

## Orden jurídico, formación de jueces y transformaciones del Estado. (Legal Order, Judge's Training, and State's Transformations)

*Gina Chávez Vallejo*<sup>1</sup>

**Resumen:** La transformación del Orden jurídico-político ecuatoriano expresada en la Constitución ecuatoriana de 2008 exige volver a estudiar el Derecho desde nuevas bases hermenéuticas y técnicas que superen los métodos de la Escuela Histórica y del Positivismo clásico que han servido de base para los estudios del derecho. Se requiere de nuevos jueces, nuevos operadores de justicia y de ciudadanos activos que pongan en funcionamiento los mecanismos garantistas de derechos. En este contexto, para la constitución ecuatoriana, la formación de los jueces tiene una triple dimensión: reconoce el derecho de las y los servidores públicos a formarse y capacitarse para el ingreso, la permanencia y promoción dentro del servicio público; es un mecanismo de optimización de los servicios públicos; y, funciona como estrategia del cambio político y social.

**Palabras clave:** Derecho, estudios del derecho, formación de jueces, transformación del Estado, Constitución del Ecuador 2008.

**Abstract:** The transformation of the legal and political Ecuadorian order expressed in Constitution of Ecuador of 2008 demands to reassess the analysis of Law parting form new hermeneutical and technical basis that go beyond the methods of the Historical School and those of Classic Legal Positivism, which have served for the study of Law. New judges, new operators of justice and active citizens are required in order to deploy the garantist mechanisms of rights. In this context, for the Ecuadorian Constitution, the training of judges has a triple dimension: the recognition of public servant's right to training and capacititation for their enrolment, permanence and promotion within public service; as a mechanism of optimization of public service; and, it works as a strategy of political and social change.

**Key-words:** Law, analysis of Law, Judge's Training, Transformation of the State, Ecuador's Constitution 2008.

### 1. Introducción

El constitucionalismo ecuatoriano tiene algunos rasgos característicos, a saber: utiliza el mecanismo de la asamblea constituyente,<sup>2</sup> con

---

1 Doctora en Derecho por la Universidad Andina "Simón Bolívar", sede, Ecuador. Estudiante de doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia, España. Asesora del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Educación Superior, CEAACES. Profesora Titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales. Coautora del libro *Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, entre otras publicaciones relacionadas con temas constitucionales, de derechos colectivos y de derechos indígenas, dirección de correo electrónico ginachv2@yahoo.es, recibido 14 de diciembre de 2011, aceptado 14 de marzo de 2012.

2 Las constituciones expedidas en Ecuador se han realizado mediante Convenciones Nacionales, Asambleas Nacionales o Asambleas Constituyentes, desde 1830 hasta 2008. Sólo la Constitución de 1979 fue elaborada por una Junta de Notables conformada por el régimen militar gobernante.

sus promesas de refundación del país, para redefinir la correlación de fuerzas entre grupos y facciones; expide textos constitucionales que aportan poco o nada a la consolidación jurídico-institucional del Estado; ha institucionalizado prácticas jurídicas marcadamente formalistas y simbólicas que favorecen a la falta de apego de los ciudadanos a los mecanismos legales e institucionales, entre otros.

De los veinte sucesos asamblearios ocurridos en Ecuador hasta la fecha, sólo tres pueden considerarse procesos transformadores o revolucionarios,<sup>3</sup> a saber: la Asamblea Constituyente de 1830 que instaura la república, terminando formalmente con el colonialismo español; la Asamblea Constituyente de 1929<sup>4</sup> que concreta los postulados de la revolución liberal iniciada por Eloy Alfaro, impulsando la modernización del Estado a través de la instauración de la libertad de trabajo y contratación, de educación, de reunión y asociación, de sufragio, de pensamiento, la obra pública, la institucionalidad pública, y el laicismo, fundamentalmente. Y la Asamblea Constituyente de 2008 que concreta, de manera muy particular, las aspiraciones de cambio alimentadas durante más de quince años por importantes sectores sociales desilusionados por las incumplidas promesas de cambio ofrecidas en el retorno a la democracia, desde 1979.

La historia ecuatoriana nos muestra que, por lo general, la expedición de una nueva constitución sólo alcanzaba a instaurar

---

3 Entiendo la palabra “revolución” no en el sentido marxista de un tipo de transformación política violenta, fruto de una confrontación de clases, cuyo resultado lleva a la instauración de la dictadura del proletariado y del socialismo o comunismo, como régimen político. Lo entiendo en el sentido de un cambio significativo y profundo de la correlación de fuerzas del hasta entonces poder hegemónico, por medios relativamente violentos, de cuyo resultado ocurre, sustancialmente, un cambio del orden jurídico-político, un recambio de las élites que se hacen del poder y un reposicionamiento de las fuerzas políticas y sociales.

4 La Constitución de 1945 que fue resultado de la revolución de 28 de mayo de 1944, conocida como “La Gloriosa”, es considerada por algunos autores igualmente como una constitución rupturista, por su grado de estructuración técnica y por la pionera creación del Tribunal Supremo Electoral, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos. A nivel de derechos y garantías, instaura el *habeas corpus*, reconoce el derecho a la educación, cultura y trabajo. A nivel tributario, adecua los impuestos a la capacidad económica del contribuyente; entre otros avances. La Constitución de 1945 duró un año, y aunque algunas instituciones constitucionales subsistieron, se puede decir que “La Gloriosa” fue una revolución trunca.

un frágil y transitorio equilibrio de fuerzas que no lograba consolidar la institucionalidad estatal ni permitía satisfacer un mínimo de promesas de cambio. Esto explica que lo jurídico cumpliera, antes que nada, un papel funcional a las élites políticas y económicas sin alcanzar un rol equilibrante de las disputas.

Lo que demuestra esta profusa dinámica de cambios constitucionales es que representa una forma de ser del ecuatoriano. Tiene que ver con la manera como se concibe al derecho en el Orden del Estado, con las prácticas jurídicas hegemónicas, con las teorías jurídicas locales que las sustentan, con los estudios dominantes del derecho, así como con los comportamientos de los distintos actores dentro del Estado.

En el presente trabajo es la oportunidad para proponer algunas reflexiones que ofrezcan elementos de análisis la comprensión de este tema, el cual es un asunto difícil de dilucidar en su integridad. En este sentido, y por los alcances del presente documento, me concentraré en resaltar algunos aspectos relacionados con las prácticas jurídicas, los estudios del derecho en Ecuador y el cambio de paradigma de la Constitución ecuatoriana del 2008, particularmente respecto del reclutamiento, selección y formación de juezas y jueces.

## **2. Las prácticas judiciales y la labor de los jueces**

El profesor Raúl Zaffaroni<sup>5</sup> sostiene que:

América Latina presenta un caos de estructuras judiciales, con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherente y fatales invenciones vernáculas, al ritmo que les marcaron los intereses sectoriales y corporativos que más cerca han estado de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial. El resultado es un panorama poco alentador: nos hallamos con magistraturas análogas a las europeas de la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas eu-

---

<sup>5</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en *La transformación de la Justicia*. Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, Editores. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito-Ecuador, 2009, p. 110.

ropeas de finales del siglo pasado. La responsabilidad de este atraso institucional, por supuesto que, en primer lugar, incumbe a nuestros políticos, pero es justo reconocer que buena parte de la misma debe cargarse a la cuenta de nuestros doctrinarios.

Zaffaroni apunta básicamente a poner en evidencia que los estudios del derecho en Latinoamérica se desentienden del estudio de la estructura institucional de poder que tiene por función la aplicación de esos conocimientos receptados, esto es, del aparato judicial. La teoría latinoamericana, sostiene Zaffaroni, teorizó un deber ser omitiendo la teorización de la institución que lo debe hacer.

Además, la crítica de Zaffaroni pone en evidencia algo, tal vez, más acuciante en los estudios del derecho, y es la falta de estudios del ejercicio mismo de recepción, de imitación, de “mala copia”<sup>6</sup> de las instituciones jurídicas de los países desarrollados.

En este sentido, los estudios culturales del derecho son casi inexistentes en el continente, lo que hace que no tengamos explicaciones valederas para comprender a cabalidad los acontecimientos jurídicos. No tenemos elementos de juicio para conocer, por ejemplo, qué hay detrás de las decisiones judiciales, de las prácticas de los operadores de justicia; por qué se pone determinado énfasis teórico en los programas universitarios, de posgrado y de las carreras judiciales. No estudiamos los usos del derecho por parte de los actores políticos y de la ciudadanía, entre otros aspectos.

Como resultado, contamos con un entendimiento incompleto, parcial, plano, exegético y formal del derecho, al cual, a lo sumo, se lo entiende sea como un mero instrumento del Estado, como un discurso normativo del poder, o como una superestructura de dominación.

Sin mayor cuestionamiento, los distintos actores del Estado actúan bajo la convicción de que derecho es ley, que la constitución es solamente un pacto político, que el acto jurídico sólo involucra a jueces y abogados, y que la ley es “solo para el de poncho”.<sup>7</sup>

---

6 Para el estudio de este ejercicio de recepción, imitación, “mala copia”, es altamente recomendable la lectura de la obra de Diego Eduardo López Medina, *La teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004, 480 pp.

7 Ecuatorianismo que se refiere a que la ley es sólo para los pobres o débiles.

Poner en evidencia el modo de actuación de los diferentes actores del derecho, la naturaleza de sus actuaciones, las condiciones en las que actúan y los efectos que provocan, significa llegar a entender a cabalidad, el fenómeno jurídico a fin de comprender, como dirá Paul Kahn,<sup>8</sup> qué hace el Estado de derecho de nosotros, y no limitarnos a conocer lo que es el derecho. Permite, además, conocer en qué medida ha desechado el Estado de derecho los rasgos y las instituciones coloniales, aristocráticas y monárquicas, o si éstas subsisten en remozadas prácticas e instituciones de fachada democrática.

En este camino, las malas lecturas, las lecturas tergiversadas, las malas copias de las teorías clásicas y prestigiosas, o como plantea Zaffaroni, las lecturas folklóricas del derecho en nuestro continente, cobran sentido propio en tanto reflejan las intensiones, las aspiraciones, los juegos de poder, los acuerdos alcanzados por los actores hegemónicos. Por tanto, lejos de aparecer como imágenes desfiguradas, las malas copias de las teorías jurídicas se presentan como el reflejo del ser social en el Estado de Derecho.

Estudiar, por ejemplo, el concepto local de monismo jurídico, elaborado por nuestros teóricos del derecho, a partir del planteamiento kelseniano de la unicidad de Estado y Derecho, nos lleva indefectiblemente a preguntarnos sobre el éxito de las élites políticas y jurídicas en perpetuar prácticas colonialistas de control, escamoteando la soberanía popular consagrada en la República. Si esto es así, la ruptura con todo rasgo colonialista pasará por restaurar el campo jurídico sobre la base de un sistema de normas pluralista, democrático y republicano.

Por otro lado, asumir el concepto de Constitución en su dimensión de “pacto político”, y no incluir el concepto kelseniano de constitución como norma, como norma especial tanto por su formulación amplia como por los fines de sostenimiento del orden constitucional que persigue, ¿no nos habla de una clara intención de perpetuar los acuerdos entre facciones, corporaciones y estamentos de origen colonial, en desmedro de los mecanismos legales y democráticos? Esta “mala lectura” de Kelsen, ¿no significará más bien una lectura interesada por parte de grupos hegemónicos en disputa?

---

<sup>8</sup> Paul Kahn, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Gedisa, Barcelona, 2001.

Éstos y otros aspectos similares nos obliga a entender que lo que pasa en nuestro continente no refleja, o confirma, la existencia de Estados subdesarrollados sino que se trata de un tipo de Estados que asumen al derecho de manera utilitaria para el sostenimiento de tipos de relaciones de poder de carácter tradicional, esto es, que no permiten superar el patrimonialismo, el corporativismo y el elitismo, a favor de relaciones democráticas de poder. Relaciones en las que el papel de los jueces es funcional a la protección de derechos patrimoniales e intereses corporativos y de las élites.

### **3. Los estudios del Derecho**

Estudiar derecho es estudiar los códigos, las normas y su exégesis, esto porque todas las carreras tanto de derecho como de jurisprudencia se arman sobre la base del método técnico jurídico de la Escuela Histórica del Derecho, que propugna la idea del carácter a-valorativo, a-crítico, descriptivo y formalista del derecho.

En Ecuador, aunque la mayoría de los programas universitarios tiene carreras de jurisprudencia, no se estudia ni la arqueología ni la arquitectura de las decisiones judiciales, se estudia la ley. Los estudios de derecho son sustancialmente funcionales al ejercicio profesional, lo que genera escaso pensamiento jurídico en el ámbito universitario. Es más, lo ocurrido en Ecuador, en los últimos 15 años nos demuestra que es la acción social y la confrontación política el campo de disputa del pensamiento jurídico que se ve reflejado en las dos últimas constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008.

Los estudios del derecho, limitados al estudio de la norma jurídica, están marcados por la dogmática jurídica, el positivismo y el formalismo clásicos, y por las visiones canónicas del derecho hegemónico. Esto crea profesionales del derecho sujetos a una lectura lineal, fría y utilitaria de la ley, y jueces que aplican la ley de manera aparentemente ciega e imparcial, esto es, utilitaria.

Tenemos, entonces, graves limitaciones tanto en la carrera universitaria como en la investigación jurídica.

En la carrera universitaria, como sostiene el profesor Zaffaroni,<sup>9</sup> los programas de formación de profesionales del derecho destinan un mínimo de tiempo a la enseñanza de la normativa del poder judicial y escasamente investigan los aspectos sociológicos y de la teoría política; asumiendo, por el contrario, que investigar sociológicamente a los jueces o analizar su función desde la perspectiva política es poco menos que un desacato. Sin embargo, es lo que develaría lo que realmente es el derecho en nuestro medio.

En la investigación jurídica, como lo asevera P. Kahn,<sup>10</sup> al haberse convertido el investigador jurídico en un participante de la práctica jurídica y, por tanto, en una parte del objeto que decidió investigar, genera el colapso que se produce en la distinción entre el sujeto que estudia el derecho y la práctica legal que es el objeto de estudio, restringiendo las posibilidades de conocimiento del derecho. El rol de la investigación crítica, sostiene Kahn, no es incrementar nuestro conocimiento o reinventar las normas morales de nuestra experiencia, sino exponer las condiciones *a priori* de nuestra experiencia epistémica y moral.

Como bien sostiene Luigi Ferrajoli,<sup>11</sup>

...la ciencia jurídica tiene un rol crítico, prospectivo, constructivo de la democracia, no puede limitarse a mirar el derecho con el viejo paradigma paleo-positivista. En el paradigma constitucional, si consideramos que el derecho establecido por la constitución no sólo es el derecho positivo, mas el derecho positivo ha subordinado a todas las otras normas, esto significa que el deber ser que puede ser violado debe ser indagado en su efectividad o ineffectividad por la ciencia jurídica.

Esto abre necesidades concretas de estudio e investigación en el campo jurídico como el derecho ilegítimo, las leyes inválidas, las lagunas del derecho, la efectividad de las garantías de los derechos sociales y colectivos, el pluralismo jurídico, la interlegalidad, y muchos otros necesarios para entender el derecho contemporáneo.

---

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Ob.cit.*, p. 111.

<sup>10</sup> Paul Kahn, *Ob.cit.* p. 50.

<sup>11</sup> Exposición de Luigi Ferrajoli en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Octubre de 2011.

El problema de los estudios del derecho tampoco es subsanado ni en los estudios de posgrado, ni en la capacitación profesionalizante de los jueces en la Función Judicial. Los programas de posgrado en derecho acentúan su dimensión profesionalizante, mientras que la llamada “escuela de la magistratura”, es, en el mejor de los casos, un espacio de perfeccionamiento del ejercicio de juez, sin que se llegue, de manera alguna, al estudio de las estructuras judiciales. Esto hace, no sólo que la educación formal y semiformal de jueces y operadores jurídicos sea estéril en cuanto a la producción de pensamiento jurídico, sino que, a la vez, mantiene trunca la reforma judicial, la que gira en su propio terreno sin provocar una verdadera transformación de sus estructuras e instituciones internas.

Esto deja al campo político el desarrollo del pensamiento jurídico, lo que explica tanto la amplia producción jurídica utilitaria, como el escaso interés en develar lo que es, en verdad, el derecho.

Aunque es claro que garantizar un adecuado ejercicio jurisdiccional tiene que ver con que el entrenamiento de los jueces sea básicamente jurídico y esté a cargo de las universidades, que las “escuelas judiciales” enfoquen su trabajo en el perfeccionamiento de la labor jurisdiccional y en el manejo eficiente del aparato judicial, y que los jueces accedan por concursos públicos de méritos y oposición a todo nivel en que se produzca una vacante,<sup>12</sup> seguiremos sin un conocimiento cabal del derecho y del ejercicio jurisdiccional si no estudiamos por qué los jueces deciden, cómo deciden, por qué los abogados utilizan la ley y los recursos judiciales de una determinada manera, o por qué los actores sociales y políticos entienden de la manera que entiende el derecho.

#### **4. Cambio de paradigma: ¿transmutaciones del derecho desde el patio trasero?<sup>13</sup>**

Algunos analistas sostienen que América Latina está sacando provecho del cambio de prioridades geopolíticas de Estados Unidos a partir del 11-S.

---

<sup>12</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ob.cit.*, p. 124.

<sup>13</sup> Expresión con la que se le conoce a Latinoamérica en relación con Estados Unidos, como potencia.

Esto, entre otras cosas, habría facilitado para que el continente se encuentre en mejores condiciones de pensarse y planificarse desde sus propios intereses, lo que explicaría la ola de transformaciones constitucionales que se vienen dando en las últimas décadas.

Se esté o no de acuerdo con esta tesis, lo cierto es que el discurso del cambio guía la reforma del Estado en la actualidad, con la característica de que los procesos de cambio ocurridos hasta el momento, a excepción de Guatemala, han dado un giro a la izquierda sobre la base de un discurso neo-socialista, de democracia participativa, de un nuevo constitucionalismo y neo-keinesianismo. Por lo menos en Ecuador.

Este modelo de cambio se concreta en la Constitución ecuatoriana de 2008,<sup>14</sup> asumiendo cambios paradigmáticos tanto del modelo constitucional como de las reglas de juego del poder político en Ecuador.

Aunque se puede discrepar sobre el hecho de que se trate de un cambio de paradigma, lo cierto es que constitucionalizamos el Orden jurídico político, y con ello, cambiaron las reglas de relación entre los actores políticos y sociales. Eso lo vemos a diario en la dinámica de las disputas sociales y políticas, así como en la dinámica de la toma de decisiones que adopta el poder político.

La nueva Constitución redefine estructuralmente el Estado al poner a los derechos y a la justicia como el eje central en torno al cual gira el Orden. Diseña una arquitectura de derechos sobre el reconocimiento de la igualdad de jerarquía de todos los derechos constitucionalizados y de aquellos que sin que estén reconocidos en la Constitución son atinentes a la dignidad humana, a la vez que reformula los derechos clásicos, y reconoce otros nuevos.<sup>15</sup> Asume mecanismos de garantía de los derechos que no se limitan a los judiciales y

---

14 Hay que recordar que el proceso constituyente del 2007 en Ecuador fue atípico por la composición de la Asamblea; por el alto grado de participación social en la constituyente; por su contenido, y por sus efectos sociales, políticos y económicos que viene produciendo.

15 Entre éstos podemos mencionar el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, el reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígenas, el establecimiento del concepto del *Sumank Kausai* o Buen Vivir como eje del desarrollo económico y social, la ciudadanía universal, la participación ciudadana en la gestión y el control de la gestión pública, y tantos otros cambios de fondo.

normativos sino también son institucionales. Modifica el rol del Estado en la economía, las relaciones entre Estado y Sociedad, entre funciones del Estado, entre el Estado y el Orden internacional y regional. En fin, adopta instituciones del constitucionalismo de avanzada, pero también crea, reformula, transmuta, sujetando el derecho al derecho, como dirá el jurista italiano Luigi Ferrajoli.

Veamos lo que ha ocurrido en el campo de la justicia. Mientras históricamente lo judicial-institucional y lo jurisdiccional fue tratado de manera inseparable, la nueva Constitución trabaja de manera diferenciada los ámbitos judiciales y los jurisdiccionales.

El ámbito judicial-institucional opera dentro de la Función Judicial bajo un concepto integrador y cooperante entre entidades e instancias que tienen a cargo la realización de la justicia. Integran la Función Judicial: los juzgados de instancia, las cortes provinciales, tribunales distritales y la Corte Nacional de Justicia. Por otro, lo integran la Defensoría Pública y la Fiscalía del Estado, en calidad de órganos autónomos; y como órganos auxiliares se tiene al servicio notarial, martilladores judiciales y depositarios judiciales. El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno de la Función.

En el ámbito jurisdiccional operan tres tipos de jurisdicciones: la *justicia indígena*, la *justicia ordinaria*, dentro de la cual actúan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y los jueces de paz; y la *justicia constitucional*.

La justicia indígena opera en un ámbito de autonomía que establece la facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia bajo sus normas y derecho propio, resguardando la Constitución y los derechos humanos. Ante la justicia indígena, el Estado asume la obligación de respetar las decisiones que tomen las autoridades, y establece reserva de ley para implementar procesos de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Sus decisiones sólo pueden ser revisadas por la Corte Constitucional.

El reconocimiento de la justicia indígena no se limita a la adjudicación de facultades jurisdiccionales —las cuales no se ejercen con relación al derecho general sino a sus propias normas y procedimientos—, sino que al reconocer el derecho propio de los pueblos

indígenas, termina con la hegemonía de la producción del derecho por parte del Estado central, haciendo que, a partir del 2008, se reconozca que el Estado produce derecho, pero también los pueblos indígenas en el marco de sus espacios y formas de vida.

Una característica adicional del derecho indígena es que se le reconoce en una doble dimensión: en una dimensión de derecho colectivo de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, constituyendo, en tal sentido, un elemento de su integridad étnico-cultural; y en una dimensión habilitante, que les autoriza a ejercer facultades jurisdiccionales en la resolución de sus conflictos internos, siempre que sus procedimientos y sanciones no sean violatorios de la Constitución y los derechos humanos.

Por su parte, la justicia ordinaria opera en un ámbito de unidad jurisdiccional que promueve y garantiza el acceso a la justicia, el juez natural, el debido proceso, la resolución alternativa de los conflictos, la justicia de paz y las decisiones en justicia.

La justicia constitucional opera con un sistema mixto de control difuso y concentrado. El primero a cargo de todos los jueces y el segundo a cargo de la Corte Constitucional, cuyas sentencias son decisiones de cierre del sistema. Lo paradigmático de la justicia constitucional está en la naturaleza jurisdiccional de las decisiones de la Corte Constitucional y en el rol que juega la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de los contenidos de los derechos.

La constitucionalización del derecho también se concreta en la reformulación de la facultad interpretativa de la Constitución. A la Corte Constitucional se le otorga la facultad de la interpretación —generalmente obligatoria— de la Constitución. A todos los jueces se les otorga la facultad interpretativa de la Constitución en la revisión de casos bajo su conocimiento. A las servidoras y servidores públicos se les otorga la facultad de interpretar la Constitución de la manera más favorable a la vigencia de los derechos de las personas, colectivos, comunidades, pueblos y nacionalidades, en el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades.

La promulgación y aprobación de la Constitución de 2008 implica para Ecuador una transformación normativa sustancial, tanto en lo que concierne a la institucionalidad como en lo que atañe a las

posibilidades de la vida social y colectiva de todos cuantos vivimos en Ecuador. Sin embargo, lo jurídico no tiene eficacia real si no va acompañado de un cambio cultural en las formas de pensar y de actuar de quienes estamos obligados por esa nueva realidad jurídica.

Era necesario hacer esta contextualización de la justicia en Ecuador para sostener que, fruto de estos cambios sustanciales en la estructura, sentido y dimensiones de la justicia, no es posible seguir estudiando de la misma manera al derecho. Nace, por tanto, la necesidad de volver a aprender el derecho, no sólo en las aulas universitarias, sino a nivel de los profesionales, de los jueces, de la clase política y de la ciudadanía en general.

Las transformaciones del derecho y la emergencia del nuevo constitucionalismo exigen de un nuevo tipo de operadores jurídicos formados en las técnicas y métodos de interpretación del derecho público y en el estudio de la ley conforme a la Constitución, a fin de que asuman los nuevos roles asignados a los jueces, y que los operadores jurídicos y ciudadanos estén preparados para poner en acción los mecanismos garantistas vigentes.

Esto porque con el nuevo constitucionalismo ecuatoriano cobran importancia temas como la interpretación constitucional, la argumentación constitucional, la teoría de las fuentes del derecho, el papel del juez garantista, la aplicación directa de la Constitución y el uso de los precedentes judiciales; temas que demandan no sólo de una renovación de la práctica y de los estudios del derecho, sino que exigen el manejo de una nueva hermenéutica jurídica y del impulso de procesos investigativos que soporten y potencien el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en general, y el ecuatoriano, en particular.

En este sentido, existen interesantes esfuerzos gubernamentales para transformar el sistema educativo a todos los niveles, buscando elevar el nivel educativo a grados de excelencia que sirvan de impulso en la actual sociedad del conocimiento.

En esta línea, por primera vez en Ecuador se incluye la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos, en general, y de los jueces y operadores de justicia, en particular, buscando hacer de los servidores públicos agentes del cambio del Estado y de la sociedad.

La formulación constitucional en el tema de la capacitación y formación de servidores públicos y jueces plantea cuatro dimensiones: como derecho de las y los servidores públicos; como mecanismo habilitante para el ingreso, la permanencia y promoción dentro del servicio público; como dispositivo de optimización de los servicios públicos; y como estrategia del cambio político y social.

En tal sentido, los desafíos que enfrenta el rediseño de programas de formación y capacitación del sector público es multidimensional ya que tienen que dar cuenta del cambio de paradigma jurídico político que modificó, a la vez, fines institucionales, roles de los funcionarios públicos, reglas de convivencia social, colocándolas en función del respeto y garantía de los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectividades. En esta nueva estructura estatal, la formación y capacitación de las servidoras y servidores públicos debe prepararlos para sus nuevas responsabilidades sociales.

Los objetivos del aprendizaje deberán dar atención al desarrollo de capacidades relacionales que permitan a las servidoras y servidores públicos conectar los hechos con la norma fundamental y con el cumplimiento de sus funciones; requiere también desarrollar capacidades analíticas que vinculen la norma fundamental con los sustentos jurídico doctrinarios, así como capacidades interpretativas que garanticen la vigencia de los derechos ciudadanos.

A modo de conclusión y recordando al Juez Marshall que en 1803, en el caso “*Marbury vs. Madison*”, decía: “*O bien la Constitución es una ley de superior importancia, invariable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y es alterable cuando a la legislatura le place hacerlo. Si fuese verdadera la primera parte de la anterior alternativa, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería una ley; si la segunda parte fuese verdadera, entonces las Constituciones escritas serían absurdas tentativas del pueblo por limitar un poder ilimitable por naturaleza*”, diría que el control del ejercicio del poder no pasa únicamente por la vigencia y efectividad de la división de poderes o de los pesos y contrapesos entre poderes; pasa mucho por la cultura constitucional y por la teoría jurídica y política que lo sustenta. Es, por tanto, indis-

pensable que los estudios del derecho en Latinoamérica se despojen del viejo ropaje paleo-positivista para asumir las nuevas urgencias en el estudio e investigación del nuevo constitucionalismo en el que estamos inmersos y que configura nuestras vidas como sociedad.

## **5. Bibliografía**

KAHN, Paul, *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Gedisa. Barcelona, 2001.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *La teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en *La transformación de la justicia*. Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, Editores. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito-Ecuador, 2009.