia positivizados en la Constitución son igualmente independientes de la ley, previos y supra ordenados a ésta, y por tanto inviolables para el legislador. Ponemos en evidencia la anterioridad de los derechos a la normatividad positiva, que esta es o deontológicamente debería ser la consecuencia de los derechos. Establecer el contenido o significación de la ley es identificar sus fines por ello insiste Zagrebelsky que identificar ley y justicia es, por tanto, confundir derecho y moral. Así pues, contrariamente a esta opinión de la identificación de la justicia con la ley -lo que se conoce como legalismo (o formalismo) ético- es algo ajeno al positivismo jurídico. Es más bien una forma de iusnaturalismo o, en la terminología de Alf Ross (1991), un «cuasi positivismo»: en suma, un falso positivismo.



La teoría se encuentra vinculada a la justicia que es el efectivo goce de los derechos, positivados como los derechos constitucionales, lo que permite el reconocimiento en su aplicación normativa constitucional y el proceso de interpretación jurisdiccional. Por ello la ideología de los derechos está situada en un conjunto de paradigmas propios del ser humano que parte desde este. El operador de justicia entonces tiene como su instrumento la constitución, que es su fundamento para su ejercicio.

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 los jueces y juezas será la que determine la constitución

en su sentido restrictivo, pero asimismo la que se recupere de los tratados y convenios internacionales que se sustentan en la fuerza normativa desde los derechos humanos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

95. 00-0094 (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 15 de marzo de 2000).

Argudo Nevárez, Eduardo. *La Acción Extraordinaria de Protección, el Sumak Kawsay y el neoconstitucionalismo*. 500 vols. Guayaquil: argudoabogados, 2014.

Beltran De Felipe, Miguel y Gonzalez, Julio. *Sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: CEPC, BOE, 2005.

Carbonell, Miguel. «Recensiones, Gustavo Zagrebelsky, Juez Consitucional.» *Estudios Constitucionales Año 6, No. 2* (2008): 561-565.

Caso la Cocha, sentencia 113-14-SEP-CC. CASO N.o 0731-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador, 30 de julio de 2014).

Ecuador, Asamblea Constituyente de la República del. «Constitución de la República del Ecuador.» Norma Constitucional. Quito: Registro Oficial, 20 de octubre de 2008.

Ecuador, Corte Constitucional del. Sentencia No. 008-13-SCN-CC, casos N.O 0033-09-CN y otros. Quito, 2013.





- Figueroa Gutarra, Edwin.  
«Nedoconstitucionalismo e interpretación constitucional, Hacia nuevos horizontes en el derecho?»  
Revista Jurídica del Perú, 2010: 43-57.
- Ocando, Humberto: Avila, Flor: Martínez de Correa, Flor. «Principios axiológicos del juez en el estado social de derecho y de justicia.» Editado por Universidad ae Zulia. Frónesis 18, nº 3 (2011).
- Penhalvel, Leonardo. El Juez del Código Civil y Clomercial de la nación Argentina, Luces y Sombras. Rosario, 2017.
- Ross, Alf. El Concepto de validéz y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. Mexico, 1991.
- Sanchez Rubio, David. «Repensar los Derechos Humanos. De la Anestesia a la Sinestessia.» Tapa Blanda (Spanish Edition), 2009.
- Sentencia. 13-0196 (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 8 de marzo de 2013).
- Stone-Sweet. Governing with judges:Constitutional politics en Europe. Oxford: University Press, 2000.
- Trabajo, Organización Internacional del. «Convenio 169.» Informativa. Ginebra, 27 de junio de 1989.
- Zagravelsky, Gustavo. Derecho Ductil. Madrid: Trotta, 1995.