

El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional

Judicial Activism in the neoconstitutional era

Luis Fernando Torres

Presidente de la Corporación Autogobierno y Democracia F.A. Hayek que publica la Revista Debate Constitucional. Autor del libro "Presidencialismo Constituyente". www.cad.org.ec

Resumen:

Ante el vehemente avance de los postulados neoconstitucionalistas, tanto en el ámbito normativo constitucional formal, cuanto en las actuaciones de jueces constitucionales, nos encontramos en un nuevo escenario, marcado por el denominado activismo judicial. Alejados de la aplicación de normas o reglas, la aplicación de principios y valores, constituyen herramientas poderosas puestas a disposición de jueces y que tiene el potencial de resultar en una marcada discrecionalidad, que a su vez puede poner las decisiones judiciales al servicio de intereses o ideologías. Considerando la innegable realidad del panorama jurídico nacional, cabe analizar también las connotaciones de la constitucionalización del derecho privado, como reafirmación de la transversalidad del Estado en la sociedad y como amenaza a las libertades individuales.

Abstract

Facing the intense advancement of neoconstitutionalism statements, not only in the constitutional regulation, but also in the actions of constitutional judges, we are in a new stage, marked by the so called judicial activism. Far from the application of standards or rules, the application of principles and values, gives judges a powerful tool that can result in a marked discretion, which in turn can make judicial decisions to service private interest or ideologies. Considering the undeniable reality of the national legal scenery, it is also important to analyze the connotations of the constitutionalization of private law, as a reaffirmation of the mainstreaming of the state in society and a threat to individual liberties.

Sumario:

I. Del Gobierno de las Leyes al Gobierno de los Jueces. II. La magnitud de la Constitucionalización del Derecho Privado. III. Entre la aplicación directa y la eficacia jurídica. IV. Colofón

I. Del gobierno de las leyes al gobierno de los jueces

I. 1. El activismo judicial en Estados Unidos El activismo judicial en Estados Unidos.

Una de las mayores conquistas del civismo democrático y republicano fue la de haber pasado del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes¹. El constitucionalismo estadounidense se desarrolló alrededor de esa gran conquista conceptual, socavada, lamentablemente, por el recurrente activismo judicial del Tribunal Supremo, cuyos jueces, en no pocas sentencias, interpretaron la Constitución a la luz de sus preferencias personales, con una lectura coyuntural de los derechos y los principios constitucionales. El activismo judicial, practicado, inclusive, con más audacia y fuerza en los niveles inferiores de la estructura judicial estadounidense, se convirtió, para los originalistas, positivistas y adherentes a la voluntad democrática expresada por el legislador, en el pretexto para que los jueces desconozcan el valor y la eficacia de las leyes e incursionen en el proceso político. Así, del gobierno de las leyes, en el que soñaron los fundadores de la república, se ha retornado al gobierno de los hombres, esta vez, togados y vestidos de negro².

Es histórica la forma como los activistas y liberales³ en el Senado estadounidense, liderados por Ted Kennedy, bloquearon, hace 25 años, la nominación al Tribunal Supremo del famoso Juez conservador Robert Bork⁴, quien, desde la judicatura y la Facultad de Derecho de Yale, revolucionó, con una visión originalista, la legislación sobre carteles económicos (antitrust law) para orientarla en beneficio de los consumidores, sin que adquiriera una proyección en contra de la competencia. Su pecado judicial fue haber deslegitimado a los jueces que sentenciaban sobre la base de sus puntos de vista personales. Decía que los jueces que miraban fuera de la concepción original de la Constitución⁵, siempre terminaban mirándose a sí mismos, y, por ello, eran peligrosos, pues, desconocían los límites constitucionales en nombre de sus preferencias individuales.

I.2. Los jueces armados con los valores del neoconstitucionalismo y del iusnaturalismo

El neoconstitucionalismo, de finales del Siglo XX, ha sido la llave maestra de la discrecionalidad judicial, al igual que, en su tiempo, esto es, en los siglos XVI y XVII, fue el iusnaturalismo⁶. Las dos corrientes armaron con valores y principios a jueces

1 El uso moderno de la expresión "gobierno de las leyes y no de los hombres" deriva directamente de Aristóteles, aunque Hobbes haya dicho que tal idea no fue sino otro error aristotélico para las comunidades bien ordenadas. Véase F.A. Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Barcelona, 1996, Cap. XI:2, T. II, 203. Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2a. ed., FEC, México, 41, recuerda el alcance de la expresión "government by law" e "imperio de la ley".

2 Mark R. Levin, *Men in Black, How The Supreme Court is destroying America*, Regnery Publishing, Washington DC, 2005. Mark R. Levin, *Liberty and Tyranny, A Conservative Manifesto, Threshold*, New York, 2009. Bruce Ackerman, *La Revolución de los derechos civiles, en la Constitución Viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, 41-89.

3 En la política estadounidense se llama liberales a los políticos de tendencia socialdemócrata o socialista. En cambio, en Latinoamérica, los liberales contemporáneos defienden el libre mercado y el capitalismo.

4 Could Another "Borking" Ever Succeed?, *The Wall Street Journal*, 24-12-2012.

5 Original intent of the founders.

6 El derecho natural ha pasado por diversas etapas: derecho natural estoico y cristiano, escuela clásica, derecho neokantiano. Ver Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2ª. ed., FEC, Segunda Parte. Entre la escuela del derecho natural y el neoconstitucionalismo

liberados de toda regla, con una diferencia: en los siglos XVI y XVII recién estaba formándose el Estado contemporáneo alrededor de la concentración del poder político en el Rey, mientras en el Siglo XX ya se había desarrollado el Estado nacional en la mayor parte de territorios. El positivismo apareció, en el siglo XIX, como la respuesta más articulada a la inseguridad jurídica creada por los jueces iusnaturalistas, para que el juez no sea otra cosa que la “boca de la ley”. El neoconstitucionalismo se convirtió, en cambio, en la respuesta a la decadencia de la ley como vertebradora de seguridad jurídica, cuando la ley dejó de ser norma general y abstracta⁷.

El antecedente próximo del neoconstitucionalismo se encuentra en el Movimiento del “Derecho libre” que surgió en Europa alrededor de un derecho natural de contenido variable, casi al mismo tiempo que adquiría cuerpo el positivismo. Hace más de un siglo, los portavoces de ese Movimiento negaban que las normas del derecho positivo constituyeran una base suficiente para la decisión de casos reales, al tiempo que reconocían la existencia de lagunas jurídicas que debían ser llenadas por los jueces, ponderando y contrapesando los intereses en conflicto⁸.

1.3. Las variantes del neoconstitucionalismo

En el Ecuador, el neoconstitucionalismo, perfilado por la Corte Constitucional a partir del 2008⁹, abrió la puerta para que tanto los jueces de esa Corte como los demás jueces practiquen un activismo judicial orientado a destruir los cimientos legales de la sociedad levantada, según su personal visión sociopolítica, sobre la desigualdad social y la exclusión económica. Con la activación de varios dispositivos jurídicos y políticos, entre ellos, el estatismo transversal de la Constitución de Montecristi, la interpretación neoconstitucional a cargo de la Corte Constitucional en su condición de “máximo intérprete” y la colonización político partidista tanto de esa Corte como de toda la estructura judicial, se quiso transformar a los jueces positivistas en jueces neoconstitucionalistas, debidamente entrenados para acomodar la aplicación de las leyes a los principios, en medio de una peligrosa discrecionalidad judicial, que ya ha dejado a la seguridad jurídica¹⁰ sin su verdadero contenido esencial.

El proceso es de tal vehemencia que es imposible volver al pasado en que los jueces eran, simplemente, la boca de la ley. Por ello, con ese neoconstitucionalismo ya instalado en el Ecuador, conviene indagar hacia dónde parece dirigirse y qué resultados provocaría, de no mediar una reorientación del proceso constitucional en marcha.

El neoconstitucionalismo¹¹ tiene sus matices. Inclusive, notodos los neoconstitucionalistas

existe un parentesco conceptual, en la medida en que las dos corrientes colocan a los valores y a los principios sobre el positivismo legal de corte kelseniano. ¿Hay puntos de contacto entre el positivismo y el derecho natural y el neoconstitucionalismo?. En ciertos casos, según la perspectiva adoptada, la respuesta es afirmativa. Véase Neil MacCormick, H.L.Hart, Marcial Pons, Madrid, 2010. Desde la perspectiva de Hart se entiende debidamente sobre la moral y las reglas.

7 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 4ª. ed., Ed. Trotta, Madrid, 2002, 21-41. Véase, además, G. Zagrebelsky, *Contra la ética de la verdad*, Trotta, Madrid, 2010. En esta colección de ensayos despliega toda la profundidad de su pensamiento jurídico.

8 Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2ª. ed., FCE, México, 1994, 210.

9 CC, Res. s/n. R.O. 451 (s) 22-10-2008 (Transformación del TC “de los manteles” en CC de la Transición); CC, Caso No. 001-08-SI-CC, R.O. 479 (s) 2-12-2008 (Integración de la Corte Nacional de Justicia con los conjuces).

10 Se han incorporado al núcleo de la seguridad jurídica figuras como la de las formalidades justas. Véase CC, Caso 0041-08-EP, R.O. 54 26-10-2009.

11 Luigi Ferrajoli, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012. En este libro se encuentran reflexiones

tienen la misma orientación. Entre los más respetables teóricos del derecho por principios, Dworkin, Zagrebelsky y Ferrajoli¹², existen importantes diferencias conceptuales sobre el lugar de la ley y la utilización de los principios. Más aún, no es uniforme la perspectiva neoconstitucional de las cortes constitucionales de Ecuador, Colombia, España, Italia y Alemania. Ni siquiera entre los jueces estadounidenses del Tribunal Supremo existe una convergencia en la aplicación de los principios.

El territorio que ocupa el neoconstitucionalismo es vasto y está, a la vez, muy parcelado. Así como puede ser empleado para desarrollar una transformación social y económica de corte socialista¹³, también puede ser utilizado para promover revoluciones de corte conservador y libertario e, inclusive, fascista. Para tomar una u otra dirección, el activismo judicial le servirá al juez para que, con entera discrecionalidad, lea, interprete y aplique los “valores y principios” útiles a su causa. En todo caso, en la época actual, dominada por el discurso socialista, el activismo es el arma utilizada para destruir los cimientos de la injusta sociedad capitalista. Sirve, además, para imponer nuevas pautas culturales y el ideal de sociedades blandas con derechos inventados, sin responsabilidades y, en el Ecuador, “sin peligros (armas, toros, periódicos, juegos, imágenes, bancos, ahorro, cerveza)”¹⁴.

La administración de justicia en el Tercer Reich de Adolf Hitler se la ejerció sin sujeción a las bases jurídicas formales, a las que se dejó de considerar como las fuentes únicas del derecho. “El juez nazi al dictar sentencia tenía que actuar de acuerdo con los principios generales de la concepción nacionalsocialista del mundo. En la aplicación del derecho penal, por ejemplo, a falta de ley, podía castigar a un hombre si el sentimiento sano del pueblo exigía su castigo”¹⁵. El régimen autoritario alemán facilitó el desarrollo de una justicia liberada de la ley. Existe una conexión entre autoritarismo político y discrecionalidad judicial.

1.4. Los excesos del activismo judicial

El activismo judicial está más allá del debate sobre el derecho por principios y el derecho por reglas. Si los jueces se convierten en agentes de causas políticas, encontrarán la forma de superar las exigencias de la argumentación y de la

académicas de los especialistas en neoconstitucionalismo sobre la postura de L. Ferrajoli, a quien no le catalogan como neoconstitucionalista.

12 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985. G. Zagrebelsky, *Derecho Dúctil*, 4a ed., Trotta, Madrid, 2002. L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, Vols. I y II.

13 El llamado nuevo constitucionalismo incorpora las posiciones del neoconstitucionalismo con la presencia hegemónica de los principios constitucionales, para superar el concepto liberal de Constitución como limitadora del poder constituido y avanzar en la definición de la Constitución como fórmula democrática –en la línea del constitucionalismo jacobino– donde el poder constituyente expresa su voluntad no sólo sobre el Estado sino también sobre la sociedad, dentro de un programa orientado a destruir el viejo Estado a fin de levantar uno nuevo con el que se superen las desigualdades económicas y sociales. Mientras el neoconstitucionalismo es una teoría del derecho, el nuevo constitucionalismo aparece como una teoría de la Constitución. Véase Roberto Viciano, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en el *Nuevo Constitucionalismo*, CC, Quito, 2010, 13-43.

14 Alfonso Reece, *El mundo si se acabó*, *El Universo*, 31-12-2012. Entre el 2007 y el 2012, el activismo junto al denominado socialismo del siglo XXI, les dejaron a una mayoría significativa de ecuatorianos sin sus tradiciones taurinas y sus libertades hasta para beber, en público, un vaso de cerveza el domingo.

15 Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2ª ed., FCE, México, 1994, 214. Este autor advierte que las formas autoritarias de gobierno han preferido la administración de justicia discrecional. Mientras en la república romana se repudió la discrecionalidad judicial, con Augusto y sus sucesores, en cambio, se convirtió en regla.

fundamentación de sus decisiones judiciales. No tendrán problemas en transformar el derecho legislado en las reglas jurisprudenciales y judiciales¹⁶ que requieran para promover su programa político.

La marca de la mayoría de los jueces y tribunales neoconstitucionales, convertidos en legisladores y en promotores de políticas públicas, ha sido el activismo judicial de corte social. Asfixiado por ese tipo de activismo costoso e ineficaz, en febrero del 2012¹⁷, el Gobernador de Nueva Jersey pidió a los jueces de la Corte Suprema de ese Estado que se abstuvieran de legislar desde el foro y se limitaran a interpretar y a aplicar las leyes, debido a que, mediante sentencias constitucionales orientadas supuestamente a mejorar las condiciones de vida de los postergados en educación y en vivienda, habían elevado el gasto fiscal y los impuestos hasta convertirle a Nueva Jersey en uno de los estados con la mayor carga tributaria. Entre otras medidas, la Corte había dispuesto que se establecieran impuestos adicionales a la renta para financiar la educación en los distritos más pobres y que se obligara a los municipios a cambiar las normas de zonificación para que se multipliquen las viviendas. Al final, esas medidas judiciales no lograron ninguno de sus objetivos esperados. Las diferencias educativas no se redujeron, y, luego de los irreparables daños en el entorno urbano por las masivas construcciones en altura, el déficit habitacional aumentó. Una Corte activista desfinanció al gobierno estatal y fracasó en sus propósitos sociales.

En el Ecuador, todavía no se ha llegado a estos extremos de activismo judicial. Tanto las sentencias de algunas salas de la Corte Nacional de Justicia como las de la Corte Constitucional se han limitado a tratar asuntos con reducido impacto fiscal, económico y social. En Colombia, por el contrario, la Corte Constitucional, que, en no pocas ocasiones, ha servido de modelo a su contraparte ecuatoriana, se ha caracterizado por interferir en el ejercicio de las funciones políticas de los órganos del poder democrático con sentencias de envergadura fiscal, social y económica¹⁸.

El neoconstitucionalismo ecuatoriano¹⁹ ha servido para que la Corte Constitucional realice algunas tareas de limpieza y consolidación bajo la bandera de un proyecto político transformador liderado por el Jefe de Estado y de Gobierno. En primer lugar, ha dejado en claro que existe un conflicto latente entre el viejo derecho –anterior al creado por los revolucionarios ciudadanos que accedieron al poder el 2007- y los principios de la Constitución de Montecristi, que debe ser resuelto en beneficio de estos principios con la declaración que ese derecho, antes que inconstitucional, se encuentra derogado desde que entró en vigencia la Constitución, a finales del 2008. En segundo lugar, ha proclamado que la Constitución del 2008 tiene la fuerza necesaria para constitucionalizar el derecho privado, en todos sus ámbitos, especialmente en lo relativo a los derechos patrimoniales. En tercer lugar, ha señalado que si bien, a nivel constitucional, todos los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía, en el campo conceptual se debe distinguir entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. En cuarto lugar, no ha declarado la inconstitucionalidad

16 Claudia Escobar, Del derecho por reglas al derecho por principios, en Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, Min. Justicia, Ecuador, 2010, 207-253.

17 New Jersey's Judicial Road to Fiscal Perdition, Wall Street Journal, February 4, 2012.

18 Manuel Cepeda, Polémicas Constitucionales, Legis, Bogotá, 2008, 297-303.

19 Salim Zaidán, Neoconstitucionalismo: Teoría y práctica en el Ecuador, Librería Cevallos, 2012, 25, intenta responder a la pregunta: ¿qué factores incidieron en la recepción del neoconstitucionalismo en el Ecuador?.

de la legislación revolucionaria aprobada, entre el 2007 y el 2012, por la Asamblea Constituyente, el Congresillo y la Asamblea Nacional, sino que, ante las exigencias de los gobernantes de turno, la ha validado interpretándola en el sentido que guarda conformidad con la Constitución vigente. En quinto lugar, ha santificado al más abyecto constitucionalismo jacobino para destrozar, con la fórmula de la democracia plebiscitaria, las libertades individuales. Por último, ha logrado establecer niveles más exigentes y complejos de argumentación constitucional, a fin de asegurar que sean legítimas únicamente las decisiones judiciales adoptadas conforme las interpretaciones de la Corte Constitucional.

Con el aporte del neoconstitucionalismo se han removido los obstáculos más visibles del viejo derecho, al tiempo que se han mantenido incólumes los fundamentos de la llamada legislación revolucionaria.

El principio de legalidad ha servido para defender las bondades de la legislación producida entre el 2007 y el 2012. Las leyes aprobadas en este lapso no han sido cuestionadas por los activistas judiciales. Las han aplicado rigurosamente, olvidándose del derecho por principios y aferrándose al derecho por reglas. Por el contrario, para las leyes pertenecientes al antiguo derecho, el principio de legalidad ha sido reducido a la mínima expresión, con la finalidad de desconocerlas o manipular su sentido a la luz de los nuevos principios y valores constitucionales.

II. La magnitud de la constitucionalización del derecho privado

II. 1. La transformación del principio de legalidad.

Con un principio de legalidad subyugado, se ha facilitado la tarea de transformar, por la vía judicial, la estructura jurídica levantada, según los neoconstitucionalistas, sobre los denominados derechos patrimoniales²⁰, entre ellos, el derecho de los bienes, de los contratos, de las sucesiones y, en definitiva, “los actos negociables de intercambio”.

En este contexto, sobre todo el derecho privado civil ecuatoriano ha perdido la autonomía que tuvo en la era del positivismo cuando la Ley regulaba, con plenitud, independientemente de lo que decía la Constitución, las relaciones jurídicas entre los particulares. Por lo general, hasta el 2008, para la aplicación del Código Civil, el juez no tenía que consultar la Constitución ni someterse a otra jurisprudencia que no sea la producida por la antigua Corte Suprema de Justicia, por intermedio de sus salas civiles de casación. La Ley le bastaba para resolver el caso civil. Actualmente, en virtud de las exigencias impuestas por la nueva legislación²¹ y la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, no sólo que está obligado a aplicar tanto la Constitución como la jurisprudencia constitucional sino que ya no puede justificar sus decisiones con el tradicional método de la subsunción. La motivación de sus

20 Los derechos patrimoniales no son derechos fundamentales, por lo que no deben tener la misma protección constitucional. Véanse: a) L. Ferrajoli, ob. Cit., Vol. II, 218-297; b) CC, Caso 01777-09-EP, R.O. 25 (s) 14-09-2009.

21 LOGJCC (Arts. 4:2 y 9, 2:3), COFJ (Arts. 5, 6, 23)

resoluciones debe sustentarse en una argumentación más compleja, especialmente si las partes han incorporado al proceso planteamientos constitucionales relevantes.

II.2. La Constitución de Montecristi y el viejo positivismo

Con el advenimiento de la Constitución de Montecristi, el 2008, adquirió una fuerza singular el cuestionamiento a las bases del positivismo ecuatoriano. La Corte Constitucional, debidamente equipada con nuevas competencias²², inició la cruzada en contra del imperio de la Ley, bajo la bandera del neoconstitucionalismo más radical, esto es, el compromiso con la aplicación directa de aquellos principios constitucionales destinados a terminar con las desigualdades e injusticias del viejo derecho. La Acción de Protección entre particulares, la Acción Extraordinaria de Protección y, al final, la condición de máximo intérprete de la Constitución, le sirvieron a la Corte para que decantara los principios y valores constitucionales sobre el derecho privado civil, con una argumentación a la que no estaban acostumbrados los jueces civiles formados bajo los estrictos cánones del positivismo.

Para esta operación de constitucionalización y otras de marcado activismo judicial, la Corte ha considerado, desde su abierto neoconstitucionalismo, que había que pasar del viejo derecho por reglas al nuevo derecho por principios, olvidándose que, en la argumentación constitucional seria y objetiva, no se puede excluir a uno u otro modelo, dado que entre ellos existen conexiones y el juez, en último término, tiene la obligación de construir reglas jurisprudenciales, desde las reglas o, para mayor precisión, desde el derecho legislado, con las que justifique y, sobre todo, fundamente su decisión de precautelar la eficacia de un principio. Desde esta perspectiva, resulta artificiosa e inútil la distinción entre un derecho por principios y un derecho por reglas, pues, el juez constitucional necesita de los dos derechos para decidir motivadamente²³.

Tales cambios han impuesto mayores exigencias a los abogados y a los jueces que se desenvuelven en el campo de los litigios civiles. Además de conocer debidamente la Ley y la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, como ocurría en el pasado, ahora no pueden perder de vista que el litigio civil puede terminar en un litigio constitucional por el desconocimiento o la vulneración de derechos constitucionales, en virtud de la Acción Extraordinaria de Protección en contra de sentencias definitivas y ejecutoriadas adoptadas por los jueces ordinarios. No hay duda que se ha ampliado el campo de batalla judicial de las disputas civiles. En este entorno, el civilista de la era del positivismo está expuesto a naufragar en el profundo mar del neoconstitucionalismo, a menos que comprenda la dimensión de los desafíos establecidos por el acelerado proceso de constitucionalización del derecho privado civil, especialmente en el ámbito de los contratos y de las obligaciones.

22 (Const. Arts. 436 y 437) Máximo intérprete de la Constitución y de los tratados; productor de jurisprudencia vinculante; juez supremo en virtud de la AEP.

23 Art. 4:9 LOGJCC.

II.3. Algunos antecedentes extranjeros de la constitucionalización

Este proceso de constitucionalización, que adquirió especial fuerza, en el Ecuador, a partir del 2008, en otros países se desarrolló con anterioridad. En Alemania empezó con la aplicación directa de la Ley Fundamental a las controversias entre particulares, alrededor de 1958, con el caso Luth²⁴, aunque, pocos años antes, la constitucionalización había comenzado por el ámbito laboral. En Italia, se inició con la primera decisión de la Corte Constitucional, en 1956, con la que desconoció la distinción entre normas preceptivas y normas programáticas. En España, arrancó con las resoluciones del Tribunal Constitucional en materia de derechos a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. En Colombia²⁵, tuvo un desarrollo intenso con la aplicación de la Constitución de 1991 a las relaciones horizontales entre ciudadanos.

En Estados Unidos, el desconocimiento, desde los principios, de las reglas relativas al derecho sucesorio, ocurrió con anterioridad. Por ejemplo, a finales del siglo XIX, en el caso *Riggs v. Palmer*²⁶, exhaustivamente analizado por uno de los más conspicuos defensores del derecho por principios, Ronald Dworkin, para probar al gran defensor del derecho por reglas, H.L.Hart, que los principios tenían todo el potencial para desplazar a las reglas en temas del derecho civil, los jueces le despojaron al nieto de la herencia dejada, mediante testamento, por su abuelo, por cuanto consideraron que, al haber presenciado la muerte lenta de su ascendiente envenenado sin que haya tomado medida alguna para que se salvara, no podía beneficiarse de su propia falta, a pesar de la legalidad del testamento y de la existencia de la Ley Civil que le reconocía como heredero. Dado que el nieto, menor adulto, había sido condenado por haber envenenado a su abuelo, los jueces, para justificar su decisión de no reconocerle como beneficiario del testamento, recurrieron a los principios del *common law*²⁷ e, inclusive, del derecho romano.

La constitucionalización del derecho privado y, dentro de éste, del derecho civil, especialmente de las obligaciones y de los contratos²⁸, exige que, previamente, se haya constitucionalizado el ordenamiento jurídico, en general. Una vez que éste ha sido sometido a una inexorable transformación, al final, termina totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. "Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal"²⁹. Entre las condiciones determinantes de una eficaz constitucionalización se encuentran, entre otras, la fuerza vinculante de la Constitución, su sobreinterpretación por los jueces constitucionales, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y una Constitución rígida colmada de principios.

24 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEC, Madrid, 2008, 474 y 475.

25 Jaime Arrubla, *La constitucionalización del derecho privado de los contratos, en neoconstitucionalismo y derecho privado*, editado por Beatriz Espinoza y Lina Escobar, DIKE, Bogotá, 2008, 63-121.

26 115 NY 506 (1889).

27 Oliver Wendell Holmes JR, *The Common Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

28 Interpretación de las normas del Código Civil ecuatoriano sobre cálculo de intereses simples y compuestos por falta de cumplimiento de obligaciones dinerarias, realizada por la CIDH (*Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador*, 3-03-2011, párrafo 96, cita 149). En materia de contratos de adhesión y otros que involucran a los consumidores, el proceso de constitucionalización está generalizado y aceptado. Sobre contratos de adhesión véase CC, Caso 0093-10-CN, R.O. 396 (s) 2-03-2011.

29 Ricardo Guastini, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en *Neoconstitucionalismo*, editado por M. Carbonell, Ed. Trotta, Madrid, 2003, 60 y 61.

Mientras las constituciones se entendieron como límites al poder estatal en beneficio de los derechos de los ciudadanos, la constitucionalización del derecho privado civil no fue un tema de discusión. Cuando las constituciones ampliaron su horizonte a la sociedad civil, la constitucionalización del derecho privado civil emergió con todo su potencial. Algunos renombrados civilistas han advertido las grandes dimensiones de este fenómeno jurídico y han hecho un llamado a que se estudie el alcance de un inexorable proceso de invasión del derecho privado civil por la Constitución.

II.4. El proceso ecuatoriano

La Constitución de Montecristi, Constitución con pretensiones de ser una auténtica Constitución “material”, compuesta, en general, de valores, principios, reglas, políticas públicas y, sobre todo, de derechos iguales y directamente aplicables, desde su vigencia, ha desencadenado un pausado y, a la vez, inexorable proceso de constitucionalización del derecho privado, que, por la forma y el contenido de las sentencias de la Corte Constitucional, podría seguir por el mismo sendero de procesos semejantes desarrollados en otros países.

En todo caso, la mayor o menor fuerza de la “irradiación constitucional” marca la velocidad y los tiempos de la transformación del derecho privado civil. En el Ecuador, por la corta vida de la Constitución, de cerca de algo más de tres años, el efecto de irradiación no es, todavía, fuerte. Evadió pronunciarse sobre la eficacia de un contrato de suministro de combustible entre la comercializadora y la estación de servicio, bajo el argumento que el tema era privado y civil³⁰. Aseguró el derecho a la propiedad privada sobre inmuebles, sin hablar de la naturaleza precaria de los derechos patrimoniales como lo había hecho en sentencias anteriores³¹.

Sin embargo, en algunos temas la CC ha dado sorpresas. Al negocio de los seguros privados le calificó de servicio público impropio, por lo que, como servicio público, debe cumplir con los principios constitucionales de obligatoriedad, eficiencia y responsabilidad³². Volvió a sostener que las terminaciones unilaterales de contratos públicos sí pueden ser objeto de acciones constitucionales de protección³³. Se declaró competente para pronunciarse sobre AEP deducidas en contra de laudos arbitrales³⁴.

Ha resultado difícil identificar los límites a la creciente constitucionalización del derecho privado civil. El principio de proporcionalidad, muy útil para medir el grado de afectación de los derechos fundamentales por parte de las leyes inconstitucionales³⁵, ha logrado erigirse, con algunas dificultades, en uno de los límites más eficaces, bajo la premisa que es la decisión judicial, del juez ordinario o de la Corte Constitucional, la que “revaloriza o desvaloriza” un derecho constitucional dentro de un litigio civil y, en consecuencia, esa decisión judicial sí puede ser sometida al test de proporcionalidad.

30 Sentencia 038-12-SEP-CC, R.O. 724 (s) 14-06-2012. Revista Debate Constitucional 31, Junio 2012.

31 Sentencia 173-12-SEP-CC, R.O. 724 (s) 14-06-2012. Revista Debate Constitucional 32, Agosto 2012. Ver, además, Sentencia 093-12-SEP-CC, R.O. 718 (s) 6-6-2012. Revista Debate Constitucional 31, Junio 2012.

32 Sentencia 106-12-SEP-CC, R.O. 724 (s) 14-06-2012. Revista Debate Constitucional 31, Junio 2012.

33 Sentencia 153-12-SEP-CC, R.O. 724 (s) 14-06-2012. Revista Debate Constitucional 32, Agosto 2012.

34 Sentencia 155-12-SEP-CC, R.O. 743 (s) 11-07-2012. Revista Debate Constitucional 32, Agosto 2012.

35 Art. 3:2 LOGJCC

Cuando los valores y los principios constitucionales difieren radicalmente de aquellos que inspiran la formación de la legislación civil, la aplicación del principio de proporcionalidad se hace más difícil a la hora de explicar la afectación de un derecho desde la finalidad, idoneidad, razonabilidad y necesidad de la decisión judicial. En efecto, ¿cómo identificar los límites de la sentencia judicial en la que el juez aplica valores y principios constitucionales de corte estatista, igualitario, redistributivo, con las libertades individuales bajo sospecha, dentro de un caso marcado por una legislación civil alineada, en cambio, con la libertad de empresa, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual?

Con la aplicación judicial de una rudimentaria y discrecional técnica de la ponderación, el test de proporcionalidad pierde eficacia, inclusive, como potencial límite a dicho proceso de constitucionalización, como ocurre cuando el operador judicial pondera, sin más condicionamientos que su parecer individual, sin auténticas justificaciones, a favor de una de las partes contractuales y en perjuicio de otra.

El quehacer judicial y profesional ha adquirido un interesante componente constitucional, debido a que cualquier asunto jurídico puede envolver una discusión constitucional sobre derechos y principios constitucionales. Temas laborales, civiles, societarios, penales y otros han concluido, no sólo en la Corte Constitucional sino en las salas de la Corte Nacional de Justicia, con serias discusiones constitucionales, de las que han quedado marginados los abogados y juristas especializados en áreas ajenas a la constitucional.

El neoconstitucionalismo ha replanteado el mismo ejercicio de la profesión de la abogacía. Una disputa sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual o responsabilidad extracontractual, que en el pasado se resolvía sobre la base de las normas del Código Civil y del derecho privado, actualmente, en el Ecuador, puede convertirse en un litigio con complejas connotaciones constitucionales. El abogado que, desde el inicio, no advierta estas derivaciones constitucionales, actuará sin la debida perspectiva.

II.5. La Casación de Chevron

En el recurso de casación planteado por la multinacional Chevron se puede apreciar la magnitud del debate constitucional en un reclamo por daños y perjuicios³⁶.

Una vez que la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos confirmó, el 3 de enero de 2012, la sentencia del juez de primera instancia (Presidente de la Corte) en contra de la empresa Chevron por los daños ambientales que causó Texaco, Chevron interpuso el correspondiente recurso de casación, para ante la recién integrada CNJ, en el que desarrolló el concepto de fraude procesal en conexión con los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Dado que la demandada fue condenada a pagar daños punitivos, sobre la base de los principios universales del derecho y de la sana crítica, también resulta interesante la reflexión sobre la inexistencia de tales daños en el Ecuador y, en general, en todos los países ajenos a la órbita del derecho anglosajón en los que los daños son compensatorios y reparatorios. El texto completo del recurso de casación fue publicado en el siguiente sitio virtual: www.chevron.com/documents/

³⁶ Revista Debate Constitucional No. 29, Febrero 2012. www.cad.org.ec.

pdf/ecuador/chevron-cassation-appeal.pdf Chevron fue condenada al pago de 18 mil millones USD. 8.6 mil millones USD se originaron en la falta de una disculpa pública.

En la sentencia impugnada se aplicó el juicio verbal sumario, previsto en la Ley de Gestión Ambiental, para juzgar a Chevron por la responsabilidad civil extracontractual señalada en los artículos 2214, 2229 y 2236 del Código Civil, cuando la vía judicial aplicable para la determinación de este tipo de responsabilidades civiles siempre ha sido la del juicio ordinario. El juicio verbal sumario, por las limitaciones procesales a las que le somete al demandado, dejó en la indefensión a Chevron para practicar pruebas e impugnar autos, pues, sólo podía apelar de la sentencia y en ésta debían resolverse todos los incidentes. Por lo demás, sostuvo el casacionista, las acciones ambientales no pueden ampararse en normas del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual, debido a la naturaleza distinta de unas y otras. Las del Código Civil son patrimoniales y personales, mientras las ambientales protegen derechos difusos y colectivos. Más aún, con la Constitución de 2008 recién se estableció la responsabilidad objetiva por daños ambientales, por lo que tal responsabilidad no podía servir para juzgar actos y hechos acaecidos en 1990. La norma del Art. 2236 del Código Civil era inaplicable al caso por tratarse de una acción cautelar, de carácter popular, por daños contingentes distintos de los ambientales. Dado que a Chevron se le demandó y condenó por daños consumados, la sentencia no podía ser cautelar sino declarativa.

Luego de haber puntualizado el que la demanda era inexistente por la falsificación de las firmas de algunos de los actores, el casacionista alegó la existencia de fraude procesal con las evidencias encontradas en las filmaciones de la película "Crude" sobre manipulación probatoria y judicial por parte de los propios actores y de sus abogados, quienes, ante el juez competente, habían minimizado tales evidencias con el argumento que existían pruebas abundantes en contra de Chevron sobre los daños ambientales. Los artículos 172 y 174, inciso segundo de la Constitución, y el Art. 26 del COFJ, le sirvieron al casacionista para desarrollar el concepto de fraude procesal y alegar que, ante los actos dolosos de los actores y de sus representantes, los jueces debían anular el juicio, en lugar de sostener que eran incompetentes para hacerlo. El casacionista sumó a estos razonamientos el hecho que la justicia estuvo parcializada a favor de los actores, a tal punto que tanto el juez de primera instancia como los jueces de la Corte Provincial estuvieron comprometidos con los actores a dictar un fallo contrario a Chevron, habiendo llegado, además, al extremo de valorar como prueba un informe pericial falso, de cuya autoría no se hizo cargo el mismo perito designado.

II.6. La Casación de Merck

Es, igualmente, ilustrativa la sentencia de casación en el juicio de daños entre Merck y Prophar³⁷.

La Corte Nacional de Justicia, en el juicio No. 1140-2011 ER que seguía NIFA S.A contra MERCK SHARP DOHME (MSD), dentro del Recurso Extraordinario de

³⁷ Recurso Extraordinario de Casación No. 1140-2011 del 21-09-2012. Revista Debate Constitucional 34. www.cad.org.ec.

Casación No. 1140-2011 del 21-09-2012, casó la sentencia dictada el 23-01-2011 y ordenó que MSD indemnice por daños y perjuicios a PROPHAR S.A. (antes Nifa S.A.) por el cuasidelito civil de negativa de venta por actos de desorganización del competidor dentro del Derecho de la Competencia Desleal, con la cantidad de un millón quinientos setenta mil dólares. La sentencia casada, resuelta el 23-01-2011 por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, había fijado el monto de la indemnización en ciento cincuenta millones de dólares a favor de Nifa S.A, la cual, posteriormente, se transformó en PROPHAR S.A. El 2007, en primera instancia, la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha había condenado a MERCK al pago de doscientos millones de dólares a título de indemnización por daños y perjuicios, sentencia luego apelada y confirmada en cuanto al fondo por la Corte Provincial de Pichincha. La CNJ, dentro de una correcta técnica de casación, se basó en la legalidad de la sentencia de instancia, sin declarar nulidades. El caso versa sobre la compraventa fallida de un inmueble entre MSD y PROPHAR, inmueble de propiedad de esta empresa. Hizo bien la CNJ en reducir el irracional y exagerado monto indemnizatorio establecido en las instancias inferiores que, además de absurdo, no tenía precedente alguno en la jurisprudencia ecuatoriana. La accionante interpretó extensivamente la Constitución de 1998 para fundamentar su pretensión en un supuesto problema de competencia.

La CNJ expuso que la negociación fallida entre PROPHAR y MERCK por la compra de una planta industrial no se trató de un tema de Derecho de Defensa de la Competencia, sino más bien un cuasidelito por práctica desleal, absolutamente diferente. Mediante la protección contra la competencia desleal se persigue salvaguardar los intereses concretos y la integridad de los operadores del mercado. La protección contra la competencia desleal responde a una finalidad más marcada de derecho privado: el impedir, evitar o reparar el daño provocado a un competidor por otro operador de mercado que actúa deslealmente. Las actuaciones de Merck, argumenta la CNJ, al condicionar la negociación de la venta de la planta industrial a la no comercialización del medicamento "Roficoxib" por parte de PROPHAR, la llevaron a incurrir en prácticas que impidieron y distorsionaron la competencia, afectando una negociación civil y, configurando así, un cuasidelito civil.

La CNJ diferenció, citando a la doctrina jurídica más actualizada, la "pérdida de oportunidad" o "pérdida del chance" del concepto de lucro cesante. Definida por la doctrina francesa como la "desaparición de la probabilidad de un suceso favorable" su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado, y debe indemnizarse cuando alcance un cierto determinado grado de probabilidad. La pérdida de chance evita así, la injusticia de no reparar la oportunidad pérdida y la reparación plena cuando no existe plena certeza de que algo puedo haberla afectado.

II.7. El Laudo en el Caso OXY

El laudo del CIADI³⁸, en la demanda de OXY en contra del Estado ecuatoriano, sirvió para que, internamente, se discutiera sobre la valoración de los daños ocasionados

³⁸ Caso CIADI ARB/06/11. Revista Debate Constitucional 33, Octubre 2012.

por expropiaciones de inversiones, desde una perspectiva constitucional.

El Tribunal del CIADI, en el caso CIADI No. ARB/06/11), aceptó, parcialmente, la pretensión indemnizatoria de las demandantes (OPC y OEPC) (OXY). El Tribunal declaró que Ecuador violó el TBI al expropiar la inversión de las demandantes estadounidenses. El motivo de la disputa fue la caducidad del contrato de participación petrolera de 1999 para la exploración y explotación del Bloque 15, efectuada mediante decreto ministerial, el 15 de mayo de 2006.

El Tribunal recurrió al Art. 24:3 de la Constitución sobre la necesaria proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones no solamente para materias penales. Recordó que en Europa está ampliamente aceptado el principio de proporcionalidad a las actuaciones administrativas. Precisó que el deber de otorgar un trato justo y equitativo, previsto en los TBIs, incluye una obligación de proporcionalidad, como se ha resuelto en varias decisiones arbitrales dentro del CIADI. Existían algunas opciones alternativas a la caducidad: pago de prima por transferencia, mejoramiento de los términos económicos del contrato, acuerdo negociado (el cual fue considerado por el PGE). La demandada no sufrió ningún daño cuantificable como consecuencia directa de la posesión de AEC de un interés económico en el Bloque 15. El Tribunal concluyó que el precio que debieron pagar los demandantes “fue desproporcionado respecto del hecho ilícito que se le imputa a OEPC”. Más aún, en otros casos de incumplimientos, el Ministerio optó por no declarar caducidades. La frase, “en la ley, el contexto es todo”, resume como el derecho inglés importó el principio de proporcionalidad. El decreto de caducidad fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y del TBI. “La privación por parte de la demandada de la inversión de las demandantes mediante dicha sanción administrativa constituyó una medida equivalente a la expropiación”.

Una vez que el Tribunal Arbitral del CIADI determinó, dentro del Caso CIADI No. ARB/06/11), que la caducidad del contrato de participación petrolera no fue proporcional a la falta cometida por la empresa estadounidense, valoró el monto del daño que debía pagar el Estado ecuatoriano en 1.769.625.000 USD.

El Tribunal estuvo de acuerdo con la posición de la demandada de que puede reducirse la compensación si las demandantes tuvieron culpa y esa culpa contribuyó al perjuicio sufrido. Como no solicitaron autorización actuaron las demandantes de manera negligente y fueron culpables de un acto ilícito. Deben, por lo tanto, pagar un precio por haber cometido un acto ilícito. El Tribunal, con su amplia discrecionalidad, lo estableció en un 25% del perjuicio sufrido por la demandada cuando decretó la caducidad. Consideró justa y razonable la atribución de responsabilidad entre un 25% y un 75%.

Se adoptó el método del flujo de caja descontado (FCD) y se aceptó que el valor justo de mercado (VJM) es el estándar apropiado de reparación en el derecho internacional. Adicionalmente, el Tribunal admitió que el daño indirecto era una categoría de daño válida, inclusive en el derecho ecuatoriano. El Tribunal determinó que el Valor Actual Neto de los flujos de caja descontados generados por la producción de OPEC en el Bloque 15 al 16 de mayo de 2006 ascendía a 2.359.500.000 USD, que, reducidos en un 25%, quedaron en 1.769.625.000 USD. A esta suma se le sumaron los intereses compuestos anuales del 4.188%, desde el 16-05-2006 hasta el Laudo, estableciéndose

que los intereses posteriores al Laudo se devenguen a la tasa LIBOR de Estados Unidos a 6 meses compuesta mensualmente. El monto fue calculado después del pago de los respectivos impuestos. El Tribunal no condenó en costas a la demandada.

III. Entre la aplicación directa y la eficacia jurídica entre la aplicación directa y la eficacia jurídica.

III.1. Casación del Municipio de Guayaquil

La idea que la Constitución es una norma de aplicación directa³⁹ se ha convertido en una peligrosa arma al servicio del neoconstitucionalismo y del activismo judicial para justificar los excesos de los jueces.

Sin reparar que las normas constitucionales contienen valores, principios y reglas, los operadores judiciales se han convencido que todas, por igual, pueden ser aplicadas directamente, con amplios márgenes de discrecionalidad. Así, se han olvidado que si bien todas las normas constitucionales gozan, desde un punto de vista conceptual, de aplicabilidad directa, no todas tienen la misma eficacia, es decir, solamente son aplicables directamente en la medida de su mayor o menor eficacia. De su capacidad para producir efectos jurídicos depende su aplicabilidad directa. Solamente algunas normas constitucionales gozan de eficacia plena y, por ello, al encontrarse dotadas de los medios necesarios para su ejecución, son, en definitiva, autoaplicativas.

Existe un reciente ejemplo ecuatoriano del más audaz activismo judicial realizado en nombre de la aplicación directa de la Constitución. La Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia⁴⁰ casó, de oficio, una sentencia de la Corte Provincial de Guayas, bajo el argumento que, en aplicación directa de la Constitución, podía aumentar el monto de la indemnización que debía pagar el Municipio de Guayaquil al dueño del inmueble afectado, a pesar que éste no dedujo recurso de casación de la sentencia de la Corte Provincial, que había fijado un monto menor. La Sala Civil de la CNJ se olvidó del principio de legalidad y casó la sentencia en beneficio de quien no había presentado recurso de casación.

Para incrementar el valor que se dispuso pagar al Municipio, la Sala Civil se apartó de las normas del Código de Procedimiento Civil y recurrió a las disposiciones constitucionales sobre derechos. Citó, en primer lugar, el Art. 11:3 de la Constitución que contiene el "principio" según el cual los derechos son de directa e inmediata aplicación por los jueces. En segundo lugar, citó el Art. 76:7:1), de la Constitución sobre la necesaria motivación de los actos del poder. Con esas dos referencias cuestionó que los jueces de la Corte Provincial (Tribunal ad quem) hayan desechado el informe pericial que fijó en 3.680212,00 USD el precio del inmueble perteneciente a la empresa privada afectada con la expropiación, sin haberle pedido explicaciones al perito, y, en su lugar, hayan fijado el precio, sin motivación suficiente, en 2.000000,00 USD. Con estas conclusiones, la Sala citó otras normas

39 (Arts. 4:2, 141 y 142 LOGJCC), (Art. 5 COFJ) (Arts. 11:3 y 426 Const.)

40 Revista Debate Constitucional 29, Febrero 2012. www.cad.org.ec. Recurso de Casación 269-2011, 27-12-2011. G.J. Serie VIII, 9, 3126. Ver también juicio de expropiación del Municipio de Cayambe en G.J., Serie VIII, 10, 3524.

constitucionales, entre ellas, las de los artículos 66:26 y 321 que garantizan el derecho a la propiedad privada y condenan la confiscación. Por último, invocó los artículos constitucionales 424, 425, 11:5 y 172 sobre la supremacía constitucional frente a leyes secundarias. La Sala cuestionó, inclusive, la forma como los jueces de la Corte Provincial aplicaron los artículos 786:3, 257 y 262 del CPC, para fijar un valor inferior al establecido por el perito.

III.2. La difícil aplicación directa del art. 1 de la constitución

La Constitución tiene, en términos conceptuales, la categoría de norma⁴¹. Antes de la aparición de la justicia constitucional no era otra cosa que un conjunto de declaraciones. La ley era la norma por excelencia y, como tal, gozaba de algunos atributos, entre ellos, el de la aplicación directa.

El hecho que la Constitución sea una norma no significa que cada una de sus disposiciones pueda ser aplicada directamente por los jueces, que, en estricto sentido, son los únicos habilitados, por la función que desempeñan, a ingresar en el territorio de la aplicación directa, en los casos sometidos a su decisión, con el riesgo, por cierto, de ser procesados por el delito de prevaricato.

A pesar de lo que dispone la propia Constitución, para los demás operadores judiciales y, en general, para los funcionarios públicos, la aplicación directa de la Constitución debería ser, simplemente, un ideal constitucional. Se abrirían las puertas a los más reprochables excesos si se tolerara que estos operadores y funcionarios desconocieran el principio de legalidad en nombre de la aplicación directa de la Constitución.

La aplicación directa de la Constitución no es automática y, como se dijo, debería estar reservada a los jueces para que sólo ellos, en virtud de la interpretación constitucional, decidan, en los casos que conozcan, los parámetros y consecuencias de aplicar directamente las normas constitucionales.

El Art. 1 de la Constitución de Montecristi, que habla del Estado constitucional de derechos y de justicia, plantea algunas preguntas difíciles relacionadas con la aplicación directa: ¿se trata de una norma prescriptiva o descriptiva?, ¿está compuesto de reglas o, más bien, de principios y valores?, ¿puede aplicarse directamente?, ¿requiere de la interpretación del juez constitucional para desplegar toda su fuerza normativa e integradora?, ¿no es, más bien, la guía fundamental alrededor de cuyos principios se debe articular todo el entramado constitucional?.

No hay duda que el Art. 1 es una norma. Sin embargo, no por ello puede ser aplicada directamente con toda la eficacia jurídica. Requiere de la intervención judicial de los jueces constitucionales para que despliegue toda su fuerza normativa. Sin la mediación judicial, el Art. 1 carece de eficacia.

41 Constitución del Ecuador Art. 424.

IV. Colofón

El activismo judicial ha prendido sus motores, ayudado por un neoconstitucionalismo todavía en desarrollo. Les espera un largo recorrido hacia un destino predeterminado por la vocación estatista de la Constitución de Montecristi y la orientación marcadamente autoritaria de quienes detentan el poder político.

En las actuales circunstancias, no es útil discutir si se deben apagar esos motores y si debe retornar el viejo positivismo. La realidad incontrovertible es que el activismo judicial y el neoconstitucionalismo ya se instalaron en el Ecuador.

La discusión debe encaminarse al establecimiento de mecanismos que protejan a las libertades y a los derechos de los efectos dañosos que provoquen los jueces activistas, al servicio del proyecto político de turno. En otras palabras, el esfuerzo tiene que concentrarse, por ahora, en el control de daños a las libertades individuales, a los llamados derechos patrimoniales y, por cierto, a la economía de mercado, que han sido objeto de atentados y amenazas recurrentes entre el 2007 y el 2012.

El garantismo⁴² de la misma Constitución de Montecristi, debidamente reorientado, podría contribuir, en alguna medida, a reposicionar las libertades individuales. No existe, dentro de esa Constitución estatista que, en lugar de limitar al poder político, potenció la capacidad de mando de los gobernantes, otro instrumento, fuera del garantismo, para colocar a las libertades individuales como los auténticos contrapoderes frente al activismo judicial y al neoconstitucionalismo comprometido con los principios y valores de corte igualitario, redistributivo, e intervencionista, incluidos en el documento constitucional por quienes asumieron la tarea de llevar adelante una *sui generis* revolución en el Ecuador.

42 “... la Constitución de Montecristi fue hábilmente construida como una carátula de “garantismo”, pero con gran contenido de poder sin reglas, expresado en los difusos conceptos de “las políticas” y del “proyecto” y basado en un régimen presidencialista y planificador a ultranza ...”. Véase Fabián Corral, El gran problema: los límites, Diario El Comercio, 23-02-2012, 11 A.