

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

Las sentencias modulativas de la Corte Constitucional del Ecuador como una garantía directa de los derechos, sus límites frente a la potestad legislativa

Marcelo Guerra Coronel

Quito - 2014



**CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE
TESIS**

Yo, Marcelo Alejandro Guerra Coronel, autor de la tesis intitulada "LAS SENTENCIAS MODULATIVAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR COMO UNA GARANTÍA DIRECTA DE LOS DERECHOS, SUS LÍMITES FRENTE A LA POTESTAD LEGISLATIVA" mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA: MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL

**TEMA: “LAS SENTENCIAS MODULATIVAS DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR COMO UNA
GARANTÍA DIRECTA DE LOS DERECHOS, SUS LÍMITES
FRENTE A LA POTESTAD LEGISLATIVA”**

TUTORA: DRA CLAUDIA STORINI

AUTOR: MARCELO GUERRA CORONEL

QUITO - 2014

ABSTRACT

Desde los inicios del constitucionalismo norteamericano y europeo, la Constitución ha ido tomando distintas significaciones en uno y otro caso, en efecto los norteamericanos conservaron un significado democrático desde la revolución, mientras que en Europa no pudieron mantener el significado resultante de la Revolución Francesa, y solo lograron recuperarlo después del segundo post guerra.

El significado en la Europa continental que hoy por hoy ha logrado la Constitución, ha tomado casi dos siglos, y dicho significado se ha trasladado en estos últimos tiempos a Latinoamérica, y específicamente a Ecuador con ciertas connotaciones propias, con un significado democrático bastante fortalecido, que lo hacen particular en función de nuestro contexto complejo, plural.

Este significado de Constitución en el Ecuador ha traído consigo un implícito activismo reforzado de la Corte Constitucional, necesario para la defensa de los derechos consagrados en la carta y que pasan a ser el principal fundamento de todo el modelo de Estado.

Este activismo ha sido criticado por arrogarse funciones que no le competen y con ello invadir el campo legislativo, ya que se ha creído está creando incluso preceptos legales. Sin embargo esto es errado, pues la Corte no ha invadido el amplio ámbito de creación de leyes que tiene el legislador, sino simplemente en su función de máximo intérprete de la Constitución lo que ha hecho muchas veces es tomar preceptos legales que adolecen de inconstitucionalidad, modularlos y volverlos constitucionales, pero todo esto dirigido a efectivizar los derechos y dar coherencia al ordenamiento jurídico, y en función de la legitimidad jurídica que posee. Y para ello ha hecho uso de distintos tipos de sentencias, entre ellas, las modulativas.

La Corte si bien ha sido dotada de muchas herramientas como protectora y efectivizadora de la Constitución, tiene límites, y su mayor límite sin duda es la propia Constitución, el contenido esencial de los derechos, la no regresividad de los mismos, el principio del *stare decisis*, entre los principales.

Del análisis empírico se ha constatado que la modulación es tan necesaria para la efectivización de los derechos, ya que incluso el no hacerla podría llegar a reformar normativamente la Constitución. Estas sentencias son verdaderas garantías de los derechos, ya que muchas veces el legislador puede tardar mucho tiempo en reparar los preceptos que adolecen de inconstitucionalidad, y la satisfacción en los derechos no puede esperar, y precisamente es donde el actuar de la Corte con dichas sentencias cobra gran importancia.

El problema más bien se ha presentado en casos de alta connotación pública en que la Corte cede paso a intereses políticos, por carecer de independencia, y reforma informalmente la Constitución dando lugar a las llamadas mutaciones constitucionales.

DEDICATORIA:

A mis padres: Esmeralda Coronel Idrovo, y Marcelo Guerra Alvarado, muestra de fortaleza, e inspiración constante en el camino recorrido y por recorrer; a mi hermano: Fernando Guerra, ejemplo de humildad y conocimiento; a mi hermana: Paola Guerra modelo de corazón y razón; a mi abuelo: Leonidas Guerra, incansable luchador por los derechos de los más necesitados.

AGRADECIMIENTOS:

A la Universidad Andina Simón Bolívar Sede-Ecuador, a su rector el Dr. Enrique Ayala Mora, al Dr. César Montaña, coordinador y maestro del área de Derecho, y en general a cada una de las personas que están detrás de la marcha de tan prestigiosa institución; pero un especial agradecimiento a la Dra. Claudia Storini, por el gran apoyo académico, científico, pero sobre todo humano, sin duda inspiración de fuerza, valor y conocimiento. De igual manera un agradecimiento especial a mi compañero de camino José Chalco Salgado, por el apoyo constante.

A mis amigos, Juan José Cordero, Edison Idrovo, Luis Alfredo Tosi, Fernando Ochoa, César Gárate, Karla Cordero, Astrid Bravo, Gaby Cárdenas, que siempre me motivaron a seguir adelante.

A mis maestros, en especial al Dr. Tiberio Torres, Dr. Giovanni Sacasari, Dra. Ximena Endara, Dr. Jorge Morales, Dr. Káiser Machuca, y a todos quienes contribuyeron en mi formación.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	10
---------------------------	----

CAPÍTULO I

EL ACTIVISMO Y EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.1 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN	14
1.1.1 La significación de la Constitución tras las revoluciones Norteamericana y Francesa	15
1.1.1.1 El activismo judicial	21
1.1.2 El retornar del significado originario de Constitución en Europa Continental	23
1.1.3 El concepto de Constitución en el Nuevo Constitucionalismo Andino	31
1.2 LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	42
1.2.1. El implícito activismo de la Corte Constitucional en el Nuevo Constitucionalismo	43
1.2.2 La mal entendida legitimidad democrática de la Corte Constitucional	48
1.2.3 Legitimidad democrática de la Corte	49
1.2.4 Legitimidad jurídica de la Corte Constitucional	52
1.2.5 Atribuciones de la Corte Constitucional.....	58
1.3 LÍMITES AL ACTIVISMO DEL ÓRGANO CONSTITUCIONAL	63
1.3.1 Control jurídico de la Corte Constitucional	64
1.3.2 Límites	66
1.3.3 Rigidez y mutación constitucional.....	71
1.3.3.1 La rigidez constitucional en el Nuevo Constitucionalismo.....	72
1.3.3.2 Mecanismos informales de reforma constitucional	74
2.1 INCONSTITUCIONALIDAD DE ÚLTIMA RATIO	80
2.2 LA CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL NUEVO	87
ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	87
2.2.1 Sentencias simples, de admisión o rechazo de inconstitucionalidad	88

2.2.2 Sentencias Unilaterales	90
2.2.2.1 Sentencias Interpretativas	91
<i>a) Sentencias interpretativas admisorias:</i>	92
<i>b) sentencias interpretativas desestimatorias:</i>	93
2.2.2.2 Sentencias Manipulativas.....	94
<i>a) Sentencias Aditivas:</i>	95
<i>b) Sentencias Sustractivas:</i>	98
<i>c) Sentencias Sustitutivas:</i>	99
2.2.3 Sentencias Bilaterales	101
a) Sentencias Exhortativas:	101
b) Sentencias de exequibilidad diferida:	101
2.3 LA VALIDEZ DE LAS NORMAS EN LAS SENTENCIAS MODULATIVAS	103
2.3.1 Requisitos de validez de las normas.....	104
2.3.2 Las sentencias modulativas y el problema de la validez de las normas.....	105
3.1 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	111
3.2 SENTENCIAS MODULATIVAS ENMARCADAS DENTRO DE LAS FACULTADES CONSTITUCIONALES	120
3.2.1 Sentencia No. 002-09-SAN-CC (exoneraciones tributarias a discapacitados).....	121
3.2.2 Sentencia N° 001-10-SIN-CC del 18 de marzo del 2010 (ley de minería).....	126
3.2.3 Sentencia 001-11-SIO-CC del 26 de enero del 2011(revocatoria del mandato)	131
3.2.4 Sentencia 004-13-SAN-CC del 13 de junio de 2013(reparación económica).....	134
3.2.5 Sentencia 102-13-SEP-CC del 04 de diciembre de 2013(admisibilidad de la acción de protección).....	137
3.2.6 Otras sentencias modulativas	143
3.3 EXCESOS MANIFIESTOS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, MUTACIONES.	143
3.3.1 Dictamen 001-DCP-CC-2011(consulta popular 2011)	143
3.3.2 Sentencia N° 001-11-SIO-CC	146
3.3.3 Sentencia N° 55-10-SEP-CC, y Sentencia N° 001-13-SCN-CC (control de constitucionalidad)	148

3.3.4 Sentencia 113-14-SEP-CC (caso la cocha)	150
CONCLUSIONES	153
BIBLIOGRAFÍA:	160

INTRODUCCIÓN

Ya en los inicios del constitucionalismo europeo y norteamericano se planteó la problemática respecto a la legitimidad del poder en los diferentes órganos constitucionales, problemática que también ha sido trasladada al constitucionalismo latinoamericano.

En Ecuador la Corte Constitucional ha visto legitimado su poder de manera indirecta, esto hablando desde una simple lógica, sin embargo la legitimidad propiamente dicha le ha llegado directamente de manos del constituyente, pues este a dotado de facultades a la Corte en la Carta Suprema, para actuar como máximo intérprete, pero dentro de un marco jurídico que le da la propia Constitución. Una legitimidad de carácter jurídico, que vuelve irrelevante la discutida legitimidad democrática de la Corte.

De esta manera el problema se ha visto centrado, en el hecho de que la Corte Constitucional podría estar interfiriendo en las facultades del poder legislativo, respecto del contenido de las normas del ordenamiento jurídico vigente en el país, e incluso rebasando los propios límites que le da la Constitución.

En nuestro país se han visto criticados algunos fallos de la Corte Constitucional por considerarlos arbitrarios respecto de los límites con el legislativo, ya que en su actuar no solo se ha limitado a declarar la inconstitucionalidad de normas conexas, tal como le faculta el artículo 436 numeral 3 de la Constitución, sino que ha jugado el papel de legislador positivo manipulando el contenido de las normas.

Muchas veces es necesario que la Corte actúe de manera unilateral, es decir, que resuelva el problema de manera directa, que module una disposición, ya de manera textual

o normativa, con el objetivo de lograr el principio de celeridad en la satisfacción de derechos constitucionales, mas no remitir al legislativo quien podría tardar demasiado tiempo.

Esta investigación pretende demostrar las razones por las que ya no es criticable, sino más bien necesario que la Corte Constitucional ecuatoriana actúe mediante sentencias modulativas. Esto es, que actúe ya no solo determinando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ciertas normas, sino subsanando de manera directa el problema, en función de la agilidad con que requieren ser sanadas esas contradicciones y llenados vacíos en el ordenamiento jurídico, por tratarse de derechos constitucionales. Lo anterior beneficiaría a los destinatarios de los derechos, que en la realidad no pretenden entender el sistema o participar de debates doctrinarios a veces bastante redundantes, pero sí que sus derechos no sean violados y se vean conducidos a un auténtico vivir amónico, justamente cumpliendo con uno de los más altos valores constitucionales que es el de la justicia, pues a la sombra de un derecho debería caminar siempre una garantía.

El poder con que actúe la Corte Constitucional se vería legitimado directamente por el constituyente, y su actuar como creador de derecho, como una realidad necesaria en el actual constitucionalismo ecuatoriano, sentando pautas, límites de su propio actuar. Y precisamente este trabajo servirá mucho para guiar el hasta donde pueden llegar con sus sentencias.

Las preguntas que guiarán este trabajo serán ¿hasta dónde la Corte Constitucional ecuatoriana puede llegar con sus sentencias modulativas, cuáles son sus límites?, y ¿ la

Corte Constitucional con sus sentencias ha excedido sus facultades, rompiendo así los límites?.

Lo que se pretende demostrar es que La Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución está plenamente facultada a dictar sentencias modulativas y estas sentencias incluso funcionan como una garantía directa e inmediata de los derechos fundamentales. La Corte Constitucional no interfiere en las facultades del legislativo, lo que hace es cumplir la función o deber dado a ella por el constituyente, convirtiéndose en una especie de constituyente permanente pero dentro del marco impuesto por la Constitución; la Corte toma decisiones jurídicas, mas no políticas, pues de hacerlo caería en la arbitrariedad, puede intervenir en cuestiones de política pública, pero siempre dentro del marco jurídico que la Constitución le da.

En la práctica sucede que existen problemas que no se solucionan con sentencias típicas de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que requieren otras medidas que la Corte Constitucional debe tomar, debido a la urgencia con que deben ser satisfechos ciertos derechos, y entre esas otras medidas están este tipo de sentencias.

Este trabajo seguirá un esquema de investigación de tipo deductivo, es decir ira de lo general a lo particular, y para ello se utilizarán fuentes de tipo doctrinario, normativo y jurisprudencial.

En el primer capítulo se establecerán categorías necesarias para el análisis posterior, pues se observará como la Constitución llega a tener un significado determinado en nuestros días que trae consigo implícito un activismo reforzado por parte de la Corte Constitucional, cuyo actuar se desenvolverá a partir de una legitimidad jurídica que podrá

ser medida en la argumentación que sobre sus decisiones realice. Una vez establecido lo anterior se sentarán límites a su actuar, y se estudiarán los excesos.

Luego en el segundo capítulo se establecerá una clasificación de los tipos de sentencias que el órgano constitucional puede emitir cuando entra a analizar la constitucionalidad de preceptos legales, conjuntamente con los fundamentos jurídicos que permiten estructurar tal clasificación.

Finalmente el último capítulo se centrará en observar cómo han sido configuradas estas sentencias en la jurisprudencia a partir de un análisis comparado. Seguido de ello un estudio empírico de la realidad ecuatoriana, pues se analizarán sentencias de la Corte Constitucional que nos darán cuenta de que tan necesario puede ser la utilización de este tipo de sentencias, y también de los posibles excesos del órgano constitucional, que podrían llegar incluso a invadir su mayor límite, que es la propia Constitución.

CAPÍTULO I

EL ACTIVISMO Y EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.1 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Para el presente estudio es indispensable el manejo del concepto, del significado de Constitución en nuestros tiempos actuales, y sobre todo en nuestro contexto, es decir, el latinoamericano y más específicamente el ecuatoriano.

Para ello es necesario analizar como el concepto de Constitución ha ido sufriendo variaciones a lo largo de la historia y según el contexto en que se ha ido desarrollado, observaremos entonces el significado con que inicialmente fue concebida a partir de la revolución Francesa y a partir de la revolución Norteamericana, y luego de ello, los cambios que se han ido dando en el concepto de Constitución en la Europa Continental posterior a la Revolución Francesa, en la época del Estado Liberal, y por último el concepto de Constitución con el devenir del Estado Constitucional, en donde por último veremos las variaciones de este en el constitucionalismo que a irradiado a Latinoamérica.

El análisis anterior resulta necesario para poder comprender la legitimación con que ha venido actuando la Corte Constitucional respecto de sus facultades interpretativas de la Constitución con todas las variantes que en este trabajo se analizarán, como es el caso de la modulación en sus sentencias, e incluso sus posibles excesos. Pero para entender ese actuar es necesario primero entender el significado que se maneja de la Constitución en nuestro contexto; pues la existencia de un órgano que resguarde la Constitución así como las

facultades dadas a la justicia constitucional como lo dice Claudia Storini, dependen del significado que adquiere el término Constitución en cada contexto histórico¹, es por ello que se hace indispensable este estudio, que se presentará de la manera más concreta posible.

1.1.1 La significación de la Constitución tras las revoluciones Norteamericana y Francesa

A partir de las constituciones resultantes de estos dos procesos revolucionarios es en donde el concepto de Constitución da un giro de ciento ochenta grados, pues deja de ser un simple documento que solo define la estructura del Estado, y cobran principal importancia ciertos presupuestos, y un determinado contenido.

En efecto como principal presupuesto está su origen devenido del pueblo soberano, la voluntad de este de auto organizarse y establecer un pacto de realización de la mentada voluntad. Mientras que su contenido viene dado por lo claramente manifestado en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 por el que toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución².

Es decir que lo fundamental y lo esencial para observar el concepto de Constitución es ver su origen democrático, el respeto y garantía de unos derechos sentados en la Constitución sumado al establecimiento de poderes separados, consecuentemente con sus límites, como contenidos primordiales, pues más allá de los poderes constituyentes

¹ Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas* (tesis doctoral, Universidad de Valencia, Valencia 2001), 12.

² Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1985), 41.

originarios no pueden existir poderes derivados sin limitaciones, ya que estos últimos encuentran sus límites y legitimidad precisamente en la Constitución³; entonces esto de alguna manera da lugar a que aparezcan órganos que controlen esos límites, y que resguarden la Constitución, es decir, alguien que vigile y controle al actuar de las diferentes funciones.

La conexión que se da entre la Constitución y la justicia constitucional tanto en Estados Unidos como en Francia se presenta en dos acontecimientos importantes. El primero la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Marbury vs Madison* en 1803. El segundo en la propuesta de Sieyès en 1795⁴, estas dos propuestas no se entra a analizar, sin embargo hay que tenerlas presentes como puntos de partida de las atribuciones otorgadas al poder judicial.

Pero estos dos importantes sucesos para el constitucionalismo a nivel mundial, tuvieron presupuestos diferentes.

En Norteamérica el contexto era otro, se trataba de una sociedad en donde existía una homogeneidad social, no había por ejemplo un monarca a quien hacer frente, razón por la que la separación y límites a los poderes se estableció con una lógica diferente, y era la de buscar equilibrio en ellos, para no permitir un abuso por parte del legislativo, se buscaba pues el *check and balance*.

Por tanto esta construcción norteamericana no tuvo tanta resistencia y obstáculos como si existió en Europa, pues aquí la finalidad de la división de poderes, esencialmente

³ M. Galizia, *La teoría della sovranità. Dal Medio Evo alla Rivoluzione francese* (Milán: Giuffrè, 1951), 424-455.

⁴ Estas dos propuestas las estudia Roberto Blanco Valdés en Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal* (Madrid: Alianza Editorial, 1994), 143-160, 207-238.

era la de dividir el poder entre viejos y nuevos actores políticos, ya que aquí estaba presente aun la figura del monarca. Se daba entonces la constitucionalización de ejecutivos dualistas, mientras en Estados Unidos fue fácilmente configurable un ejecutivo monista incluso con legitimación popular, democrática si se quiere⁵.

Entonces el valor que adquiere la Constitución en Estados Unidos va a ser diferente, pues se torna como un medio para poner límites a los poderes constituidos, sobre todo el poder legislativo que, basado en una lógica reducida de legitimación democrática, podía hacer todo en nombre de una mayoría, dejando a un lado los derechos de las minorías.

Entonces aquí ya nace un problema que se discutirá posteriormente en Europa y que hasta hoy lo discutimos repetitivamente, esto es el originado entre el choque del principio democrático⁶, de las mayorías, y los derechos de las minorías que también debían ser garantizadas.

Nace entonces el dar un valor supremo a la Constitución partiendo de poner límites al legislativo legitimado democráticamente, y estableciendo mecanismos especiales de reforma constitucional, una rigidez constitucional, para evitar que, el legislativo, al tener límites dados en la Constitución pueda reformarlos fácilmente y con ello excederse en sus facultades en pro de una mayoría política, y en desmedro de los derechos sobre todo de las minorías.

⁵ Sobre este tema se puede consultar Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, (Madrid: Alianza Editorial, 1994), en donde claramente se habla de las diferencias entre uno y otro proceso.

⁶ Pedro de Vega García, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comp.) *Estado Constitucional y Globalización* (México: Editorial Porrúa, 2001), 196 y ss.

Se hizo necesario así establecer un control al actuar del legislativo, y precisamente vieron en ello al poder judicial, y es así como nace el judicial review⁷, pues sus inicios están ya en las palabras de los padres fundadores, por ejemplo Hamilton en *el federalista* justifica la intervención judicial sin legitimidad democrática en el evitar que se contaminen de esas mayorías y coyunturas políticas⁸, pero esto, que ya se venía pensando solo se reafirmó más tarde con lo manifestado por el juez Marshall, en el caso *Marbury vs Madison*, quien argumentó:

[...] hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza [...]⁹

Se configura entonces un concepto de Constitución en Estados Unidos con la defensa revolucionaria de los derechos fundamentales más una fuerte intervención judicial, un activismo de parte de los jueces; pues posterior al establecimiento del *Bill of rights* en 1791, el activismo siguió dando fuerza a la Constitución en defensa de los derechos fundamentales, pues existieron sentencias destacadas como por ejemplo en el caso *Brown vs Board of Education*¹⁰ que trataba sobre la segregación racial en las escuelas en 1954, la dictada dentro del caso *Roe vs Wade* respecto del derecho de la mujer a interrumpir su

⁷ Roberto Blanco Valdés, *La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, Working Paper no. 117 (Barcelona: Universidad Santiago de Compostela, 1996), 13-18.

⁸ Alexander Hamilton, Paper LXXVIII, en *El federalista*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1987), 330-336.

⁹ Jaime Cárdenas, "Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional", en Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coordinadores) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo V Juez y Sentencia Constitucional (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons, 2008), 84,85.

¹⁰ Sobre este caso puede consultarse Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 161-166.

embarazo de manera voluntaria en 1973¹¹, y en general los pronunciamientos dictados por la Corte presidida por Earl Warren entre 1953 y 1969¹².

Esos han sido los avances que se han dado respecto del constitucionalismo Norteamericano, donde se ha manejado un concepto de Constitución caracterizado por la supremacía de esta, que ponga límites a los poderes, y que precisamente quienes vigilen ello sean los jueces que lo han ido haciendo a partir de su jurisprudencia envuelta de un fuerte activismo.

Pero ahora analizaremos el significado que adquirió la Constitución tras la Revolución Francesa y posteriormente en Europa continental, y en efecto, para llegar a él, hay que tener presente que existieron diferentes presupuestos y condiciones que en el caso americano.

En Francia estaba instaurada una estructura marcada por el monarca, no había una homogeneidad institucional como en Estados Unidos, por lo tanto la división de poderes se dio con el objetivo de ganar espacio en ese poder único, hasta entonces, del monarca.

Es así que el parlamento pasó a ocupar un espacio de poder como representante del pueblo, y por otro lado el monarca siguió conservando el poder ejecutivo, es decir todo en medio de una tensión entre legislativo y ejecutivo.

¹¹ Miguel Carbonell Sánchez, "Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina", en Ricardo Sepúlveda y Diego García (coordinadores) *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos* (México: Editorial Porrúa, 2013), 5.

¹² Sobre los pronunciamientos dictados por la progresista Corte presidida por Earl Warren, que logró grandes avances en materia constitucional existen gran cantidad de libros, pero para tener un claro panorama puede consultarse Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías*, 158-161. También puede consultarse Miguel Carbonell Sánchez, "Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina", en Ricardo Sepúlveda y Diego García (coordinadores) *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos*, 19,20. Y para conocer más sobre la Corte e igualmente sobre sus pronunciamientos puede verse la biografía de Earl Warren en Edward G. White, "Earl Warren, A public life" (Nueva York: Oxford University, 1982).

Al ocupar un espacio de poder el parlamento, este se torna supremo, y para entender esto es clave observar el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano¹³ en que se manifestaba que la ley es el resultado de la voluntad general, es decir sentaba la base del principio que va a cobrar trascendencia en Francia y en Europa continental, esto es el de supremacía de la ley, pues se va a construir este principio en base al mentado artículo, principio que posteriormente va a ser interpretado como algo inobjetable¹⁴.

La interpretación de dicho artículo, que da origen al principio de supremacía de la ley, se basa en que si la ley es la expresión de la voluntad general del pueblo, y quien hace la ley la hace como representante y como el mismo pueblo, entonces no cabe duda que el parlamento era el supremo, pues él era la manifestación del espíritu del pueblo, dicho de otra manera se decanta una división de poderes en que el parlamento pasa a tener superioridad por su legitimación democrática y por ende se toma a la ley, expresión misma de la voluntad soberana, como suprema; y esta idea pasaría a extenderse en el derecho público europeo por largas décadas¹⁵.

Entonces como vemos el significado originario de Constitución claramente establecido en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se verá trastocado en la Europa continental por varias décadas durante el Estado Liberal, y solo hasta después del segundo post guerra es en donde se retoma nuevamente ese concepto de Constitución encendiéndose nuevamente el caminar del

¹³ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789), Artículo 6.

¹⁴ Roberto Blanco Valdés, "La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana", Working Paper no. 117, 18-20.

¹⁵ *Ibíd.* 19.

constitucionalismo, con ello recobra fuerza el significado original de Constitución, y por ende empieza a tener fuerte cabida la justicia constitucional.

A continuación brevemente se hará referencia al activismo judicial del que ya se comenzó a hablar en este trabajo, pues es necesario tener claro a que estamos refiriendo.

1.1.1.1 El activismo judicial

Quizá la primera ocasión en que se habló de *activismo judicial* fue cuando la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica bajo la presidencia del Juez Warren, en el año 1954, se proclamó como una Corte *activista*, en el caso *Brown vs Board of Education* al que ya se hizo referencia antes, en este caso de gran trascendencia en la justicia norteamericana lo que se hizo fue declarar la inconstitucionalidad de la segregación racial que se venía dando en las escuelas; cuestión que fue sostenida por la Corte en posteriores decisiones como en el fallo *Cooper vs. Aaron*. Sin embargo el activismo ya venía estando implícitamente presente desde mucho tiempo atrás a tales decisiones, en efecto en las Siete partidas del Rey Alfonso el Sabio ya se hacía referencia a lo que sería activismo, pues la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, facultaba al juez saber la verdad de las maneras que pudiese, dándole así un poder muy amplio siempre con el objetivo de esclarecer la claridad¹⁶, he ahí el activismo ya presente.

Entre las principales características del activismo judicial de manera muy general se podría mencionar el buscar las soluciones justas de los casos, la creatividad en las

¹⁶ Patricio Alejandro Marianello, *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, 125, 126. Disponible en internet: <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Fpublicaciones%2Fpensar-en-derecho%2Fvistas%2F1%2FEl-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf&ei=1xECVa7qHoasyASth4HwCg&usg=AFQjCNFvI4MlllOD5KfNKz9XM4dBhj7w6g&bvm=bv.88198703.d.aWw>

sentencias con una fuerte presencia de los tribunales, hacer prevalecer la Constitución por sobre toda la normativa infra constitucional, fijar las políticas judiciales actuando como verdadero poder el Estado¹⁷.

El activismo judicial podría clasificarse de dos maneras, en activismo razonable o justo, y en irrazonable e injusto. El primero busca primordialmente la protección de los derechos mediante la ampliación de las garantías procesales o la interpretación amplia de las ya existentes, además protege derechos que si bien no están enumerados los considera de orden constitucional, finalmente establece sentencias como modelos a seguir por el mismo Estado y todos sus ciudadanos. La segunda forma de activismo implica en cambio ya un exceso en el activismo al que se está haciendo referencia, en efecto mediante este se viola caminos procesales para facilitar el accionar de gobierno, este activismo valida normas emergentes que restringen derechos, valida en general los excesos del poder¹⁸.

En este trabajo en su desarrollo posterior se podrá observar como nuestro órgano constitucional unas veces muestra un activismo racional, otras uno irracional llegando incluso a reformar la Constitución, pero esto se evidenciará más adelante.

Una vez que se ha hecho referencia al significado del activismo, en el siguiente punto se analizarán los conceptos de Constitución en las diferentes etapas por las que atraviesa la Europa Continental después de la Revolución Francesa, en donde como dijimos antes cobra importancia fundamental la supremacía de la ley, pues a partir de allí se verá como va brotando poco a poco la necesidad de retomar el concepto originario de Constitución y la necesaria intervención de la justicia constitucional.

¹⁷ *Ibíd.* 128.

¹⁸ *Ibíd.* 129, 130.

1.1.2 El retornar del significado originario de Constitución en Europa Continental

Antes de abordar el momento mismo en que se dio ese retorno al constitucionalismo, es necesario referir el significado y valor que tomó la Constitución en tres diferentes momentos, esto es el significado que se le dio posterior a la Revolución Francesa; luego su significado después de la Primera Guerra Mundial; y finalmente el retorno del concepto originario que devino de la necesidad surgida después de la Segunda Guerra Mundial, luego de que ciertos países Europeos pasaran por regímenes dictatoriales y fascistas.

En efecto como ya se apuntó, luego de la Revolución Francesa se dieron una serie de sucesos muy cambiantes en el tiempo; la primera Constitución resultante, en que se verían plasmadas las ideas de Sieyès, es la de 1791, en que ya se constata una desviación clara de la Declaración inicial caminante de la mano de la Revolución, pues aquí el sufragio entra a considerarse no como un derecho, sino como una función pública, es decir solo podían votar aquellos en función de sus capacidades, preparación, etc., solo podían hacerlo quienes en realidad estaban en el rol público, mas no el resto de habitantes, a quienes se les veía como simples actores pasivos, aproximadamente solo podía votar el 15 por ciento de la población francesa.

Esta Constitución encuentra su base en la representación, sigue existiendo el rey, el juez es un simple aplicador mecánico de la ley, por lo tanto la representación del pueblo

radica en el parlamento que viene a ser el Tercer Estado al que refirió Sieyès, o a la burguesía ascendente, que era lo mismo¹⁹.

En 1792 se abolió la monarquía y se instauró la I República y en este momento es cuando inicia un gran progreso del constitucionalismo democrático, sobre todo con la destacada figura de Robespierre, quien influenciado por las ideas de Rousseau, introduce nuevamente el concepto de democracia, cuyas ideas se verán plasmadas en la Constitución de 1793, tales como el sufragio universal, la sanción popular de las leyes, iniciativa popular para nombrar asambleas para la reforma de la Constitución, se da una ampliación de los derechos, por ejemplo Robespierre habla de los derechos a la existencia que son los derechos sociales, también logra plasmar las ideas de Beccaria referentes ya a un derecho penal mínimo, en esa Constitución se instaura el derecho a la insurrección, lo que hoy podríamos llamar derecho a la resistencia. Se daban así los primeros pasos de lo que luego sería el Cuarto Estado, por el cual tenían voz en los asuntos públicos los campesinos, los artesanos, los obreros, etc.²⁰.

Así en general se daba una serie de avances a nivel de constitucionalismo democrático, sin embargo esta magnífica y significativa Constitución no duró mucho tiempo, pues un movimiento opuesto a las ideas de Robespierre logra ganar espacio, y finalmente este corto momento de emoción constitucional logra ser apagado con el vencimiento de quienes, en pro de sus proyectos políticos, instauran un periodo de retroceso, pues en 1794, tras un golpe de Estado, ejecutan a Robespierre, y en 1795

¹⁹ Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 76,77.

²⁰ *ibíd.* 77-82.

instauran una nueva Constitución, en donde se volverá al voto censitario, no quedará rastro alguno de los derechos sociales, y tendrá prioridad la regulación de la propiedad²¹.

Se retorna entonces al dominio del parlamento controlado por la burguesía, y la teoría que sustentó esto dirá en pocas palabras, que los únicos en capacidad de controlar el Estado son los mejores, entendiendo como aquellos a esos personajes con poder económico, que poseen propiedades y que están mejor preparados que los demás para gobernar, y que el pueblo debe dejarse controlar por ellos; en palabras de su pensador Boissy d'Anglas "un país gobernado por los propietarios está dentro del orden social; un país en que no gobiernan los propietarios está en estado salvaje"²².

Y es importante este suceso para observar como en tan poco tiempo la Constitución dejó de tener un significado democrático para beneficiar proyectos políticos, en que evidentemente, jamás se iba a dar algo de poder a la justicia constitucional para que pudiera intentar defender ni siquiera mínimamente la Constitución; y lo que se puede deducir de aquello es que, debemos tener cuidado de que actualmente en Latinoamérica ocurra lo mismo que sucedió en Francia, es decir de un gran progreso permitir que todo se vaya abajo por meros intereses políticos.

²¹ *Ibíd.* 82.

²² Citado por Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor*, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 83. Es curioso escuchar que este tipo de ideas sigan manteniéndose hoy, aunque no muchos las perciban, en el caso ecuatoriano, es muy común escuchar a quien preside en estos momentos la "Revolución Ciudadana" decir que no pueden dejar el poder porque son los mejores y los únicos capacitados para llevar adelante el proyecto, mismo que tomó una teoría bastante democrática y que ahora con sustento precisamente en que son los más capacitados y mejores, y que nadie más puede hacerlo, dejan a un lado lo que inicialmente proclamaron para dar lugar, cada vez más, a lo que podría nuevamente ser un apagón del constitucionalismo democrático, tal y como sucedió en Francia tras la muerte de Robespierre y la llegada de la Constitución de 1795.

Posterior a la Constitución de 1795 llegó la Constitución Napoleónica de 1799²³, y una vez que Napoleón Bonaparte es apartado del poder, volvemos al principio, es decir a negociar con el Rey, "es así como los monarcas otorgan cartas constitucionales que tienen ya poco que ver con la idea primigenia de Constitución"²⁴, entonces la Constitución solo pasa a ser un símbolo de concesión de derechos por parte del rey.

Aparece así entonces la Constitución otorgada con las monarquías constitucionales del las primeras décadas del siglo XIX, que serán una especie de autolimitación del rey al poder, al conceder derechos; sin embargo aquí dos cosas cabe recalcar. En primer lugar que esta Constitución solo regulaba el ejercicio de las potestades del rey, ya que no creaba un poder político, sino lo presuponía en el monarca y solo creaba reglas y límites a este ya existente poder. En segundo lugar no resolvía la cuestión de si la soberanía radicaba en el pueblo o en el monarca, pues tanto el parlamento como el rey creían ser garantes de la Constitución, y por ende no se requería un órgano especializado que se encargara de ello, pues frente a la hegemonía parlamentaria tener una Constitución rígida²⁵ y un defensor de ella, no era sino un obstáculo a las fuerzas políticas que dominaban en ese momento, por ende se manejaba una Constitución flexible que podía ser cambiada mediante la ley²⁶, dicho de otra manera mediante una ley podían volver constitucional lo inconstitucional.

Claudia Storini nos dice que la cabida de una justicia constitucional solo pudo tener lugar en aquellos Estados federales, en donde debido a un pluralismo estatal, se requirió de

²³ Sobre esto puede revisarse un poco más a profundidad a Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor*, 91,92.

²⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Editorial Civitas, 1985), 41.

²⁵ Sobre la rigidez constitucional se puede consultar el debate entre A. PACE y J. VARELA publicado en "La rigidez de las Constituciones escritas", Cuadernos y debates, n. 58, (Madrid: CEC, 1995).

²⁶ Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*, 16, 17.

un órgano mediador que resuelva las controversias de los diferentes Estados que se unieron mediante la Constitución a especie de contrato²⁷, sin embargo este pluralismo no fue un pluralismo social, cultural, etc., a diferencia de Estados Unidos, sino solo institucional.

Por ende la Constitución no significaba más que el establecer unos límites al poder del monarca en beneficio de la burguesía, era una Constitución flexible que quedaba por debajo de la ley.

En Francia, por ejemplo, en 1830 tras una revolución entre familias reales se tiene como resultado una monarquía mucho más debilitada en que el rey acepta todo lo que viene del parlamento y abre las puertas al Estado liberal, que finalmente se radica en 1848 con una Constitución que reconoce la II República; y en este contexto va a surgir una clase obrera que va a exigir sus derechos como trabajadores, y así por el estilo empiezan a darse una serie de sucesos que por su extensión no serán tratados aquí²⁸.

Solo después de la I Guerra Mundial podemos decir que el significado de la Constitución empieza a tener otra connotación, sin embargo no muy alejado de aquel significado presente en la reinstauración de las monarquías y el nacimiento del Estado Liberal; pues quizá los cambios más fuertes los tengamos con la Constitución de México de 1917, y con la Constitución Alemana de Weimar de 1919²⁹, en donde la clase obrera busca reivindicar sus derechos.

²⁷ *Ibíd.* 18, 19.

²⁸ Esta serie de sucesos que se dan no las podemos tratar en esta tesis a detalle, debido a su gran extensión, sin embargo podemos observar el camino que recorren dichos sucesos en Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor*, 89-115.

²⁹ Igualmente sobre estas constituciones, y todos los entramados de sucesos dados en esa época podemos consultar a Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor*, 119-129.

Sin embargo en estas Constituciones, al igual que en las Constituciones otorgadas, se da un dualismo, solo que ahora ya no es entre rey y burguesía, sino entre burguesía y proletariado, es decir, de igual manera no resuelve la cuestión de quién es el soberano, sino deja dicho rol a quien tenga la fuerza predominante en ese momento³⁰.

En dicho contexto de dualismo, era imposible aceptar el vigilar de la Constitución por parte de un órgano jurisdiccional, pues tenía que ser un órgano político el que lo hiciera, y en efecto en Italia fue un partido político fuerte³¹, en Alemania el jefe de Estado³², pero los dos modelos fracasaron, y solo sería el modelo Australiano, con su Constitución de 1920, el que logrará instaurar un control de constitucionalidad por parte del legislador, que será ya una puesta en tela de duda de la, hasta entonces, soberanía parlamentaria no desafiada, y que en un primer momento fue bastante limitada³³.

Pero pese a los progresos la Constitución pasa ser, en palabras de Eduardo García de Enterría "un concepto formal y abstracto, hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese."³⁴

En fin, el significado originario de Constitución de la década final del siglo XVIII que tuvo como vértice las revoluciones Norteamericana y Francesa, solo renace después de la Segunda Guerra Mundial, tal como lo expresa García de Enterría:

³⁰ Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*, 19.

³¹ R. Mondolfo, *Il pensiero politico nel Risorgimento italiano* (Milán: Giuffrè, 1959), 77-84.

³² H. Schulze, *La Republica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933* (Bologna: Il Mulino, 1987), 129 y ss.

³³ Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*, 20.

³⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 43.

La idea de la Constitución debe ser referida, para no volatizarla en abstracciones descarnadas e inoperativas, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a finales del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado constitucional y que, tras la segunda guerra mundial y el trágico fracaso de los totalitarismos que en ella perecieron, ha vuelto a reanudar su mismo sentido específico, tanto para los países que entonces recuperaron sus Constituciones, como para aquellos, como es nuestro caso, que se han reintegrado después de la misma corriente y para los demás que aun aspiran, legítimamente, a alcanzar ésta en el futuro³⁵.

Surge entonces de la necesidad de deshacerse de ese pasado lleno de constantes violaciones a los derechos de las personas, surge de la necesidad de instaurar un nuevo orden social y político.

Además con estas Constituciones cambia radicalmente la cuestión de la soberanía, que en la época de las monarquías radicaba en el rey, y que posterior a estas se daba una lucha por la misma que hacía necesario que exista una fuerza dominante acreedora a ella.

Ahora la soberanía radicaba en el pueblo, y por ende abría la puerta a que muchas fuerzas estén dentro de ella, sin que una sea superior a otra; y precisamente esto hacía de ellas Constituciones pluralistas³⁶, porque ya no pertenecen a quien predomina, sino que sus autores pasan a ser el pueblo soberano que se da para sí mismo una Constitución, en la que establecen como contenidos primordiales sus derechos y la separación de poderes con sus límites, tal como se deducía del ya antes mentado artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Solo en este punto entonces es cuando se evidencia la verdadera necesidad de un órgano constitucional que ya no sea solo el simple legislador negativo concebido por Kelsen³⁷, sino que en realidad sea quien controle los excesos de poder y haga prevalecer

³⁵ *Ibíd.* 44.

³⁶ Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*, 21,22.

³⁷ Sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo se puede consultar Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 1995).

siempre la Constitución, como la verdadera materialización de la soberanía del pueblo, y que enmarque todo el ordenamiento del Estado a sus postulados.

Pues en el Estado Constitucional los poderes tienen límites, de hecho parece que hablar de poderes es incorrecto, sería mejor referir a funciones, ya que el poder es uno solo, y precisamente radica en el pueblo.

De lo anterior es de donde devienen algunos problemas, y que ya fueron discutidos por los padres fundadores norteamericanos, respecto de que, si todas las funciones tienen límites, como es que el órgano constitucional, carente de legitimidad democrática, entendida esta como la designación directa de sus miembros por parte del pueblo, tenga la última palabra, y por ello se podría pensar incluso que no tenga límites.

Con el surgir de un órgano constitucional en dichas condiciones, definitivamente el legislador es desplazado como único intérprete de la voluntad del pueblo mediante la ley, pues ahora la voluntad del pueblo es la Constitución, y las leyes deben someterse a ese marco de reglas, principios y valores que ésta encierra, pues la sociedad, y todo su ordenamiento debe estar acorde a ella³⁸, pero todo esto será tratado más adelante, cuando veamos la legitimidad del órgano constitucional y sus límites.

Ahora es necesario analizar un poco como ese concepto de Constitución ha sido trasladado a Latinoamérica, y se lo hará brevemente, puesto que entrar en la historia del Constitucionalismo en esta región sería abusar de la extensión y enemistarnos con la concreción.

³⁸ Gustavo Zagrebelsky, "El derecho dúctil", en M. Gascón (traducción), *Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 1997), 39.

1.1.3 El concepto de Constitución en el Nuevo Constitucionalismo

Andino

Ahora es necesario observar si el concepto de Constitución surgido a partir de la última década del siglo XVIII, concepto que nunca perdieron de vista los Norteamericanos, pero que en casi toda Europa Continental, luego de una serie de avatares, solo lograron recuperarlo tras el segundo post guerra.

Una Constitución entendida como la materialización de la voluntad del pueblo soberano con ánimo de auto organizarse, con un contenido ya alejado de un simple proyecto político y como verdadera norma jurídica cada vez más cercana a derechos, principios y valores rectores del Estado, con la separación de poderes como medio de imponer límites, con una rigidez protectora de cualquier reforma antojadiza para alimentar intereses políticos de momento; concepto que creció de la mano de una crisis del insuficiente positivismo que apuntaba a la supremacía de la ley configuradora de un ordenamiento como sistema perfecto, en el que toda respuesta a conflictos futuros estaba dada en ella, y solo hacía falta un simple mecanicismo de los jueces.

Pero primero hay que tener presente que los presupuestos que se dieron en la Europa continental fueron completamente diferentes a los presupuestos surgidos recientemente en algunos países andinos, pues en nuestro contexto se da una realidad bastante diferente o mejor dicho varias realidades diferentes a la occidental y a su vez diferentes entre sí, pues estamos frente a sociedades bastante pluralistas en todo aspecto, en una palabra, estaríamos en sociedades mucho más complejas.

Pues algo que caracterizó a esta región fue el que por largas décadas siga impregnada, en toda la estructura del Estado, la colonialidad³⁹; en efecto en lo político se impuso la estructura que regía en Europa al momento de la colonia, luego se siguió con la estructura posterior a la Revolución Francesa de 1789, en donde se mantenía la exclusión de indígenas, afrodescendientes, etc. por no considerárseles como nacionales, pues, por ejemplo, recién la Constitución ecuatoriana de 1998 reconoció los derechos de los pueblos indígenas, y ya en la Constitución de 2008 se plasmó la interculturalidad y plurinacionalidad como pilares del Estado ecuatoriano.

En cuanto a lo económico se impuso la visión de un capitalismo extractivista, que si bien fue bastante frenado con la reciente Constitución ecuatoriana, en la práctica está teniendo serios problemas respecto al proyecto político que necesita del mentado extractivismo para sostener sus ambiciones y las crisis generadas; en cuanto a conocimientos se impuso la ciencia, es decir que lo que no encasillaba como conocimiento científico, no era racional y por lo tanto no servía y debía ser aislado por alejarse de los parámetros, con eso se desplazó a los saberes indígenas, los conocimientos ancestrales, etc.⁴⁰; en palabras de Ramiro Ávila:

[...] la consecuencia del estado y el derecho colonial es que ha producido y promueve la exclusión, la marginación y la discriminación. Esta perspectiva debe sumarse al pensamiento crítico del "norte" para lograr una organización social que sea más justa y equitativa.⁴¹

³⁹ El término colonialidad es referido por Boaventura de Souza Santos, y con ello evidencia la implantación de un sistema social, cultural, económico, político no propio del pueblo latinoamericano, se puede consultar sobre ello en Boaventura de Sousa Santos, *Una Epistemología del Sur: la Reinención del Conocimiento y la Emancipación Social* (México: CLACSO, Siglo XXI Editores, 2009), 269-329.

⁴⁰ Sobre cómo ha influido lo colonial hasta estos momentos, puede consultarse a Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (edit.) (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011), 35-50.

⁴¹ *Ibíd.* 48.

Quizá lo anterior es lo fundamental para comprender el Nuevo constitucionalismo Andino.

En efecto las reformas constitucionales acaecidas en ésta región se dan desde la década de los 60 hasta la de los 80, en que salimos de dictaduras que, bajo el discurso de seguridad nacional y los estados de excepción, violaron los derechos de las personas, y sobre todo sometieron a quienes contrariaban con sus posiciones, y esto sí es equiparable al segundo post guerra sucedido en la Europa occidental a mediados del siglo XX, pero sin embargo el constitucionalismo moderno no pudo contener la inobservancia y permanente violación de derechos⁴², en efecto las Constituciones no eran más que nominales, eran una mera fachada.⁴³

Quizá esté incorrecto hablar de Nuevo constitucionalismo Andino, ya que siempre debemos ver esto no solo desde un plano valorativo, ni tampoco solo pragmático, sino sobre todo debemos hacerlo ahora desde un punto de vista contextual⁴⁴, desde lo social, desde la jurisprudencia.

Ya no debemos cerrarnos a observar tan solo los modelos de Estado de los países andinos, que son similares, ni tampoco debemos solo comparar sus Constituciones y leyes, sino sobre todo debemos observar cómo están funcionando, ya en la práctica, cada una de ellas, ahora ver su jurisprudencia también es clave.

⁴² Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, 59.

⁴³ Hernán Salgado Pesantes, "Dogmática Constitucional en el Ecuador", en M. Carbonell, J. Carpizo, D. Zovato (coordinadores) *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica* (México D.F.: UNAM-III, 2009), citado en Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, 59.

⁴⁴ Sobre estas dimensiones de observación y análisis de los sistemas jurídicos, podemos consultar Daniel Bonilla Maldonado, "Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: La Estructura del debate", en Daniel Bonilla (edit.) *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (Bogotá: Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2009), 11-35.

Perú por ejemplo se ha tornado con una estructura bastante formalista en muchos aspectos, Ecuador y Bolivia con más similitudes, pero también con diferencias ya desde su aplicación, Colombia con una Constitución no tan precisa como las recientes ecuatoriana y boliviana, pero con un desarrollo jurisprudencial enriquecido.

Incluso las tres dimensiones varían dentro de cada país, por ejemplo, en Ecuador tenemos una acción de protección en la Constitución, otra en la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional, y otra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Lo que quiero decir con ello es que no podemos generalizar, y hablar de un mismo modelo a nivel andino, sino que debemos observar los particularismos propios de cada sistema, y no caer nuevamente en los trasplantes jurídicos que lo que hacían es traer modelos de realidades diferentes y adaptarlos a otras para las que no fueron creados, y lo que se alejara de la familia jurídica madre simplemente era incorrecto.

Si bien los procesos de cambio constitucional nacen de la necesidad de nuevas condiciones frente al excesivo abuso, eso no quiere decir que todos los países tengan que manejar el mismo modelo; esto tan necesario porque sería imposible entrar a analizar aspectos de la Constitución y el significado que ha cobrado en cada uno de estos países, por ello se hará referencia sobre todo a la Constitución ecuatoriana.

El actual significado que se le ha dado a la Constitución, y con ello el modelo constitucional que trae la Constitución de Montecristi de 2008, no ha sido una cuestión de imitar procesos similares, sino de necesidad, es el resultado de una reacción humana frente

al abuso del modelo constitucional autoritario implantado por más de 20 años, y a una crisis del paradigma que gobernó desde 1984, hasta el 2006.⁴⁵

Ecuador sin embargo va a tener elementos propios en su constitucionalismo a partir de la Constitución de 2008, necesarios para la realidad local que ya desde el preámbulo de la Constitución se manifiestan, pues pone énfasis el pueblo soberano en darse una Constitución, que sobre todo reconozca las realidades que durante muchos años fueron apagadas, intentando de manera primordial rescatar el pluralismo.

El modelo ecuatoriano suma las siguientes características a partir de su propia realidad: a) democracia participativa, b) la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, c) el fortalecimiento del papel de los jueces en la estructura constitucional, d) ampliación del sistema de garantías, y e) la plurinacionalidad e interculturalidad⁴⁶.

Es que en la Constitución se han establecido muchos mecanismos de democracia directa, por la que los ciudadanos participan de las decisiones políticas que se toman, es decir pasa a tener gran relevancia la participación directa del pueblo en las decisiones y la representación se ve reducida, y esto será uno de los principales rasgos del nuevo significado de la Carta.

Se da una importante ampliación con respecto a los derechos, que "ya no son únicamente límites (derechos subjetivos) al ejercicio del poder del Estado, sino que son

⁴⁵ Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, "Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano", en J. Benavides y J. Escudero (coordinadores) *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 38.

⁴⁶ *Ibíd.* 39.

además pilares del funcionamiento del Estado."⁴⁷, todos los derechos ahora son justiciables, pues se rompe con la tradicional clasificación de los derechos en generaciones, y se acaba con la jerarquía de los mismos.

También se amplía el catálogo ya no solo a los derechos consagrados en el texto constitucional sino que incorpora otros derechos que puedan ser más favorables a los ahí manifiestos, y sobre esto la Constitución incluso hace referencia a instrumentos internacionales, y no lo limita solo a tratados, sino que con ello suma todas las decisiones, informes internacionales de derechos humanos, etc., incluso lo que se conoce como *soft law*.

Incorpora cuestiones novedosas en materia de derechos, pues se busca una construcción contrahegemónica de los derechos humanos a partir del reconocimiento de derechos que fueron apagados durante mucho tiempo y que Boaventura de Souza Santos los denomina ur-derechos⁴⁸, derechos que han sido introducidos en la Constitución ecuatoriana del 2008.

Entre estos ur-derechos están el derecho a conocimientos alternativos⁴⁹ claramente manifiesto en la Constitución en su capítulo cuarto referente a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, con un amplio reconocimiento, incluyendo la protección y promoción de esos conocimientos que nos pueden brindar esas culturas⁵⁰, y que por la extensión no es posible referir a más detalle en este trabajo.

⁴⁷ *Ibíd.* 43.

⁴⁸ Boaventura de Souza Santos, "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos", en *Derecho y Emancipación* (Quito: Corte Constitucional para el período de Transición, 2011), 176,177.

⁴⁹ *ibíd.* p. 177.

⁵⁰ por ejemplo el numeral 12 del artículo 57 de la constitución ecuatoriana dice: *Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales [...]*

También está la transformación del derecho a la propiedad orientada a la solidaridad, hacia lo social⁵¹, y claramente manifiesto también en nuestra Constitución en su artículo 66 numeral 26⁵², en el que se hace referencia a la función social de la propiedad, igualmente en otros apartados constitucionales trata por ejemplo sobre la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

Quizá una de las más grandes innovaciones es la introducción de los derechos de la naturaleza y que también forman parte de estos ur-derechos⁵³, pues en el artículo 71 de nuestra Constitución se los introduce, y ya como titular de derechos, con una visión enteramente biocéntrica y no antropocéntrica, ya no un derecho del hombre a un ambiente sano, es decir una naturaleza cuidada para proteger este derecho del ser humano, sino una naturaleza con sus propios derechos.

Otro derecho aquí ubicado sería el de la autodeterminación⁵⁴ y que va de la mano con la democracia participativa reforzada en nuestro país con la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, clarísimo ejemplo de ello es el reconocimiento constitucional de toda forma de organización de la sociedad para desarrollar procesos de autodeterminación, e incluso incidir en las decisiones políticas⁵⁵; o también al referir al sistema de educación superior y al plan nacional de desarrollo que se regirá, entre uno de

⁵¹ Boaventura de Souza Santos, "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos", en *Derecho y Emancipación*, 179, 180.

⁵² Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, en Registro Oficial N° 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), Artículo 66, numeral 26 "El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental".

⁵³ Boaventura de Souza Santos, "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos", en *Derecho y Emancipación*, 181.

⁵⁴ *ibíd.* pp. 181.

⁵⁵ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, en Registro Oficial N° 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), artículo 96.

los principios, por la autodeterminación para la producción del conocimiento y lograr así un diálogo de saberes⁵⁶, evidentemente tomando doctrina de Boaventura.⁵⁷

También se da el reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado, una plurinacionalidad entendida no como peligrosa y provocadora de la destrucción de la unidad ecuatoriana, sino como el reconocimiento a otras naciones que existen dentro del Estado ecuatoriano y que no tienen una intención de ser parte del mismo, sino que más bien han luchado por él, y que se sienten parte de él, y lo que buscan esencialmente es un reconocimiento y respeto hacia sus creencias, sus tradiciones, sus experiencias, su pensamiento, etc., buscan ser parte tal como son, que existan como pieza fundamental de la nación ecuatoriana, pero respetando la nación, a la que además de la ecuatoriana, pertenecen. Y que por otro lado esas naciones dialoguen entre sí, que se comuniquen, ojo, no debemos cuestionar nuestros términos desde visiones no propias, entender la plurinacionalidad, no desde lo que significa para occidente, sino lo que significa para

⁵⁶ *Ibíd.* artículo 351.

⁵⁷ Como he dicho, tenemos un fuerte instrumento contrahegemónico diría yo y por ende una construcción intercultural y emancipatoria de los derechos humanos, ya está en nuestras manos; sin embargo cabe decir que hay que seguir luchado por ello, pues actualmente observamos muchas cosas que nos llevan a pensar en una desnaturalización de nuestra Constitución, en temas como el del Yasuní, o temas de inferiorización de la justicia indígena, o un Código Penal contrariamente minimalista y no garantista, etc. , y mucho de ello denota que al final quien incluso puede acabar con la esencia de esto es el poder político. Es verdad no existe contenido, teorías suficientes que sirvan para solventar esta nueva construcción, y que le den instrumentos a los jueces para poder desenvolverse lo mejor posible en estas nuevas visiones, por ejemplo en temas de justicia indígena hay un largo camino por recorrer, igual derechos de la naturaleza, solo por mirar un ejemplo. Boaventura dice "las ideas antes de materializarse poseen una extraña semejanza con la utopía. Sea como fuere, lo importante es no reducir el realismo a lo que existe"(Boaventura de Souza Santos, "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos", en *Derecho y Emancipación*, p.187), y es que así, seguramente hace tiempo atrás pensaron que era una utopía el reconocer derechos a los esclavos, o a las mujeres, etc., igual hoy es utópico reconocer una plurinacionalidad, una justicia indígena, unos derechos de la naturaleza, pero créanme es utópico para nosotros, porque para las futuras generaciones ya no lo será, pues ellos estarán planteando nuevas utopías, y esa, precisamente, es la esencia de la evolución.

Latinoamérica, es lo rescatable; con ello fuimos de versiones culturales estrechas a versiones mucho más amplias⁵⁸.

Otro cambio importante ha sido la institucionalización de una Corte Constitucional con unas funciones reforzadas a partir del mismo texto de la Constitución, en que ya no simplemente funciona como un legislador negativo, sino como positivo, creando y aplicando derecho a partir de su jurisprudencia en base al desarrollo de sus facultades como intérprete supremo autorizado por la propia Constitución, pero ojo, que ser intérprete no quiere decir ser amo y señor de ella, como más adelante explicaremos.⁵⁹

Entonces dos cuestiones importantes para tener presente el significado de la Constitución en el Ecuador, y si se quiere en el llamado Nuevo Constitucionalismo Andino:

a) La primera es referente a los derechos, a un amplio catálogo de derechos, que ya no son solo límites al poder del Estado, sino que son los pilares fundamentales de aquel, tal y como la propia Constitución es su artículo primero define un modelo de Estado Constitucional de derechos y justicia.

⁵⁸ Boaventura de Souza Santos, "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos", en *Derecho y Emancipación*, p. 173. Pero lo que requerimos ahora es lograr evidentemente mecanismos de articulación, de diálogo precisamente entre las diversas culturas, pues tenemos muchos problemas aun al respecto, claro ejemplo de ello es los conflictos que se han generado entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, como por ejemplo en temas de competencia, o el que las sentencias indígenas puedan ser susceptibles de acción extraordinaria de protección frente a una Corte Constitucional de tinte eminentemente occidental, pues sus integrantes no dan garantía del pluralismo al no integrar de manera proporcional miembros pertenecientes justamente a culturas indígenas; otro elemento importantísimo es el que refiere a la igualdad, una igualdad ya no entendida solo formalmente, sino también materialmente, y que a pesar de haber sido reconocida ya constitucionalmente sobre todo mediante el tema de las acciones afirmativas, aún se está caminando a pasos cortos en el tema, pues requerimos de construcciones al respecto, sobre todo vía jurisprudencial, pues la que se ha generado últimamente ha sido muy desalentadora, y será objeto de análisis en el capítulo final de esta tesis.

⁵⁹ Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, "Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano", 41.

b) La participación permanente del pueblo soberano en las decisiones, que precisamente las legitiman, y con mayor razón si se trata de cuestiones como de reformas constitucionales, en que es necesaria la voluntad del pueblo para legitimarlas; y aquí hay que hablar de la rigidez constitucional.

La rigidez constitucional tenemos que verla de una manera en el Neo Constitucionalismo y de otra en el Nuevo Constitucionalismo⁶⁰, teniendo presente que no podemos hablar de un solo modelo de Neo Constitucionalismo, pues “hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido, porque aparecen más diferencias entre ellos [...]”⁶¹, sin embargo no se entrará a tratar dichas diferencias.

En el Neo Constitucionalismo por rigidez se está haciendo referencia a los mecanismos de reforma constitucional existentes en la propia Constitución, mismos que vuelven dificultoso el proceso de reforma de la carta y que precisamente se diferencian de la manera de reformar las leyes, dicho en otras palabras es el establecimiento de los llamados candados constitucionales, de mecanismos agravados de reformar la Constitución que precisamente se corresponde con el Neo Constitucionalismo que es una teoría del derecho, ya que su centro de atención es observar a la Constitución como norma jurídica.

En cambio en el Nuevo Constitucionalismo si bien debemos entender también por rigidez el establecimiento de dichos mecanismos agravados de reforma, pero mas no tomarlo como lo esencial, sino que tenemos que analizar primordialmente y como

⁶⁰ Sobre las diferencias entre el Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo, y sobre sus principales características podemos consultar el trabajo de Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Aspectos Generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Luis Fernando Ávila Linzán(editores) *Política, justicia y Constitución* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012).

⁶¹ María del Pilar Hernández, “La Jurisdicción Constitucional, Estudio de Macrocomparación” En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea(coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo III Jurisdicción y Control Constitucional*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons, 2008), 274

característica fundamental, que en estos mecanismos de reforma la última palabra la tiene el pueblo, es decir, toda decisión que tenga que ver con la reforma constitucional para volverla legítima tiene que venir de la esencia popular, del constituyente, que el contenido de la Constitución y todo lo que tenga que ver con ello se corresponda con sus contenidos democráticos, es devolver la Constitución a su propietario, y justamente entonces porque se sustenta en una teoría democrática de la Constitución, es una teoría de la Constitución porque lo esencial es su legitimidad y no tan solo su normatividad jurídica⁶².

Al referir a su propietario me refiero al pueblo, que durante una larga historia ha conseguido dar ese significado tan plural a la Constitución, en el sentido de que esta guarda en sí tantas luchas que dejaron atrás muchas desgracias, y que consiguieron hoy incorporar a la misma todo lo necesario para evitar el ejercicio del poder abusivo y proteger sus derechos.

Una Constitución que hoy plasma todo eso, pero ya no solo como un símbolo *recordaris*, sino como una verdadera caja fuerte que protege lo logrado; y precisamente por eso, y ahí la lógica, de que todo lo conseguido por el pueblo, vuelva a él, así que cualquier cambio o modificación que se requiera de la Constitución tiene necesariamente que desprenderse de su voluntad, porque es ahí donde adquiere legitimidad, y las reformas que se quieran realizar a la carta ya no son legítimas si provienen de los poderes constituidos, de los representantes, sino tienen que venir del pueblo mismo, del constituyente.⁶³

⁶² Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Aspectos Generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Luis Fernando Ávila Linzán(editores) *Política, justicia y Constitución* (Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 161-178

⁶³ Todo cambio o reforma que se pretenda hacer de la Constitución siempre tendrá que buscar su legitimidad en el pueblo, es decir, la última decisión siempre se la devolverá al pueblo, y no pueden depender de antojos temporales con afanes desmesurados de unos cuantos envueltos, lamentablemente, en el poder, que para hacerlo incluso hasta interfieran en la independencia del órgano constitucional. La Constitución es del pueblo, pues a este le costó sangre, y por tanto nadie la toca sino solo su propio dueño, y el contrariarla es contrariar a su creador y eso no tiene perdón, porque haciendo una analogía bastante simplista, no es sino

Retomando el tema, y concluyendo, se puede observar que las Constituciones de esta región ya no acogen el modelo Kelseniano de Constitución, sino que lo hibridan con el modelo anglosajón, pues precisamente ya la Constitución parece no ser el cierre del ordenamiento jurídico a partir de una jerarquía solo de forma, sino es norma jurídica y fundamental, es una Constitución bastante abierta que requiere ser dotada de contenidos, en base a los pilares que sienta, sobre todo mediante la construcción del derecho, ya no solo por parte del legislador, sino esencialmente por parte de los jueces, y su órgano protector, la Corte Constitucional, pues en efecto es muy visible observar modelos difusos y concentrados de control de constitucionalidad implantados en estas cartas; y esa construcción del derecho tiene que ser siempre global y envolver todos los aspectos de la Constitución, es decir, al ser una Constitución plural en el sentido de que encierra en sí todas esas consignas de luchas históricas que se han ido sucediendo, tiene que corresponderse con toda esa unidad, una construcción de visión global.

1.2 LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En los principios del constitucionalismo norteamericano y europeo nació ya la problemática sobre la legitimidad de los tribunales o cortes constitucionales, problemática que se ha trasladado al constitucionalismo en Latinoamérica.

como echar abajo la casa de aquel ser humano que desde su niñez trabajó duro día a día durante mucho tiempo para colocar por sí mismo ladrillo a ladrillo, que esa casa tuvo que pasar por terremotos, huracanes, fuertes tormentas, etc., que sufrió daños y con el esfuerzo y la persistencia la volvió a reparar, y cuando ya ha logrado una avanzada edad alguien con interés en construir allí su piscina de diversión, echa abajo aquella casa que protegía a ese ser humano de todos los posibles males a los que quedaba expuesto, y nuevamente le tocará trabajar años de años para poder volver a mirar su estructura que lo protegía, ya que por el antojadizo interés de un "todo poderoso" su casa fue desbaratada sin que ni siquiera se le preguntase si estaba de acuerdo, frente a lo cual hubiera respondido que no, pues nadie quiere volver a la vida de sufrimiento, de abuso, de injusticia, y vulnerabilidad, pero precisamente eso sucedió porque no hubo quien impida tan trágico suceso; así ahora el pueblo tiene su casa, la Constitución, que lo protege de todo, pero también tiene un defensor de esa casa, la Corte Constitucional; el problema viene cuando el defensor deja de serlo y es convencido, por las buenas o por las malas, de también gozar de un espacio de la piscina, y rompe así el cerco eléctrico que la reforzaba.

De esta manera el problema se ha visto centrado, en el hecho de que la Corte Constitucional podría estar interfiriendo en las facultades del poder legislativo, respecto del contenido de las normas del ordenamiento jurídico vigente en el país, un poder legislativo que es el representante mismo del pueblo, mientras que la Corte Constitucional ni siquiera tiene un rasgo de originalísimo democrático.

Para tener muy claro este panorama es necesario primero partir de las razones por las que se hace necesaria una Corte Constitucional en el sistema, para luego de ello entender la legitimidad democrática de la Corte desde otra óptica, pero sobre todo analizar que su legitimidad democrática no es un elemento relevante porque, al ser un órgano jurisdiccional, su actuar se desenvuelve dentro de una legitimidad jurídica basada en un método también jurídico. Finalmente veremos cuáles son las facultades de la Corte Constitucional actualmente.

1.2.1. El implícito activismo de la Corte Constitucional en el Nuevo Constitucionalismo

El rol protagonista de la Corte Constitucional se evidencia en:

a) Cambio de fuentes: en primer lugar, de una manera general, en el Nuevo Constitucionalismo, el cambio más notable respecto de las fuentes, por cierto un cambio de ciento ochenta grados, es que la principal fuente del derecho deja de ser la ley, y pasa a ocupar un lugar predominante la Constitución que deja de ser un simple programa político, característico del Estado liberal⁶⁴, y cobra una verdadera relevancia su parte dogmática, una parte dogmática ya presente en la Constitución de 1998 en Ecuador, pero de una

⁶⁴ Juan Montaña, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano* (Quito: CEDEC, Corte Constitucional, 2012), 20.

manera apagada, la ley aún seguía desarrollándola y por lo tanto dependía de ella para lograr su efectividad; solo con la actual carta es que la parte dogmática cobra una importancia tremenda, pues es posible gracias a ella un puente directo en la protección de los derechos ahí consagrados, ya que permite la aplicación directa de la Constitución, y no solo de los derechos allí constantes, sino también los contenidos en los instrumentos internacionales⁶⁵, sin que por medio exista una ley de la que dependa su desarrollo y aplicación.

Por lo tanto deja de tener la predominante actuación en la determinación de la fuente suprema del derecho, entendida esta como la ley, el legislador, pues con la actual Constitución, este papel, parece trasladarse fundamentalmente a los jueces, pues nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia apunta ya no al legislador, como creador del derecho, sino apuesta por los jueces, y por el órgano supremo de interpretación constitucional que es la Corte Constitucional.

Pues se entiende que el derecho no es estático, y no todas las soluciones de manera general pueden estar contenidas en la ley, subsumiendo casos concretos a disposiciones generales; ahora el Nuevo constitucionalismo nos da, y se construye predominantemente en base a principios y valores⁶⁶ que viven en el ordenamiento de manera abierta, y por ello logran responder a todos los problemas que puedan presentarse no solo abstractamente,

⁶⁵ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

⁶⁶ Juan Montaña, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, 48,49.

sino sobre todo en casos concretos, pues son directrices, parámetros, pautas que correspondidos con un papel responsable, activo e interpretativo del juez dan solución a dichos problemas.

Lo más sobresaliente en el cambio respecto de las fuentes es que el juez pasa a tener un papel más participativo, la jurisprudencia entra también a ser una fuente con más firmeza, pues anteriormente era considerada como una fuente secundaria del derecho, aquí sin embargo la Corte Constitucional con una sentencia desnaturalizó por completo el tema del control difuso y freno bastante la presencia de los jueces⁶⁷, y este es un punto de aparente cambio en nuestra realidad, como varias cuestiones, y que algunas serán tratadas posteriormente.

Otro tema muy importante que ha variado respecto de las fuentes es el que se empieza a construir una teoría respecto del pluralismo jurídico, y que la Corte Constitucional tendrá que articular, en ausencia de ley; evidencia de ello es el reconocer la justicia indígena en el artículo 171 de la Constitución, la cual entre otras cosas le reconoce su derecho propio; y al existir este pluralismo, va a existir normativa extra estatal de diversidad de grupos sociales, nacionalidades, etc. que van a producir nuevas fuentes del derecho que a su vez van a convivir con el derecho vigente proveniente del Estado⁶⁸, es decir existe también pluralidad de fuentes, sin dejar de lado que el marco de todo ello es la Constitución ya no entendida como tan solo un simple texto escrito; entonces el problema

⁶⁷ La Sentencia N° 55-10-SEP-CC de la Corte Constitucional estableció que no existía control difuso de constitucionalidad en la Constitución, y esto fue ratificado con la sentencia N° 001-13-SCN-CC.

⁶⁸ Juan Montaña, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, 37, 38.

ya no es si son o no son fuentes las provenientes de esos sistemas alternativos, sino ahora la cuestión es lograr un mecanismo de articulación entre la diversidad de ellos⁶⁹.

b) Supremacía de la Constitución: hablar de supremacía de la Constitución, no es sino entenderla como la base que rige toda la estructura del Estado y su ordenamiento jurídico, pues es norma jurídica directamente aplicable, que por lo tanto no necesita desarrollo legal posterior para ser efectiva.

Pero la Constitución está llena de principios que son abiertos y por lo tanto ya no es suficiente un juez mecánico, adscrito a una interpretación literal del texto, sino se requiere un juez activo, un órgano constitucional que se encargue de concretizar dichos principios, pues ya no es posible monopolizar el uso de silogismos, sino que se requiere un órgano constitucional activista y comprometido con los derechos de los más vulnerables sobre todo, pues de su activismo depende el poder dar cada vez mayor contenido a los principios presentes en la Constitución y por ende lograr una justicia constitucional.

c) Principios y reglas: La Constitución además de estar compuesta de reglas, sobre todo lo está de principios, mismos que ya no tienen una estructura similar a las reglas, por lo tanto no es posible utilizar los métodos clásicos de interpretación, y al ser ésta norma jurídica de aplicación directa, es decir no requiere de un desarrollo legal por medio, es necesario un juez que los aterrice a la realidad, pues precisamente estos principios son los que ayudarán a llenar vacíos y solucionar contradicciones, y esto solo es posible mediante la argumentación, una fundamentación correcta, buenas razones, proporcionalidad.

⁶⁹ *Ibíd.* 40.

La diferencia entre los principios y reglas, que quizá sea una de las diferencias más grandes entre el positivismo legal y la era constitucional de nuestros días, de lo posterior al positivismo, un positivismo de avanzada.

En el Estado legal la ley era la suprema y por lo tanto el juez tan solo actuaba mecánicamente subsumiendo casos concretos a éstas reglas legales generales, y utilizando métodos de interpretación que hoy por hoy, si bien no son obsoletos, no son suficientes, como el criterio de la jerarquía, del tiempo, de la especialidad, etc.

Pero ahora la Constitución trae consigo principios, que son la base de toda la estructura constitucional, pero esos principios no tienen la misma estructura de las reglas, es decir, no tienen un supuesto de hecho, y una consecuencia, pues los principios se caracterizan por ser abiertos, así por ejemplo el derecho a asociarse, el derecho a la salud, etc., no tienen esa estructura permeable a la subsunción, por lo tanto el juez entra a tener un papel preponderante en esto, pues tiene que materializar esos principios, y eso lo hace mediante su argumentación, pues de hecho aterriza esos principios creando lo que Robert Alexy denomina reglas adscriptas que son normas constitucionales indeterminadas en el texto de la Constitución, que el órgano constitucional va a determinarlas en casos concretos⁷⁰, es decir son reglas que están implícitas en los principios, pero que el juez solo las descubre caso a caso en sus sentencias; en efecto Alexy distingue entre dos tipos de normas de derecho, las estatuidas en la Constitución y las adscriptas a ella y justamente

⁷⁰ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 66-69.

manifiesta que dicha adscripción es solo posible mediante una fundamentación iusfundamentalmente correcta⁷¹.

Entonces he allí el papel de los jueces constitucionales en esa compleja labor de interpretación de la Constitución, pues los principios son los que exigen una fuerte argumentación, que más que compleja y confusa, se requiere una argumentación sostenida, clara y concreta.

Dicho de otra manera, ahora las reglas ya no vienen dadas a priori, sino que el juez las construye a posteriori teniendo como base los principios, e interpretando estos de la manera que más se ajuste a la integridad de la Constitución, pues ya no tiene la regla solo para subsumir, sino que tiene que construirla, y lo hace mediante la mejor argumentación, y solo una vez creada la regla la subsume al caso concreto, es decir que crea una regla jurisprudencial y en base ella toma la decisión del caso⁷².

Una vez aclarada la razón del activismo, de la intervención de jueces y cortes constitucionales en la creación de derecho, en seguir construyendo esa tarea aparentemente inacabada por el constituyente; veremos el problema de su legitimidad.

1.2.2 La mal entendida legitimidad democrática de la Corte Constitucional

Es necesario en este punto aclarar algunos conceptos que han sido mal entendidos, y que precisamente han sido el móvil para apagar a estas cortes consideradas peligrosas, pues

⁷¹ *Ibíd.* 71.

⁷² Sobre la manera en cómo se crean estas reglas jurisprudenciales en función de los principios y el holding de las decisiones judiciales podemos consultar Claudia Escobar, "El rol de las reglas en la era de los principios", en C. Escobar (edit.) *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 207-250.

si miramos algunas páginas atrás se podrá recordar porque estuvieron ausentes los jueces dentro del liberalismo francés que acabó con el constitucionalismo progresista de Robespierre, tangencialmente fue porque, si la creación del derecho era lo fundamental del sistema, como es posible que esta recaiga en jueces que carecen de toda legitimidad democrática, si quienes tienen mayor legitimidad en este sentido, y en realidad encarnan la voluntad del pueblo, es el parlamento y por lo tanto este es el supremo decidor en el sistema.

Entonces es fácil darse cuenta que ahí estaba la solución más fácil para invisibilizar a los jueces que cumplen una función bastante diferente al hecho de tener un origen democrático entendido de esa manera, es decir, por ser un órgano designado fuera de la lógica participativa, de representación, ya que están creando derecho, y el único legitimado para ello es el legislador; por tanto ningún órgano que sea designado de esa manera, puede crear derecho, entendido este como hacer leyes, porque éstas son la expresión de la voluntad popular y por lo tanto requieren de esa legitimación directa del pueblo.

Por lo dicho antes, es necesario entender la legitimidad de la Corte de otra manera, y al hacerlo se denotará que es intrascendente la manera en que esta es designada.

1.2.3 Legitimidad democrática de la Corte

Como ya se apuntó, hay que entender que democracia no solamente implica representación popular, sino sobre todo participación, es por ello que es innecesaria la discusión sobre la conformación del órgano constitucional, pues en efecto, si se quiere, la legitimidad democrática entendida como designación popular le viene dada indirectamente, ya que sus miembros son nombrados a partir de ternas propuestas por el poder ejecutivo,

legislativo, y de transparencia y control social, y esas ternas son sometidas a un concurso público con veeduría, y posibilidad de impugnación ciudadana⁷³, es decir, que la participación del pueblo en la selección de los miembros de la Corte Constitucional está presente.

Sin embargo lo anterior resulta intrascendente, porque la Corte Constitucional al ser un órgano jurisdiccional, como más adelante se explicará, resulta que sus decisiones no son de carácter político, sino sus decisiones están dadas dentro de un marco jurídico cuya columna vertebral es la Constitución.

La confusión que suele existir es pues entender a la democracia como la elección del pueblo de sus representantes, mas no como una función⁷⁴, pues la Corte Constitucional si bien no es elegida de esa manera democrática, si desempeña una función democrática, pero una democracia no entendida como la mayoría, porque precisamente el órgano constitucional es el que se encargará que esa mayoría no rebase los límites constitucionales so pretexto de ser mayoría, sino que éste órgano garantizará a toda la población, a mayorías y minorías, garantizará una democracia pluralista⁷⁵, mas no un proyecto político de una mayoría representada, sino los derechos de todos.

Esta crítica se extiende también a nivel ya no solo de inmiscución con el legislador, sino que también se dice que el principio democrático impide que cumpla funciones de

⁷³ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, artículo 434.

⁷⁴ Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*, 31.

⁷⁵ 51Gustavo Zagrebelsky, "El derecho dúctil" en M. Gascón(traducción) *Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 1997), 41, citado en Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*, 31.

"comisionado del poder constituyente"⁷⁶, es decir de constituyente permanente, y que al hacerlo contraría dicho principio, y de hecho pues actuar de esta manera significa que a la Corte Constitucional le toca acabar la tarea que el constituyente dejó inacabada⁷⁷, sin embargo, si bien cumple una labor de constituyente permanente, lo hace dentro de un parámetro jurídico que precisamente es la Constitución, y de ahí que es irrelevante la mal entendida legitimidad democrática, pues sus decisiones son básicamente jurídicas, aunque las haga sobre cuestiones políticas.

La solución que en Bolivia por ejemplo se adoptó para salir de esta problemática fue elegir a los miembros del órgano constitucional mediante sufragio popular, pero esto es incorrecto porque, aunque sea elegida de esta manera, tiene que tomar decisiones jurídicas y no políticas, es decir sea cual sea el origen que tenga, no es relevante, pues lo importante es que cumpla una función democrática como ya se explicó, y toma decisiones jurídicas.

Pues en la realidad del sistema sucede algo fácil de comprender, por lo general ejecutivo y legislativo son designados mediante elecciones populares, razón por la cual es normal que en ciertos sistemas el partido que logre captar el ejecutivo logre también mayoría en el legislativo debido justamente a las elecciones, y por ello las leyes provenientes del legislativo pueden muchas veces ser obra cubierta del ejecutivo, que al tener al legislativo en sus manos, pasa todo tipo de leyes sin ningún problema, leyes que pueden solventar ambiciones y proyectos políticos.

⁷⁶ Define al Tribunal Constitucional como "comisionado del poder constituyente" Eduardo García de Enterría, "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en *El Tribunal Constitucional, Vol. I*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981), 94.

⁷⁷ M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia* (Madrid: Tecnos, 1989), 119.

Precisamente es que frente a esto, que puede suceder y que no es nada nuevo, está la Corte Constitucional que equilibra jurídicamente este desfase, pues ésta se encarga de filtrar leyes que pueden ser contrarias a la Constitución en beneficio de proyectos políticos.

A pesar de ser irrelevante el origen, sin embargo, la Corte debe estar conformada por las personas más pabras e idóneas para ello, y por ende lograr una Corte Constitucional que cumpla con su legitimidad jurídica y defienda la Constitución, apartada del poder político por sobre todo, y para ello que goce de absoluta independencia, es decir una Corte que dependa del derecho y no del poder.

Cabe finalmente mencionar que al referir a la irrelevancia del origen del órgano constitucional, no se está afirmando que este órgano este distanciado del pueblo, más bien todo lo contrario, pues se está diciendo que dicho órgano constitucional no obedece a los interés de los electores de un momento determinado, sino que responde jurídicamente a los derechos de todos los ciudadanos, mayorías y minorías, electores, no electores, de hecho actúa como un órgano puente entre derechos y ciudadanos, busca su complementariedad; sin embargo este es un debate que sigue aún latente y las tensiones se seguirán haciendo presentes, y nuevos temas para trabajar irán naciendo.

1.2.4 Legitimidad jurídica de la Corte Constitucional

Es necesario partir afirmando que la legitimidad de la Corte Constitucional es de carácter jurídico, debido a que evidentemente es un órgano jurisdiccional, pues del artículo 429 del texto constitucional se denotan cuestiones como afirmar que se trata del máximo órgano de interpretación constitucional y administración de justicia, que su jurisdicción

será nacional⁷⁸, se hace referencia a que emite sentencias⁷⁹, en consecuencia vemos que la propia Constitución se refiere a la Corte Constitucional como un órgano jurídico, que precisamente actúa dentro de un marco jurídico y con instrumentos jurídicos que le vienen dados directamente por el constituyente, pues lo esencial es que ese órgano cumple una función jurídica, y puede entrar a cuestiones políticas, pero siempre dentro de un marco jurídico que precisamente le da la Constitución,

Definitivamente es intrascendente el origen del órgano constitucional ya que la legitimidad le ha llegado directamente de manos del constituyente, pues este a dotado de facultades a la Corte en la Carta Suprema, para actuar como máximo intérprete, pero dentro de un marco jurídico.

En palabras de Juan Montaña:

[...] hoy en día los tribunales constitucionales mantienen una legitimidad directamente deducida de la legitimidad de la Constitución. Si la Constitución es legítima, la Corte Constitucional y las normas que ella cree mediante la interpretación de los enunciados normativos de la Constitución tendrán plena legitimidad y, como tales, deberán ser respetadas y cumplidas por todas las instituciones y personas que integran el Estado constitucional.⁸⁰

Es necesario tener algo muy claro, que en el actual constitucionalismo es evidente el cambio en las fuentes del derecho, por tanto ya no podemos entender solo a la ley como derecho, que sería derecho legislativo, sino debemos entender que el derecho hoy por hoy sobre todo, está en la jurisprudencia proveniente de la interpretación de la Constitución que realizan los órganos constitucionales con un carácter, al igual que la ley, *erga omnes*;

⁷⁸ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, artículo 429.

⁷⁹ *Ibíd.* por ejemplo en el artículo 436 numeral 1, 6.

⁸⁰ Juan Montaña Pinto, "La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso", en J. Montaña Pinto (editor) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 3 (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 34.

entonces no es que esta creación de derecho por parte de los jueces se llamen leyes, simplemente son cosas distintas.

Estas creaciones de los jueces constitucionales si se las puede verificar si están enmarcadas dentro del parámetro que es la Constitución y la protección y garantía de los derechos. Esta verificación solo es posible hacerla analizando la argumentación que sobre dicha creación realice la Corte Constitucional, que permita medir su actuar dentro de una legitimidad jurídica y que precisamente en base a sus decisiones vaya generando un parámetro de control cada vez más objetivo; en palabras de Claudia Storini:

[...] habría que postular que la legitimación de los Tribunales Constitucionales tan sólo puede descansar en la posibilidad de evaluar jurídicamente sus decisiones, es decir, en la capacidad de controlar que dicho órgano cumpla la necesaria función de adaptación de la Constitución formal a la realidad social, utilizando instrumentos puestos a su alcance por el mismo ordenamiento constitucional⁸¹.

Varios argumentos se han esgrimido en contra de la justicia constitucional y la consecuente actuación de los órganos constitucionales, de igual manera se han ido construyendo objeciones a dichas críticas que ha continuación son planteadas.⁸²

A continuación se plantean los argumentos en contra y a favor:

- El órgano constitucional no es una verdadera jurisdicción, sino un órgano político, puesto que el Tribunal Constitucional no conoce verdaderamente conflictos constitucionales, no conoce litigios verdaderos en que haya una legitimación activa y una pasiva; y eso no es más que politizar la justicia. Además una decisión judicial deriva de la subsunción a la norma, y en cuanto al órgano constitucional vemos que

⁸¹ Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*, 29.

⁸² Sobre estos argumentos en contra y favor de una justicia constitucional y del actuar de un Tribunal Constitucional en su defensa podemos consultar Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Editorial Civitas, 1985), 158-195.

no hay norma, entendida esta como regla, y por lo tanto no es decisión judicial, es decisionismo político.

Contrario a este criterio no podemos hablar de que las cortes constitucionales son órganos políticos, puesto que eso sería reducir nuevamente la Constitución a meros proyectos políticos, resultado del compromiso ocasional de sujetos políticos, pues ahora ya sin ser en lo absoluto discutido, hay consenso en reconocer carácter de norma jurídica a la Constitución.

Es cierto que las cortes constitucionales deciden conflictos políticos, pero lo característico es que lo hacen por criterios y métodos jurídicos⁸³, la cuestión que hay que entender es que la estructura de las normas constitucionales y de las legales son diferentes, y eso precisamente genera que no puedan utilizar los métodos de interpretación tradicionales de los jueces ordinarios mecánicos, entonces frente a un principio constitucional ya no opera la subsunción, sino que para que opere será necesaria una actividad anterior del tribunal para deducir la regla y solo ahí poder subsumir, es decir la regla no viene dada *a priori*, sino es construida *a posteriori*, pero siempre con un marco jurídico que lo da la propia Constitución.

- La segunda crítica va dirigida a saber de dónde extrae sus criterios de decisión si es capaz de crear hasta precedentes constitucionales sin ni siquiera estar legitimado por el constituyente; pues esta función de interpretar la Constitución no es sino legislación bajo una forma judicial, pues lo que en realidad se organiza es una instancia legislativa.

⁸³ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 178.

Sin embargo no es cierto que la cortes constitucionales crean derecho legislativo, entendido este como leyes, pues porque ahora, y sin discusión, asumimos que el derecho no es únicamente ley, sino que tiene otras fuentes, cuya principal es la Constitución y la jurisprudencia constitucional, entonces si reducimos el derecho a la ley es evidente que no vamos a ver más horizonte del derecho que no sea la ley, pero si vemos más allá de ese horizonte la cosa cambia, pues la Corte Constitucional no está haciendo leyes, simplemente está interpretando la Constitución y deduciendo normas en base a algo, no las inventa de la nada, sino que al tener normas abiertas en el texto constitucional, lo que hace es sacar a la luz normas implícitas en la Constitución que no han sido explícitamente dadas en el texto, precisamente por el fracaso del derecho de haber querido presuponer todo lo que podría pasar e intentar dar una solución *a priori* a todo conflicto futuro.

La Corte no inventa normas de su imaginación sino que las deduce de otras normas preexistentes, el problema y que analizamos en el siguiente punto, es más bien que esa norma debe deducirla, mas no crearla, porque el momento que crea algo sin base alguna está excediendo sus límites, la idea es deducir algo de algo y eso lo veremos en las razones de su argumentación. Otra cuestión es que su actuar no está caminando en contra de la voluntad del pueblo, ya que precisamente la rigidez constitucional está para que no se pueda manipular la voluntad del pueblo que es la Constitución y su guardián es la Corte Constitucional.

Finalmente decir entonces que la legitimidad de la Corte se mide más bien en la juridicidad de sus argumentaciones, y como ya se mencionó antes es una legitimidad jurídica, siendo irrelevante el origen de este órgano.

En cuanto a quien asume el papel protector de la Constitución vamos a tener dos posiciones, una conservadora y que es la que representa, sin duda, Schmitt quien dirá que es el presidente que concentra en sí todos los poderes; y por la izquierda están quienes dicen que no es el ejecutivo, sino el legislativo, precisamente basados en el mito *jacobiano* por el cual solo el parlamento representa el espíritu de lo colectivo, por lo tanto nadie puede estar por encima de ella, en consecuencia no hay derecho al margen del legislativo que pretenda imponerle cualquier tribunal, por lo que niegan la legitimidad del tribunal que pudiera anular las creaciones de la Asamblea que son la expresión misma del pueblo y por tanto de la democracia⁸⁴.

En realidad todos los órganos deben proteger la Constitución, pero al ser esta el estatuto básico de la vida en común que establece límites al poder, derechos, y mecanismos de control y participación ciudadana, al ser norma jurídica su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente⁸⁵, cuestión que justamente es el pilar que sustenta la justicia constitucional en Estados Unidos, y con ello el *judicial review*; entonces es lógico y coherente una actuación de tribunales al respecto, he ahí la Corte Constitucional como puente de efectivización de esa normatividad jurídica.

Entonces como se dependen del análisis anterior, los argumentos en contra del actuar de las cortes constitucionales han perdido fuerza y se han quedado estancados en fundamentos que ya fueron probados y que generaron profundas afectaciones a los derechos de las personas con el pretexto de que *la ley es la voluntad el pueblo*, hoy hay que entender que una Constitución sin una Corte Constitucional que la interprete y proteja, es

⁸⁴ *Ibíd.* 162-165.

⁸⁵ *Ibíd.* 175, 176.

una Constitución herida de muerte, sometida al partido del poder de turno⁸⁶. Estos órganos constitucionales, al colocar la Constitución por encima de intereses de grupos políticos, al hacer de la misma el término común para todos, y asegurar su efectividad como norma superior, se convierte en un órgano de consenso⁸⁷.

Finalmente se debe insistir en que los fundamentos respecto de la no legitimidad de la Corte Constitucional son insuficientes para impedir su actuar, hoy por hoy, de la propia naturaleza de la Constitución se desprende la necesaria intervención de un órgano jurisdiccional en su defensa. La discusión ya no está ahí, sino está más bien en saber cuándo ese órgano de defensa podría estar excediendo sus límites, y saliéndose de su legitimidad jurídica y actuando políticamente; y quizá algún crítico dirá por qué no se establecieron esos límites de manera clara en la misma Constitución, y la respuesta será de que si se lo hizo, pero de manera igualmente abierta a sus normas, pues si establecemos límites mediante métodos de interpretación similares a los tradiciones no haremos sino volver a la Corte Constitucional también un órgano mecánico.

Los límites le vinieron dados al momento de dotarle de facultades y atribuciones, solo que esos límites pueden ser medidos de manera posterior y ya no *a priori*, respecto de la argumentación que en la construcción del derecho ésta haga.

1.2.5 Atribuciones de la Corte Constitucional

Sin duda que con todo lo manifestado anteriormente, las facultades de las cortes constitucionales están bastante claras, sin embargo en este apartado tan solo se verá las atribuciones que a la Corte Constitucional ecuatoriana le han llegado de la mano del

⁸⁶ *Ibíd.* 186.

⁸⁷ *Ibíd.* 193.

constituyente, del pueblo, de la Constitución. A continuación rápidamente se presentan estas atribuciones.

A detalle las atribuciones de la Corte Constitucional se encuentran en el artículo 436 de la Constitución y son las siguientes:

1. *Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución y tratados de derechos humanos, a través de sus sentencias y dictámenes mismos que serán vinculantes*⁸⁸: Como se analizó antes, la Constitución trae consigo principios que son parámetros de decisión, pues el contenido de los derechos ya no viene tan explícitamente dado como lo hacía la ley, razón por la cual la interpretación deja de ser ese algo mecánico y se convierte en un verdadero ejercicio de razonamiento.

Ahora el juez es el que contribuye al desarrollo de la Constitución, cuyos contenidos están implícitos en la misma, y su papel es descubrirlos y encasillarlos de la mejor manera en ese marco y en pro de los derechos.

En efecto la propia Constitución dice, usted Corte Constitucional interprete, y no descarta los métodos tradicionales, pero tampoco los vuelve únicos, de hecho le dice interprete al tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad; si hay duda, en el sentido que más favorezca a la vigencia de los derechos, o sea una interpretación evolutiva; en el sentido que mejor respete la voluntad del constituyente; y finalmente le dice hágalo también con los principios generales de la interpretación constitucional⁸⁹. Entonces

⁸⁸ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, artículo 436, numeral 1.

⁸⁹ *Ibíd.* artículo 427

lo que la Constitución dice es utilice todos los métodos, lo importante no es eso, pues lo principal es la promoción de los derechos, y si para ello sirve el método de la literalidad pues está bien, o si es necesario otros métodos como la ponderación, contenido esencial, etc., pues utilícelos, lo importante es que prevalezcan siempre los derechos.

Haciendo aquí una analogía, con un ejemplo citado por el profesor Ramiro Ávila⁹⁰, sería más o menos como una receta de cocina, en que el juez, que va a ser el chef, según el positivismo legal, para lograr la mejor comida no tiene sino un solo ingrediente, un vaso de agua, que sería la ley, es decir siempre va a llegar a lo mismo; mientras que el chef que tiene todos los ingredientes a su disposición, con algo de esfuerzo y preparación, podría lograr los más exquisitos platos que logren satisfacer todos y hasta los paladares más exigentes; entonces de igual manera el juez que solo tiene la ley siempre llegará al mismo resultado, será mecánico; mientras que el juez que tenga todos los instrumentos, entre estos el vaso de agua, y los demás como la Constitución, tratados internacionales, informes, doctrina, todos los métodos de interpretación, igualmente con esfuerzo y preparación, logrará satisfacer todos los paladares, es decir logrará la promoción de los derechos. Entonces ya no es importante que las cosas ya vengan hechas, porque el platillo puede venir preparado para todos, pero resulta que entre todos los paladares tenemos a un vegetariano, a un alérgico a los mariscos, a un

⁹⁰ Ramiro Ávila en una ponencia oral dictada dentro del seminario *Código Orgánico Integral Penal (COIP) Hacia la mejor comprensión y aplicación del COIP* llevado a cabo en la Universidad Andina del 26 al 30 de mayo de 2014, hizo una analogía entre la manera en que el juez antes interpretaba y como hoy debe hacerlo, en efecto dijo que antes el juez tan solo tenía un ingrediente que era la ley, y ahora tiene a su disposición todos los ingredientes.

intolerante a la lactosa, etc. el platillo uniforme, o sea la ley, sin duda no dejará satisfecho a todos, mientras que al hacerlo con todos los ingredientes a su disposición, la idea será dejar satisfecho a todos y cada uno en sus paladares.

En conclusión lo importante es que la Corte Constitucional, el chef, ahora tiene la cocina mejor equipada, la Constitución, y todos los ingredientes que crea necesarios, entre estos sin duda la ley, pero no la única, para hacer los mejores platillos de justicia y lograr saciarnos de derechos realizados.

2. *Conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general, y también declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas*⁹¹: y esto puede ser por el fondo cuando viola el contenido de disposiciones constitucionales, o por la forma cuando viola los procedimientos constitucionales de su elaboración, y puede hacerlo cuando se demanda directamente la acción de inconstitucionalidad, , pero también cuando se plantea una consulta⁹², o incluso de oficio cuando sean normas conexas.

Lo que se busca con esto es depurar el ordenamiento y volverlo siempre constitucional y con ello materializar la supremacía de la Constitución, sin embargo esto se deberá hacer cuando sea estrictamente necesario, puesto que cuando la norma es salvable ya no procede la declaratoria de inconstitucionalidad, sino dejarla sobrevivir en el ordenamiento o modularla

⁹¹ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, artículo 436, numeral 2 y 3.

⁹² *Ibíd.* artículo 428.

ya textual o normativamente, tema que veremos en el segundo capítulo de este trabajo.

3. *Conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales*⁹³: la diferenciación realizada entre los actos administrativos es importante, sin embargo ahora no es posible abordarla.
4. *Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante en los procesos constitucionales*⁹⁴.
5. *Dirimir los conflictos de competencia entre funcionarios y órganos del Estado*: Esta fue la primera función con que nació el tribunal constitucional en Europa, como se dijo antes, para garantizar un pluralismo institucional en los estados federales, y ahora es solo una más.
6. *Declarar la inconstitucionalidad por omisión total o parcial*⁹⁵: Sin duda aquí la propia Constitución le da facultades de crear derecho a modo de ley, pero solo cuando el legislativo no lo haga y todo en defensa de los derechos.
7. *Calificar que los procesos de reforma sean los idóneos para lo que se pretenda cambiar*⁹⁶: es decir proteger la rigidez de la Constitución que quizá sea la facultad más importante que tiene la Corte Constitucional, pues es la que se encarga de que cualquier reforma que se pretenda hacer a la Constitución se evacue mediante el procedimiento establecido por el constituyente para ello, este punto lo veremos más adelante cuando se trate la mutación constitucional.

⁹³ *Ibíd.* artículo 436, numeral 4.

⁹⁴ *Ibíd.* artículo 436, numeral 6.

⁹⁵ *Ibíd.* artículo 436, numeral 10.

⁹⁶ *Ibíd.* artículo 443.

Por lo dicho, la Corte Constitucional está dotada de las más amplias facultades, y todas estas deben estar encaminadas al desarrollo de los derechos, pero sin embargo tiene que existir una forma de medir que el actuar se esté dando dentro esas facultades y precisamente en la promoción de esos derechos, y que esté actuando jurídicamente mas no políticamente creando derecho no reconocido en la Constitución.

Ahora hay que cuidar que el órgano constitucional proteja la Constitución, y no se convierta en el medio para adaptarla a intereses políticos de ciertos grupos de poder, que lo que buscan es más poder, bajo discursos garantistas que cada vez menos pueden sostenerse.

El siguiente punto versará sobre los límites del actuar de la Corte Constitucional, que sin duda ya han sido manifestados poco a poco en páginas anteriores, así que esto será más breve y conciso.

1.3 LÍMITES AL ACTIVISMO DEL ÓRGANO CONSTITUCIONAL

En este apartado lo que se pretende es dejar claro en donde se encuentran los límites al actuar de la Corte Constitucional, es decir en base a ello se podrá medir cuando las decisiones de dicho órgano se tornan arbitrarias y se desbordan del marco jurídico, que es la Constitución, invaden campo legislativo, e incluso reforman su propio marco.

Previo a analizar cómo se pueden medir los límites de la Corte Constitucional en su actuar, es necesario hacer un diferenciación entre lo que es el control político y control jurídico, ya que de ahí, es de donde debemos partir para ver los límites antes mentados.

1.3.1 Control jurídico de la Corte Constitucional

Primero se diferenciará lo que es control político de lo que es control jurídico, que es quizá la mayor problemática que causa la existencia de la Corte Constitucional.

Mientras el control jurídico es objetivo, es decir tiene un parámetro de control formado por un conjunto normativo; el control político es subjetivo, es decir el parámetro de control se forma por la libre apreciación del órgano controlante. En el control político el objeto de valoración va a estar sometido a razones políticas, mientras que el jurídico a razones jurídicas; en el control político, quien lo ejerce siempre será un órgano político; mientras que en el jurídico será un órgano jurisdiccional. Quizá en lo que no hay una diferenciación bastante clara, es que el objeto en ambos controles puede ser jurídico o político⁹⁷, sin embargo el objeto así sea político, en el caso del control jurídico, siempre deberá estar sometido a un marco jurídico.

Entonces lo que ahora hay que evaluar es si la Corte Constitucional cumple con los factores que determinan que nos encontremos frente a un control jurídico; y en efecto el asunto ya no es tan fácil como cuando se determinaba un control jurídico en relación con la supremacía de la ley, pues el parámetro de control era la ley y frente a esto el juez solo subsumía de manera mecánica casos concretos a normas generales dadas de manera *a priori*, sin dejar espacio alguno a la discrecionalidad del juez.

Pero esta cuestión viene a dar un giro radical cuando la Constitución deja de ser tan solo una creación política, sino que pasa a convertirse además en una norma jurídica de

⁹⁷ Sobre las diferencias entre el control político y el control jurídico podemos consultar Manuel Aragón, "La Interpretación de la Constitución y el Carácter Objetivado del Control Constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (*edit.*) *Interpretación Constitucional*, (México: Editorial Porrúa, 2005), 26-30.

carácter suprema, es decir, que todo el ordenamiento jurídico del Estado debe estar sometido a ella.

Así la Constitución ecuatoriana de 2008 se presenta de una forma abierta, pues posee principios y derechos que no traen la misma estructura de las reglas, y no dan una única respuesta, sino dan un haz de posibilidades⁹⁸, varios caminos que se podrían tomar, y al ser norma jurídica el juez debe aplicarla, sin embargo si el principio ya no es claro como la regla, el parámetro tampoco lo es, y al darnos varias posibilidades eso implica discrecionalidad del juez y por lo tanto subjetividad, y al existir subjetividad estamos frente a un órgano político; sin embargo la cuestión no puede ser resulta de esa manera tan sencilla.

Se requiere entender que la visión del derecho ha sufrido grandes cambios, y que el derecho ya no es ley, y que el derecho así entendido no puede resolver todos los casos que se presenten en la vida cotidiana, es decir los problemas no pueden ser resueltos antes de que se presenten; si bien el parámetro entonces ya no está dado de manera anterior, existe otra forma de medirlo, evidentemente más compleja, pues el derecho es complejo, y es de manera posterior, pues el juez tomará el principio, que como se dijo le dará varias posibilidades, y tendrá que de esas varias posibilidades escoger la que mejor se ajuste a la Constitución en su integridad, y efectivización de los derechos, y para ello deberá argumentar de manera sostenida, y en esas argumentaciones se encuentra el parámetro de control que permitirá evaluar si ha actuado jurídicamente o políticamente; es decir el parámetro ya no es a priori, sino el parámetro se lo va construyendo de manera a posteriori.

⁹⁸ Conceptos como "haz de posibilidades", "mandatos de optimización", "irradiación de los principios" se pueden consultar a fondo en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001).

1.3.2 Límites

Evidentemente este punto entra en la discusión de si interpretar es asimilable a crear, es decir si la Corte Constitucional mediante sus interpretaciones crea derecho nuevo, si interpretar, osea descubrir el significado normativo de una disposición de entre varios significados, es crear una nueva disposición⁹⁹.

La cuestión radica en que la Corte Constitucional no puede crear derecho legislativo nuevo, pues su descubrimiento siempre tiene que estar vinculado a un marco preexistente, en este caso la Constitución, y la medición que de ello se haga se verá en la argumentación que en sus sentencias realice, en su motivación sostenida y concreta, que se argumente razonadamente que la significación escogida, o la modulación efectuada en un precepto legal es la más acorde con la Constitución, es decir sostener por qué ese significado tiene prevalencia, o porque la modulación es necesaria.

Entonces aquí el primer límite con respecto al legislador que sí crea derecho legislativo nuevo dentro de un marco constitucional, mientras que la Corte Constitucional no lo hace, pues su papel es descubrir la regla implícita en las disposiciones constitucionales, e incluso modular disposiciones legislativas si estas no están acorde con la Constitución.

Precisamente es de ello que la Corte Constitucional puede incluso modular las disposiciones legislativas, pero como se dijo antes, sin crear nuevas disposiciones, sino disposiciones que se desprenden de otras preexistentes.

⁹⁹ Claudia Storini, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*, 46.

Otro límite con relación al legislador, y su actuar como legislador positivo, refiriendo a la Corte Constitucional, y que le facultaría a modular disposiciones creadas por el legislador, sería cuando hay violación de derechos y esto requiere de una actuación urgente, pues esperar a que el legislativo lo haga podría tomar mucho tiempo y los derechos no pueden esperar y por ende seguirse violando incluso empeorando la situación de los mismos.

Como se mencionó antes, esto se podrá medir solo en las argumentaciones que realice la Corte Constitucional para tal actuación, y en base a los principios que sustentan la modulación normativa o textual como el principio de conservación del derecho al que se referirá en el siguiente capítulo.

El problema en este caso entonces ya no está en que la Corte Constitucional actúe como legislador positivo, y en lugar solo de expulsar disposiciones creadas por el legislador, que adolezcan en parte de inconstitucionalidad, y las elimine del ordenamiento, sino en pro de un trabajo conjunto con el legislador las module y las vuelva constitucionales, esto en beneficio de lograr desarrollo del derecho y en ir estableciendo un parámetro de control cada vez mas objetivo y claro.

El problema más bien se presenta cuando la Corte Constitucional en lugar de modular una disposición legislativa la deja sobrevivir en el ordenamiento a pesar de adolecer algo de inconstitucionalidad, y con ello lo que hace es generar normas contradictorias en el sistema y exceder sus límites, pues al ser el intérprete y decir que algo inconstitucional es constitucional significa que ha cambiado la Constitución y a excedido sus límites.

Otro problema que se presenta y que demuestra el exceso en los límites de la Corte Constitucional ocurre cuando, de la interpretación de las propias disposiciones constitucionales, crea disposiciones nuevas abiertamente contradictorias con las presentes en el texto constitucional, o afecta el contenido esencial de los derechos, o genera regresividad en los mismos afectando el principio de progresividad de los derechos que sería un límite más a su actuación, y ejemplos clarísimos de ello serán dados en el último capítulo de este trabajo.

También se vería el exceso a sus atribuciones cuando afecta el principio del *stare decisis*, es decir cuando cambia de criterio sin mayor argumentación, sosteniendo únicamente que al ser el máximo intérprete de la Constitución puede hacerlo, cuestión que acaba con lo que se viene sosteniendo de que quien crea el parámetro de control jurídico es la propia Corte Constitucional en base a sus decisiones que deben ser bien argumentadas, y la idea es seguir con esa línea, pues para apartarse requerirían hacer un esfuerzo argumentativo explicando las razones de por qué lo hacen, caso contrario el cambiar de criterio sin razón alguna, crea inseguridad jurídica y exceso a sus límites.

El principal límite es siempre la propia Constitución pues algo sostenido en las decisiones de la Corte Constitucional que no esté conforme a la Constitución y que se desprenda de razones rebuscadas que vengan dadas en su motivación, evidentemente es un exceso, la Corte es guardiana de la Constitución, mas no su propietaria, para disponer de la misma.

Estos son los límites que de manera general y *a priori* se pueden establecer, pero sin duda los principales límites a su actuar se irán midiendo en las decisiones que la Corte

Constitucional vaya tomando, es decir auto limitándose, los límites se irán formando de manera posterior, y se los podrá observar en las argumentaciones que de sus decisiones el órgano constitucional haga; pues poco a poco la jurisprudencia constitucional irá formando un parámetro de control cada vez más objetivo que traerá consigo el hasta donde la Corte Constitucional puede llegar, y obviamente en esta construcción de límites que se vaya formando, evidentemente se tendrá que ir respetando los límites generales a los que se hizo referencia antes, pero sobre todo al principal límite que es la propia Constitución.

Entonces si la Corte Constitucional es interprete y garante máximo de la Constitución, se apuesta más por aquella que por el legislador, por lo tanto ésta puede controlar al legislador, pero jamás entrar a reformar la Constitución, porque para ello es necesaria la intervención del pueblo, ya que si se está hablando de una Constitución democrática, se trata de decir que el pueblo es el que tiene los mecanismos de incidir en su Constitución.

El legislador tiene un límite que es la Constitución, y ese límite lo controla la Corte Constitucional, y de ésta su principal límite también es la Constitución, pues es una especie de filtro, ya que en caso de que el legislador se exceda la Corte puede decir te pasaste legislador, esto no es así sino así, todo en virtud de los derechos entendidos como pilares de la Constitución.

Entonces la Corte Constitucional no puede exceder sus límites y entrar incluso a reformar la Constitución, quebrantando así el principio democrático ya que no se acude a mecanismos democráticos de reforma; pues el poder de la Corte podría ser vigilado mediante un control social fuerte, pues si bien el pueblo no puede reformar la

jurisprudencia, si puede hacer que ella misma lo haga mediante mecanismos de presión social, pero para ello sería también necesario que esa jurisprudencia sea accesible a todos los sectores de la sociedad.

Ahora ya no debemos preocuparnos solo del legislador, sino también del juez que interpreta, y que al hacerlo puede excederse en ello, inclusive llegando a modificar la propia Constitución y ya no tan solo actuando como legislador positivo, que al fin y al cabo ya no es discutible, pues es el nuevo papel que la Corte Constitucional asume con la Constitución.

La Corte Constitucional en un Estado Constitucional cobra gran importancia, porque el eje democrático deja de ser la ley y pasa a ser la Constitución, y pasamos la competencia a la Corte Constitucional, pero nos olvidamos de ponerle un control democrático.

Para hablar de una Constitución democrática hay que atar los hilos en que esta va siendo desarrollada por la Corte Constitucional, pues todo tiene que estar atado y por lo tanto tener unos límites y mecanismos de control democrático cuando la Corte exceda estos; pues al final la composición de la Corte no es trascendental, sino lo más importante es el control social que se pueda tener sobre este tribunal.

La Corte Constitucional ha pasado a tener más facultades que le llevan a estar al límite con el legislativo, y eso está bien desde la teoría democrática de la Constitución, porque es necesario un equilibrio; pero sin embargo esa Corte no puede pasar a reformar la Constitución vía mutación, ya que allí se deja de tener Constitución democrática en virtud que se bloquea el poder de reforma por parte del pueblo.

La Corte tiene el deber de controlar que los poderes no excedan o violen el marco constitucional, pero no puede entrar a reformarlo, cuando es el primero mandado por el constituyente a respetarlo, entonces no es sino una locura que pueda reformar la Constitución y no el pueblo quien lo haga, porque si la Corte lo hace es ella la que hace la Constitución que ya no sería para nada democrática pues pasa a ser la Corte Constitucional una especie de poder constituyente originario.

No es admisible que la Corte Constitucional exceda de sus límites a pretexto de ser único interprete de la Constitución, pues porque si se permite eso, no sería sino equiparable a lo que sucedía en la antigüedad con la biblia que podía ser interpretada únicamente por unos cuantos que se valían de ello para tener el poder y el dominio sobre el pueblo, pasaría lo mismo con la Constitución; pues lo que hay que saber es que la Constitución tiene varios intérpretes y el principal intérprete de ella, sin duda, es su propietario, es decir el pueblo.

Finalmente a continuación en un último punto se verá lo que es la mutación constitucional que ha sido un exceso en el actuar de la Corte Constitucional irrespetando ya de manera descarada sus límites.

1.3.3 Rigidez y mutación constitucional

Aquí se verá si los mecanismos de reforma constitucional en la realidad están funcionando acorde a la rigidez constitucional y sustentados en la teoría democrática de la Constitución, o se han buscado maneras de hacerlo sin recurrir a la voluntad del constituyente y obedeciendo a otro tipo de intereses que precisamente se pretende determinar.

Buscamos, en un pequeño punto, observar si las teorías democráticas que sustentan nuestro actual constitucionalismo, en la realidad están siendo efectivamente llevadas al contexto social, si están siendo aterrizadas, o fueron, como en la historia ha sucedido, teorías utilizadas para encubrir intereses políticos para lograr legitimarse en el poder y con ello sus decisiones; y sobre todo medir el exceso en los límites de la Corte Constitucional al actuar de manera política en pro de legitimar esos intereses.

1.3.3.1 La rigidez constitucional en el Nuevo Constitucionalismo

La rigidez constitucional, tenemos que abordarla de una manera en el Neo Constitucionalismo y de otra en el Nuevo Constitucionalismo, en el primero por rigidez se está haciendo referencia a los mecanismos de reforma constitucional existentes en la propia Constitución, mismos que vuelven dificultoso el proceso de reforma de la carta y que precisamente se diferencian de la manera de reformar las leyes, dicho en otras palabras es el establecimiento de los llamados candados constitucionales, de mecanismos agravados de reformar la Constitución

En el Nuevo Constitucionalismo si bien debemos entender también por rigidez el establecimiento de dichos mecanismos agravados de reforma, pero mas no tomarlo como lo esencial, sino que tenemos que observar primordialmente y como característica fundamental, que en estos mecanismos de reforma la última palabra la tiene el pueblo.

Para legitimar toda decisión que tenga que ver con una reforma constitucional tiene que provenir del espíritu popular, del constituyente, que el contenido de la Constitución y todo lo que tenga que ver con ello se corresponda con sus contenidos democráticos, es decir mecanismos de participación, es devolver la Constitución a su propietario original, pues lo

primordial es la legitimidad democrática en que se sustenta la Constitución y ya no solo su normatividad jurídica¹⁰⁰.

Ahora hay que referir a dichos mecanismos de reforma y su configuración en el texto constitucional, y observar ya contextualmente si son efectivos y están en realidad sustentando uno de los pilares de un Constitución democrática.

En efecto a partir del artículo 441 hasta el 444 de la carta encontramos dicha regulación; y precisamente en ellos se establece tres mecanismos de reforma constitucional, la enmienda, la reforma parcial, y lo que en la en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se ha denominado cambio constitucional, sin embargo esto no puede ser referido aquí, pero de la lectura a la Constitución en estos artículos, quedarán bastante claros.

Tras de estos mecanismos de reforma está presente la rigidez constitucional vista desde la teoría democrática de la Constitución y con ello del Nuevo Constitucionalismo, tal y como se dijo inicialmente, pues todos los mecanismos, excepto uno, se somete a aprobación del pueblo, la excepción es la segunda forma de enmienda, sin embargo vemos que por lo general está presente el pueblo, ya con iniciativa o con la última decisión aprobatoria.

Además la Corte Constitucional juega un gran papel en esto, pues es la que califica si el mecanismo de reforma que se quiere utilizar procede o no, es decir hace un control de

¹⁰⁰ La diferencias de la rigidez en uno y otro sistema han sido tomadas de Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Aspectos Generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Luis Fernando Ávila Linzán (editor) *Política, justicia y Constitución* (Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 161-178

constitucionalidad previo¹⁰¹, y precisamente ahí en donde puede cobrar un gran rol y una posible utilización de esto para lograr reformar la Constitución de manera inadecuada y exceder en sus límites.

Todo lo dicho anteriormente está dado desde una dimensión valorativa y normativa, es decir en relación al modelo de Estado, sus fines y pilares, las teorías que lo sustentan, así como desde la manera en que están configurados dichos mecanismos desde la Constitución y su ley reglamentaria; pues en el ámbito ya de la realidad o ámbito social se puede ver claramente que existe un rompimiento de esa rigidez constitucional, pues se ha reformado la Constitución acudiendo equivocadamente al pueblo, o sin acudir a él, y esto se lo ha hecho mediante dos mecanismos ilegítimos que en la doctrina y jurisprudencia se los ha llamado sustitución y mutación, mismos que paso a analizar a continuación.

1.3.3.2 Mecanismos informales de reforma constitucional

Es necesario entender entonces, desde la teoría democrática de la Constitución, que existen esos mecanismos de reforma antes referidos, y que los mismos de manera general siempre miran al pueblo para la última decisión, sin embargo ya en la práctica podemos observar desnaturalizaciones de esto, una patología muy grave que se presenta con las llamadas mutaciones constitucionales, que serían una especie de mecanismo extra constitucional, y además de estas también están las que la Corte Constitucional colombiana ha llamado sustituciones, y que describo a continuación.

a) Mutación constitucional: En Alemania es donde aparece la diferenciación entre reforma constitucional y mutación, pues Jellinek y Laband fueron quienes se encargaron de hacer la distinción¹⁰².

¹⁰¹ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, artículo 443.

Konrad Hesse nos dice: "tanto el Tribunal Constitucional Federal Alemán como la doctrina actual entienden que una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente"¹⁰³.

Jellinek nos dice que las mutaciones pueden ser el resultado de las incorrectas interpretaciones parlamentarias, también se pueden producir en la administración y que también devienen de la práctica de los tribunales; y que por lo general son el resultado de necesidades políticas, que son el motor de las mutaciones constitucionales¹⁰⁴.

Hay quienes también nos dicen que las mutaciones son el resultado de las alteraciones semánticas de los preceptos de la Constitución pero a partir del punto de vista histórico-social en que se concretiza su aplicación¹⁰⁵, o admiten la posibilidad de mutación solo a partir de la dinámica e historicidad de la Constitución, que la voluntad de la Constitución por ende nos es inmutable, sino una voluntad cambiante frente a un cambio en las circunstancias¹⁰⁶.

Vicente Benítez dice que las mutaciones podrían darse por prácticas políticas, por leyes autorizadas por la misma Constitución, por interpretaciones, o mediante el bloque de Constitucionalidad¹⁰⁷.

¹⁰² Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), 83.

¹⁰³ *Ibíd.* 85.

¹⁰⁴ *Ibíd.* 89.

¹⁰⁵ Adriano Sant Ana Piedra, "Mutación constitucional y progresividad de los derechos fundamentales", en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (directores) *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, (España: Editorial Arazadi, 2012), 253.

¹⁰⁶ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, 81,82.

¹⁰⁷ Vicente F. Benítez, *Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia*, *Universitas*, núm. 122 (I semestre, 2011), 310, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82522606011>

Ahora bien de lo visto podemos deducir que el concepto de mutación, aún no está bien definido, y se lo concibe de manera muy amplia, esto nos podría llevar a manejar el concepto de que toda inconstitucionalidad sea de donde sea que emane desembocaría en una mutación, por ende en este trabajo entenderemos a la mutación de una manera algo más restringida y delimitada, por ello vamos a entender que la mutación solo provendrá del máximo intérprete de la Constitución, es decir de parte de las cortes o tribunales constitucionales, y esto mucho más asentado incluso en los países andinos que han promovido el llamado Nuevo Constitucionalismo, caracterizado por la supremacía constitucional y la rigidez.

Entonces vamos a entender que la mutación proviene de este cuerpo siempre porque al ser el máximo intérprete de la Constitución, es el que tiene la última palabra al respecto, es por quien siempre va a pasar una mutación de por medio, ya que precisamente es quien califica lo que es constitucional y lo que no es puesto que por ejemplo si en la asamblea se genera una ley inconstitucional en todo caso el que la legitima como constitucional es precisamente la Corte Constitucional ya a través de un control previo o un control posterior de constitucionalidad, en definitiva quien siempre va a mutar la Constitución va a ser la Corte Constitucional en su rol de interprete constitucional; sin embargo este tema no puede ser tratado aquí a detalle, pero es importante saber la razón de esta delimitación.

Entonces de lo dicho podríamos decir que mutación constitucional es aquel mecanismo desfigurado de reforma constitucional, proveniente de la Corte Constitucional por ser último interprete, y por el cual se altera el sentido de la norma constitucional, pero sin alterar en absoluto su redacción textual, es decir, una especie de modulación normativa, mas no textual, pero a nivel constitucional; y digo de reforma porque en Ecuador con una

Constitución nueva no podemos entender por nada del mundo que es una Constitución con contenido antiguo y desactualizado de la realidad actual, por lo tanto es inadmisibles un significado de mutación desde la óptica de la renovación en contenidos de la Constitución debido a la evolución social, por tanto hablar aquí de mutación es hablar de reforma informal a la Constitución.

De lo dicho anteriormente se desprendería que de manera general las mutaciones constitucionales devendrían por las siguientes razones: como manera de reinterpretar constantemente la Constitución a luz de que la realidad cambia constantemente y el derecho tiene que seguir su paso; como mecanismos utilizados por necesidades políticas para ejercer el poder de acuerdo a la ideología de turno, sin pasar por procesos de reforma complicados y democráticos; o por errores de interpretación cometidos por el órgano constitucional.

Una interpretación dinámica como fundamento de las mutaciones constitucionales creo debe ser descartada de plano, como dije antes, pues esto operaría cuando nos encontremos frente a normas verdaderamente caducas que necesitan actualizarse al cambio social experimentado, es decir, que por el pasar del tiempo ya no sirven para la realidad actual, y digo que debe ser descartada porque en el caso ecuatoriano no podemos admitir que una Constitución aprobada en 2008 con apenas seis años de vigencia pueda tener problemas de normas caducas, pues es una Constitución evidentemente nueva; entonces en el caso ecuatoriano si vamos a tener latente la idea de que las mutaciones podrían devenir de errores en la interpretación o de necesidades de grupos en beneficio de sus intereses políticos.

b) Sustitución Constitucional: Este concepto ha sido construido en la jurisprudencia colombiana, en efecto se ha hecho una diferenciación entre reforma y sustitución, la primera con límites, mientras que la segunda la ha analizado a partir de un exceso en las competencias por parte del Congreso, es decir se excede en sus competencias rompiendo los límites y reformando algo que no podía reformar¹⁰⁸; es decir aquí se da una reforma textual de la Constitución, pero mediante el mecanismo de reforma que no lo permitía, ya que de hacerlo daba como resultado un exceso en las competencias de quien estaba encargado de practicarlo.

De esto último se parte ahora para hacer una diferenciación entre lo que es mutación y la sustitución, pues en efecto una primera diferencia es que en la sustitución si existe una alteración textual de la disposición, pues vamos a entender que esta se da cuando el mecanismo utilizado para la reforma sobrepasa sus límites, es decir, cuando el mecanismo utilizado es el incorrecto, pero vía ese mecanismo incorrecto se reforma la Constitución, ya sobre algo que ese mecanismo no lo permitía, pues correspondía ello a otro diferente, o simplemente cuando no se permitía esa reforma por algún mecanismo; y en nuestro caso esta sustitución si bien cumple con todo el procedimiento para el mecanismo utilizado, el problema y la patología se presenta al momento de calificación del mecanismo que procede por parte de la Corte Constitucional, es decir vuelve a pasar por manos del órgano constitucional, y precisamente por ello la sustitución siempre va a estar precedida de una mutación, pues de una u otra manera va a ser un efecto de la mutación que podría darse, sin embargo si a toda sustitución le precede una mutación, no toda mutación necesariamente

¹⁰⁸ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-551 de 2003*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett (Bogotá, 9 de julio, 2003).

implica una sustitución, y esto lo vamos a analizar en el último capítulo más adelante ya con mutaciones que se han dado en la práctica.

CAPÍTULO II

ACTIVISMO DE LA CORTE Y SUS SENTENCIAS MODULATIVAS

En el capítulo anterior se constató como el Nuevo Constitucionalismo trae consigo un implícito activismo de la Corte Constitucional, pues ya no se limita tan solo a ser un legislador negativo, sino también cumple un rol de creador de derecho.

Esta función la desempeña mediante la creación de jurisprudencia, que ya no va a ser solo de constitucionalidad o inconstitucionalidad sino que pueden desenvolverse entre estos extremos como es la modulación de las sentencias.

Todo se debe a que este Nuevo Constitucionalismo otorga las herramientas a la Corte Constitucional para que haga prevalecer la Constitución con sus principios y derechos, con el único límite de que esas herramientas siempre deben estar envueltas de un método jurídico, es decir, los mecanismos que se utilicen para hacer prevalecer la Constitución siempre tienen que ser contemplados por el ordenamiento jurídico.

De ahí que el órgano constitucional puede llegar a intervenir en leyes, y para ello tendrían fuertes argumentos que seguidamente veremos.

2.1 INCONSTITUCIONALIDAD DE ÚLTIMA RATIO

Previo a establecer una clasificación de los tipos de sentencias que puede dictar el órgano constitucional, es necesario hacer referencia a los fundamentos jurídicos que permiten a este órgano utilizar las sentencias modulativas.

Los argumentos más fuertes, sin duda, están plasmados por la doctrina, pero en el caso ecuatoriano también se desprenden del propio ordenamiento constitucional vigente y de la jurisprudencia constitucional reciente¹⁰⁹.

Se utiliza la inconstitucionalidad de última ratio en el sentido en que, la declaración de la inconstitucionalidad de una ley, debe ser el último recurso que utilice el órgano constitucional. Ello es así porque antes de declarar la inconstitucionalidad deberá comprobar que no exista ninguna posibilidad de reconocer al precepto normativo en relación armónica con los derechos constitucionales.

Esto de la última ratio sería algo más o menos parecido a la necesidad en la proporcionalidad, pues Robert Alexy al hablarnos de la fórmula de peso emplea tres subprincipios de la proporcionalidad que son: la idoneidad de la medida, la necesidad de la medida, y finalmente el de la proporcionalidad en sentido estricto, expresado en la máxima "cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"¹¹⁰. La necesidad de la medida no significa sino que esa medida sea la menos gravosa, y si hay otras medidas menos nocivas que aquella, esta ya no tendría sentido, entonces si el declarar la inconstitucionalidad de una disposición normativa sería más gravoso que el no hacerlo, es necesario buscar otra alternativa menos gravosa, que se materializa en la posibilidad de modular dicha disposición y volverla constitucional.

La inconstitucionalidad como último recurso obedece a algunos principios que se encuentran en la doctrina, en nuestro ordenamiento constitucional y en la jurisprudencia.

¹⁰⁹ Los argumentos que sustentan estas sentencias se encuentran en la doctrina, en el ordenamiento ecuatoriano, y en su jurisprudencia; y serán revisados en las próximas páginas.

¹¹⁰ Robert Alexy, "la fórmula del peso", en Miguel Carbonell (coordinador) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, 6 (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008), 15-21.

Aunque no hay una doctrina consolidada acerca de una clasificación de estos principios a los que se hace referencia, estos pueden ser deducidos de las clasificaciones dadas por los autores.

Esta necesidad en realidad nace de la insuficiencia de la simple clasificación en sentencias de inconstitucionalidad o constitucionalidad, para dar solución a los problemas de depuración del ordenamiento jurídico, pues sin duda, otros casos que se presentaban no eran solucionados con estas y requerían de otras opciones, de otros modelos de sentencias que generen efectos diferentes a las antes dichas¹¹¹.

Por lo tanto la necesidad de crear una nueva clasificación de sentencias nace en primera instancia de la necesidad práctica.

Al ser necesaria esta clasificación entonces la doctrina empieza a ir construyendo el sustento jurídico de las sentencias modulativas y en efecto tres principios esenciales empiezan a tomar fuerza: a) el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución; b) la presunción de constitucionalidad de la ley; c) y el principio de conservación y coherencia del derecho. Y estos principios relacionados entre sí ayudan a evadir el traumatismo que provocaría sacar un precepto legal del ordenamiento y crear una anomia; razón por la que la modulación de un precepto busca proteger la creación democrática de la ley, evitar que todo el trabajo realizado por el legislador al expedir la ley resulte inútil¹¹².

¹¹¹ Francisco Díaz Revorio, "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo V Juez y Sentencia Constitucional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons, 2008), 297.

¹¹² Rodrigo Escobar Gil. "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional* (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007), 245, 246, 247.

Francisco Eguiguren por ejemplo, citando a doctrina y jurisprudencia comparada, sobre todo alemana, explica el principio de interpretación conforme a la Constitución diciendo "Si dentro de los distintos y posibles sentidos de interpretación deducibles de un precepto constitucional existe alguno que (razonablemente) haga compatible con la Constitución la ley cuya constitucionalidad es objeto de evaluación, tal sentido interpretativo debe ser necesariamente el acogido por el tribunal, desestimando la inconstitucionalidad aducida"¹¹³.

El mismo autor hace referencia al principio de la última ratio al decir que, siendo una obligación por parte de los tribunales constitucionales el interpretar conforme a la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad se vuelve el recurso último solo frente a la imposibilidad de lograr correspondencia alguna de la norma con la Constitución¹¹⁴.

También habla del principio de conservación del derecho, diciendo que las sentencias manipulativas "suponen realizar esfuerzos de interpretación y adaptación de la norma legal acusada de inconstitucionalidad para buscar hacerla compatible con la Constitución, salvando así la vigencia de la ley pero también su subordinación y conformidad con el texto constitucional"¹¹⁵.

De igual manera Néstor Pedro Sagüés sostiene que en las últimas décadas se han configurado este tipo de sentencias diferentes a las de constitucionalidad o inconstitucionalidad por varias razones, una de ellas por conservar en lo posible la vigencia de las normas infra constitucionales ya por cortesía constitucional o deferencia razonada

¹¹³ Francisco José Eguiguren, "Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo V Juez y Sentencia Constitucional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons, 2008), 324.

¹¹⁴ *Ibíd.* 324.

¹¹⁵ *Ibíd.* 325.

con el creador de dichas normas, de manera preferente el legislador, para evitar vacíos normativos de un alto costo social y jurídico en virtud de que sus efectos son generales y podrían afectar a toda una comunidad¹¹⁶.

Todo ello permite afirmar que el actuar del órgano constitucional con las sentencias interpretativas y modulativas, se ve fundamentado en varias razones, entre las principales están la necesidad práctica de actuar con ellas, además su nuevo rol de interpretar conforme a la Constitución más el principio de conservación del derecho que dan coherencia al ordenamiento jurídico, y por ello el declarar la inconstitucionalidad solo de ultima ratio.

El ordenamiento jurídico del Ecuador al parecer ha ido un paso adelante al recoger estos principios de manera muy clara en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuerpo que es la ley procesal de la Constitución y que basada en los parámetros que ésta le ha dado, ha recogido dichos principios, y al hablar del control abstracto de constitucionalidad, en su artículo 76, basándose en los principios generales del control de constitucionalidad previstos en la Constitución, en la jurisprudencia y en la doctrina.

¹¹⁶ Néstor Pedro Sagüés, "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico", en Dunia Martínez Molina (editora) *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 114. Fabián Soto Cordero igualmente refiere a que la sentencia manipulativa tiene el objeto de no crear un vacío legislativo cuando la disposición que es impugnada padece de inconstitucionalidad, razón por la cual, el órgano constitucional no expulsa la disposición del ordenamiento, si luego de ser modulada o manipulada se logra correspondencia con la Constitución, y así evita generar una mayor inconstitucionalidad de la ya existente; y con ello conserva el derecho creado por el legislador, y cumple su rol de interpretar conforme a la Constitución. en Fabián Soto Cordero, *Sentencias constitucionales: tipos y efectos*", en Juan Montaña Pinto (editor) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 3, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 215.

En primer lugar el citado artículo hace referencia al principio del control integral, como aquel por el que la disposición impugnada debe ser confrontada con todas las normas constitucionales, incluso así no hayan sido invocadas por el demandante¹¹⁷.

Establece también el principio de presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas en conjunto con el *in dubio pro legislatore*, por el cual estas se presumen constitucionales, y que en el caso de existir duda sobre la constitucionalidad de una disposición no se la declarará inconstitucional¹¹⁸.

Finalmente establece los tres principios apuntados con anterioridad, es decir el principio de conservación del derecho, el de interpretación conforme a la Constitución y el de la declaración de inconstitucionalidad como última ratio.

El principio de conservación del derecho lo establece al incorporar el principio de la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico, según el cual todo análisis o examen de constitucionalidad de las disposiciones debe estar orientado a la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico¹¹⁹.

Luego hace referencia explícita al principio de interpretación conforme en su duplicidad de acepciones. La primera que cuando de la disposición impugnada se desprenda una norma compatible con la Constitución, se establecerá dicha interpretación como obligatoria y no se declarará su inconstitucionalidad. La segunda que cuando una parte de la disposición jurídica sea inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda la disposición sino solo de la parte afectada mientras la otra quedará vigente¹²⁰.

¹¹⁷ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro oficial Nro. 52 (22 de octubre de 2009), Artículo 76, numeral 1.

¹¹⁸ *Ibíd.* numeral 2 y 3.

¹¹⁹ *Ibíd.* numeral 4.

¹²⁰ *Ibíd.* numeral 5.

Por último también establece el principio de la inconstitucionalidad como última ratio, al decir que la declaratoria de inconstitucionalidad debe ser el último recurso, solo debe ser declarada cuando sea imposible, por vía interpretativa, establecer una compatibilidad con la Constitución¹²¹.

De todo ello se deduce que los principios que permiten el pronunciamiento de este tipo de sentencias por parte del órgano constitucional vienen legitimados desde el propio derecho, pues el creador de la Ley antes mencionada es el propio legislador, es decir, que este ha estado de acuerdo en que se haga todo lo posible para acoplar el ordenamiento infra constitucional a los postulados constitucionales.

Ello implica el reconocimiento a la Corte Constitucional en la potestad de modular disposiciones legales cuando jurídicamente sea necesario, pues el objetivo es lograr la correspondencia de la ley con la Constitución.

En lo que concierne a la jurisprudencia, el tercer capítulo de este trabajo se dedicará exclusivamente al estudio empírico de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en éste contexto.

En definitiva, estos principios han sido los que han permitido que este tipo de sentencias sean necesariamente manejadas por el órgano constitucional, y se han generalizado, pues los textos doctrinarios que refieren a ello siempre los reproducen, la jurisprudencia sobre el tema se basa en ello, y ciertos ordenamientos jurídicos, como en Ecuador, los han positivizado.

De los principios analizados se puede deducir que la modulación debe utilizarse solo en aquella normativa infra constitucional precisamente para darle correspondencia con

¹²¹ *Ibíd.* numeral 6.

la Constitución; el órgano constitucional, en sentido estricto, no puede modular disposiciones constitucionales, en vista de que estas son su límite.

Dos situaciones que jurídicamente si son inválidas, y que en último capítulo se observarán de mejor manera serían: a) no modular una disposición contraria a la Constitución y dejarla sobrevivir en el ordenamiento, es decir, permitir que esa disposición se ponga por encima de la Constitución, dicho en otras palabras, cuando la Constitución dice *xx* y la ley dice *xy* lo correcto sería modular la ley a *xx* para que exista correspondencia, pero el declararla constitucional en *xy* es decir que eso es constitucional, y al ser resultado de interpretación de la Corte significa que *xx* ha pasado a ser *xy*, dicho de otra manera se ha reformado la Constitución; b) o modular innecesariamente una disposición para contrariar la Constitución y hacerla sobrevivir con aparente disfraz constitucional, similar a lo anterior solo que aquí ley y Constitución dicen *xx*, pero la Corte convierte a la ley en *xy* y con ello también lo hace sobre la Constitución y la reforma generando así una mutación¹²².

Una vez con los postulados que dan vida a este tipo de sentencias, pasamos a ver su clasificación, misma que ha sido construida por la doctrina en función del actuar de los órganos constitucionales observando los diferentes tipos de sentencias que han sido emitidos por estos.

2.2 LA CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL NUEVO

ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

¹²² Este concepto fue referido en la parte final del primer capítulo de este trabajo.

Es necesario comprender entonces que la Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, en su papel de intérprete máximo de la Constitución, y en su rol de conservador del derecho, y la declaración de inconstitucionalidad como recurso último en función de interpretar todo lo infra constitucional conforme a la Constitución, ha dejado de tener la simple función de él legislador negativo que concibió Kelsen que en el primer capítulo se hizo referencia, es decir, ya no es un simple eliminador de normas que adolezcan de inconstitucionalidad¹²³, y por lo tanto se ha dado paso a un nuevo tipo de sentencias.

La clasificación que se hará de las sentencias será a partir de las relaciones, que en estas, puedan tener entre el órgano constitucional y el legislador, determinando a partir de ello tres modelos: el de sentencias simples de admisión o rechazo de inconstitucionalidad, las sentencias unilaterales, y las sentencias bilaterales¹²⁴.

2.2.1 Sentencias simples, de admisión o rechazo de inconstitucionalidad

Aquí están las sentencias tradicionalmente emitidas por los órganos constitucionales en su rol de legisladores negativos. Estarían solo los dos tipos básicos de sentencias dictados, sobre todo¹²⁵, en la resolución de recursos de inconstitucionalidad, es

¹²³ Sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo concebido por Kelsen se puede consultar Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, (Madrid: Tecnos, 1995).

¹²⁴ Estos términos utiliza Eliseo Aja y Markus Gonzales Beilfuss, en "Conclusiones Generales", en Eliseo Aja (editor) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998), 275 y ss.

¹²⁵ Digo sobre todo, ya que en el Ecuador la Corte Constitucional ha sido dotada de la facultad de resolver sobre normas conexas según lo dispone el numeral 3 del artículo 436 de la Constitución. Dicho de otra manera, podría resolver sobre la constitucionalidad de normas no solo en recursos de inconstitucionalidad, sino en todos aquellos en que encuentre la posible contradicción de una norma con la Constitución.

decir las sentencias estimatorias o desestimatorias¹²⁶, dicho de otra manera aquí se encuentran las sentencias que dan lugar a la inconstitucionalidad de una disposición, o aquellas que la rechazan.

En Colombia se las ha llamado sentencias de exequibilidad simple, y las de pura inexequibilidad¹²⁷, lo que en Ecuador serían las de constitucionalidad simple y las de pura inconstitucionalidad. Las primeras serían entonces las de rechazo de la inconstitucionalidad, o desestimatorias del recurso, que no trae consigo una declaración positiva de constitucionalidad razón por la que la ley puede ser cuestionada nuevamente siempre y cuando se aleguen razones distintas de inconstitucionalidad¹²⁸. Y las sentencias de pura inconstitucionalidad, que llevarían consigo la admisión o estimación de la inconstitucionalidad, y por lo tanto tendría los efectos generales de la expulsión de la disposición jurídica del ordenamiento jurídico¹²⁹.

Estas sentencias pueden recibir también el nombre de comunes, en razón de que más que ser comunes numéricamente, son las únicas, a menudo se creen, podrían provenir de la Corte Constitucional.

Estas sentencias no se analizarán a fondo en razón de no tener mayor relevancia para el presente estudio, sin que ello quiera decir, que carecen de gran importancia en el mundo jurídico.

¹²⁶ Francisco Díaz Revorio, "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español", 298.

¹²⁷ Rodrigo Escobar Gil. "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional" en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 236.

¹²⁸ Eliseo Aja y Markus González Beilfuss, "Conclusiones Generales", en Eliseo Aja (editor) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998), 275, 276.

¹²⁹ *Ibíd.* 276.

Previo a continuar con el estudio de las otras sentencias, es necesario profundizar acerca de la diferenciación entre enunciado normativo, o precepto legal, o disposición legal, y norma. Por enunciado, precepto, o disposición vamos a entender la literalidad, la parte textual, lo escrito; y por norma se entenderá los significados que se puedan desprender de dicha literalidad, las interpretaciones posibles.¹³⁰

2.2.2 Sentencias Unilaterales

Estamos frente a sentencias intermedias¹³¹ unilaterales cuando el propio órgano constitucional hace frente directamente al problema de inconstitucionalidad de la ley, y por ende es el que da una respuesta directa a través de su sentencia, sin que le sea necesario acudir al legislador¹³², son aquellas "que modifican algún elemento de la ley, resolviendo por sí mismas la inconstitucionalidad"¹³³.

Cuando para la solución del problema de inconstitucionalidad, el órgano constitucional vincula al legislador, estamos frente a sentencias intermedias de tipo

¹³⁰ Este tema brevemente refiere Luis Prieto Sanchís al hablar de la diferencia entre enunciados y normas, en: Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho* (Madrid: Editorial Trolta S.A., 2005), 50, 51, de igual manera la diferencia entre la disposición textual y la norma podemos consultar Francisco Javier Ezquiaga, "La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional", (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 22 y ss.

¹³¹ La referencia a sentencias intermedias se debe a que se trata de sentencias que están ubicadas en medio de los dos extremos, es decir de las sentencias de constitucionalidad simple o de pura inconstitucionalidad; esto puede ser consultado en Rodrigo Escobar Gil. "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 236, 237.

¹³² Rodrigo Escobar Gil. "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional" en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 240.

¹³³ Eliseo Aja y Markus González Beilfuss, "Conclusiones Generales", en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, 276.

bilateral¹³⁴, aquellas "que llaman a la colaboración del legislador para solucionar la inconstitucionalidad de la ley"¹³⁵.

A los dos modelos de sentencias, bilaterales y unilaterales se las ha llamado también sentencias modulativas en virtud de que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se ha manejado el término *modular* para hacer referencia a situaciones en las que los jueces constitucionales, en razón de circunstancias excepcionales, diferentes a las tradicionales, esto refiriéndonos a las sentencias comunes de las que se habló antes, daría lugar a situaciones contraproducentes¹³⁶.

Estas sentencias unilaterales a su vez podemos dividir las en primer lugar en sentencias interpretativas, y en segundo las sentencias manipulativas.

2.2.2.1 Sentencias Interpretativas

El problema que se presenta es cuando unos significados se muestran exequibles y otros no, es decir vamos a tener unas lecturas constitucionales y otras inconstitucionales del mismo precepto, entonces aquí la Corte Constitucional debe enfrentar las dos situaciones, o mantiene la disposición con esos significados, o la aparta completamente del ordenamiento jurídico¹³⁷.

Ello implica entonces que los extremos de solución, es decir la simple constitucionalidad o inconstitucionalidad pura, no brindan la solución a estos problemas, y

¹³⁴ Rodrigo Escobar Gil. "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 241.

¹³⁵ Eliseo Aja y Markus Gonzáles Beilfuss, "Conclusiones Generales", en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, 279.

¹³⁶ Rodrigo Escobar Gil. "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 236.

¹³⁷ Francisco Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", en *La forma del poder* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 483.

que la Corte Constitucional debe dar una solución distinta a los precitados extremos, y justamente esta consiste en que "la Corte neutraliza la parte insana del contenido normativo y garantiza la continuidad del precepto en el ordenamiento, pero en armonía con la parte sana de su contenido normativo"¹³⁸, es decir, desecha el significado contrario a la integridad de la Constitución que puedan desprenderse del precepto y los elimina del ordenamiento, mientras que conserva todo lo sano, lo constitucional.

Las sentencias interpretativas pueden ser de dos tipos, la sentencias interpretativas admisorias o de aceptación del cuestionamiento de inconstitucionalidad, y las sentencias interpretativas desestimatorias o de rechazo del planteamiento de inconstitucionalidad¹³⁹.

a) Sentencias interpretativas admisorias:

Esta sentencia declara la inconstitucionalidad de una determinada norma, es decir del resultado de la interpretación de un precepto, mas no de su texto ya que este no contraría los principios y valores constitucionales, sino la que lo hace es la norma que de dicho precepto se desprende en un caso determinado, por lo tanto se declara la inconstitucionalidad de esa interpretación¹⁴⁰; "es la que condena a una determinada interpretación"¹⁴¹.

Un ejemplo de cómo el órgano constitucional se pronunciaría sería de la siguiente manera:

¹³⁸ Rodrigo Escobar Gil, "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. p. 243.

¹³⁹ Esta nomenclatura ha sido extraída de Néstor Pedro Sagüés, "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico", en Dunia Martínez Molina (editora) *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 117.

¹⁴⁰ Augusto Martín de la Vega, *La Sentencia Constitucional en Italia*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), 164.

¹⁴¹ Néstor Pedro Sagüés, "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico", en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, 117.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional [...] Ha decidido:

Declarar inconstitucional el art. 509 del Código Penal en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito.¹⁴²

b) sentencias interpretativas desestimatorias:

En este tipo de sentencias interpretativas el cuestionamiento de inconstitucionalidad es desestimado, pero establecen una determinada interpretación del precepto de conformidad con la Constitución¹⁴³, evidentemente cumpliendo con el principio de interpretación conforme; dicho de otra manera, se dice que no es inconstitucional el precepto si se lo interpreta obligatoriamente de tal o cual manera.

Un ejemplo sería este:

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional [...] Ha decidido:

a) Declarar que el inciso final de su art. 12.2 «o si está amparada legalmente», sólo es constitucional interpretado en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el art. 417 bis del Código Penal, texto refundido, aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.¹⁴⁴

Otro ejemplo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo [...] RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES, en los términos señalados en los fundamentos jurídicos No 15, 16 y 17 de esta sentencia, los artículos 38 y 39 de la Ley 136 de 1994.¹⁴⁵

¹⁴² España, Tribunal Constitucional, *STC 105/1988* (8 de junio de 1998), fallo.

¹⁴³ Augusto Martín de la Vega, *La Sentencia Constitucional en Italia*, 101.

¹⁴⁴ España, Tribunal Constitucional, *STC 116/1999* (17 del junio), apartado 2, literal a.

¹⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-405 de 1998*.

2.2.2.2 Sentencias Manipulativas

La denominación de manipulativa ha sido bastante empleada por la doctrina sobre todo italiana, y en efecto su nombre ha sido tomado precisamente de ella¹⁴⁶, este tipo de sentencias se caracterizan por desenvolverse entre dos operaciones, una ablativa y otra reconstructiva¹⁴⁷.

Mientras las sentencias interpretativas permiten la interpretación de un precepto legal conforme a la Constitución, las sentencias manipulativas no, y precisamente ahí su diferencia; pues aunque el precepto legal no permita una interpretación conforme a la Constitución ya en parte o en todo, se considera perjudicial eliminarlo del ordenamiento jurídico, razón por la que en función del principio de conservación del derecho lo que se hace es adaptar el precepto a los postulados constitucionales¹⁴⁸.

De tal manera que se le da al precepto, ya en todo o en parte, un contenido normativo diferente al que poseía, manteniendo el texto "como una suerte de cáscara o estuche"¹⁴⁹; o incluso, para lograr tal correspondencia con la Constitución, manipulando no solo el contenido normativo, sino el texto del precepto legal¹⁵⁰.

¹⁴⁶ La denominación "manipulativa" ha sido tomada de Roberto Romboli, "ITALIA", en Eliseo Aja (editor) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998), 114, de igual manera refiere como manipulativas en Francisco Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", en *La forma del poder* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 522, 523.

¹⁴⁷ Francisco José Eguiguren, "Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo V Juez y Sentencia Constitucional*, 339.

¹⁴⁸ Fabián Soto Cordero, "Sentencias constitucionales: tipos y efectos", en Juan Montañón Pinto (editor) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 3, 215.

¹⁴⁹ Néstor Pedro Sagüés, "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico", en Dunia Martínez Molina, (edit.) *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, 119.

¹⁵⁰ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el Derecho*, (Lima: Palestra Editores, 2005), 290.

Lo que hay que tener presente, y que vimos en el capítulo anterior al hablar de la legitimidad de la Corte, es que no se está creando una nueva norma o disposición legislativa mediante estas sentencias, sino se está actuando sobre un precepto determinado ya existente en el ordenamiento jurídico, y esto la Corte lo hace en base a un actuar jurídico buscando dar coherencia a dicho precepto con la Constitución, y en absoluto invadiendo la amplia libertad política del legislador para configurar una reserva de ley. En palabras de Romboli: "Es decir, la Corte Constitucional no crea libremente al igual que el legislador, sino que extrae una norma ya presente en el ordenamiento [...]"¹⁵¹

Estas sentencias pueden a su vez ser de tres tipos: sustractivas, aquellas que reducen algo; aditivas, las que añaden algo a la disposición; y sustitutivas, aquellas que sustituyen a la disposición¹⁵², y que a continuación pasamos a verlas.

a) Sentencias Aditivas:

Llamadas también integradoras por la Corte Constitucional colombiana¹⁵³, son emitidas cuando el órgano constitucional se encuentra con un precepto legal que considera incompleto, se trata de una omisión legislativa de carácter relativo¹⁵⁴, y al ser de carácter relativo entonces la entendemos subsanable, pero obviamente por tratarse de materia constitucional, por el máximo y definitivo interprete de la Constitución, la Corte Constitucional.

¹⁵¹ Roberto Romboli, "ITALIA", en Eliseo Aja (editor) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, (Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998), 115.

¹⁵² Fabián Soto Cordero, Sentencias constitucionales: tipos y efectos", en Juan Montaña Pinto (editor) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 3, 215.

¹⁵³ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-109/95*.

¹⁵⁴ Rodrigo Escobar Gil, "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 248, tomado de Angela Figueruelo Burrieza, "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 81, p. 65 y ss.

Aquí sucede todo lo contrario en cuanto a las sentencias interpretativas, pues no se trata de neutralizar determinados significados que adolecen de inconstitucionalidad, sino se trata de neutralizar la norma implícita de exclusión¹⁵⁵ de determinado significado que no ha tomado en cuenta el legislador, y completarlo, para que se lo entienda incluido en el precepto; pues el juez siempre hará valer, en relación con la Constitución, la ley, interpretando esta última, incluso completándola¹⁵⁶.

En definitiva la sentencia aditiva es aquella que con el objetivo de tornar constitucional un precepto legal, le añade algo; cubriendo en ciertos casos un vacío legal y en otros incluyendo a alguien que ha sido excluido de manera inconstitucional de algún beneficio o situación legal¹⁵⁷. Incluso esa adición o añadidura, que se hace luego de declarar inconstitucional la norma implícita de exclusión, podría ser textual tal como se ha aceptado por el Tribunal Constitucional de Perú al decir "En ese contexto procede a "añadir" algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional."¹⁵⁸

Como podemos darnos cuenta aquí claramente se evidencia más una operación reconstructiva al momento de añadir, sin embargo la operación ablativa está presente de manera ambigua al momento de expulsar la norma implícita de exclusión.

Los fundamentos de estas sentencias son en primer lugar el carácter normativo de la Constitución, ya que el órgano constitucional debe hacer prevalecer ese carácter en función de la supremacía de la carta y por ende incorporar al ordenamiento legal los mandatos de la

¹⁵⁵ Rodrigo Escobar Gil, "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 249.

¹⁵⁶ Claudia Storini, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009), 298.

¹⁵⁷ Néstor Pedro Sagués, "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico", en Dunia Martínez Molina (editora) *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, 120.

¹⁵⁸ Perú, Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP. N° 004-2004-CC/TC*, literal A, numeral 3.3.2, disponible en Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>

Constitución¹⁵⁹; en segundo lugar estaría la efectividad de los derechos y principios constitucionales; y finalmente la función jurisdiccional que cumple la Corte Constitucional¹⁶⁰; además de los principios que sustentan la tipología de sentencias que venimos viendo como el de conservación del derecho, interpretación conforme, etc.

En Ecuador se da un gran avance respecto de estas sentencias, pues no solo que se han positivizado los principios que las sustentan como vimos antes, sino que constitucionalmente se ha consagrado la inconstitucionalidad por omisión; y se ha dispuesto que la Corte Constitucional en el caso de encontrar que, no solamente el legislador, sino cualquier institución del Estado o autoridad pública incurra en una omisión al no observar mandatos constitucionales de forma total o parcial en el plazo dado en la Constitución o el que ésta considere razonable, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido¹⁶¹.

Es decir que con el afán de dar aplicación a los postulados constitucionales, el constituyente dio incluso la facultad a la Corte Constitucional de suplir las omisiones del legislador y todo quien cree actos normativos, es decir una facultad mucho mayor que tan solo modular leyes; y todo esto en función de la supremacía de la Constitución, pues esta es norma jurídica y por lo tanto sus reglas, principios y derechos tienen que efectivizarse.

Un ejemplo de este tipo de sentencias sería en un caso en el que la Corte Constitucional colombiana determinó que las sanciones previstas en la ley tributaria, por la declaraciones hechas por los contribuyentes a destiempo, eran constitucionales si se

¹⁵⁹ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-109 de 1995*, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-109-95.htm>

¹⁶⁰ Franklin Moreno Millán, *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*, (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 65.

¹⁶¹ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, Artículo 437, numeral 10.

permitía que el contribuyente probará que el motivo de su retraso no le era imputable, sino se dio por fuerza mayor o caso fortuito; y para que se entienda mejor esto dijo la Corte:

[...]en aras de dar aplicación al principio de interpretación constitucional de concordancia práctica de las normas superiores, este fallo debe precisar el sentido conforme a la Carta de las normas demandadas pues, por las razones largamente expuestas en esta sentencia, la Corte considera que es inconstitucional la ausencia de consagración positiva de la fuerza mayor como causal que justifique la presentación de declaraciones extemporáneas, o en otros lugares, o por representantes, de aquellos contribuyentes que por circunstancias ajenas a la culpa no han podido cumplir personalmente la obligación de declarar. La Corte considera que en este caso la única decisión razonable a ser tomada es formular una sentencia integradora que permita subsanar la inconstitucionalidad de la actual regulación pues, conforme a los principios del debido procesos y de justicia tributaria, es deber de las autoridades administrativas y judiciales permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es imputable, por ser consecuencia de hechos ajenos a su voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor. En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad de esta norma pero en el entendido que ella debe ser interpretada tomando en consideración las situaciones concretas de caso fortuito o fuerza mayor que puedan exculpar al contribuyente que no ha presentado la declaración tributaria en las condiciones señaladas por la ley.¹⁶²

b) Sentencias Sustractivas:

Llamadas también sentencias reductoras, son aquellas que señalan a una parte del texto del precepto legal como contrario a la Constitución, ya sean estas palabras o frases, y estas generan un vicio de inconstitucionalidad, por lo que es necesario suprimirlas¹⁶³.

En este tipo de sentencias la supresión es textual, porque si la supresión es normativa estamos frente a una sentencia interpretativa.

Dicho de otra manera "elimina un tramo de la norma subconstitucional, también para amalgamarla con la Constitución. Por ejemplo, si se borra una prohibición, una exclusión o un tope que la incompatibiliza con la ley suprema"¹⁶⁴.

¹⁶² Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-690 de 1996*.

¹⁶³ Perú, Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP. N° 004-2004-CC/TC*, literal A, numeral 3.3.1, disponible en Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>

¹⁶⁴ Néstor Pedro Sagüés, "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico", en Dunia Martínez Molina (editora) *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, 121.

Aquí la operación más evidente en cambio es la ablativa, la reductora, en que se expulsa determinada parte del texto o de la norma, la operación reconstructiva, aunque de manera muy débil, se muestra al momento de que el precepto o la norma han cambiado.

Un ejemplo de este tipo de sentencias sería:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional [...] Ha decidido:

1º Declarar la inconstitucionalidad del art. 45.1, en su redacción inicial, de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en la medida en que resulta aplicable a los precios públicos exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria[...] ¹⁶⁵

Otro ejemplo más claro en cuanto a la reducción textual sería este:

4. En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República, se resuelve mediante inconstitucionalidad reductora la expulsión del ordenamiento jurídico de la palabra "constitucionales" que constan en el artículo 3 literal e) u el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. ¹⁶⁶

c) Sentencias Sustitutivas:

Este tipo de sentencias, ven su objetivación cuando el órgano constitucional se encuentra frente a un precepto legal cuya constitucionalidad ha sido cuestionada al momento de su aplicación, situación en la que el juez constitucional se da cuenta que el legislador debió haber previsto otra situación con ese precepto, diferente a la prevista, es decir "el legislador ha previsto una cosa y constitucionalmente ha debido prever otra" ¹⁶⁷.

¹⁶⁵ España, Tribunal Constitucional, *SENTENCIA 233/1999* (16 de diciembre, 1999), apartado 1 del fallo.

¹⁶⁶ Ecuador, Corte Constitucional, *SENTENCIA N° 002-09-SAN-CC* (02 de abril de 2009), apartado 4 del fallo.

¹⁶⁷ Rodrigo Escobar Gil, "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 251, 252, tomado de: Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, II Mulino, 1988, p. 299

En este caso el vacío o anomia no se produce por el legislador que ha creado el precepto, sino por el órgano constitucional, que al neutralizar la norma inconstitucional crea un vacío, pero inmediatamente subsana el mismo; es decir declara la inconstitucionalidad de la norma, pero la sustituye por otra.

Es por ello que se pueden observar las dos operaciones, una ablativa que filtra la inconstitucionalidad de la norma, la elimina, y otra reconstructiva que llena el vacío dejado, reconstruye la norma pero ahora si enmarcada en la Constitución¹⁶⁸; vendrían a ser una mezcla entonces de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad , y una sentencia aditiva o integradora¹⁶⁹.

De igual manera por ejemplo el Tribunal Constitucional de Perú ha optado porque esa sustitución sea incluso literal y no solo normativa al decir que se dispone una modificación en una parte literal de la ley, pero aclarando que la parte sustituyente es una norma que ya existe en el ordenamiento jurídico¹⁷⁰, y que precisamente podríamos decir se desprende de la Constitución.

Un ejemplo sería:

2. En ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, se declara la inconstitucionalidad sustitutiva de la frase "la Presidenta o Presidente de la asamblea Nacional ordenará si publicación en el

¹⁶⁸ Roberto Romboli, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 48, 1996, 65.

¹⁶⁹ Humberto Nogueira Alcalá, "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en la América del Sur", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2, (México: Editorial Porrúa, 2004), 347.

¹⁷⁰ Perú, Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP. N° 004-2004-CC/TC*, literal A, numeral 3.3.3, disponible en Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>

Registro Oficial", la que deberá ser sustituida por "éste deberá ser tramitado conforme lo prescrito en los Arts. 63 al 65 de esta Ley".¹⁷¹

2.2.3 Sentencias Bilaterales

Son aquellas sentencias en las que el órgano constitucional no repara la inconstitucionalidad de la ley de manera directa, es decir por sí solo, sino que necesita de otro órgano para ello, en este caso del legislativo, justificadamente de ahí la denominación de bilateral, diferente de unilateral.

Entonces en nuestro caso la Corte Constitucional invita al legislador a modificar la norma para sanarla del vicio de inconstitucionalidad; y este modelo de decisiones a su vez puede ser de dos tipos, los exhortos o sentencias exhortativas, y las sentencias de exequibilidad diferida.

a) Sentencias Exhortativas:

Son recomendaciones que el órgano constitucional hace al legislativo, y que "no constituyen exigencias ni mandatos para que este legisle con arreglo a ellos para no caer en inconstitucionalidad"¹⁷², pues al decir de Francisco Tomás y Valiente "son observaciones no vinculantes de inmediato tendentes a orientar al legislador en una determinada dirección, incluso, a impulsarle a que siga la orientación indicada"¹⁷³.

b) Sentencias de exequibilidad diferida:

Son aquellas en las que el órgano constitucional no declara inmediatamente la inexecutable de la norma, sino que le concede un periodo de tiempo al legislativo para

¹⁷¹ Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N° 009-13-SIN-CC* (14 de agosto de 2013).

¹⁷² Rodrigo Escobar Gil, "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 255.

¹⁷³ Francisco Tomás y Valiente, *Escritos Sobre y Desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 103.

que regule al respecto, y mientras tanto el precepto legal sobrevive en el ordenamiento jurídico, pero con la condición de que, de no hacerlo en ese periodo de tiempo, el mentado precepto pasará a ser allí sí, inexequible¹⁷⁴.

Finalizando este capítulo, solo cabe reiterar, que ahora las Cortes Constitucionales han sido ampliadas en sus facultades, y entre ellas está el modular preceptos infra constitucionales de manera unilateral, o pudiendo incluso manifestar la manera en que el legislador debe proceder a crear determinada normativa para no caer en el vicio de inconstitucionalidad, facultades que vienen dadas en los propios textos constitucionales como en el caso ecuatoriano. Bastante claro ha sido el Profesor López Guerra sobre esto, pues manifiesta:

Los Tribunales Constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) "legisladores negativos", para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria, en mayor medida aún que otros Tribunales. Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la ley como "expresión de la voluntad popular") ello representaría una separación del principio democrático, ya que los Tribunales Constitucionales no se limitan, como los Tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad.¹⁷⁵

Una vez comprendidas las facultades de las Cortes Constitucionales, y los diferentes tipos de sentencias que pueden utilizar para efectivizarlas, es necesario resolver el problema que se presenta respecto de la validez de los preceptos legales modulados.

¹⁷⁴ Rodrigo Escobar Gil, "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 257.

¹⁷⁵ Esta cita la hace Arce Gómez Celín. La Sala Constitucional Como Legislador Positivo, Tesis de Graduación de Doctor en Derecho (Universidad Estatal a Distancia Vicerrectoría Académica Sistema de Estudios de Posgrado, San José, Costa Rica, 2007), 26.

2.3 LA VALIDEZ DE LAS NORMAS EN LAS SENTENCIAS MODULATIVAS

El problema se lo ha centrado desde el punto de vista de la validez formal y material de las normas, pues es cierto que las normas creadas por el legislador, que es el legitimado democráticamente para ello, tienen que cumplir con una serie de requisitos de carácter formal y material para entrar en un ordenamiento jurídico como normas válidas, sin embargo ¿qué sucede cuando la Corte Constitucional en lugar de declarar una norma constitucional o inconstitucional, pasa a modular sus sentencias, y con ello a cambiar el sentido de las normas creadas por el legislador?, es decir prácticamente crear una norma nueva sin que esta haya pasado o haya cumplido los requisitos de validez de la norma, y el órgano que la crea sin estar legitimado democráticamente para ello, este problema por un lado.

Pero por otro lado el problema es que, si la Corte al no modular sus sentencias y regirse únicamente por los criterios de constitucionalidad o inconstitucionalidad, lo que puede generar es una laguna o anomia innecesaria en el ordenamiento jurídico, o dicho de otra manera el declarar la inconstitucionalidad de esa norma resulta ser más grave para la coherencia del sistema jurídico que el dejarla sobrevivir en el mismo, por lo que la Corte ha optado por manipular el precepto o norma para de una u otra manera salvaguardar principio de coherencia del derecho, pero sobre todo dar correspondencia al ordenamiento jurídico con la Constitución.

La problemática planteada desde ese punto de vista requiere un cierto análisis, puesto que lo que se pretende demostrar es que en derecho no existen necesariamente

absolutos¹⁷⁶, todo tiene sus excepciones, y este caso se lo podría enmarcar dentro de esa premisa, y simplemente verificar una vez más, de tantas, que en el derecho no todo puede ser o estar dicho de manera predeterminada.

2.3.1 Requisitos de validez de las normas

Para el análisis ejemplificativo que brevemente se hará más adelante con una sentencia modulativa, es necesario igualmente que el lector recuerde claramente los requisitos de validez de las normas, para ello de gran ayuda será sin duda la doctrina de Norberto Bobbio y de Luis Prieto Sanchís quienes nos ponen de manifiesto dichos requisitos, y que a continuación se describen rápidamente.

La validez equivale a la existencia de la norma, pero como norma jurídica, y para ello es necesario que cumpla ciertos requisitos, estos pueden ser varios, y de acuerdo al autor tener diferentes clasificaciones, así según Norberto Bobbio los requisitos esencialmente son: a) legitimidad de la autoridad que la promulga; b) que la norma no haya sido derogada; c) que la norma no sea incompatible con otras normas jerárquicamente superiores¹⁷⁷.

Prieto Sanchís, si bien de una u otra manera refiere a lo mismo, desarrolla de manera un poco más minuciosa estos requisitos o condiciones como él los llama, pues dice que hay condiciones de validez que deben observarse independientemente de si esas normas son eficaces, es decir se cumplen o no, o si son justas, y que estas se subdividen en

¹⁷⁶ "En derecho no hay absolutos", es la frase que el profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Cuenca, Kaiser Machuca, constantemente resonaba en sus clases, y que evidentemente ha quedado en las mentes de todos quienes hemos pasado por las aulas en las que impartía su cátedra.

¹⁷⁷ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999), 21.

condiciones formales-referentes a la forma-, y materiales- referentes al objeto mismo, es decir lo que se manda, permite o prohíbe-.

Las condiciones formales las vuelve a subdividir en tres: a) de competencia formal, es decir, la norma haya sido creada por el órgano competente; b) de procedimiento, es decir, que se haya observado el procedimiento de creación para ese tipo de normas; c) de competencia material, que la norma se refiera al campo de regulación para el que fue creada, o sea que actué solo dentro de su campo autorizado.

Respecto a la condición material de la que habla se refiere a que estas no sean contradictorias con la norma superior, y que resulta más fácil probar las primeras ya que esta última implica una fuerte labor interpretativa. Existen dos criterios que según Kelsen pueden ser: *el dinámico*, por el cual la norma es válida por cumplir con las condiciones de validez formal independientemente de su contenido; y *el estático*, que se refiere a que la norma es válida cuando su contenido, es decir, lo que manda, prohíbe, permite, no se contradice con la norma superior¹⁷⁸.

2.3.2 Las sentencias modulativas y el problema de la validez de las normas

En esta parte se busca primeramente, de acuerdo a la tipología de sentencias analizadas anteriormente, observar como en cada una de ellas, o bien se modifica la parte normativa del precepto, o la parte textual del mismo, y posterior tomar una sentencia de este tipo y plantear la problemática de manera más clara.

¹⁷⁸ Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho* (Madrid: Editorial Trolta S.A., 2005), 75-78.

En el caso de las sentencias interpretativas lo que sucede es que la Corte Constitucional no toca la parte textual del precepto, pero al existir varias interpretaciones de este, anula las inconstitucionales y rescata las constitucionales, es decir, su intervención es de carácter normativo, sin embargo aquí no se da mayor problema, pues el texto se conserva, y con la interpretación que se hace se busca precisamente rescatar la validez material de ese precepto y darle correspondencia con la norma superior que es la Constitución, por lo tanto condiciones de validez formal y material han sido observadas.

Pero el problema se presenta de manera más radical en las sentencias aditivas, sustitutivas, y sustractivas, sobre todo en estas últimas en que la modificación claramente es de carácter textual.

El problema está en que en la aditiva ya se agrega contenido normativo que no ha previsto el legislador, en la sustitutiva se sustituye justamente el contenido normativo que ha previsto el legislador, es que sucede que reguló algo pero que debió regular otra cosa; y finalmente en las sustractivas el texto del precepto contiene palabras o frases que son inconstitucionales, es decir violan la condición de validez material.

Es aquí que se presenta el problema, pues sobre todo en estos tres últimos casos la Corte Constitucional está creando una nueva norma, y también un nuevo precepto, mismos que no han cumplido con los requisitos de validez para su existencia como norma legal, y precisamente digo eso porque la Corte Constitucional se está apartando absolutamente de lo que quiso el legislador; crea una nueva norma, y ahora cabe analizar si esta nueva norma cumple o no los requisitos de validez.

De los requisitos planteados por Bobbio en realidad solo atentaría contra aquel que requiere legitimidad del órgano que la crea, y al respecto en el primer capítulo de esta tesis claramente quedó justificada que la legitimidad del órgano constitucional es jurídica.

Al cuadrar la nueva norma con las condiciones de Prieto Sanchís nos vamos a encontrar con muchos problemas, pues viola las condiciones formales de validez, como no haber sido promulgada por el órgano legitimado para ello, no ha atravesado por el procedimiento de creación, por ejemplo no ha sido sometida a debates, pero ya no se aleja en cambio de las condiciones de validez material; en función de aquello se estaría apartando de ciertos requisitos de validez por lo que alguien podría decir que esa norma es inválida, sin embargo la cuestión no es tan fácil.

La sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, es una sentencia que resuelve muchos problemas respecto a los derechos de las personas discapacitadas, pero que este momento interesa como sentencia modulativa reductora que anuló o suprimió una parte textual de un precepto legal, y resolvió eliminar una palabra¹⁷⁹, en esta sentencia claramente podemos ver que un precepto es cambiado, es decir, pasa a existir uno nuevo, que si bien cumple con las condiciones materiales, es decir no contradice la norma superior, deja aparentemente de lado las condiciones de validez formales, pues en primer lugar no fue emitida por el órgano legitimado para ello, refiriendo a la legitimidad como representación, ya que nace de la Corte Constitucional, y no del órgano legislativo; en segundo lugar no ha cumplido con el procedimiento de su creación, ni siquiera se ha debatido sobre la misma; en cuanto al tercero no existe problema alguno en este caso, es decir que la norma se refiera al campo para el cual ha sido autorizada.

¹⁷⁹ Ecuador, Corte Constitucional, *SENTENCIA No. 002-09-SAN-CC*.

Entonces se podría decir que la norma que se ha modulado para volverla constitucional no es válida porque aparentemente no cumple con dichos requisitos.

Lo que hay que tener presente es que la Corte Constitucional no pretende tomar una norma inválida por no cumplir con las condiciones de validez material, eliminarla del ordenamiento jurídico, e ingenuamente crear otra norma que cumpla con las condiciones de validez material pero esta vez viole las de validez formal; esto no es así, pues si decimos que las normas resultantes de las sentencias modulativas no son válidas estamos adoptando el limitado criterio anterior.

La cuestión como ya dije no es tan sencilla pues la Corte Constitucional al actuar con sus sentencias modulativas, está basada en su legitimidad jurídica y manejándose con principios jurídicos como el de interpretación de la ley conforme a la Constitución, y el de conservación y coherencia del derecho, que precisamente lo que hace es rescatar las condiciones de validez formal de esa norma, pues la Corte Constitucional hace todo lo contrario a crear una nueva norma, más bien vuelve válida a la norma, pues rescata el trabajo del legislador, es decir toma la norma que nació perfectamente bajo los criterios de validez formal, y le añade o le suma la validez material, logra que esa norma no contradiga la Constitución, y para ello está perfectamente legitimada, no se trata de invadir los campos de actuación de la función legislativa, sino más bien se trata de lo que Rodrigo Escobar Gil llama complementariedad ¹⁸⁰.

Lo que sucede con las sentencias modulativas en primer lugar no es que crean disposiciones legislativas, sino que toman una inválida y la vuelven válida, esto por

¹⁸⁰ Rodrigo Escobar Gil, "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 263.

cuestiones de no generar anomias innecesarias en el ordenamiento jurídico, y porque lo que siempre está en juego son los derechos de las personas, y el tratamiento que merecen es urgente, pues esperar a que el mismo legislativo corrija el error podría demorar algún tiempo y esto no sería factible, por lo que estas sentencias incluso funcionarían como una garantía directa de los derechos, a más de resguardar los principios citados anteriormente.

Queda probada la premisa de que en derecho los absolutos no existen y no deben existir porque serian nocivos para los ordenamientos jurídicos, siempre van a existir situaciones excepcionales que no vayan a ser previstas, el caso de la validez de las normas en las sentencias modulativas es uno de ellos, pues si nos limitamos a aplicar formalmente esos criterios de validez la conclusión más fácil es decir que no son válidas, pero si lo que en realidad buscamos es lo mejor para los destinatarios de esas normas, lo que se observa es que con esas sentencias lo que busca la Corte Constitucional es solucionar problemas desde muchos ángulos.

El derecho no puede ser dado totalmente, el derecho lo vamos construyendo según el contexto en el que debe operar, criterios excesivamente cerrados no funcionan, tampoco podemos irnos al otro extremo, lo que hay que buscar es equilibrio.

Como dice Manuel Atienza, ahora el derecho, fundamentalmente, consiste en argumentar¹⁸¹ y esa es una tarea que nos queda a todos aun por desarrollar.

¹⁸¹ Manuel Atienza. *El derecho como argumentación* (Lima: Palestra, 2da edición, 2006). En esta obra Atienza refiere a la importancia que ha cobrado la argumentación con el advenimiento del Estado Constitucional, y el énfasis del derecho como argumentación. Un ensayo muy ilustrativo sobre el papel actual que desempeña la argumentación dentro de la justicia precisamente desde su doble perspectiva ya como espada y al mismo tiempo como escudo de la justicia, de manera muy concisa podemos consultar a Fernando Guerra, "La argumentación jurídica espada y escudo de la justicia", en *Novedades Jurídicas*, N° 94 (Guayaquil: Ediciones legales, abril 2014), 58-63.

Los derechos son el pilar básico del Estado ecuatoriano, y hay que efectivizarlos, y la Constitución ha dado a la Corte Constitucional las manos para hacerlo, los mecanismos que utilice siempre deben guardar un marco jurídico que evidentemente se evidenciará el momento de la argumentación o motivación en sus sentencias; por ello este tipo de sentencias ya no son arbitrarias, sino son necesarias para la efectivizar esos pilares constitucionales, son además un gran ejemplo de colaboración entre las diferentes funciones del Estado, específicamente entre legislativo y la Corte Constitucional que desempeña una función jurisdiccional, de una u otra manera estas sentencias son un mecanismo de comunicación entre estos, pues cuando se quieren que las cosas salgan bien se trabaja en ayuda mutua y no de manera aislada.

CAPÍTULO III

LAS SENTENCIAS MODULATIVAS EN LA REALIDAD ECUATORIANA

El presente capítulo se ocupará de la parte contextual, se enfocará exclusivamente en la realidad ecuatoriana, salvo una alusión comparada que se desarrollará en el primer punto, puesto que como se recordará, al momento de tratar los principios que sustentan jurídicamente la construcción de estas sentencias, en la parte de la jurisprudencia no se hizo referencia alguna, ya que ahora van a ser tratadas.

Además de observar cómo las cortes constitucionales han ido configurando el sustento jurídico de dichas sentencias en la jurisprudencia y sobre todo en la proveniente de la Corte Constitucional ecuatoriana, se podrá medir cuando ha modulado correctamente y si lo ha hecho dentro de un marco jurídico y mediante un método jurídico.

Para ello se ha tomado una muestra de sentencias suficientes que denoten el actuar de la Corte, y del análisis de la mismas podremos evidenciar aquellas en las que ha actuado correctamente, y en las que ha excedido sus límites, inclusive llegando a reformar informalmente su propia camisa de fuerza, es decir la Constitución.

3.1 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este punto nos corresponde abordar como la jurisprudencia ecuatoriana ha configurado el marco argumentativo en que ha sustentado este tipo de sentencias, pues la Corte Constitucional ecuatoriana ha llegado a utilizar en gran número este recurso.

Previo a ello cabe un pequeño análisis comparado respecto de la manera en que han sido edificadas estas sentencias en otros ordenamientos, por lo que seguidamente y de manera muy breve se lo hará continuación.

Para este cometido se ha tomado sentencias bastante claras sobre la temática tratada, en primer lugar veremos lo que el Tribunal Constitucional peruano ha planteado.

El Tribunal Constitucional de Perú, ha dicho que la construcción de las sentencias manipulativas e interpretativas se justifica en función de la necesidad de no generar graves efectos resultado de la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico. Ha dicho pues que tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad del tribunal; el principio de conservación de la ley y el de interpretación conforme a la Constitución¹⁸².

Respecto al principio de conservación de la ley ha dicho "Mediante este axioma se exige al juez constitucional "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado."¹⁸³, pues que la declaración de inconstitucionalidad de la ley no debe ser empleada salvo que sea imprescindible, su utilización debe ser de *ultima ratio*¹⁸⁴.

Sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución ha dicho " Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el pleno del texto

¹⁸² Perú, Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP. N° 004-2004-CC/TC*, apartado A, numeral 3.3, 4to párrafo, disponible en Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>

¹⁸³ *Ibíd.* apartado A, numeral 3.3, 5to párrafo.

¹⁸⁴ *Ibíd.* apartado A, numeral 3.3, 6to párrafo.

fundamental."¹⁸⁵; pues en realidad los vacíos que se crean pueden generar graves daños en lo venidero, el Tribunal exactamente dijo:

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los “huecos normativos” emanados de un simple fallo estimatorio. Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.¹⁸⁶

Muy acertadamente el Tribunal Constitucional peruano ha establecido estos argumentos, pues nos habla de los principios básicos que sustentan estas sentencias, pero sobre todo refiere a estos principios y a las sentencias como procedimientos, como métodos jurídicos que permiten extraer normas que implícitamente viven en el ordenamiento constitucional, y que gracias a estos procedimientos es posible volverlas objetivas.

Y de lo anterior es exactamente de donde deducimos que los órganos constitucionales no crean derecho legislativo, puesto que extraen estas normas de normas ya existentes, la Constitución, y para ello utiliza un método jurídico, en este caso la modulación de sentencias que vendría a ser un método hermenéutico de solución de problemas, mismo que es posible medirlo en la argumentación fuerte, sostenida y concreta que sobre ello realice dicho órgano.

La Corte Constitucional de Colombia, por su parte, en cambio, ha venido desarrollando y utilizando este tipo de sentencias desde hace mucho tiempo atrás, incluso cuando ni siquiera existían tribunales constitucionales europeos, la Corte Suprema de

¹⁸⁵ *Ibíd.* apartado A, numeral 3.3, 7to párrafo.

¹⁸⁶ *Ibíd.* apartado A, numeral 3.3, párrafos 12 y 13.

Justicia de Colombia en 1886 por ejemplo ya había recurrido a sentencias interpretativas¹⁸⁷.

La Corte ha dicho que la Constitución en ningún momento ha dispuesto expresamente que el órgano constitucional tiene que limitarse a determinar si una norma es constitucional y dejarla vivir en el ordenamiento, o a declararla inconstitucional y expulsarla; sino ha establecido que deberá resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad que sobre las leyes se presenten, concluyendo, por lo tanto, que corresponde al órgano resolver de la mejor manera pudiendo para ello utilizar el tipo de sentencia que mejor proteja la integridad y supremacía de la Constitución.¹⁸⁸

La Corte Constitucional de Colombia ha dicho que la "modulación de los efectos de la sentencia no es, de manera alguna, una arbitraria invención de la Corte Constitucional colombiana, sino que, como se ha dicho, es una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta."¹⁸⁹

La corporación ha fundamentado sus argumentos no solo en el propio texto constitucional, sino lo ha hecho de jurisprudencia y doctrina extranjera, así ha dicho que el recurso de modular sentencias resulta necesario debido a las tensiones valorativas implícitas en todo el texto constitucional, motivo que ha sido el móvil para que la mayoría de los tribunales constitucionales hayan ido generando diversos tipos de fallos que le permitan desempeñar de manera óptima su función de control constitucional, tal es el caso de la jurisprudencia alemana e italiana¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Colombia, Corte Constitucional, *sentencia C-109-1995*, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, numeral 4 de los fundamentos jurídicos, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-109-95.htm>

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ Para el caso alemán, ver Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 62 y 218 y ss. Para el caso italiano, ver Alessandro Pizzorusso, *El tribunal*

Entre los principales fundamentos utilizados por la Corte Constitucional para la construcción estas sentencias están los siguientes¹⁹¹:

- a) El carácter normativo de la Constitución, en función del cual el órgano constitucional debe resguardar la integridad y supremacía de la Constitución, razón por la cual debe incorporar, "integrar", los mandatos constitucionales al orden legal.
- b) El principio de efectividad que ha sido establecido en el artículo 2 de la Constitución de Colombia, por el cual la Corte Constitucional debe hacer realidad, los principios, valores y derechos que la carta busca instaurar.
- c) En la función de la Corte como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución expresada en su artículo 124; y en efecto muchas veces la simple constitucionalidad o inconstitucionalidad puede generar graves daños al ordenamiento, razón por la que para cumplir correctamente su función constitucional debe integrar el ordenamiento legal y volverlo eficaz.

Algo muy importante, y que la Corte en Colombia lo tiene bastante claro, es la diferencia entre un actuar político y un actuar jurídico que se desprende del siguiente párrafo que se transcribe textualmente:

Por último, la Corte considera pertinente precisar que esta aplicación directa de la Constitución efectuada en esta sentencia no implica que el Legislador haya perdido su facultad de regular las causales de impugnación de la presunción de paternidad legítima. En efecto, como se señaló anteriormente en el numeral 11 de esta sentencia, en este campo opera en principio la libertad de configuración política del Legislador, por lo cual puede la ley -

constitucional italiano" en Varios Autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984), 252 y ss. citados en Colombia, Corte Constitucional *sentencia C-109-1995*, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-109-95.htm>

¹⁹¹ Colombia Corte Constitucional, *sentencia C-109-1995*, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, numeral 18 de los fundamentos jurídicos, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-109-95.htm>

como es obvio, dentro de los marcos de la Carta- regular en forma diversa las causales para controvertir las presunciones legales en esta materia.¹⁹²

La Corte colombiana sin duda ha ido construyendo de manera muy organizada todo el andamiaje que implica sostener jurídicamente el uso de estas sentencias, pero sobre todo ha hecho notar que la discrecionalidad política del legislador por ningún motivo es invadida, puesto que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que debe estar sometida a un marco que lo da la Constitución, de ahí que el órgano constitucional lo que hace es verificar esos excesos discrecionales y repararlos utilizando un método jurídico como es la modulación.

La Corte Constitucional en el Ecuador, de igual manera que la mayoría de los órganos constitucionales, ha usado de este tipo de sentencias, y como se vio anteriormente, estando plenamente facultada para ello.

En varias de sus sentencias, al utilizar este recurso, nos ha dado los cimientos jurídicos que ha utilizado para la edificación de las sentencias modulativas, y de hecho para hacerlo unas veces ha recurrido a la doctrina, otras a la jurisprudencia comparada, otras a la normativa vigente.

En la sentencia 002-09-SAN-CC del 2 de abril de 2009 ha hecho referencia abundante a jurisprudencia colombiana y peruana. De la jurisprudencia del tribunal peruano ha extraído los criterios de entender a la inconstitucionalidad como algo sumamente delicado que ha sido encomendado a los tribunales constitucionales y que debe ser utilizado solo cuando se esté frente a incompatibilidades inconciliables, es decir debe manejarse solo de *ultima ratio*; además ha utilizado el criterio de la interpretación

¹⁹² *Ibíd.* numeral 21 de los fundamentos jurídicos.

conforme a la Constitución con el objetivo de dar coherencia al ordenamiento jurídico infra constitucional y darle correspondencia con ella. El principio de conservación del derecho en cambio lo ha extraído de la jurisprudencia colombiana que le ha dado una utilidad en función de defensa del principio democrático, pues el órgano constitucional por ello debe salvar al máximo las disposiciones provenientes del legislador. En base a esto sostiene que dichos tribunales han construido soluciones a esta problemática que se han materializado mediante la creación de varias alternativas de sentencias¹⁹³.

En la sentencia 001-11-SIO-CC del 26 de enero del 2011, se alude al principio de conservación del derecho, pues la Corte dice: "El juez constitucional no puede eludir el principio de conservación de la norma, de la solución constitucional menos traumática. Se trata de aplicar la ley guardando armonía con la Constitución: las decisiones de constitucionalidad deben ser razonables en el sentido de que no deben comportar un divorcio de la realidad política y social [...]"¹⁹⁴. La Corte al afirmar lo anterior no utiliza referencia de ningún tipo.

En otras sentencias en cambio deja de referir a jurisprudencia extranjera y utiliza doctrina, así cita a varios autores, entre otros a Antonio López Pinas por ejemplo, quien ha establecido como elementos fundamentales de la interpretación constitucional la normatividad directamente aplicable de la Constitución, la interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución, el caduco dogma de la ley suprema, todopoderosa, inatacable, el hecho de que la Constitución ya no es simplemente un conjunto de mandatos dirigidos al legislador incapaces de ser invocados por los ciudadanos, y finalmente que los derechos

¹⁹³ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 002-09-SAN-CC*, (02 de abril de 2009), Ruth Seni Pinoargote, jueza sustanciadora.

¹⁹⁴ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-11-SIO-CC* (26 de enero del 2011), Patricio Herrera Betancourt, Juez ponente.

fundamentales no se encuentran sometidos al arbitrio del legislador, sino que están consagrados en la Constitución¹⁹⁵.

De igual manera en la sentencia 004-13-SAN-CC del 13 de junio de 2013, la Corte al utilizar el recurso de la modulación, mediante una sentencia sustitutiva, cita a Pedro Sagüés, quien sostiene que este tipo de sentencia es evidencia de un poder legisferante positivo de los órganos constitucionales, pues se expulsa a una norma como inconstitucional y en su lugar coloca otra¹⁹⁶. Cabe aquí mencionar que en realidad la Corte Constitucional no actúa con un *poder legisferante*, no está inmiscuyéndose en las facultades del legislador, ya que actúa sobre un determinado precepto legal existente en el ordenamiento y en base a una intervención jurídica, pues utiliza un método jurídico, buscando llegar, como máximo intérprete de la Constitución, a un ordenamiento infra constitucional coherente con el marco constitucional, y buscando sobre todo la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución.

A diferencia de lo anterior, en la sentencia 009-13-SIN-CC del 14 de agosto de 2013, no recurre a doctrina, ni a jurisprudencia extranjera, sino el fundamento para utilizar la modulación lo extrae del propio ordenamiento ecuatoriano, basándose esencialmente en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Inicia esta sentencia refiriendo al artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, y en base a ello la Corte dice que el control de

¹⁹⁵ Antonio López Pina, *División de poderes e interpretación* (Madrid: Tecnos, 1987), 132 y s. citado en Ecuador, Corte Constitucional para el periodo de transición, *Sentencia N 001-12-SIC-CC*, (05 de enero de 2012), Manuel Viteri Olvera, Juez constitucional sustanciador.

¹⁹⁶ Néstor Pedro Sagüés, "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico", en Dunia Martínez (edit.), *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012), citado en Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N° 004-13-SAN-CC del 13 de junio de 2013*.

constitucionalidad tiene por objeto dar coherencia al ordenamiento jurídico y garantizar su unidad mediante la eliminación de las incompatibilidades normativas que puedan surgir. Pero dicha eliminación debe darse en función del artículo 76 del mismo cuerpo, por el que se debe propender a la permanencia del precepto en el ordenamiento, es decir conservar la ley, razón por la que previo a la expulsión realizará una minuciosa interpretación conforme a la Constitución¹⁹⁷. En efecto este fue el fundamento:

En consecuencia con la finalidad de salvaguardar el principio de conservación del derecho, y en aplicación del artículo 429, 436 numeral 1 y 436 numeral 2 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 76 numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta Corte Constitucional ve la necesidad[...] de aplicar una sentencia manipulativa sustitutiva, como medio idóneo de "garantizar la vigencia de derechos constitucionales y la supremacía constitucional"¹⁹⁸.

De las sentencias referidas lo que se puede observar es que en unas encuentra su fundamento en jurisprudencia extranjera, en otras lo hace en base a la doctrina y en otras en función del propio ordenamiento constitucional.

Sin embargo lo anterior tiene una explicación, pues por ejemplo en la sentencia 002-09-SAN-CC del 2 de abril de 2009 se hace alusión exclusivamente a jurisprudencia peruana y colombiana, esto debido a que para la fecha no había estado promulgada aun la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que fue publicada en el Registro Oficial segundo suplemento n° 52 del 22 de octubre de 2009. Entonces no pudieron hacer referencia al andamiaje que trae consigo la mentada ley respecto de la construcción de estas sentencias.

¹⁹⁷ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 09-13-SIN-CC* (14 de agosto de 2013).

¹⁹⁸ *Ibíd.*

En cambio ya en la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería en el 2010 el argumento creció sustancialmente con el andamiaje que trajo consigo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; pues en esta sentencia se hace referencia a jurisprudencia peruana, colombiana, además se utiliza doctrina, y conjuntamente a todo ello, y como principal sostén jurídico, la propia Constitución y su ley reglamentaria¹⁹⁹.

Entonces como se puede observar, la Corte Constitucional ha ido creando una línea jurisprudencial respecto de la modulación en sus sentencias, pues el sustentar este tipo de sentencias en todos los casos ha sido proveniente de argumentos jurídicos que buscan una misma finalidad, esto es la efectivización de los derechos constitucionales en función de la normatividad jurídica de la Constitución y su supremacía, y para ello ha utilizado como herramienta jurídica la modulación.

3.2 SENTENCIAS MODULATIVAS ENMARCADAS DENTRO DE LAS FACULTADES CONSTITUCIONALES

En este punto se verá el uso reiterado que la Corte Constitucional ha hecho de estas sentencias modulativas, pues se tomarán sentencias que claramente demuestran el ejercicio de las mismas, pero además también se comprobarán los excesos en las facultades interpretativas de la Corte Constitucional que podrían generar reformas informales de la Constitución, que fueron abordadas en el primer capítulo al hablar de las mutaciones constitucionales.

¹⁹⁹ En la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N° 001-10-SIN-CC del 18 de marzo del 2010 se hace referencia a jurisprudencia extranjera y nacional que sustenta jurídicamente estas sentencias modulativas, de igual manera toma doctrina para ello, pero sobre todo refiere al eje jurídico de las misma presente en la Constitución y su ley reglamentaria.

Todas las sentencias y dictámenes que se tratarán a continuación son provenientes de la Corte Constitucional del Ecuador.

3.2.1 Sentencia No. 002-09-SAN-CC (exoneraciones tributarias a discapacitados)

La sentencia a analizarse viene dada dentro de una acción por incumplimiento²⁰⁰ y trata de lo siguiente.

Los demandantes son personas discapacitadas, que para su movilidad desean importar dos vehículos ortopédicos usados en función de lo que dispone el artículo 47, numeral 4 de la Constitución, y el artículo 23 de la Codificación a la Ley de Discapacidades que permite que los vehículos a importarse puedan ser de hasta tres años de antigüedad desde la fecha de la autorización. La situación es que, el Consejo Nacional de Discapacidades ya había emitido autorizaciones para la importación libre de impuestos de esos vehículos, basados en dictámenes de Procuradores del Estado que ya no desempeñaban en sus cargos.

Sin embargo estas personas al tener problemas en la Corporación Aduanera Ecuatoriana CAE, acuden de nuevo al Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS; dicha institución al dudar, respecto de la aplicación de la norma que permitía la importación de vehículos usados, solicita al Procurador General del Estado, emita un informe sobre la vigencia, aplicación y exigibilidad de dicha norma, según lo dispone el artículo 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado. Ante ello dicho funcionario emite su dictamen N°01421, y en lo principal señala que la norma consultada es contradictoria con los artículos 27 literal i) de la Ley Orgánica de Aduanas, 50 de la Ley de

²⁰⁰ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 002-09-SAN-CC* (02 de abril de 2009), Ruth Seni Pinoargote, jueza sustanciadora.

Transito Transporte Terrestre, y 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, que protegen a los discapacitados y al medio ambiente, pues se basa en un criterio jerárquico para resolver la antinomia, dice que estas normas son jerárquicamente superiores a la enjuiciada, y lo que a breves rasgos manifiesta es que los vehículos al ser usados ponen en riesgo a los accionantes por su condición, y que igualmente al ser vehículos con tres años de existencia, contaminan el medio ambiente, realizando una especie de ponderación.

Además el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana se niega a autorizar la importación de los vehículos basándose en el dictamen del Procurador General del Estado, y además aduciendo que no se han presentado las facturas de los vehículos según dispone el artículo 44 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas. Frente a tal situación los demandantes plantean una acción por incumplimiento en contra del Procurador General del Estado, y el Gerente de la CAE, alegando que incumplen lo dispuesto en el artículo 23 de la Codificación de la Ley de Discapacidades entre otras disposiciones que autorizan el importar vehículos usados.

Otro problema que cabe mencionar es que el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, permitía al Procurador General del Estado absolver consultas mediante sus dictámenes, sobre la aplicación de normas constitucionales, legales y de otro orden. Entonces facultado en la disposición anterior, al absolver la consulta del CONADIS, dispuso con carácter vinculante que no se podían importar vehículos usados en vista de que se estaba afectando el medio ambiente, y esto haciéndolo desde una interpretación de la Constitución.

En esta sentencia se resuelven muchas cosas en realidad y no solo el incumplimiento demandado al Procurador General del Estado y al Gerente General de la Corporación Aduanera, sin embargo a detalle no es posible puntualizar la sentencia.

La Corte resolvió de la siguiente manera:

- a) Negar acción de incumplimiento en contra del Procurador General del Estado.
- b) Conceder la acción por incumplimiento en contra del Gerente General de la CAE por no cumplir con los dictámenes que habían sido emitidos por los Procuradores anteriores, en los que si se autorizaba la importación; pues el dictamen 01421 es emitido con posterioridad y no puede tener efectos retroactivos; y que por lo tanto emita las respectivas órdenes de embarque de los vehículos en 15 días.
- c) Declara la inconstitucionalidad del dictamen N° 01421 en el que se hizo la interpretación constitucional por parte del Procurador General del Estado.
- d) Expulsa del ordenamiento jurídico mediante inconstitucionalidad reductora la palabra "constitucionales" de los artículos 13 y 3 literal e) de la ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
- e) Declara que la interpretación constitucional respecto del requisito formal, esto es la factura, del artículo 44 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas, ha de entenderse solo para vehículos nuevos.

Como nos podemos dar cuenta, esta sentencia resuelve muchas situaciones, pues no solo se limitó a decir incumplió y por lo tanto cumpla con los dictámenes anteriores, sino que observó otros problemas que se desprendían, y en virtud de su facultad de resolver sobre la constitucionalidad de normas conexas según lo dispone el numeral 3 del artículo 436 de la Constitución, entró a analizar otros preceptos legales, y justamente en ellos manipuló su contenido para adaptarlo a la Constitución.

Sobre el artículo 13 y 3 literal e) de la ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado la Corte Dijo:

4. En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la república, se *resuelve mediante inconstitucionalidad reductora la expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano de la palabra "constitucionales" que constan en el artículo 3 literal e) y artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.* En consecuencia el señor Procurador General del Estado en adelante, deberá abstenerse de emitir dictámenes en los que se haga interpretación de normas constitucionales, so pena de incurrir en arrogación de funciones.

Aquí la Corte utiliza la modulación sustractiva o reductora, y lo hace de manera textual, pues ha reducido una palabra que la declara inconstitucional por ser contraria a la carta.

Ahora cabe determinar si fue necesaria dicha reducción. En primer lugar la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación y control constitucional según lo dispone el artículo 429 y 436 numeral 1 de la Constitución. En segundo lugar el artículo 237 numeral 3 de la Constitución faculta al Procurador la absolución de consultas, por parte de organismos del sector público, con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación solo de la ley. Razón por la que el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado está en manifiesta contradicción con los preceptos constitucionales citados. Entonces las siguientes cuestiones podrían haber sucedido de no resolverse mediante la modulación:

- a) Si calificaba a los preceptos como constitucionales lo que generaba es una reforma informal de la Constitución que se denomina mutación, pues al decir que es constitucional que el Procurador realice interpretaciones vinculantes sobre la Constitución lo que hacía es dejar sin contenido el artículo constitucional antes citado de la Constitución que le facultaba hacerlo solo sobre normas legales, y la

Corte ya no sería el máximo órgano de interpretación constitucional como se desprende de la normativa constitucional a la que ya se hizo referencia. Con ello generando uno de los problemas a los que se hizo referencia en el capítulo anterior sobre cuando la Corte debiendo modular no lo hace y declara constitucional el precepto generando una mutación de la Constitución al decir que es constitucional lo que abiertamente no lo es.

- b) Y si calificaba de inconstitucional todo el precepto lo que generaría es una contradicción con lo dispuesto en la Constitución que autoriza al Procurador a absolver consultas sobre la inteligencia de normas legales, pues si decía que todo el precepto es inconstitucional el Procurador perdía también la facultad de interpretar normas legales que sí estaban autorizadas en la Constitución, generando una contradicción que también desembocaría en una mutación. Alguien podría haber dicho que era mejor declarar toda la disposición como inconstitucional, puesto que la Constitución si prevé que el Procurador interprete normas legales. Pero esto no es así ya que la Corte al tener la última palabra, si declaraba inconstitucional decía que el procurador no puede hacerlo ni sobre normas legales, a pesar de que la Constitución lo diga, pues la Corte es la que da la última lectura del texto constitucional.

Entonces como vemos las soluciones extremas de constitucionalidad e inconstitucionalidad no resuelven el problema, sino solo lograban hacer que la Corte exceda en sus límites e incluso reforme su propio marco que es la Constitución.

En la misma sentencia la Corte hace una interpretación sobre el 44 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas y nos dice:

5. En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, se declara la interpretación constitucional condicionada del artículo 44 literal b de la Ley Orgánica de Aduanas y, por tanto, se deberá interpretar los términos "factura comercial" como exigencia de documentos respecto a vehículos nuevos; asimismo, se deberá tener como satisfecho este requisito con la presentación del documento equivalente que se pueda obtener para los vehículos usados que pretenda importar la población discapacitada.

Aquí la Corte utiliza una sentencia interpretativa, debido a que de similar manera al precepto anterior, el declarar constitucional sin ninguna interpretación seguiría generando una grave afectación a los derechos de las personas discapacitadas ya que no podrían traer vehículos usados puesto que tendrían que presentar las facturas. De igual manera si se declaraba inconstitucional todo el precepto se generaba un grave vacío en el ordenamiento infra constitucional respecto de los requisitos para dichas importaciones.

Como se desprende de esta sentencia, en cuanto a modulación, es mixta, pues en parte es reductora y en parte es interpretativa, operaciones que como se vio eran necesarias para lograr objetivos constitucionales en defensa de los derechos.

3.2.2 Sentencia N° 001-10-SIN-CC del 18 de marzo del 2010 (ley de minería)

Esta sentencia ha generado bastante debate público desde su emisión hasta la actualidad, en función de que en ella se ha visto plasmada la capacidad legislativa de la Corte Constitucional.

Esta sentencia²⁰¹ es dictada dentro de los casos acumulados N° 0008-09-IN y N° 0011-09-IN, por demandas de inconstitucionalidad de la Ley de Minería.

²⁰¹ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-10-SIN-CC*, (18 de marzo del 2010), Patricio Pazmiño Freire, juez ponente.

En estos casos se alude a que la Ley de Minería es inconstitucional por la forma y por el fondo. Por la forma ya que no se ha observado un procedimiento previo de consulta para emitir dicha ley, pues se ha omitido la consulta pre legislativa establecida en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución. Por el fondo puesto que afecta los derechos colectivos consagrados en la Constitución, por ejemplo al establecer gravámenes sobre los territorios ancestrales como la declaratoria de utilidad pública, etc.

La Corte Constitucional desechó la inconstitucionalidad por la forma planteada, argumentando que si bien no existe una ley que regule sobre la consulta pre legislativa, esta se la hizo en aplicación directa de la Constitución. Además que la ley al ser de carácter general, es para todos y al ser correcta la pretensión de los demandantes, implicaría que toda la ley debería consultarse. Pero la Corte consideró que, al ser la Constitución norma de aplicación directa, y la consulta pre legislativa un derecho de carácter colectivo y no una mera formalidad, que es necesario establecer de manera provisional un procedimiento que deba observarse en el caso de expedición de leyes relacionadas a los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias, y afro ecuatorianas. En efecto así lo hizo, pues estableció un procedimiento provisional en el que sentó las fases de la consulta, los destinatarios de la misma y quien es el encargado de realizarla.

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo la Corte dice que en función del principio de conservación del derecho debe salvar hasta donde sea razonable la constitucionalidad de la ley impugnada, por lo tanto declara la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, que se refieren a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, concesiones mineras y las instalaciones generadas a

partir de ello; pues dice que los mentados artículos son constitucionales mientras no se apliquen a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias; y que toda actividad minera que se pretenda realizar sobre los territorios de dichas comunidades debe someterse al procedimiento de consulta previa establecido en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución, y las reglas establecidas por la Corte.

Como se puede observar de lo dicho anteriormente, y de la lectura que de la sentencia se haga, la Corte Constitucional utiliza el recurso de las sentencias interpretativas desestimatorias, pues dice que los artículos de la Ley de Minería son constitucionales en tanto se interpreten de determinada manera. Y de hecho lo hace muy bien, argumenta correctamente, se basa en jurisprudencia comparada, en doctrina, pero sobre todo lo hace en base a los numerales 1 y 3 del artículo 436 de la Constitución; 5, 76, numerales 3, 4, 5, y 95 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El actuar de la Corte respecto a la utilización de este tipo de sentencia es correcto, ya que es tomar la decisión menos gravosa para la coherencia del ordenamiento jurídico porque si se manejaban con los extremos de decisión, de manera muy general estos hubiesen sido los efectos:

- a) De haber declarado la inconstitucionalidad de los artículos antes manifestados de la Ley de Minería respecto a las declaraciones de utilidad pública, concesiones mineras, etc., implicaba que se hubiese generado un vacío en cuanto a esta regulación sobre aquellos sectores de la población que no requerían de una consulta previa.

- b) En cambio el declararlos constitucionales traía consigo la afección a los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afro ecuatorianas; ya que toda actividad minera en sus territorios debería ser consultada previamente, y de ser constitucionales los artículos, esto se obviaría, y se daría conjuntamente con la violación a los derechos colectivos, la violación al derecho a la igualdad material.

El problema en esta sentencia no viene dado entonces por la interpretación de dichos artículos conforme a la Constitución, sino que se plantea respecto del procedimiento, creado por la Corte Constitucional, a observarse para la consulta pre legislativa frente a situaciones que puedan afectar los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afro ecuatorianas.

Problema en función de que con ello se evidenciaría la capacidad legislativa de la Corte que traería consigo su inmiscución en las facultades legislativas, el quebrantamiento de la división de poderes conjuntamente con el principio democrático. Pero esto no es así.

En primer lugar y como quedó demostrado en el capítulo primero, el actuar de la Corte es jurídico, por ello no está quebrantando el principio democrático ni la división de poderes; en segundo lugar el procedimiento creado lo hace en base a un marco constitucional y de normativa internacional, procurando adecuar el derecho a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Pero si existe un error en la sentencia.

Y el error es en el método utilizado para la solución del problema, pues la Corte crea el procedimiento solo fundamentándose en lo dispuesto en el numeral 17 del artículo

57 de la Constitución respecto de la consulta, antes de adoptar medidas legislativas, cuando del mismo artículo en concordancia con el numeral 3 de la disposición transitoria primera²⁰² de la Constitución se desprende una reserva de ley bastante clara, pues se manifiesta que deberá crear una ley que regule la participación ciudadana, y la consulta pre legislativa es un derecho colectivo, pero también evidencia una forma de participación. Y digo un error porque la Corte simplemente crea el procedimiento pero no nos dice en función de que y con qué sostén jurídico lo hace, y por ello parece arrogarse facultades legislativas, ya que dicho ámbito de regulación estaba reservado al legislador.

Sin embargo el error de la Corte es en la forma, pues en el fondo su actuar es correcto, ya que es lo que debió hacer, el ¿cómo? está mal, el ¿qué? está bien. La Corte en función de sus facultades dadas en el artículo 436 de la Constitución, y sobre todo del numeral 10²⁰³, debió haber declarado la inconstitucionalidad por omisión sobre el procedimiento para la consulta pre legislativa en el caso de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afro ecuatorianas, y solo ahí pasar a establecer el procedimiento.

Dicho de manera más simple, la Corte al emitir el procedimiento de la nada parece estar entrometiéndose en un ámbito reservado al legislador, puesto que no se ha modulado preceptos, ya que la modulación opera sobre preceptos ya existentes y no invade el amplio actuar que sobre una reserva tiene el legislador. Parece invadir porque la Corte no da el

²⁰² La Constitución en el numeral 3 de la disposición transitoria primera dispone que la Asamblea en el plazo máximo de trescientos sesenta días emita una ley que regule la participación ciudadana.

²⁰³ 10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

sustento jurídico, el método jurídico si se quiere, utilizado para crear el procedimiento; pues si bien el procedimiento creado es correcto en pro de los derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afro ecuatorianas, debió hacerlo en sustento de su facultad de declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, y una vez sostenido eso ahí si emitir el procedimiento, y con ello apartarse de cualquier invasión, y apegarse completamente a su facultad dada por la Constitución y a un actuar jurídico protector de los derechos.

3.2.3 Sentencia 001-11-SIO-CC del 26 de enero del 2011(revocatoria del mandato)

Esta sentencia²⁰⁴ es emitida por la Corte en función de una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa puesto que no se ha creado un procedimiento sobre la revocatoria de mandato prevista en el artículo 105 de la Constitución, omitiendo de esta manera los mandatos constitucionales contenidos en la disposición transitoria primera de la Constitución que ordenaba al legislativo en plazo máximo de ciento veinte días expedir una ley electoral, y en trescientos sesenta días una ley de participación ciudadana, pues dicha normativa referente a la revocatoria del mandato debería haber sido establecida en estos cuerpos legales, y no se lo había hecho en ninguna de las dos.

Únicamente la Ley Orgánica Electoral en su artículo 200 establecía un plazo menor al establecido en el artículo 106 de la Constitución²⁰⁵ respecto de la convocatoria a la revocatoria del mandato; y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana tan solo establece

²⁰⁴ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-11-SIO-CC* (26 de enero de 2011), Patricio Herrera Betancourt, juez ponente.

²⁰⁵ El artículo 106 de la Constitución de la República, en su primer inciso señala que una vez aceptada la solicitud presentada por la ciudadanía, el consejo Nacional Electoral, en un plazo de 15 días convocará a revocatoria del mandato; mientras que en el artículo 200 de la Ley Orgánica Electoral se establece un plazo de 7 días.

un plazo de ciento ochenta días para la recolección del respaldo ciudadano en su artículo 27, y no establece absolutamente nada más.

La Corte Constitucional resolvió negar la demanda de inconstitucionalidad por omisión, pero dispuso que todos los procesos calificados, de revocatoria del mandato, se suspendan hasta que la Asamblea Nacional establezca un procedimiento para hacer efectivo este derecho de participación. Además por conexidad declaró la inconstitucionalidad parcial de la frase *por el plazo de siete días* de la Ley Orgánica Electoral, así como del inciso segundo de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana; y que se tenga como plazo el establecido en el artículo 106 de la Constitución, es decir 15 días.

Dos cuestiones a observar en esta sentencia, el primero sobre la modulación que hace, y el segundo sobre la omisión legislativa que es desechada por la Corte Constitucional.

En cuanto a la modulación es bastante claro que la Corte utiliza el recurso de las sentencias reductoras, pues declara la inconstitucionalidad de la frase *por el plazo de siete días* de un precepto legal, es decir la modulación es textual, una operación puramente ablativa; tal vez hubiese sido mejor una modulación sustitutiva en la que se suprima la frase *por el plazo de siete días*, y se la remplace por la frase *por el plazo de quince días*, sin embargo la reducción funciona perfectamente ya que la Constitución si prevé un plazo. La modulación reductora es correcta por lo siguiente:

- a) Si se declaraba inconstitucional todo el precepto significaba que era inconstitucional no solo el plazo, sino también la convocatoria a revocatoria

de mandato, cuestión que hubiese resultado abiertamente contraria a la Constitución.

- b) Si se declaraba constitucional todo el precepto, significaba en cambio que el plazo de siete días, contrario al de quince establecido en la Constitución, era constitucional, y con ello la Corte generaba una reforma informal de la Constitución, una mutación.

La Corte, respecto de la modulación, actuó como debía haberlo hecho, puesto que de no hacerlo, es decir cuando la Corte debiendo modular no lo hace, hubiese generado una mutación constitucional.

En segundo lugar, respecto de la inconstitucionalidad por omisión la Corte se contradice en su decisión, pues en primer lugar niega la inconstitucionalidad por omisión y seguidamente reconoce una omisión al indicar que los procesos deben permanecer suspendidos hasta que la Asamblea Nacional establezca el procedimiento para la revocatoria del mandato, es decir, dice primero si hay omisión y luego, niego que exista. Es una contradicción muy clara, y para fundamentarla incluso llega a reformar la Constitución como veremos adelante al tratar los excesos.

La Corte debió establecer la inconstitucionalidad por omisión de manera expresa, y facultada en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 436 de la Constitución crear un procedimiento provisional hasta que la Asamblea lo haga, tal como procedió en la sentencia analizada en el punto anterior.

3.2.4 Sentencia 004-13-SAN-CC del 13 de junio de 2013(reparación económica)

Esta sentencia²⁰⁶ es muy valiosa, pues resuelve muchas inconsistencias que sobre la reparación integral se daban en la práctica.

Es emitida dentro de una acción por incumplimiento propuesta en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores. El caso es que el vehículo del accionante fue retenido en Colombia puesto que se presumía se trataba de un vehículo clonado, sin embargo luego de las investigaciones realizadas se desechó esta posibilidad, pero pese a ello el vehículo no le fue devuelto a su propietario. Por esa razón plantea la acción por incumplimiento de la normativa que respaldaba la devolución del vehículo, y solicita se cumpla con dicha obligación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, y adicional a lo anterior se le repare integralmente por los gravámenes ocasionados, puesto que el vehículo era su herramienta de trabajo, actividad que ha estado paralizada; y además por todos los gastos que ha implicado estar en trámites.

La Corte Constitucional en su decisión manifiesta que se ha violado el derecho al propiedad y al principio de seguridad jurídica, además acepta parcialmente la acción planteada por el demandante, y consecuencia de ello establece medidas de reparación.

Pero de lo que más importa a este trabajo, sobre la decisión de la Corte, son dos puntos cruciales. En primer lugar emite la siguiente regla jurisprudencial resultado de un ejercicio interpretativo de la Corte:

El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la

²⁰⁶ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 004-13-SAN-CC*, (13 de junio de 2013).

determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado, y en la vía verbal sumaria cuando deba hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos²⁰⁷.

En segundo lugar declara la inconstitucionalidad de la frase *De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación, y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes* del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la reemplaza por la frase *Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite*²⁰⁸.

En esta decisión la Corte utiliza dos recursos, el de una sentencia interpretativa, y el de una sentencia sustitutiva.

En cuanto a la interpretación realizada del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dos cosas importantes. Primero que la reparación económica es solo parte de la reparación integral; y segundo que el proceso que se instaure para establecerla no será de conocimiento sino solo de ejecución, es decir no se entrará a discutir sobre la vulneración de derechos. Y sobre el mismo artículo en su parte final realiza la sustitución.

Esta decisión de la Corte es muy acertada pues vino a solucionar muchos mal entendidos que en la práctica se daban²⁰⁹.

²⁰⁷ *Ibíd.* punto 4 de la decisión.

²⁰⁸ *Ibíd.* punto 5 de la decisión.

²⁰⁹ En la práctica se entendió que se habría un nuevo proceso de conocimiento que podría durar mucho tiempo, pues al abrir un nuevo juicio para reclamar la reparación económica, no de ejecución, sino de conocimiento, y que admite tanto el recurso de apelación, incluso de casación, que implicaría una gran cantidad de tiempo, perdiendo total sentido la garantía, pues para que la acción de protección si no me va a reparar económicamente al menos, para ello hubiese sido mejor haber acudido directamente a la vía civil a demandar daños y perjuicios, con este tratamiento se desnaturalizaría por completo el sentido de la garantía jurisdiccional, ya que no repararía el derecho con la inmediatez del caso.

El declarar inconstitucional todo el precepto generaba un grave vacío normativo, y consecuencia de ello el posible establecimiento de reparaciones económicas apresuradas sin un análisis necesario. La acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos ²¹⁰, y su procedimiento será sencillo, rápido y eficaz²¹¹, y del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se deduce que esta durará seis días²¹², sin embargo esto es bastante corto como para poder determinar un monto económico a repararse, ya que el juez obviamente puede necesitar de ayuda técnica para establecer una cifra, como es el caso de peritos liquidadores, no es viable que en tan corto tiempo se plasme en la sentencia una cifra.

El declarar la constitucionalidad de igual manera no solucionaba el problema, sino lo empeoraba y gravemente. Pues lo que hubiese sucedido es que la garantía pierda total eficacia, y como he venido sosteniendo implicaba una reforma informal de la Constitución, una mutación, ya que al admitir que la reparación económica requiere de otro proceso que admite todos los recursos, se estaba diciendo que va a ser algo bastante demorado, dejando sin contenido lo que antes se mencionó, en cuanto la Constitución nos hablaba de un procedimiento rápido, sencillo y eficaz.

El decir que era constitucional el artículo implicaba cambiar la Constitución y decir que el procedimiento no será ni rápido, ni sencillo, peor aún eficaz, porque para obtener una reparación económica, que en muchos casos puede ser la única medida para reparar integralmente, se requerirá mucho tiempo y recursos.

²¹⁰ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, Artículo 88

²¹¹ *ibíd.* Artículo 86

²¹² Revisando los artículos 13 y 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se puede deducir ese tiempo.

Como se puede observar el uso de este tipo de sentencias es tan necesario, que de ninguna manera puede ser discutido en su utilización, en este caso es salvado el derecho a una reparación integral efectiva bajo los parámetros constitucionales evitando su violación, y constituyéndose en garantías de los derechos.

3.2.5 Sentencia 102-13-SEP-CC del 04 de diciembre de 2013(admisibilidad de la acción de protección)

Esta sentencia²¹³ es dictada dentro de una acción extraordinaria de protección mediante la cual se impugna una sentencia expedida por los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro de una acción de protección, misma que fue inadmitida en primera instancia y confirmada en segunda por la mentada Sala.

Previo a describir lo que resolvió la sentencia es necesario saber qué es lo que estaba sucediendo en el campo de aplicación práctica de la acción de protección, para comprender como una sentencia modulativa puede resolver muchos problemas.

En cuanto a formalidades la Constitución ecuatoriana aprobada en 2008 estableció en su artículo 86 un procedimiento para las garantías jurisdiccionales, obviamente incluida la acción de protección, completamente desprovisto de formalidades.

Precisamente el mentado artículo nos dice que cualquier persona o grupo de ellas podrá interponer una acción de protección; además nos dice que será competente cualquier juez donde se produzca el acto u omisión o donde se generen sus efectos; y finalmente establece las normas comunes de procedimiento y nos dice que este deberá ser rápido,

²¹³ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 102-13-SEP-CC*, (04 de diciembre de 2013).

sencillo y eficaz, oral en todas sus fases, incluso pudiendo la demanda ser propuesta de manera oral o escrita, habilita a todos los días y horas para la presentación de esta acción, no se requerirá de un abogado que la patrocine, nos dice que las notificaciones se realizaran por los medios más eficaces, y que no se aplicarán las normas que tiendan a retrasar el proceso²¹⁴.

Es evidente que lo que la Constitución manifiesta se corresponde con los valores que se promueven en un Estado constitucional de derechos y justicia, en donde la tutela de los derechos debe ajustarse a los parámetros de informalidad, ya que uno de los principales fines del Estado es precisamente el garantizar esos derechos.

Sin embargo la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, desnaturalizó la informalidad en la acción de protección, pues si bien en su artículo 10 estableció los requisitos de admisión que en teoría se corresponderían con la informalidad en la tramitación de las garantías, pilar básico del estado, en artículos posteriores se abrió las puertas a que los juzgadores la volvieran una acción formal, y consecuencia de ello que muchas acciones fueran inadmitidas.

En efecto el artículo 10²¹⁵ de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se corresponde con el modelo de Estado y con lo dicho en la Constitución

²¹⁴ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, artículo 86.

²¹⁵ “Art. 10.- Contenido de la demanda de garantía.- La demanda, al menos, contendrá:

- 1.- Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.
- 2.- Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado.
- 3.- La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos .La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
- 4.- El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
- 5.- El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, sino fuera la misma persona y si el accionante lo supiere.

al respecto; el artículo 13 de ley habla sobre la calificación de la demanda y nos dice que en 24 horas luego de la presentación deberá calificar la demanda o inadmitirla de manera motivada.

Sin embargo ya en la práctica, los jueces no se fijaban en los requisitos bastante informales para inadmitir la acción en su auto inicial, sino utilizaban las causales de improcedencia establecidas en el artículo 42²¹⁶ de la misma ley para inadmitir las demandas de manera completamente ausente de motivación, basados en que el último inciso de este artículo 42 les facultaba inadmitir en su primer auto cuando se esté frente a una de esas causales de improcedencia.

Entonces lo que sucedió, y esto para evitar la inadmisión, es que se empezara a presentar las acciones de protección técnicamente bien elaboradas, es decir, requerían que fueran trabajadas por un abogado que explicara de manera muy detallada todo lo referente

6.-Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.

7.- La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.

8.- Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierta la carga de la prueba.

Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se complete en el término de tres días .Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia”.

²¹⁶ "Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”.

a dichas causales de improcedencia, para que se pudiera tener la esperanza de que el juez no deseche en su primer auto la demanda, con ello al parecer se acabó con la informalidad y se dio paso al tecnicismo y formalidad estrictas. Al destruir la informalidad en una de las garantías más cercanas al pueblo, sin duda se acababa con el acceso a la misma, y con ello se generaba una violación de derechos grave.

Entonces las demandas de acción de protección comenzaron a ser inadmitidas en los autos iniciales, sobre todo por no haber agotado la vía judicial ordinaria, y sin motivación alguna de cuáles son esas vías ni porque son más idóneas que la acción de protección, solo por citar un ejemplo.

Frente a esto la Corte Constitucional como máximo órgano encargado por el constituyente en materia constitucional subsanó el problema, pues lo que dijo en la sentencia N° 102-13-SEP-CC fue que en realidad la informalidad se corresponde con el modelo de Estado propugnado en nuestra Constitución, y que lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es parte de dicha informalidad, y que los jueces al momento de inadmitir una acción de protección deberán simplemente observar los requisitos de este artículo, pues que no debían confundir lo que es admisión, que se refiere al análisis solo de cuestiones de forma, con lo que es procedencia que ya analiza el aspecto material, de fondo.

En función de lo anterior, en el análisis de admisión, al ser solo sobre el tema formal, excepcionalmente se podría inadmitir una demanda, ya que en últimas incluso el juez debía subsanar la omisión de alguno de estos requisitos, pues se trataba de una acción muy informal; en la práctica se inadmitía la acción de protección tomando en cuenta aspectos de fondo que merecían de un análisis que pasara por un proceso, e incluso por

temas probatorios, pues no se puede inadmitir de primera una acción de protección, y la Corte precisamente dijo "La inadmisión de una demanda no puede entonces ser utilizada como una forma de escape del juzgador constitucional para inhibirse de su obligación constitucional y legal en la tutela de los derechos constitucionales, pues esta forma de proceder deviene en una real inhibición de conocer garantías jurisdiccionales, lo cual se encuentra proscrito legalmente para los jueces constitucionales"²¹⁷.

Además la Corte en esta sentencia N° 102-13-SEP-CC lo que hizo fue modular normativamente los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo dijo de esta manera en su *ratio decidendi*:

4.- [...] Corte Constitucional efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido:

El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5.- [...] efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido:

Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.²¹⁸

Entonces es claramente visible que la jurisprudencia constitucional se corresponde con el modelo de estado y con lo dicho en la Constitución y el artículo 10 de la Ley

²¹⁷ Ecuador, Corte Constitucional, *sentencia N° 102-13-SEP-CC*.

²¹⁸ *Ibíd.* fallo.

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y nos muestra otra cosa muy diferente a lo que de analizar solo la ley hubiésemos concluido.

Cuando la Corte realmente encuentra un problema que genera un caos en el ordenamiento jurídico, y no quiere generar más con la expulsión de ciertas disposiciones legales, lo que hace es adecuar esa normativa al ordenamiento y sobre todo darles correspondencia material con la Constitución, y en este caso lo hace perfectamente bien, pues no invade facultades legislativas, todo lo contrario, se complementa perfectamente con el legislador y lo ayuda a subsanar su error.

Esta sentencia es de tipo interpretativa, modula normativamente, no hay cambios textuales en los preceptos.

El declarar inconstitucionales dichos artículos hubiese creado un vacío normativo respecto de la admisión y procedencia de la acción de protección; y declarar constitucionales tal como estaban concebidos hubiese seguido generando violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y con ello a todos los derechos que eventualmente podían ser recurridos mediante esta garantía, pues la informalidad en esta garantía es de suma importancia ya que facilita el acceso a la misma, y ello es parte de tener una Constitución más cercana a su propietario, al pueblo.

De igual manera como se ha venido sosteniendo, el no modular estas disposiciones, y declararlas constitucionales tal como habían sido concebidas normativamente, generaba una reforma informal de la Constitución, una mutación, puesto que era decir que es constitucional algo que abiertamente era contrario a la informalidad plasmada en nuestra carta.

3.2.6 Otras sentencias modulativas

La Corte Constitucional ha hecho uso en un alto grado de las sentencias modulativas²¹⁹, pues como se demostró antes, éstas pueden ser muy beneficiosas para una adecuación del ordenamiento jurídico infra constitucional a los parámetros constitucionales; pero sobre todo para garantizar la efectivización de los derechos garantizados en nuestra Carta.

3.3 EXCESOS MANIFIESTOS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, MUTACIONES.

En este punto se podrá palpar claros excesos en la facultad interpretativa del órgano constitucional, que llegan incluso a reformar el propio marco que le da límites, y que es la Constitución, pues veremos evidentes mutaciones o reformas no textuales que la Corte ha realizado de la Constitución.

3.3.1 Dictamen 001-DCP-CC-2011(consulta popular 2011)

Este dictamen resulta muy ilustrativo para mostrar la temática de las mutaciones, pues en el vamos a diferenciar claramente lo que es mutación y una de sus posibles consecuencias como sería la sustitución²²⁰.

²¹⁹ Por ejemplo en la Sentencia 003-09-SIN-CC, de 23 de julio de 2009 utilizó el recurso de la modulación interpretativa; en la Sentencia 003-10-SIN-CC, del 08 de abril de 2010 utilizó el recurso de la modulación reductora o sustractiva; en la Sentencia 014-10-SCN-CC, del 5 de agosto de 2010 utilizó el recurso de la modulación interpretativa o constitucionalidad condicionada como lo llama la Corte; en la Sentencia 03-10-SCN, del 02 de diciembre del 2010 utilizó la modulación reductora. Y en general la Corte ha venido haciendo uso de este recurso de manera usual, pues al momento de tomar una muestra de sentencias seguro nos vamos a encontrar con modulaciones de diferentes tipos.

²²⁰ Los conceptos de mutación y sustitución fueron claramente referidos en el primer capítulo de este trabajo.

De este dictamen se desprende claramente algunas mutaciones y una sustitución. La mutación se da cuando la Corte dice "Se deja claro que el control aquí planteado excluye un examen material de las cuestiones objeto del presente pronunciamiento, dejando a salvo la posibilidad del control abstracto posterior respecto a las disposiciones jurídicas que se generarán como resultado del plebiscito"²²¹, y digo que aquí hay mutación por lo siguiente, pues el último inciso del artículo 104 de la Constitución dice que, en cuanto a consulta popular, se requerirá un dictamen previo de la Corte Constitucional respecto de la *constitucionalidad* de las preguntas, y el numeral dos del artículo 438 dice igualmente que la Corte Constitucional emitirá un dictamen previo y vinculante de *constitucionalidad* respecto de las convocatorias a consultas populares.

Es decir, la Corte verificará no solamente que se hayan cumplido formas, sino que tiene que hacer necesariamente un control material de constitucionalidad respecto de lo que se está preguntado, ya que de lo contrario se podría preguntar lo que, a voluntad de quien tiene la iniciativa, se quisiera; y según la Corte el control material podría hacerse solo de manera posterior, es decir cuando ya estén vigentes los cuerpos normativos nacientes al respecto.

Hay que ser cuidadosos en este punto, pues bien se podría preguntar por ejemplo si la ciudadanía está de acuerdo con que se eliminen a todos las personas privadas de la libertad por cometer tales delitos, cuestión que en el supuesto de ser afirmativa, hasta que se planteen demandas de inconstitucionalidad, podría generar la muerte de esas personas, no se puede preguntar absolutamente todo al pueblo.

²²¹ Ecuador, Corte Constitucional, *Dictamen 001-DCP-CC-2011*.

La sustitución se da en el momento en que la Corte en su dictamen califica a la enmienda como el mecanismo adecuado para proceder a la reforma, cuando claramente de las preguntas que se hacían, se buscaba restringir derechos y garantías; sabiendo que la Constitución ni siquiera permitía este tipo de reformas²²². Entonces es claro que se da una sustitución puesto que se reforma el texto constitucional, vía enmienda, sobre algo que la Constitución no lo permitía, y que según la ley requería convocar a una asamblea constituyente²²³.

Pero para que opere esta sustitución la Corte primero muta la Constitución, y lo hace cuando entra a modificar las preguntas para supuestamente volverlas constitucionales cuando en ninguna parte de la Constitución se permitía eso, es decir, la que nos preguntó fue la Corte Constitucional, misma que según la Constitución solo debía limitarse a decir si son o no constitucionales y si el procedimiento es el acertado²²⁴.

Entonces vemos como en primer lugar la Corte Constitucional reforma informalmente la Constitución sin pasar por ningún tipo de canal democrático, y luego su mutación genera también una sustitución, es decir, una alteración textual en la Constitución.

Actualmente la Corte deberá ser muy cuidadosa respecto de la calificación del procedimiento de reforma ahora discutido, con cuestiones que abiertamente restringen derechos y garantías y reforman la estructura del Estado se pretende reformar la Constitución vía enmienda. Aquí la Corte de permitir que situaciones que restrinjan

²²² Hay que recordar a la sustitución como una consecuencia posible de la mutación, que trae consigo una reforma textual de la Constitución. Esto fue tratado en el primer capítulo de este trabajo.

²²³ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial, Segundo Suplemento n° 52. (22 de octubre de 2009), Artículo 101,

²²⁴ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, Artículo 443.

derechos y garantías pasen por enmienda, estaría mutando la Constitución, pues esta dice todo lo contrario, que vía enmienda no se puede admitir la restricción de derechos ni garantías, ni reformar la estructura del Estado²²⁵. Y de mutar de esta manera la Constitución genera como consecuencia inmediata la sustitución de normas constitucionales, como podría darse en el caso de la reelección indefinida por ejemplo.

Y de lo que la Corte decida, se podrá observar nuevamente si su actuar es jurídico y enmarcado dentro de los límites constitucionales, o procede invadiendo dichos límites y en base a un actuar que sustente un proyecto político.

3.3.2 Sentencia N° 001-11-SIO-CC

En esta sentencia se va a observar mutaciones en sentido estricto en que ya no tenemos que diferenciarlas de sustituciones, pues aquí la Corte reforma la Constitución sin que se dé ninguna alteración textual en la Constitución; y en efecto la sentencia N° 001-11-CC dijo lo siguiente:

Como se puede observar, la Asamblea Nacional ha dado cumplimiento al precepto constitucional determinado en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución de la República, por lo que bajo una interpretación integral del texto constitucional y aplicando una interpretación teleológica de la norma en cuestión, se desprende que más allá de los plazos establecidos en la disposición constitucional, lo que el constituyente buscó como fin fue que el órgano legislativo implemente el ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución lo cual está acorde con uno de los objetivos primordiales de la Función Legislativa, como es el crear leyes²²⁶.

Para darnos cuenta claramente de la mutación es necesario dar lectura a las siguientes disposiciones constitucionales, en efecto el Artículo 436 numeral 10 de la Constitución al hablar de la inconstitucionalidad por omisión dice:

²²⁵ Los procedimientos de reforma constitucional se encuentran regulados en la Constitución de la República a partir de su artículo 441.

²²⁶ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-11-CC*.

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley²²⁷.

De esta disposición observamos que la inconstitucionalidad por omisión opera frente a mandatos constitucionales, y sobre todo cuando hay plazos definidos en la propia Constitución, y precisamente un mandato con estas características se hace presente en la disposición transitoria primera de la carta que dice:

El órgano legislativo, en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de esta Constitución aprobará la ley que desarrolle el régimen de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.[...] 3. La Ley que regule la participación ciudadana²²⁸.

Entonces de la lectura a las citas anteriores claramente nos podemos dar cuenta como la Corte Constitucional mutó la Constitución, pues dijo que la Asamblea no tiene porque cumplir con los plazos establecidos en la Constitución, sino que lo importante es que promulgue la ley, es decir reforma la inconstitucionalidad por omisión y deja sin validez lo que sobre ello disponía la Constitución, y aquí es evidente el actuar de la Corte, pues lo que se discutía era la no regulación legal de la revocatoria de mandato, por lo que es muy claro el juego de intereses políticos, mas no errores interpretativos, mucho peor que se trate de interpretaciones para dar vida a la Constitución.

²²⁷ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, Artículo 436.10.

²²⁸ *Ibíd.* Disposición Transitoria Primera.

3.3.3 Sentencia N° 55-10-SEP-CC, y Sentencia N° 001-13-SCN-CC

(control de constitucionalidad)

En la Sentencia N° 55-10-SEP-CC la Corte dijo que no existía control difuso de constitucionalidad en la Constitución²²⁹, y esto fue ratificado con la sentencia N° 001-13-SCN-CC que dijo:

En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte²³⁰.

Igualmente para medir la mutación cabe dar lectura a las siguientes disposiciones que eran bastantes claras en establecer un control difuso y concentrado de constitucionalidad, mismo que se correspondía con el Estado Constitucional de derechos y justicia, pues se requería una inmediata atención a los derechos y el dar facultades de control constitucional a todos los jueces evidentemente favorecía eso. En efecto la Constitución en su artículo 11 numeral 3 disponía:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte²³¹.

Esto se correspondía con la efectividad normativa que caracteriza al Nuevo constitucionalismo y que sustentó teóricamente la Constitución de Montecristi.

²²⁹ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 55-10-SEP-CC*

²³⁰ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-13-SCN-CC*

²³¹ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, Artículo 11.3.

Si nos fijamos dice que será de directa e inmediata aplicación ya no tan solo por los jueces, sino por cualquier servidor público o administrativo, cuestión que según lo manifestado en las sentencias referidas, solo vedaba de esta facultad a jueces, dejando la puerta abierta a que si lo hagan otros servidores públicos, es decir hasta se genera una contradicción por la propia Corte. Pero veamos ahora lo que dispone el artículo 425 en su inciso segundo:

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior²³².

Este artículo también es bastante claro en explicitar un control difuso, pero en donde ya se nos aclaraba el panorama respecto de la existencia de un control difuso y concentrado, es el Artículo 428 que dice:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma²³³.

En la cita hay que hacer énfasis en la palabra *considerare* porque es clave para entender todo, pues esa palabra vuelve facultativo al juez elevar o no en consulta, no es obligación como lo dijo la Corte Constitucional en sus sentencia, y para aclarar esto la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 142 habló de que cuando exista una duda razonable podían elevar en consulta, situación que quedaba muy clara, pues se entendía que cuando no tenían duda se debía inaplicar las normas inconstitucionales.

²³² *Ibíd.* Artículo 425 inciso segundo.

²³³ *Ibíd.* Artículo 428.

De todo se deducía un control difuso y concentrado, sin embargo la Corte dijo que solo era concentrado, obviamente con el objetivo de quitar de las manos de los jueces una fuerte arma de activismo judicial, frente a casos de trascendental importancia política. Pareciera ser que la Corte, cuando intervienen actores políticos actúa políticamente, por ello es que en la mutación se puede observar un gran ejemplo de la politización de la justicia.

3.3.4 Sentencia 113-14-SEP-CC (caso la cocha)

Finalmente, no podría faltar el mencionar el famoso caso *la cocha* en que la Corte, recientemente, hizo gala extrema del exceso en sus facultades, llegando a reformar uno de los pilares y ejes fundamentales que han conformado el actual Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático independiente, unitario, *intercultural, plurinacional* y laico²³⁴.

Esta sentencia²³⁵ es dictada dentro de una acción extraordinaria de protección, en que la Corte resuelve los problemas del caso concreto²³⁶, pero crea reglas jurisprudenciales con efectos *erga omnes* respecto de la justicia indígena.

A lo largo de la motivación en la sentencia, la Corte reconoce la justicia indígena con argumentos sólidos, incluso utiliza peritajes respecto de los procedimientos de juzgamiento utilizados por las comunidades indígenas; sin embargo los malos entendidos también se hacen presentes, pues se empieza a desvalorizar a la justicia indígena a partir de la justicia ordinaria, se cita a autores como Kelsen, que seguramente nunca imaginó esto; luego se critica a la forma de concebir a la vida como bien jurídico por los colectivos indígenas, pues parece ser que en el caso de atentarse contra dicho bien jurídico la Corte no

²³⁴ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, Artículo 1.

²³⁵ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° Sentencia 113-14-SEP-CC*.

²³⁶ Sobre este caso, se puede consultar un análisis sociológico de gran importancia en Ramiro Ávila, *La (IN) justicia penal en a democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013).

concibe otra forma de sanción que no sea la cárcel, parece para ella ser necesario que el infractor necesariamente sea recluido en centros de adiestramiento delincuencia.

Dicho en otras palabras no se entiende a la justicia indígena desde la justicia indígena, sino se la pretende comprender a partir de la justicia ordinaria, desconociendo con ello el pluralismo evidente en nuestro Estado. Para comprender esto siempre será necesario un ejercicio de *hermenéutica diatópica*²³⁷, es decir entrar a analizar la justicia indígena desde su interior, y no mirarla desde fuera y en función de la justicia ordinaria.

Pero para no ahondar más en el tema y poder ver específicamente la mutación de manera técnica, es necesario observar sobre todo el literal a) del numeral 4) de la decisión de la Corte en la sentencia tratada, y el artículo 171 de la Constitución.

En efecto, el literal a) del numeral cuarto de la decisión de la Corte Constitucional, dicta la siguiente regla jurisprudencial:

a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios²³⁸.

Ahora miremos lo que dice el artículo 171 de la Constitución:

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

²³⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y Emancipación* (Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional: 2012), 186.

²³⁸ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° Sentencia 113-14-SEP-CC*, numeral 4 apartado a) de la decisión.

Del artículo y la regla jurisprudencial claramente se puede observar como la Corte deja sin contenido dicho artículo, y con ello reforma informalmente la Constitución generando una mutación constitucional.

Afecta el contenido esencial de la justicia indígena, pues parece ser que la justicia ordinaria da facultades a las autoridades indígenas en determinados materias, como si los operadores de la justicia indígena fueran un tipo más de juez ordinario con determinadas competencias.

Además se genera una regresividad grave en los derechos, pues se trata de un Estado plurinacional e intercultural, un Estado resultado de la manifestación del pueblo de darse una Constitución que reconozca las raíces milenarias y apele a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad; que genere una nueva forma de convivencia en armonía con la diversidad y la naturaleza para alcanzar el *sumak kawsay*, y una sociedad que respete la dignidad de las personas y las colectividades²³⁹.

Genera además normas contradictorias clarísimas apreciables de las citas hechas anteriormente.

²³⁹ *Ibíd.* Preámbulo.

CONCLUSIONES

El significado actual de la Constitución hace necesaria una justicia constitucional, y por ende el actuar de una Corte Constitucional que la proteja. El nuevo significado que la Constitución engendra actualmente hace indispensable, y trae implícito en él, un activismo del órgano constitucional, un activismo que siempre debe ir encaminado a hacer justicia, hacia los derechos, mas no a abrir paso al accionar de intereses políticos.

La Corte Constitucional es un órgano jurídico que desempeña funciones jurisdiccionales, su legitimidad es jurídica ya que su actuar está basado en un marco jurídico. En cuanto a su legitimidad democrática, ésta le vino dada por el constituyente, y si bien carece de ese principio democrático entendido como representación popular, cumple una función democrática ya que protege la Constitución de manera independiente a intereses políticos, velando ya no solo por la mayoría sino sobre todo por las minorías.

La argumentación será lo único que permita medir y evaluar su actuación, pues solo ahí se podrá observar si la Corte ha excedido los límites que vienen marcados por la propia Constitución de manera general, pues estos límites cada vez deben ser más claros conforme se vaya construyendo una jurisprudencia que desarrolle de manera progresista la Constitución, es decir la Corte deberá ir estableciendo los límites en sus propias decisiones, deberá ir auto limitándose, y formando así un parámetro jurisprudencial objetivo que denotará los límites generados a partir de la aplicación de la Constitución en planos reales, y en la argumentación recogida en sus fallos se podrá ver si ha actuado jurídicamente o no.

Ya no es preocupante la facultad de legislador positivo que desempeña la Corte, incluso la facultad de modular disposiciones legislativas, ya que todo lo hace en defensa de la Constitución y los derechos, pues actúa jurídicamente buscando preservar el derecho legislativo ya creado evitando que el trabajo del legislador haya sido en vano, y garantizar los derechos; y precisamente donde podemos medir si ha excedido en su actuar frente al legislativo y ha actuado como órgano político creador de derecho legislativo es en la argumentación que haga en sus decisiones.

La Corte Constitucional no ha creado derecho legislativo entendido este como leyes, lo que ha hecho es, en el caso de la modulación, tomar disposiciones ya existentes en el ordenamiento jurídico y darles correspondencia con la Constitución, es decir, no ha irrumpido en la amplia facultad que tiene el legislador para configurar una reserva de ley, sino que ha tomado un precepto ya creado por él y a subsanado el error que generaba una inconstitucionalidad en el mismo. Por lo tanto no se puede afirmar que la Corte se ha arrogado funciones de legislador y ha tomado facultades de la Asamblea que no le corresponden.

Las modulaciones que haga la Corte las tiene que centrar con un objetivo garantizador de derechos, es decir, se tiene que modular cuando el no hacerlo pueda generar violación de derechos. De la muestra de sentencias analizadas es claro como el no modular ciertas disposiciones y optar por la expulsión del ordenamiento o su permanencia en el mismo, puede llegar a generar graves contradicciones e incluso reformas de la Constitución.

La Corte está facultada para emitir normativa, que regularmente corresponde al legislador, cuando estamos frente a inconstitucionalidades por omisión. Sin embargo unas veces lo ha hecho de manera correcta y otras no. Por ejemplo en el caso de la Ley de Minería, actuó correctamente emitiendo los procedimientos para la consulta pre legislativa, en donde se equivocó fue en no reconocer expresamente una inconstitucionalidad por omisión, y en base a esa justificación crear dicha normativa. En cambio otras veces ha actuado incorrectamente, cuando debiendo emitir la normativa, luego de reconocer la inconstitucionalidad por omisión no lo hace, como en el caso analizado sobre la revocatoria del mandato, desconociendo así una de sus facultades.

Como ya se dijo antes, el principal límite de la Corte Constitucional es la Constitución, por lo tanto las reformas constitucionales por parte de este órgano son el principal exceso a sus límites, sin embargo ya en el aspecto empírico la Corte en ciertas sentencias de gran connotación pública ha mutado la Constitución, es decir la ha reformado informalmente. Esto lo ha hecho en decisiones que tras de sí llevan profundos intereses políticos; y por ende las resoluciones de la Corte por más que hayan pretendido apearse a un marco jurídico, se ven separadas por completo del mismo, y terminan cediendo frente a dichos intereses. La Corte es quebrantada en su independencia y sus decisiones en ciertas ocasiones se ven politizadas, llegando, como se dijo antes, a reformar la Constitución sin ningún tipo de conexión democrática con su creador, el pueblo, echando abajo la rigidez en su reforma, y con ello la teoría democrática que sustenta la Constitución.

Las mutaciones de parte de la Corte Constitucional se han dado en una Constitución con una vigencia de apenas de seis años, es decir bastante nueva, por lo tanto el argumento de las mutaciones necesarias en función de una interpretación evolutiva del derecho, frente

a la permanencia de preceptos obsoletos, es inaceptable; pues como se dijo, la Constitución es nueva, y no podemos hablar de una evolución social que la haya vuelto obsoleta en tan corto tiempo y que haga necesarias mutaciones por parte de la Corte Constitucional.

Las mutaciones entonces son inaceptables, pues se ha evidenciado que son violatorias de los derechos y de la propia voluntad del constituyente, son un exceso en los límites del actuar por el órgano constitucional. Contrario a esto las modulaciones son necesarias, pues de lo comprobado, sirven para efectivizar los derechos, y a más de ello van generando coherencia del ordenamiento jurídico, y dando correspondencia de toda la normativa infra constitucional con los parámetros constitucionales. Lo perjudicial es no actuar con la modulación y generar con ello violaciones a los derechos e incluso reformas de la propia Constitución.

La modulación ha conseguido acercar más al pueblo con su Constitución, como cuando la Corte resolvió el problema sobre la formalidad del acceso a la acción de protección que fue analizado.

El actuar de la Corte Constitucional entonces unas veces ha sido correcto, enmarcado en sus límites y facultades, como cuando a modulado preceptos par efectivizar los derechos, ya que esperar que el legislador lo haga tardaría mucho tiempo, y las violaciones a los derechos deben ser intolerables y por lo tanto ser apagadas lo más rápido posible. Otras veces en cambio su actuar ha sido tan gravoso que ha reformado la propia Constitución a través de las mutaciones constitucionales que no hacen sino echar al trasto todo lo que la teoría democrática de la Constitución discursa, y pasar así a reformar una Constitución con apenas pocos años de existencia, en razón de que su garantismo impide el

desarrollo de intereses de grupos políticos que llegaron al poder pregonando precisamente dicho garantismo. Y claramente se pudo observar esos excesos como cuando ha generado normas contradictorias, como por ejemplo decir que existe solo control concentrado de constitucionalidad de las leyes, cuando en realidad del texto de la Constitución se desprende la existencia de dos tipos de control esto es difuso y concentrado, o decir que los jueces no pueden inaplicar disposiciones legales cuando la propia Constitución nos dice que es de aplicación directa por jueces y cualquier autoridad y funcionario público, generando graves contradicciones, como entender por un lado que la Constitución establece un control difuso y concentrado, y por otro la Corte establece uno concentrado, generando incluso sustitución de normas, o entender que los jueces no puedan aplicar directamente la Constitución y solo puedan hacerlo los funcionarios administrativos. O también se evidencia al generar regresividad en los derechos y afectarlos en su contenido esencial como decir que la justicia indígena prácticamente no existe y dejar sin contenido el artículo 171 de la Constitución, tal como lo hizo en su sentencia respecto del caso la cocha, cuando de la Constitución se desprende como uno de sus principales pilares el pluralismo, y reconocer la justicia indígena es sin duda parte de ello.

Otros ejemplos de excesos se observaron cuando la Corte al calificar el procedimiento de reforma de la Constitución admite como procedimiento de reforma, para cuestiones que claramente restringen derechos y garantías y afectan la estructura del Estado, a la enmienda, generando así una mutación de la Constitución, ya que de una u otra manera está diciendo que si se puede reformar aspectos de la Constitución que restrinjan derechos y garantías vía enmienda, cuando el texto de la Constitución expresamente lo

prohíbe; y consecuencia de esa mutación se sobreviene una sustitución textual de ciertas normas constitucionales objeto de la reforma.

El dictamen, que sobre la última reforma se pretende, emita la Corte Constitucional, va a ser muy decidor de lo que en este trabajo se ha venido tratando, pues con el vamos a poder medir, si su actuar ha sido jurídico y enmarcado dentro de los límites, o los ha excedido en función de un proyecto político ya no enmarcado en los dictados constitucionales.

Ahora lo preocupante y que quedará para futuras investigaciones, es como controlar que la Corte Constitucional no exceda los límites en su actuar. Es indispensable por ahora que las sentencias de la Corte Constitucional estén al alcance de todos los sectores de la sociedad, pues en las mismas se decide sobre sus derechos, y por lo tanto son de trascendental importancia para dichos sectores. Para ello es necesario mecanismos de difusión de dicha jurisprudencia a través de medios accesibles para todos, como un periódico público con resúmenes comprensibles. De igual manera las sentencias deberían incluir un resumen entendible por alguien que no tenga estudios en derecho.

Lo anterior en función de algo básico, pues el derecho no es del ejecutivo, no es del legislativo, no es del poder judicial, no es de la Corte Constitucional, el derecho es del pueblo, y por ende el pueblo tiene que conocer el mismo, el derecho deviene del pueblo, es del pueblo y es para el pueblo.

Solo cuando el pueblo sepa las decisiones que se están tomando por los "únicos conoedores del derecho", y que lo involucran, solo ahí ejercerá su derecho a la protesta social informada y consiente, y así exigirá de las instituciones, en este caso de la Corte

Constitucional, que cambien aquellas decisiones que le afectan. Y ese sería el mecanismo de control de la Corte, quien tendría que atender esas demandas del pueblo.

El momento en que los ciudadanos tengan claro conocimiento de los excesos de la Corte Constitucional, podrán funcionar como un límite a su actuar, pues la ciudadanía será la que se encargue de indicar el hasta dónde puede llegar la Corte con sus decisiones, y para ello utilizará los mecanismos de la protesta social y la opinión pública sin duda.

BIBLIOGRAFÍA:

Aja, Eliseo y Gonzales Beilfuss, Markus, "Conclusiones Generales". En Eliseo Aja, editor *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998.

Alexy, Robert, "la fórmula del peso". En Miguel Carbonell, coordinador, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, 6. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989.

Aragón, Manuel, "La Interpretación de la Constitución y el Carácter Objetivado del Control Constitucional", En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, editor, *Interpretación Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2005.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*. Lima: Palestra, 2da edición, 2006.

Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador*. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, editores. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

Ávila Santamaría, Ramiro, *Los derechos y sus garantías*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

Ávila, Ramiro, *La (IN) justicia penal en a democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.

Benítez, Vicente, *Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia*, *Universitas*, núm. 122. I semestre, 2011, 310. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82522606011>

- Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- Blanco Valdés, Roberto, *La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*. Working Paper no. 117. Barcelona: Universidad Santiago de Compostela, 1996.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999,
- Bonilla Maldonado, Daniel, "Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: La Estructura del debate". En Daniel Bonilla, editor, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2009.
- Carbonell Sánchez, Miguel, "Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina". En Ricardo Sepúlveda y Diego García, coordinadores, *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2013.
- Cárdenas, Jaime, "Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coordinadores, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo V, Juez y Sentencia Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons, 2008.
- De la Vega, Augusto Martín, *La Sentencia Constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- De Sousa Santos, Boaventura, "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos". En *Derecho y Emancipación*. Quito: Corte Constitucional para el período de Transición, 2011.

- De Sousa Santos, Boaventura, *Una Epistemología del Sur: la Reinención del Conocimiento y la Emancipación Social*. México: CLACSO, Siglo XXI Editores, 2009.
- De Vega García, Pedro, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual". En Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez compiladores, *Estado Constitucional y Globalización*. México: Editorial Porrúa, 2001.
- Díaz Revorio, Francisco, "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coordinadores, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo V Juez y Sentencia Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons, 2008.
- Eguiguren, Francisco José, "Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coordinadores, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo V Juez y Sentencia Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons, 2008.
- Escobar Gil, Rodrigo, "La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional". En *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Escobar, Claudia, "El rol de las reglas en la era de los principios". En C. Escobar, editora, *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Ezquiaga, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

- Galizia, Mario, *La teoria della sovranità. Dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*. Milán: Giuffré, 1951.
- García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. En *El Tribunal Constitucional, Vol. I*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985,
- Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005.
- Guerra, Fernando, "La argumentación jurídica espada y escudo de la justicia", en *Novedades Jurídicas*, N° 94. Guayaquil: Ediciones legales, abril 2014.
- Gómez Celín, Arce, *La Sala Constitucional Como Legislador Positivo*, Tesis de Graduación de Doctor en Derecho. San José: Universidad Estatal a Distancia Vicerrectoría Académica Sistema de Estudios de Posgrado 2007.
- Hamilton, Alexander, "Paper LXXVIII". En *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Hernández, María del Pilar, “La Jurisdicción Constitucional, Estudio de Macrocomparación” En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo III Jurisdicción y Control Constitucional*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons, 2008)
- Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Madrid: Tecnos, 1995.
- López Pina, Antonio, *División de poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos, 1987.

Marianello, Patricio Alejandro, *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, disponible en internet:

<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Fpublicaciones%2Fpensar-en-derecho%2Fvistas%2F1%2Fel-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf&ei=1xECVa7qHoasyASth4HwCg&usg=AFQjCNFvI4MIIIOD5KfNKz9XM4dBhj7w6g&bvm=bv.88198703.d.aWw>

Mondolfo, Rodolfo, *Il pensiero politico nel Risorgimento italiano*. Milán: Giuffré, 1959.

Montaña Pinto, Juan y Pazmiño Freire, Patricio, "Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano". En J. Benavides y J. Escudero, coordinadores *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

Montaña Pinto, Juan, "La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso". En J. Montaña Pinto, editor, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 3. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

Montaña, Juan, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: CEDEC, Corte Constitucional, 2012.

Moreno Millán, Franklin, *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*. Bogotá: Editorial Leyer, 2002.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en la América del Sur". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2. México: Editorial Porrúa, 2004.

Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

- Pizzorusso, Alessandro, "El tribunal constitucional italiano". En Varios Autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trolta S.A., 2005.
- Romboli, Roberto, "ITALIA". En Eliseo Aja, editor, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998.
- Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 48, 1996.
- Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho" En *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico". En Dunia Martínez Molina, editora, *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Salgado Pesantes, Hernán, "Dogmática Constitucional en el Ecuador". En M. Carbonell, J. Carpizo, D. Zovato, coordinadores, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. México D.F.: UNAM-IIIJ, 2009.
- Sant Ana Piedra, Adriano, "Mutación constitucional y progresividad de los derechos fundamentales". En Claudia Storini y José Francisco Alenza García, directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. España: Editorial Arazadi, 2012.
- Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- Schulze, Hagen, *La Republica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933*. Bolonia: Il Mulino, 1987.
- Soto Cordero, Fabián, "Sentencias constitucionales: tipos y efectos" En Juan Montaña Pinto, editor, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 3. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Storini, Claudia, *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*. Valencia: Universidad de Valencia, tesis doctoral, 2001.
- Storini, Claudia, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009.
- Tomas y Valiente, Francisco, *Escritos Sobre y Desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Viciano Pastor, Roberto y Martinez Dalmau, Rubén, "Aspectos Generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano". En Luis Fernando Ávila Linzán, editores, *Política, justicia y Constitución*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Zagrebelsky, Gustavo, "El derecho dúctil". En M. Gascón, traducción, *Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1997.

NORMATIVA UTILIZADA:

Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, en Registro Oficial N° 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro oficial Nro. 52 (22 de octubre de 2009).

Francia, Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789).

JURISPRUDENCIA:

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-109 de 1995*, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-109-95.htm>

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-405 de 1998*

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-551 de 2003*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett (Bogotá, 9 de julio, 2003).

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-690 de 1996*.

Ecuador, Corte Constitucional, *Dictamen 001-DCP-CC-2011*

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-10-SIN-CC* (18 de marzo del 2010).

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 09-13-SIN-CC* (14 de agosto de 2013).

Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N° 009-13-SIN-CC* (14 de agosto de 2013)

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 003-10-SIN-CC* (08 de abril de 2010).

Ecuador, Corte Constitucional para el periodo de transición, *Sentencia N 001-12-SIC-CC*, (05 de enero de 2012), Manuel Viteri Olvera, Juez constitucional sustanciador.

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 002-09-SAN-CC*, (02 de abril de 2009), Ruth Seni Pinoargote, jueza sustanciadora.

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 003-09-SIN-CC*, (23 de julio de 2009).

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 014-10-SCN-CC*, (5 de agosto de 2010).

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 03-10-SCN*, (02 de diciembre del 2010).

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-10-SIN-CC*, (18 de marzo del 2010),
Patricio Pazmiño Freire, juez ponente

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-11-CC*

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-11-SIO-CC* (26 de enero del 2011),
Patricio Herrera Betancourt, Juez ponente.

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-13-SCN-CC*

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 002-09-SAN-CC* (02 de abril de 2009), Ruth
Seni Pinoargote, jueza sustanciadora

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 004-13-SAN-CC*, (13 de junio de 2013).

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 102-13-SEP-CC*, (04 de diciembre de 2013)

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 55-10-SEP-CC*

Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° Sentencia 113-14-SEP-CC*

España, Tribunal Constitucional, *STC 105/1988* (8 de junio de 1998)

España, Tribunal Constitucional, *SENTENCIA 233/1999* (16 de diciembre, 1999)

España, Tribunal Constitucional, *STC 116/1999* (17 de junio de 1999)

Perú, Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP. N° 004-2004-CC/TC*. Disponible en
Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>