

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR
COMITÉ DE INVESTIGACIONES

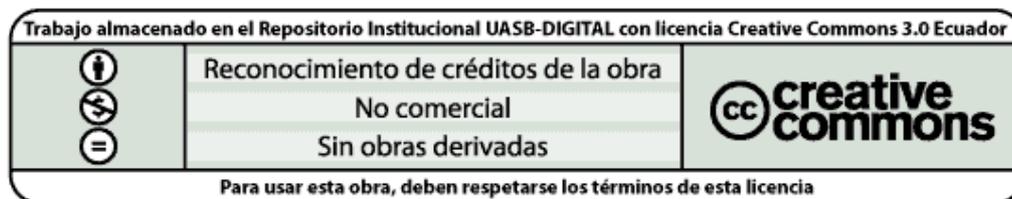
INFORME DE INVESTIGACIÓN

La limitación del poder a través del control de constitucionalidad y los límites de la Corte Constitucional ecuatoriana ¿Se preserva o subvierte la Constitución?

Manuel Agustín Chamba Chamba

Quito – Ecuador

2016



Resumen

El presente trabajo se ocupa de cuatro cuestiones fundamentales en la práctica del Estado constitucional: un repaso a la evolución del valor de la Constitución hasta la actualidad; el estatus o posición que cabe atribuir a la Corte Constitucional como órgano de justicia constitucional; los límites al poder, particularmente de cuál debe ser la función de la Corte Constitucional en el ejercicio de su atribución del control de constitucionalidad del sistema jurídico, para finalmente realizar un análisis de las actuaciones materiales contenidas en las sentencias que ha pronunciado la Corte Constitucional en el periodo comprendido entre la promulgación de la Constitución ecuatoriana, esto es, 20 de octubre de 2008 a 2014.

Palabras claves

Valor, Constitución, Corte Constitucional, poder, límites, control de constitucionalidad, ordenamiento jurídico.

Datos del investigador

Manuel Agustín Chamba. Abogado, mejor egresado y graduado con méritos, por la Universidad Nacional de Loja en el año 2012. Maestría en Investigación, mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, en el año 2015. Asesor de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Las áreas de interés investigativo son, particularmente, los límites de los poderes públicos y la administración de justicia.

Introducción

La lucha contra la arbitrariedad y la tiranía, en general, contra los abusos del poder es tan antigua como la humanidad misma. No existe una respuesta única, pues no siempre ha sido el derecho, ni ha tenido forma jurídica: unos apelaban a los sabios, otros depositaban el poder en los ancianos, se recurría a la divinidad para instituir reyes o monarcas, de quienes se esperaban que fueran justos. Sólo con el transcurso del tiempo hemos comprendido que la mejor forma de evitar el despotismo (como pura imposición de la fuerza) es mediante el establecimiento de unas reglas fijas a las que todos estemos sujetos; nace así la Constitución del constitucionalismo moderno, cuya función esencial no sólo radica en asegurar la limitación y control del poder sino garantizar los derechos de las personas que conviven en sociedad.

La experiencia surgida de la Revolución norteamericana, tanto en sus ideas como en la práctica, sentarían las bases del valor jurídico de la Constitución, lo cual implica la necesidad de unos agentes concretos a quienes corresponde preservar la eficacia de sus contenidos. De otro lado, la revolución francesa determinaría un valor político de la Constitución, noción que traería como consecuencia la ausencia de medios que aseguren la eficacia de la Constitución; en la práctica, parece, olvidarse que el postulado básico la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 no sólo era la garantía de los derechos sino también la separación de poderes: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución» (Art. 16).

Obviamente, la sociedad actual está muy lejos de esas experiencias, y en tal sentido ha vivido un proceso de evolución que se manifiesta en numerosos acontecimientos. Por señalar uno más próximo, luego de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de países han ido promulgando Constituciones, que se conciben como supremas y materiales, con un catálogo de derechos fundamentales que, en nuestro medio, se denominan ya únicamente constitucionales; claro que, cuando se habla de instrumentos de esa calidad, emerge otra cuestión, la necesidad de unos agentes a los que se les reconoce un *poder* concreto para asegurarlos.

Esa necesidad ha tenido su respuesta en la institucionalización, en algunos lugares desde los inicios del constitucionalismo en otros como parte de un proceso de

evolución, de órganos de justicia constitucional. Pero ello no ha desaparecido del todo el problema, pues cabe preguntarse ¿Cuál es el papel y la finalidad que debe regir las actuaciones de esos órganos de justicia constitucional? La respuesta a esta interrogante debe ser concluyente: una Corte Constitucional tiene la misión trascendental de preservar la vigencia de la Constitución, porque sólo así los «*diversos tipos de poder* presentes en la vida colectiva» estarán sujetos a la Constitución; lo contrario, implicaría no sólo la negación del carácter supremo y normativo de la Constitución, sino también de su condición de norma jurídica misma.

Para fundamentar esta posición, iniciamos por establecer si la limitación del poder debe ser la función esencial de una Constitución en las sociedades actuales; luego nos ocupamos, del *valor* de la Constitución y la necesidad de los órganos de justicia constitucional. Establecidos estos presupuestos teóricos nos encargamos de estudiar la posición de nuestra Corte Constitucional; para finalmente, ocuparnos de sus actuaciones materiales. Desde un punto de vista material, puede evidenciarse que existen riesgos y, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional deja, cuando menos, sinsabores en el ejercicio de su atribución de control de constitucionalidad: a veces por su carácter tenue o por su extralimitación, en otras por su conducta sospechosa; pero sobre todo, porque en algunas ocasiones la Corte no se limita a hacer respetar la voluntad de la Constitución.

Considerando que la Corte Constitucional es el más alto órgano de interpretación, control y administración de justicia constitucional; así como, dado que se le ha instituido una amplia gama de atribuciones y funciones habremos de señalar que los excesos, los abusos o incluso los descuidos toman especial relevancia, porque de ello depende la efectiva limitación del poder, y por tanto, la garantía de los derechos; a fin de cuentas, la efectividad de la Constitución. Visto así, podemos señalar que la incidencia de una Corte Constitucional es concluyente, que cualquier desliz viene a poner tácitamente en crisis el régimen vigente.

Si la Corte Constitucional actúa para preservar la Constitución será un órgano de garantía en toda la extensión de la palabra y la vigencia del Estado constitucional está asegurada; pero si actúa únicamente como «trinchera institucional (*blame shifting*) que mantenga la legitimidad del régimen» será mero instrumento de legitimación del poder vigente.

Por lo demás, resulta oportuno anotar aquellas expresiones que Tocqueville expresaría –con una lucidez pocas veces cuestionada– hace mucho tiempo: «los jueces [refiriéndose a los Estados Unidos] no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos que puedan ser vencidos, desviarse de la corriente cuando su impulso amenace arrastrar tanto a ellos mismos como a la soberanía [del Estado]»; precisando que, «es a menudo tan peligroso quedarse corto como excederse».

Establecer si la Corte Constitucional actúa para preservar la Constitución, o si por el contrario, es un medio de legitimación del poder imperante, es algo que corresponde determinar a cada quien luego de analizar sus actuaciones materiales. Resta por decir, que cada quien examine sus decisiones y les atribuya gloria o desgracia al resultado que de ellas obtenga.

Tabla de contenidos

Resumen	1
Introducción.....	3
La limitación del poder a través del control de constitucionalidad y los límites de la Corte Constitucional ecuatoriana ¿Se preserva o subvierte la Constitución?	7
1.1. La limitación del poder como función esencial de la Constitución en la sociedad actual.....	7
1.2. El <i>valor</i> de la Constitución y la necesidad de instituir órganos de justicia constitucional.....	23
1.3. El estatus de la Corte Constitucional ecuatoriana.....	49
1.4. Las actuaciones materiales de la Corte Constitucional ecuatoriana en el ámbito del control de constitucionalidad: entre límites y limitación del poder.....	66
Bibliografía.....	85

La limitación del poder a través del control de constitucionalidad y los límites de la Corte Constitucional ecuatoriana ¿Se preserva o subvierte la Constitución?

La Constitución, y en general las instituciones jurídicas, son artificios o instrumentos humanos establecidos con la finalidad de limitar el poder; esa limitación no sólo constituye una forma de organizar la institucionalidad estatal sino también la principal garantía de los derechos de las personas. La primigenia función (y quizá la justificación misma de la aparición) de los órganos de justicia constitucional fue la de instituir límites al poder del legislador a través del establecimiento del control de constitucionalidad de la ley; esa concepción –sobre la existencia de límites– no sólo está sustentada en una larga tradición histórica sino, sobre todo, en el valor que se ha atribuido a la Constitución.

Desde la perspectiva jurídica (obviamente existen muchas otras), instituir un órgano de justicia constitucional significa, desde una doble faceta, limitar el poder: en un primer sentido, en cuanto órgano de justicia constitucional, una Corte debe limitar el poder y asegurar el sometimiento a la Constitución, tanto de los poderes públicos como de los particulares; desde otra perspectiva, los órganos de justicia constitucional también deben estar sometidos a límites, lo cual significa, que una Corte Constitucional no puede concebirse como poder absoluto. Aunque el planteamiento del tema sugiere el análisis de las actuaciones materiales de la Corte Constitucional ecuatoriana, previamente debemos reflexionar tanto sobre la función esencial de una Constitución, como sobre su valor; pero también debemos establecer el estatus que ocupa la Corte Constitucional, como procedemos enseguida, iniciando por la función esencial de la Constitución.

1.1. La limitación del poder como función esencial de la Constitución en la sociedad actual.

Toda sociedad, independientemente de su estructura, posee ciertas convicciones que rigen las relaciones de sus miembros y determinan el funcionamiento de sus instituciones. Esas convicciones, generalmente, se encuentran relacionadas con la forma en que se organiza el poder, su ejercicio en la práctica diaria, la garantía de los

derechos; así como los órganos a los que se les encarga la tarea de preservar la eficacia de esa Constitución. La estructura y funcionamiento del Estado actual, lejos de ser una concepción momentánea o una categoría efímera, es producto de un largo proceso evolutivo, caracterizado, principalmente, por reflexiones en torno al ejercicio del poder en una forma concreta de organización social.

Está claro, que *poder* es una expresión multifacética, que puede ser –y ha sido– utilizada en los más diversos contextos. Se trata de un término, cuando menos, ambiguo; tanto que se ha dicho que su concepto es sociológicamente «amorfo»¹. Ello puede constatarse, incluso, si consideramos su etimología, pues «poder» viene del latín *potere* que tiene dos aristas: como verbo tal expresión se deriva de *posse* que significa «tener capacidad» o «ser capaz»; y, como sustantivo se usa para ilustrar la capacidad, la potestad, la fuerza o el dominio de alguien. De ahí que, en el primer sentido, alguien tiene poder de convencimiento cuando habla; y, se dice, en un segundo sentido, que los jueces ejercen el poder jurisdiccional o que los legisladores integran el Poder Legislativo, tan solo por citar algunos ejemplos.

Así, la idea de poder está presente en tanto escenarios como interaccionen las actividades sociales: puede ser el ámbito financiero, productivo, de consumo, ideológico y muchos otros. Sin embargo, hemos de coincidir, en términos generales, que poder «significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de la relación social»; es decir, la posibilidad de «colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada»². Por tanto, el *poder* comprende una categoría muy amplia; aunque sea el poder político su manifestación por antonomasia, en tanto que, en sentido jurídico y desde la óptica constitucional, se manifiesta mediante el ejercicio de facultades y competencias que permiten a ciertas personas que ostentan un cargo o función decidir, y ejercer la fuerza a través de los distintos órganos del Estado. Obviamente, cuando decimos *ejercer la fuerza*, nos referimos al uso de la fuerza legítima que constituye el presupuesto de una sociedad civilizada y la justificación de la existencia del Estado.

La historia de la humanidad enseña que la preocupación por los límites y controles al ejercicio del poder es un asunto que incide directamente, tanto en el papel que corresponde al Estado, como en el estatus de los integrantes de esa sociedad; por

¹ Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (México: Fondo de cultura económica, 2da reimpression de la 2da edición en español, 2002), 43.

² *Ibidem.* 43.

ello, en diferentes momentos históricos, se ha ideado mecanismos de control para hacer efectivos los límites. Por ejemplo, según la teoría política, “[l]a larga historia de la doctrina de separación de poderes es un reflejo de la aspiración humana de encontrar un sistema de gobierno en el que el ejercicio del poder estatal esté sujeto a medidas de control. Ilustra cómo esta aspiración básica de limitar el poder del Estado ha tenido que irse modificando y adaptando a los cambios en las circunstancias y necesidades [...]”³.

Ese anhelo de limitar el poder ha hecho que se invoque la existencia de un «orden superior» que contiene unas normas básicas. Claro que, esa idea no se manifiesta en sentido uniforme en el transcurso de la historia, tampoco se manifiesta exclusivamente en un sentido jurídico; mucho menos consiste en una práctica racionalizada. Pero, ni esa falta de concepción uniforme, ni la ausencia de naturaleza jurídica; es decir, de un cuerpo de normas (en sentido actual) han impedido que diferentes grupos humanos se organicen en base a un conjunto de normas consideradas superiores, distinguiéndolas de lo que se ha denominado «derecho ordinario»⁴. De ello son conscientes incluso los propios constitucionalistas, cuando sostienen que «la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto»⁵, o que «en distintas épocas [se ha] tomado la constitución como objeto propio, entendida ésta como ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas»⁶.

Para ilustrar tal concepción resulta oportuno anotar algunos ejemplos. Se dice que en Atenas, con la finalidad de frenar el abuso y la arbitrariedad de los gobernantes, Areópago y los Nomofilacos diferenciaban entre los *nomoi* y *psefismata*, concibiéndolos como una especie de normas superiores y decretos ordinarios; por su parte, en Esparta se habían establecido dos reyes que se vigilaban mutuamente, así como también se habían creado los éforos, cuya función era mantener el equilibrio entre

³ Maurice Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Xohana Bastida, 2007), 21.

⁴ La doctrina es enfática en señalar: “Normalmente suele atribuirse a los hebreos el primer concepto de Constitución, en el sentido de existir una norma suprema a los gobernantes y gobernados que, a su vez, actuaba como límite a la acción de aquéllos. Esta norma suprema se identificaba con la ley divina, conteniendo una fuerte carga ética o moral, cuya actualización era realizada a través de los profetas”: Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional* (Madrid: Tecnos, Vol. I, 3ra edición, 1999), 45.

⁵ Manuel Aragón Reyes, “La Constitución como paradigma”, *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta/UNAM, 2007), 29.

⁶ Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 1ra edición, 1ra reimpresión, trad. de Manuel Martínez Neira, 2007), 9.

el poder del Senado y lo reyes⁷. En Roma, existía la convicción sobre la existencia de la *res publica* diferente de los intereses privados, lo cual significaba una distinción entre derecho público y privado⁸; y, en el ámbito institucional se había establecido una doble magistratura, el Senado y el Tribunado, que tenían la finalidad de impedir que el poder se ejerza en forma aislada y absoluta⁹.

Durante el periodo que comprende la edad media también existe consciencia sobre la existencia de un orden superior. Aunque durante el medioevo, la fuente de legitimación del poder sea la divinidad, el poder se ejerce con fundamento en la distinción –al menos desde el punto de vista teórico– de la soberanía de Dios y el rey¹⁰. Se postula la existencia de dos poderes bajo una autoridad visible: el primero de naturaleza espiritual y perpetua, omnipotente que es Dios mismo; por otro lado, la existencia de un poder de naturaleza terrenal, temporal y humano, que es ejercido por el rey¹¹. Tal idea permite sostener el fundamento divino del poder de los reyes, como enseña la doctrina: «las Sagradas escrituras enseñan que Dios reina por autoridad propia, mientras que los reyes lo hacen como de precario: Dios por sí mismo, los reyes por Dios; Dios tiene jurisdicción propia, en tanto que los reyes son delegados suyos»¹².

Resulta claro que cuando se plantea la existencia de un «orden superior», ello lleva implícito la existencia de límites al poder imperante; cosa distinta son los mecanismos que se han utilizado para hacerlos efectivos, cuestión sobre la que obviamente no podemos ocuparnos aquí. Pero ello no significa que la preocupación por los límites del poder no haya estado presente a lo largo de la historia, aunque resulta difícil establecer el momento preciso en el que tiene origen una teoría de la limitación del poder.

⁷ Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano* (México, UNAM, 2004), 1-2.

⁸ Remedio Sánchez Freís, *Introducción al Estado constitucional* (Barcelona, Ariel, 1993) 33. Álvarez Conde coincide en este aspecto al señalar que “[l]a aportación del mundo romano, a través del concepto de “res publicam constituere” [...] Así, pues, el Estado se entenderá como algo preexistente al pueblo y la Constitución como uno de los elementos de aquel, siendo considerado como instrumento eficaz para organizar la comunidad política”: *Curso de derecho...*, 146.

⁹ Corte Suprema de Justicia de México, *La defensa de la Constitución* (México: Comité Editorial CSJN, 2005), 9-10.

¹⁰ Francisco Bertelloni “La teoría política medieval entre la tradición clásica y la modernidad”, en *El pensamiento político en la Edad Media*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010), 18-19.

¹¹ Pedro Roche Armas, “Dos poderes, una autoridad: Egilio Romano o la culminación del pensamiento teocrático medieval cristiano”, en *El pensamiento político...*, 113.

¹² Stephanus Junius Brutus, *Vindiciae contra Tyrannos* (Madrid: Tecnos, trad. del latín Piedad García, 2008), 20.

La historia jurídica señala que en el periodo medieval no existe un «poder público rígidamente institucionalizado» en la forma contemporánea; es decir, no existe un poder debidamente estructurado y jerarquizado sobre el cual, alguien detente el monopolio del ejercicio de la fuerza en el sentido de potestad; más bien, el poder «está fraccionado y dividido entre un gran número de sujetos a lo largo de la escala jerárquica, que va desde los señores feudales de más alto rango hasta cada uno de los caballeros armados y, luego, hasta zonas de aplicación del mismo *imperium* estrechamente limitadas y circunscritas»¹³. Incluso se ha señalado, que este periodo representa una compleja escena constitucional autónoma, cuya característica es la existencia de un conjunto de agentes que ostentan un poder más o menos determinado y limitado, cuya manifestación es «*la intrínseca limitación de los poderes públicos*. No se trata de una limitación establecida por normas positivas generales y escritas, [...] sino de una limitación de hecho»¹⁴; es decir, derivada del poder efectivo y material que ostenta tanto el rey, los príncipes, señores, laicos y eclesiásticos.

Una de las prácticas más destacadas del periodo medieval es el *pactismo*. De hecho, se ha dicho que unos de los antecedentes más importantes del constitucionalismo moderno, como es la Carta Magna de 1215, tiene origen en esa práctica: nos referimos al pacto celebrado entre el Rey Juan I (más conocido como "Juan Sin Tierra") y un importante sector de la nobleza inglesa. Se dice que, cuando Juan ascendió a la corona en 1199, vio constantemente amenazado su poder, tanto por el Rey de Francia como por la Iglesia Católica y los barones ingleses; en lo fundamental, porque en determinadas circunstancias hizo múltiples concesiones (ofertas) que en el futuro fueron incumplidas. La historia lo reseña en los siguientes términos:

[...] su descontento en buena medida venía provocado por el aumento y la arbitrariedad de las exacciones exigidas por Juan, en ejercicio de sus derechos feudales, para financiar sus campañas de Francia. Langton logró encauzar ese malestar, patente en la negativa de algunos barones a prestar homenaje al Rey el 5 de mayo de 1215, convirtiéndolo en apoyo a un documento, denominado como “los artículos de los Barones”, que es básicamente la plantilla de la Magna Carta.

Pero Juan no se resignó a la humillación de la Magna Carta más que “*in extremis*”, ante la presión de un potente ejército nobiliario, fortalecido además por el apoyo que la ciudad de Londres brindó a los barones, a quienes había abierto sus puertas. Sólo entonces se sometió el Rey. En una breve ceremonia en los prados de Runnymede, entre Windsor y Staines, junto al Támesis, en presencia del ejército de los barones y

¹³ Maurizio Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes para una historia de las constituciones* (Madrid: Trotta, trad. de Manuel Martínez Neira, 1996), 27.

¹⁴ Maurizio Fioravanti, *Constitución. Desde la antigüedad...*, 36.

acompañado por Langton, Juan estampó su sello real en el documento originario del constitucionalismo inglés, el 15 de junio de 1215¹⁵.

Las circunstancias en las que se celebró la Carta Magna son determinantes para comprender, una manifestación natural del instinto humano, que quien detenta el poder difícilmente se limita en mérito propio. Así, la Carta de 1215 no es, como se podría pensar, obra de una concesión graciosa del reinado de Juan I, mediante la cual limita su poder frente a la nobleza; dicho en otras palabras, no es la voluntad del monarca la que termine por instituir límites, al contrario, esos límites son el resultado del ejercicio de fuerza y (sólo en cierto sentido) un punto culminante de una lucha de poder. Pero no sólo eso, sino que más allá de la situación material de la que emerge, sus contenidos denotan, como ha destacado cierta doctrina, que el concepto de norma escrita será una de las primeras manifestaciones de limitación del poder. Tal cuestión puede advertirse con facilidad de lo expresado en la mayoría –sino en todas– de sus cláusulas: por ejemplo, la cláusula que establece que «Ningún hombre libre será tomado o preso, o desposeído de sus derechos o bienes, o exilado o prohibido, o privado de su posición de cualquier otro modo, ni procederemos con fuerza en su contra, o mandar a otros a hacerlo, sin el legítimo juicio de sus pares o por la ley de la tierra» (conocida posteriormente como cláusula 39), tiene la notable intención de limitar el poder del rey imponiéndole prohibiciones; o aquella cláusula que prescribe que «A nadie venderemos, ni a nadie denegaremos o retrasaremos el derecho o la justicia» (aquella que se denominó cláusula 40).

Claro que, no son los únicos ámbitos de limitación del poder del monarca; pues además, la Carta Magna proclama la libertad de la Iglesia; enuncia las libertades que el Rey promete asegurar, mediante una enumeración prolija de las reglas que deben respetarse como parte una relación de autoridad y sometimiento propia de la época; además establece límites al poder del monarca respecto de la exigencia de la contribución al heredero de un feudo, así como prohibía que los herederos fueran obligados a contraer un matrimonio desigual; establecía una regulación sobre las viudas; preveía cláusulas de protección para las ciudades y comerciantes; ello tan solo por citar algunos ejemplos.

¹⁵ Miguel Satrústegui Gil-Delgado, “La Carta Magna: Realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval”, *Historia Constitucional* (No. 10, 2009), 243 y ss. Davis G dice “en su primer emisión por el Rey Juan, la Carta Magna representa un tratado de paz impuesto por los barones que se habían revelado en su contra por las razones que los términos de la Carta hacen claros”: *Carta Magna* (Londres: Cambridge University Pres, 1977), 9.

Esto permite asegurar con amplia certeza que la función primordial de la Carta Magna celebrada entre el Rey y la nobleza en el año 1215 es, ante todo, un mecanismo de limitación del poder absoluto de la monarquía; o en su caso, pretende restablecer aquellas limitaciones que se consideraban "naturales" y que el ejercicio –cuando menos– discrecional del poder de los reyes las había ido alterando¹⁶ paulatinamente, hasta degenerar en abuso, tiranía y despotismo. Otro documento, aunque adoptado con posterioridad pero todavía durante el medioevo, tenía la finalidad de limitar el poder es el *Habeas corpus Amendment Act*, de 28 de mayo de 1679; una revisión permite advertir que no precisamente se trata «de una declaración de derecho en sentido moderno», pero es un instrumento que contiene importantes obligaciones para el gobernó, limitando las prerrogativas del rey¹⁷.

La primera aproximación a la concepción de derechos, en sentido moderno, aunque eso no implique abandonar la concepción de limitación del poder, es el *The Bill of Rights*, de 13 de febrero de 1689¹⁸. De hecho, más allá de que dicho instrumento declara los derechos y libertades de los súbditos, declara ilegal el poder de suspender las leyes sin consentimiento del Parlamento; así como determina que la recaudación de tributos, bajo la pretensión de prerrogativas, sin autorización del Parlamento, es ilegal.¹⁹

Otra es la situación en los albores de la modernidad. El contenido de las Declaraciones de Derechos, de aquellas que todavía eran colonias inglesas, no se limitaban a regular las relaciones de poder entre la monarquía y la nobleza medieval, sino que establecían unos derechos básicos e inalienables para el poder –el caso de Massachussts y Virginia–. Por ejemplo, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 expresaba:

Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden ser privados o desposeídos con posterioridad por ningún pacto; a saber: el goce de

¹⁶ Antonio-Carlos Pereira Menaut, *El ejemplo constitucional de Inglaterra* (México: UNAM, 2010), 36.

¹⁷ Puede revisarse el contenido de tal documento en Viridiana Molineros Hassan, *Notas sobre Constitución, Organización del Estado y Derechos Humanos* (Barranquilla: Universidad del Norte, 2011), 289 y ss.

¹⁸ Por ejemplo, el artículo VIII The Bill of Rights, luego de realizar un diagnóstico de los excesos del poder, declara: “Que las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres”.

¹⁹ Puede consultarse el texto de dicho instrumentos en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf>

la vida y la libertad, como los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad²⁰.

La época moderna constituye, quizá, el paso más importante en el establecimiento de límites y controles al poder. Durante este periodo, no sólo que se evidencia una gran cantidad de reflexiones en torno al poder, sino que el ejercicio y la legitimación misma del poder empieza a comprenderse de forma diferente, tanto que ese pensamiento ha permitido sentar las bases de lo que hoy conocemos como constitucionalismo. Locke, por ejemplo, en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, decía que el poder político «es el que, teniéndolo todos los hombres en estado de naturaleza es entregado por éstos a la sociedad y, a través de ella, a los gobernantes que la sociedad misma ha erigido con el encargo expreso o tácito de que sea poder sea empleado para su propio bien y para la preservación», continúa precisando que «no puede tratarse de un poder absoluto y arbitrario»; por otro lado, identificaba el poder despótico como «un poder absoluto y arbitrario que un hombre ejerce sobre otro»²¹.

Será Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, quien trascienda la ya clásica teoría de separación de poderes –aunque él no la haya inventado– cuya finalidad esencial era limitar el ejercicio del poder político. La justificación de un interés de ese tipo, según él mismo había anotado, radicaba en que la naturaleza humana mostraba una tendencia generalizada hacia el mal; por ello dirá, que «la libertad política sólo se halla en los gobiernos moderados» y está presente «cuando no se abusa de la autoridad», señalando que «se sabe por experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentre límites». De manera que, no cabe duda que la necesidad de límites al poder es una cuestión característica de su pensamiento, pues señalaba que incluso «la misma virtud tiene necesidad de límites». Cosa distinta era el medio a través del cual se establecían esos límites; señalaba que la tendencia al abuso del poder podía moderarse por medio una «Constitución», de manera que nadie pueda ser obligado a hacer lo que la ley no obliga, ni dejar de hacer lo que permite; de manera que, la Constitución sería el medio propuesto para preservar la libertad política²².

²⁰ Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, (México: UNAM, 2003), 1-4.

²¹ John Locke, *Segundo tratado del gobierno civil* (Madrid: Tecnos, trad. de Carlos Mellizo, 2006), 168-169.

²² Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (Madrid: Preciados, Tomo I, trad. de Siro García, 1906), 225.

Aunque al inicio de su obra señala que existen tres especies de gobierno, describiéndolos como *republicano*, *monárquico* y *despótico*²³; no se ocupa de los controles institucionales del poder sino hasta analizar la realidad del ejercicio del poder en Inglaterra. De hecho, cuando se refiere a la separación de los poderes lo hace bajo el título «De la Constitución Inglesa»²⁴. No obstante, su teoría representa una aproximación política, de la separación de los poderes del Estado, cuestionando el poder absoluto, ya que éste eleva la posibilidad del abuso pudiendo llevar a la arbitrariedad y la tiranía, dando paso de esa forma a la opresión de la sociedad por los gobernantes. De ahí que, la cuestión central radica en el establecimiento de una forma de Estado donde el ejercicio del poder sea limitado, instituyendo mecanismos para evitar que un solo detentador lo ejerza monopólicamente, siendo necesario «fragmentarlo»²⁵.

Esa filosofía, –expuesta aquí tan sólo sintéticamente, a riesgo de resultar superficial– inspiró dos grandes acontecimientos sin parangón en la historia de la humanidad: la Revolución americana que culminó en la adopción de la Constitución de Philadelphia en el año 1787 y la Revolución francesa del 14 de julio de 1789 que culminó en la adopción de una declaración de derechos. Aunque no podemos ocuparnos de su significado e implicaciones (algunas cuestiones retomaremos al abordar en el siguiente acápite el valor de la Constitución); si debemos señalar que esa filosofía marca el punto de partida de una nueva época no sólo en la forma de entender el ejercicio del

²³ *Ibidem*, 20 y ss. Se ha dicho que la posición de Montesquieu resulta ambigua; en lo fundamental porque no se decantaba por uno de los sistemas de gobierno expuestos. Aunque destacaba el valor de las democracias, se ocupa de la institucionalización de los medios de control del poder al tratar la Constitución de Inglaterra: Maurice Vile, *Constitucionalismo...*, 88-89.

²⁴ Montesquieu, *El espíritu...*, 227 y ss. Se dice que «en su teoría subyacía el modelo inglés», entendiendo que los problemas afrontados por Gran Bretaña estaría por afrontarlos Francia. De ahí que Montesquieu pretende «un equilibrio entre los poderes políticos, dividiéndolos y limitándolos entre sí». Esa división de poderes tiene un enfoque eminentemente político y se lograría en gran medida con el equilibrio de los intereses sociales, es decir desde la perspectiva de un pacto político, que al igual que en Gran Bretaña (rey, nobleza y pueblo) habría que adscribir al poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Véase, Ricardo García Macho, “Problemática de la división de poderes en la actualidad” en *Revista de estudios políticos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 53 [Nueva época], septiembre-octubre 1986), 176-179.

²⁵ Mariela Rubano Lapasta, “El principio de separación de poderes: interpretación actual” en *Estudios de derecho público: El principio de separación de poderes. Actas de las XL jornadas de Derecho Público 2010* (Santiago: Abeledo-Perrot/Thomson Reuters, Universidad de Valparaíso, 2011), 27-38. La sociología nos da extraordinarios argumentos para entender la necesidad de dividir el poder, sosteniendo la “idea de que el poder, para que sea efectivo, debe ser dividido; y, que la omnipotencia, lejos de ser una ventaja puede ser una calamidad”, ello debido a que “un ser omnipotente es una contradicción en sus propios términos. «Si un ente tiene el poder de hacer cualquier ley o de llevar acabo cualquier acto ¿puede entonces limitar su propio poder para actuar o elaborar leyes?»” sería una suerte de poder irreversible: Jon Elster, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromisos y restricciones* (Barcelona: Gedisa, trad. de Jordi Mundó, 2002), 166-167.

poder, sino que también las cuestiones referentes a su legitimidad serán entendidas desde otra perspectiva.

La Constitución de los Estados Unidos, con fundamento en la doctrina de separación de poderes, no sólo dividió el poder sino que además instituyó mecanismos de control. Tal concepción daría como resultado el establecimiento de una organización política (Estado) cuya finalidad última sería, conforme las palabras iniciales de los propios constituyentes, «establecer la justicia, garantizar la paz, atender a la defensa común, fomentar el bienestar general y obtener, tanto para nosotros como nuestros descendientes, las bendiciones de la libertad».

Para lograr aquello, los constituyentes de Philadelphia atribuyeron a órganos diferentes el ejercicio de los poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial; así como también prescribieron un conjunto de disposiciones orientadas a preservar el equilibrio y control (orgánico) del poder mediante la participación de esos mismos poderes. En una primera dimensión, la Constitución norteamericana organiza el poder de forma separadas; así, establece los poderes legislativos al Congreso que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes (Artículo I, sección 1); el Poder Ejecutivo conferido a un Presidente de los Estados Unidos de América (Artículo II, Sección 1); y, el Poder Judicial conferido a un Tribunal Supremo y a otros tribunales inferiores que el Congreso instituya (Artículo III, Sección 1).

Desde otra perspectiva, establece normas orientadas a preservar el equilibrio e instituir medios de control del ejercicio del poder, donde cabe distinguir varios escenarios. Un primer grupo, comprende las normas que facultan una intervención del Poder Ejecutivo en el ámbito del Poder Legislativo, como el ejercicio de la Presidencia del Senado por el Vicepresidente de la República (Artículo I. Sección 3); la potestad del Presidente para cubrir las vacantes que se produzcan mientras el Senado se encuentre en receso (Artículo II. Sección 2); el derecho de mensaje y recomendación del Presidente al Congreso sobre las medidas que estime necesarias y oportunas, incluso la convocatoria con carácter extraordinario a ambas Cámaras o a cualquiera de ellas (Artículo II. Sección 3); así como la trascendental atribución del veto legislativo (Artículo I. Sección 7). Por otro lado, están las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ámbito del Poder Judicial; particularmente, la atribución del Presidente de la República para proponer el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo (Artículo II.

Sección 2). También podemos identificar normas que permiten intervenir al Poder Legislativo en el ámbito del Poder Ejecutivo; en lo esencial mediante la ratificación del nombramiento presidencial de los Altos Cargos del Estado (Embajadores, Ministros, Cónsules), así como la atribución al Congreso de la facultad de designar al Presidente, cuando ninguno de ellos hubiere obtenido la mayoría del número total de electores (Artículo II. Sección 2). Por último, cabe señalar la facultad conjunta del poder Legislativo y Judicial respecto del *impeachment*: la facultad exclusiva de la Cámara de Representantes para acusar y del Senado para juzgar, debiendo presidir el Presidente del Tribunal Supremo cuando se juzgue al Presidente de los Estados Unidos (Artículo I. Secciones 2 y 3)²⁶.

Las normas referidas permiten evidenciar la preocupación de los constituyentes de Philadelphia por una institucionalización equilibrada del poder, así como su conciencia sobre la necesidad de un sistema de controles recíprocos entre poderes del Estado cuya finalidad última sea evitar el despotismo en el ejercicio del poder, así como garantizar la libertad. Si ello no resultaba claro de la forma en que se había organizado el poder en la Constitución de 1787, en su defensa de la Constitución Madison expondría que habían optado por una interpretación flexible de la teoría de separación de poderes señalando:

[Montesquieu] no pretendía decir que los diversos órganos no debían tener una *participación parcial*, o un cierto *control*, sobre los actos de los otros. Lo que pretendía decir, como se deduce de sus propias palabras, y como resulta todavía más claro a partir de los ejemplos que él tenía presentes, no era otra cosa que cuando *todos* los poderes de un órgano son ejercidos por las mismas manos que poseen *todos* los poderes de otro órgano, quedan subvertidos los principios fundamentales de la Constitución libre²⁷.

La concepción estadounidense de Constitución como límite al poder quedará completa con adopción de la primera enmienda, conocida generalmente como *Bill of Rights* de 1789. Un ejemplo muy claro de aquello es el artículo tercero que prevé: «El Congreso no hará ninguna ley sobre el establecimiento de religiones; ni que prohíba su libre práctica; ni que limite la libertad de palabra ni de prensa, ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente, ni el derecho a pedir al gobierno la reparación de agravios». De manera que, tal enmienda no se limita a establecer una mera declaración sino establece,

²⁶ Para la traducción de la Constitución de Estados Unidos hemos recurrido a la publicación de Luis Grau, *La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Dikinson, 2010), 66 y ss. Todas las referencias posteriores se remiten a esa publicación.

²⁷ James Madison, *El Federalista*, No. 47, citado por Roberto Blanco Valdez, *El valor de la Constitución*, (Madrid: Alianza editorial, 1994), 92.

de forma rotunda y concluyente, que los derechos consisten en la imposición de límites a los poderes del Estado, siendo indisponibles para ellos.

También la Revolución francesa, con la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de la Asamblea francesa de 14 de julio de 1789, tenía como preocupación central la existencia de límites al poder. Su promulgación, lejos de tratarse de una superación de la idea de establecer límites al poder, como algunos parecen sugerir, es la consolidación de las ideas de un gobierno limitado. Nada más claro que el propio texto del artículo 16 que establece en forma concluyente: «*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*». Tales expresiones resultan ilustrativas de la función que corresponde a la Constitución desde la modernidad: no sólo la garantía de derechos es condición esencial para que una sociedad *tenga* Constitución sino también la separación de poderes; aunque ese precepto, según ha señalado alguna doctrina, implica el otorgamiento de una posición central de los derechos en los sistemas políticos, particularmente en los europeos²⁸; claro que para abordar tal cuestión, resultaría necesario establecer el valor (material si se quiere y con ello la efectividad de esas declaraciones) de la Constitución, lo cual retomaremos más adelante.

Entendida, conforme hemos expuesto, la función de la Constitución en el origen del constitucionalismo, debemos ahora analizar si la limitación del poder debe seguir siendo la función de la Constitución en la sociedad democrática actual; dado que, tanto desde la revolución americana como la francesa ha transcurrido bastante tiempo. Para iniciar ese análisis, resultan por demás oportunas las palabras de una constitucionalista de la talla de Loewenstein, quien hace algunas décadas expresara: «Con el tiempo se ha ido recociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo [limitar y controlar el poder] será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de sistema de reglas fijas —«la constitución»— destinadas a limitar el ejercicio de poder»²⁹.

Así, desde la modernidad el instrumento mediante el cual se limita y controla el poder es la Constitución. Aunque esta cuestión, pueda parecer obvia hoy en día (por

²⁸ Al respecto véase, Enrique Linde Paniagua, *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*, (Madrid: Editorial Codex, 2002).

²⁹ Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel, reimpresión de la segunda edición, trad. de Alfredo Gallego, 1982), 149.

diversos motivos se ha llegado a una consolidación de esa idea) mediante el constitucionalismo en los Estados Unidos –quizá no consolidada con la promulgación de su Constitución hace más de dos siglos; pero la jurisprudencia de la *Supreme Court* pronto se encargaría de zanjarla de forma definitiva, como evidenciaremos más adelante al tratar el tema del valor de la Constitución–; no puede decirse que haya sucedido lo mismo en Francia y los países receptores de su tradición (al menos hasta hace algunas décadas, si bien no puede decirse que se trate de una cuestión superada, parece al menos bastante clara en la actualidad).

Tan clara es la función de limitación del poder que debe cumplir la Constitución, que ha sido un aspecto señalado de forma contundente por la doctrina actual. Manuel Aragón Reyes, por ejemplo, ha dicho:

[...] al margen de cualquier tipo de adjetivaciones, hablar de Constitución [hoy en día] tiene sentido cuando se la concibe como instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice”, en expresión bien conocida de Hesse; o, dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma.³⁰

Que una sociedad tenga Constitución significa, en estos términos, el establecimiento de unas normas fijas, objetivación de los límites al poder e institucionalización de los mecanismos de control (pueden ser políticos, jurídicos; incluso en estos últimos tiempos sociales). Pero lo que interesa destacar es que, si un Estado se determina como «constitucional», nadie debería sostener –ni siquiera la idea, menos aún en la práctica– la existencia de órganos, instituciones o personas inmunes a los límites impuestos por las normas constitucionales; esto significa, para ser más precisos, que todo lo que se sitúe dentro del Estado (también las personas) están, en esencia, sometidos a límites y controles. Aunque debemos admitir que con el tiempo han ido apareciendo diferentes tesis sobre aspectos derivados o relacionados con la Constitución, debe tenerse en cuenta que su carácter normativo, lejos de implicar una superación del establecimiento de límites al poder, contrariamente implica un reforzamiento que se presenta como *iuspositivismo reforzado*; dicho en otras palabras,

³⁰ Manuel Aragón Reyes, *Constitución, democracia y control* (México: UNAM, 2002), 81.

significa una ampliación de clásico sistema de límites. Las palabras de Luigi Ferrajoli al respecto son esclarecedoras:

[...] El constitucionalismo rígido, tal como he escrito en varias ocasiones, no es una superación, sino que es, antes bien, un reforzamiento del positivismo jurídico, que se amplía a las opciones —los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales— a las que debe someterse la producción del derecho positivo. [...] Por ello, el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad. De esta manera, el constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres: la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría. [...] Así, el Derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no sólo se regulan las formas, como en el viejo paradigma formalista del paleopositivismo, sino también los contenidos, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional.³¹

De acuerdo con lo señalado, la Constitución del Estado constitucional actual, en términos prácticos, no puede ser entendida como abandono de la función —si se quiere, tradicional— de limitación del poder sino, más bien, como su culminación. Podría pensarse que lo señalado hasta aquí, constituyen alusiones individuales, carentes de sentido de relación o pertenencia a un ámbito común: no se podría estar más equivocado. En principio, la necesidad del establecimiento de límites al poder aparece con meridiana claridad, y los distintos ejemplos (porque las alusiones a la antigüedad, al medioevo o la modernidad han de entenderse como ejemplos de una línea común) muestran como nuestras formas de organización social han ido evolucionando hasta adoptar mecanismos jurídicos. Pero no sólo eso, pues con el transcurso del tiempo hemos entendido que la mejor manera de establecer unos límites a esos «poderes», no sólo deben tener sentido jurídico sino que debe hacerse mediante un instrumento de la mayor jerarquía jurídica, como es la Constitución. Con ello, hemos sustraído del imperio de la política (lo cual no significa eliminarlas) la mayor cantidad de cuestiones básicas que deben asegurarse a los integrantes de la sociedad de un Estado.

Esa concepción se encuentra, a nuestro entender, bastante clara en la Constitución ecuatoriana. Cuando el constituyente establece un conjunto de derechos (al agua en el art. 12, a la comunicación e información en el art. 16 a 20, a la educación en el art. 26, de libertad en el art. 66; ello tan sólo por citar reducidos ejemplos) limita la

³¹ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista...”, 15 y ss.

acción de toda expresión de «poder»; tanto es así, que el propio constituyente ha especificado, dentro de los principios de aplicación de derechos (dado que son principios de aplicación han de entenderse como medios instrumentales para materializar los derechos) que «ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales» (Art. 11.4 CRE). ¿Acaso este precepto constitucional no significa la imposición del límites al legislador, al juez o incluso a las personas que integran la sociedad? ¿Qué otra cosa, sino la imposición de límites, se pueden derivar cuando la Constitución garantiza que los derechos de los trabajadores?

Límites al legislador para no subvertir los derechos mediante leyes; límites al Ejecutivo que no puede desconocerlas mediante reglamentos o actos administrativos; límites, por ejemplo, al empresario estipulando la nulidad plena de una renuncia voluntaria del trabajador. Incluso, la reforma de la Constitución está limitada –al menos en el texto de la Constitución, su eficacia material es una responsabilidad de determinados órganos como la Corte Constitucional–, pues no puede atentar contra los derechos ya reconocidos (Art. 84 CRE). Pero no sólo eso, sino que el constituyente se a ocupado de establecer medios para asegurar materialmente la eficacia de esos derechos: ha instituido Funciones y Órganos del Estado, a quienes a provisto de mecanismo para asegurar esa eficacia material, por citar otro ejemplo mediante las garantías constitucionales.

Tal posición se encuentra reforzada por múltiples decisiones adoptadas en otros países. Sirva únicamente como ejemplo, que la Corte Constitucional de Colombia, ha entendido que «el poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad»³²; posición, que le ha llevado a sostener que, incluso el pueblo (titular de la soberanía) una vez que ha adoptado una Constitución, se encuentra limitado:

[...] el poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y

³² Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-551/2003, de 9 de julio. La afirmación que se anota, y las que se anoten en lo sucesivo referente a ésta sentencia se hicieron en el marco del control de constitucionalidad a la Ley 796 de 2003, “*Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional*”.

por ello se encuentra necesariamente limitado, por la imposibilidad de sustituir la Carta³³.

Igual cosa podríamos decir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania³⁴. De lo que debemos estar conscientes, es que en la actualidad la Constitución se presenta como un medio de racionalización del ejercicio del poder a través de los diferentes mecanismos de garantía, así como al establecer medios de control; por tanto, el establecimiento de una Constitución con valor jurídico significa que el poder se sirve de formas jurídicas para cumplir sus fines³⁵: implica un imperio del Derecho en lugar de la fuerza.

Sin pretender negar la importancia del reconocimiento de los derechos en instrumentos positivos (Constitución, Declaraciones, Tratados, Ley), no debemos descuidar –mucho menos olvidar– que la efectividad de los derechos, o más genéricamente la materialidad de las normas constitucionales dependen, en última instancia, de la existencia de límites y mecanismos de control; es decir, de la existencia de unas concretas instituciones de garantía que permitan aplicarlos, que permitan hacerlos valer frente a cualquier expresión de poder. De ahí que, las Constituciones no cumplen su función estableciendo únicamente extensos catálogos de derechos, ni exuberantes declaraciones sobre la supremacía, sino mediante el establecimiento de órganos e instituciones con el suficiente poder para hacer prevalecer las normas frente a

³³ Ibidem. En esa línea, la Corte Constitucional colombiana ha sustentado el denominado juicio de sustitución, como límite al poder de reforma constitucional, independientemente del actor que la impulse. Ha dicho, que “[l]a modificación de la Constitución no es un acto de soberanía, sino un acto de revisión en ejercicio de una competencia atribuida por el pueblo soberano a ciertos titulares, la cual habrá de ser ejercida siguiendo los procedimientos instituidos [...] el acto de revisión está limitado por el acto constituyente; de lo contrario los órganos constituidos no estarían subordinados al soberano, y la obra del constituyente fundador podría ser abolida o derogada por un órgano constituido en contra de la voluntad o decisión del pueblo soberano [...] el poder de revisión de la Constitución es una de las formas de preservar la Constitución adaptándola a la evolución de una sociedad”: Corte Constitucional colombiana, sentencia C-1200/03, de 9 de diciembre.

³⁴ Es ilustrativa la sentencia de 15 de febrero de 2006, que declara inconstitucional la Ley de Seguridad Área, que habilitaba a las Fuerzas Armadas de Alemania (14, párr. 3) para derribar directamente, por las armas, un avión que se esté utilizando contra la vida humana en el marco de un ataque terrorista. En este caso, ha dicho el Tribunal Constitucional alemán (en relación con el principio mayoritario): «La idea de que el particular estaría obligado, en interés de todo el Estado, en caso de necesidad a sacrificar su vida, si sólo de esta forma es posible garantizar la comunidad jurídicamente organizada ante ataques que pretenden su aniquilación y destrucción [...] no lleva, en cualquier caso, a un resultado distinto [que el de la nulidad del precepto legal]»: Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia sobre la Ley de Seguridad Área, de 15 de febrero de 2006 (BVerfGE 115, 118). [Se ha revisado la traducción de Patricia Faraldo, publicadas en *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en la encrucijada del cambio de milenio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 890 y ss.] Algunas reflexiones respecto de esta interesante pueden revisarse a Luis Efrén Ríos Vega, “¿Matar inocentes para salvar a otros? El caso del avión–bomba”, en *Revista Derechos y Libertades*, Madrid, Dickinson, No. 21, junio de 2009, p. 187.

³⁵ Diego Valadés, *El control del poder* (México: UNAM, 1998), 3.

la voluntad de cualquiera, incluso del más bueno, bienintencionado y compasivo detentador del poder. A fin de cuentas, la vigencia de los derechos no solo depende de su formulación positiva en un documento escrito sino de la existencia de mecanismos efectivos de limitación del poder; pues, la utilidad de esos extensos catálogos resulta reducida –o incluso aniquilada– si el poder no está sujeto a límites y con fundamento en esa concepción no se ejerce control.

1.2. El valor de la Constitución y la necesidad de instituir órganos de justicia constitucional.

Dado que, desde la modernidad, el término Constitución ha recibido múltiples enfoques y experimentado diversos usos, tanto en el ámbito jurídico como en el político; –Guastini por ejemplo, ha destacado cuatro: para referirse a un ordenamiento político de tipo liberal; para identificar un conjunto de normas jurídicas, en cierto sentido fundamental; para señalar un documento escrito que recibe esa denominación; o un texto normativo dotado de ciertas características formales como ha destacado³⁶ no parece que lo más adecuado sea intentar un catálogo que recoja todos esos enfoques, sino más bien establecer el valor de la Constitución; es decir, sus implicaciones e importancia.

Y, es que la necesidad de establecer órganos de «justicia constitucional» proviene del valor que se atribuye a la Constitución. Aunque esta afirmación pareciera una cuestión sencilla, o incluso consensuada en la actualidad; para llegar a ser aceptada ha superado un dilatado proceso, ya que la existencia de los órganos destinados a preservar la efectividad de la Constitución (a aplicarla y cuidar su eficacia material, si se quiere) es una cuestión que se deriva de unas concretas concepciones sobre lo que implica *tener* y *vivir* bajo el imperio de una Constitución. La doctrina, refiriéndose al valor de la Constitución, ha señalado:

[...] el desarrollo histórico del concepto de Constitución implica que esta ha presentado, desde el momento mismo de su nacimiento como nuevo fenómeno revolucionario característico de la edad contemporánea, dos valores fundamentales, que han determinado que el alcance de su significación o importancia hayan sido muy diferentes: expresado sintéticamente, un valor *jurídico* y un valor *político*.

En efecto, la Constitución ha sido concebida como un documento *político* que se limita a organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado – básicamente el de los poderes legislativo y ejecutivo–, sus relaciones y limitaciones, de

³⁶ Ricardo Guastini, “Sobre el concepto de Constitución”, *Teoría del...*, 15-16.

tal forma que todo aquello en que ambos poderes estén de acuerdo resulta constitucionalmente legítimo, y como un documento *jurídico* que, más allá de cumplir las funciones que acaban de apuntarse, se conforma como norma básica del ordenamiento jurídico del Estado que es no sólo aplicable a los operadores políticos, sino también determinante de las relaciones entre aquéllos y los particulares, configurándose como *auténtico* derecho, y *supremo* derecho, del Estado³⁷.

Del valor político o jurídico de la Constitución dependerá, en principio, la carencia o existencia de órganos para garantizar su eficacia. De manera que, para establecer ese valor de la Constitución, debemos situarnos en las primeras manifestaciones del constitucionalismo moderno, esto es, como ya hemos señalado, en la experiencia norteamericana y francesa. Hemos de iniciar por la experiencia de Estados Unidos, no sólo porque cronológicamente allí se tiene la primera manifestación de su valor jurídico, sino también porque la experiencia norteamericana representa una dimensión completa del *valor* de una Constitución.

Aunque la Constitución estadounidense confiere el Poder Judicial «a un Tribunal Supremo y a otros tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca» (Artículo 3. Sección 1); en ninguna parte de su contenido, ni siquiera declaraba la supremacía de ese nuevo cuerpo normativo, mucho menos establecía si un Poder del Estado a alguno de sus órganos tenían encomendada la tarea de controlar que las normas infraconstitucionales –para utilizar un término bastante difundido en la actualidad– respeten la Constitución.

Por tanto, cabe estimar que el control de constitucionalidad, como vamos a evidenciar enseguida, es más una consecuencia material del valor jurídico que se atribuye a la Constitución, así como resultado de la necesidad práctica de asegurar la eficacia de sus contenidos. Dicho en otras palabras, si la Constitución tenía la calidad de supremo y auténtico derecho del Estado, es decir, valor jurídico, la consecuencia necesaria será que esa condición debe hacerse valer por algún órgano; ya que lo contrario, implicaría no sólo la negación de la calidad de norma superior, sino incluso de la condición misma de norma jurídica.

En tal perspectiva, para determinar el origen del control de constitucionalidad de la ley, sus justificaciones, y el órgano que ha de ejercer tal función, debemos abandonar el escenario de la revolución, para situarnos bajo el imperio de una Constitución; es

³⁷ Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución...*, 31.

decir, ya no en el escenario del establecimiento de un sistema de gobierno y una forma de Estado, sino tomando a la Constitución como norma vigente y aplicable. Para ello, tenemos que remitirnos a otro célebre acontecimiento de la historia norteamericana, quizá sea más correcto decir mundial: la sentencia de la *Supreme Court* en el caso *Marbury v. Madison*³⁸. La relación de la causa sería la siguiente:

En el último período, esto es, en diciembre de 1801, William Madbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, solicitaron al Tribunal que ordenara a James Madison Secretario de Estado de los Estados Unidos, manifestar las causas por las cuales la Corte debía abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a los demandantes donde se los designaba jueces de paz del Distrito de Columbia. Esta petición fue apoyada en el testimonios de los siguientes hechos: que el señor Madison estaba enterado de la petición; que el señor Adams, ex presidente de los Estados Unidos, elevó al Senado las nominaciones de los candidatos para ser designados en tales cargos; que el Senado aconsejó y consintió los nombramientos; que las correspondientes designaciones formales nombrándolos jueces fueron firmadas por el presidente; que el sello de los Estados Unidos estaba puesto en debida forma en tales designaciones por el secretario de Estado; que los solicitantes habían solicitado al señor Madison que les entregara tales nombramientos con resultado negativo y que dichas designaciones les han sido retenidas; que los solicitantes han presentado una petición en la oficina del señor Madison, secretario de Estado de los Estados Unidos para que se informara si los nombramientos fueron sellados y firmados; no teniéndose respuesta satisfactoria.

Sobre esta base, la Corte emitió un pronunciamiento invitándole al secretario de Estado a que diera cuenta de las causas que motivaron su conducta. No habiéndose recibido ninguna explicación, de modo que ahora, la petición se dirige a obtener de la Corte un mandamiento que haga efectiva la entrega de dichos nombramientos.

Lo particularmente delicado de este caso, la novedad de algunas de sus circunstancias, y la verdadera dificultad que encierran los puntos contenidos en el mismo, requieren una exposición completa de los fundamentos que sostienen la opinión que dará esta Corte. Según el orden seguido en el análisis del caso, la Corte ha considerado y decidido las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?
- 2) Si lo tiene, y ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?
- 3) Si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?

No podemos, ni debemos, ocuparnos de todas las consideraciones con las cuales la Corte resuelve cada una de las cuestiones. Son de nuestro interés únicamente aquellas consideraciones, que a nuestro entender, nos permitan entender las razones por las que un órgano debe ejercer la función de control de constitucionalidad. Para ese objetivo es

³⁸ Para la traducción de la sentencia hemos recurrido a Miguel Beltrán de Felipe y Julio González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006); Francisco Fernández Segado, “La sentencia *Marbury v. Madison*”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, No. 83, 2011, 42 y ss.; del mismo autor, *La evolución de la justicia constitucional* (Madrid: Dickinson, 2013), 626 y ss.; también Luis Grau, *El constitucionalismo americano* (Madrid: Universidad Carlos III/ Dickinson, 2011), 133 y ss. Todas las referencias posteriores a la sentencia se remiten a esas fuentes.

importante hacer notar que la Corte, al exponer sus consideraciones para resolver la tercera cuestión, de si a Marbury ¿le corresponde el remedio que solicita?, la Corte expone:

La Ley que creó los Tribunales de los Estados Unidos autoriza al Tribunal Supremo a dirigir mandamientos, en los casos autorizados por los principios y usos del Derecho, a todos los Tribunales o a todas las personas que desempeñen cargos públicos de autoridad en los Estados Unidos.

El Secretario de Estado, como persona que desempeña un cargo político bajo la autoridad de los Estados Unidos, se incluye ámbito de aplicación de la norma y si este Tribunal no está autorizado a dirigirle un mandamiento sería porque la Ley que prevé esta posibilidad es inconstitucional y por ello absolutamente incapaz de conferir el poder y asignar las obligaciones que se propone conferir y asignar de forma expresa.

[...]

Cuando un texto establece las bases del sistema jurisdiccional, distinguiendo entre un Tribunal Supremo y otros Tribunales inferiores creados por Ley, enumerando las competencias y distribuyéndolas para así definir la jurisdicción originaria del Tribunal Supremo (afirmando que respecto de ciertos asuntos será competente en primera instancia y respecto de otros lo será en apelación), parece que estas palabras significan, sencillamente, que en algunos casos la competencia es de primera instancia y no de apelación y que en otros lo será en apelación en lugar de primera instancia. Si hubiese otra interpretación que dejase sin efecto esta disposición, habría que rechazarla y quedarse con el sentido evidente de la norma.

Como puede evidenciarse, en las consideraciones de estos apartados, la Corte inicia identificando la fuente de cual proviene su *poder* en el caso concreto; estableciendo que, efectivamente una *ley* habilita a la Corte a dictar un mandamiento y que el Secretario de Estado está dentro del ámbito de aplicación de esa ley. No obstante, la Corte no se detiene allí, sino que se cuestiona, frente a una ley vigente, cual podría ser la causa para que ese mandamiento no pueda ser concedido, sugiriéndose a sí misma la *inconstitucionalidad* de esa ley; cuestión que estaría fundada en que la ley asigne poderes a la Corte cuando ya lo ha hecho la Constitución. No cabe duda que, para determinar si la ley puede otorgar poder a la Corte, ésta se fundamentan en la función de limitación y distribución del poder que cumple la Constitución; por ello recurre a la configuración del Poder Judicial y las facultades que le corresponden a cada órgano, pues el constituyente había señalado el conjunto de pleitos cuya *jurisdicción* correspondía al Poder Judicial, así como la competencia originaria de la Corte Suprema conforme lo previsto en la Sección 2 del Artículo III³⁹.

³⁹ “El Poder Judicial tendrá jurisdicción sobre todos los pleitos, tanto en derecho como en equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; sobre todos los pleitos relacionados con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; sobre todos los pleitos relacionados con el almirantazgo y la jurisdicción marítima; sobre los pleitos en los que los Estados Unidos sean una de las partes; sobre los

Por otro lado, debemos destacar, aquello que en la actualidad se ha denominado, la *aplicación directa* de la Constitución⁴⁰. Tal cuestión puede evidenciarse con facilidad y claridad cuando la *Supreme Court* acude a las normas constitucionales reguladoras del poder judicial, así como establece el significado de esas normas en el sistema de configuración del poder judicial. Pero no sólo eso, ya que será esa aplicación «directa» de las normas constitucionales las que permitirán al Tribunal fundar la inconstitucionalidad de la ley. La doctrina ha señalado que “[l]a imposibilidad de que la jurisdicción originaria de la Corte pueda verse alterada por el Congreso es otro principio de especial trascendencia constitucional, que aunque consagrado en la parte relativa a la fundamentación de carácter general, se extrae —como no podía ser de otra manera— a partir de la interpretación del Artículo III”⁴¹.

Establecida la naturaleza del poder de la Corte, con fundamento en las propias normas de la Constitución; la Corte se ocupa de cuál debe ser la consecuencia para el derecho que contrarie la Constitución. Cuestión que es resuelta en los siguientes términos:

La cuestión de saber si una norma o acto contrario a la Constitución puede constituir Derecho vigente en un país es una cuestión de interés esencial para los Estados Unidos, pero, afortunadamente, su dificultad es menor que otras planteadas aquí. Para resolverla, sólo hay que recordar ciertos principios que, al cabo de mucho tiempo, están firmemente establecidos.

El fundamento sobre el que se ha construido el sistema americano es el derecho originario del pueblo a establecer, para su gobierno futuro, aquellos principios que considere más adecuados para obtener la felicidad. La puesta en práctica de dicho derecho originario exige una gran energía, y por ello no puede ni debe ser frecuentemente ejercitado. Por ello, los principios que han sido establecidos se consideran fundamentales. Y como la autoridad de la cual emanan es una norma suprema, y sólo pueden expresarse en contadas ocasiones, los principios tienen vocación de permanencia.

pleitos entre dos o más estados; entre un estado y los ciudadanos de otro estado; entre ciudadanos de estados diferentes; entre ciudadanos del mismo estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes estados; y entre un estado o sus ciudadanos y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

El Tribunal Supremo tendrá jurisdicción en única instancia en todos los pleitos relacionados con embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en que un estado sea una de las partes. En todos los demás casos antes mencionados, el Tribunal Supremo tendrá jurisdicción en apelación, tanto en derecho como en el fondo, con las excepciones y con arreglo a la regulación que apruebe el Congreso”.

⁴⁰ Véase Jose Afonso da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales* (México: UNAM, trad. de Nuria González, 2003), 1. Si conforme la doctrina «“Aplicabilidad” significa naturaleza de lo que es aplicable. En el sentido jurídico, dicese de la norma que tiene posibilidad de ser aplicada, esto es, de la norma que tiene capacidad de producir efectos jurídicos», podemos decir que la *aplicación* consiste en otorgar eficacia jurídica a una norma, del tipo que fuere.

⁴¹ Francisco Fernández Segado, “La sentencia *Marbury v. Madison*”, *Revista de las...*, 123.

Esa voluntad original y suprema organiza el Gobierno y atribuye a los diferentes poderes y departamentos sus competencias respectivas. Podría haberse detenido aquí o, además, haber establecido unos límites que no deben ser excedidos por estos poderes.

Al gobierno de los Estados Unidos se le aplica esta segunda regla. Los poderes del legislativo están definidos y limitados, y para que estos límites no se malinterpreten o se olviden se ha escrito la Constitución ¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites? ¿La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda anulada si los límites no confinasen o constriñesen a las personas a las que se dirigen, y si no existe diferencia entre los actos prohibidos y actos permitidos? Esta fuera de toda duda que o la Constitución se impone a cualquier Ley que la contradiga o, por el contrario el legislativo puede modificar la Constitución a través de una Ley cualquiera.

Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un Derecho superior, principal, e inmodificable a través de mecanismos ordinarios o, por el contrario se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda es modificable cuando así lo disponga la voluntad del legislativo.

Si la primera parte de esta alternativa fuese cierta entonces una Ley contraria a la constitución no es Derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces las Constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza escaparía a todo límite.

Está claro que todos aquellos que han dado vida a Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación y, consecuentemente, la regla que debe aplicarse es que toda Ley contraria a la Constitución es nula.

Más allá, de que las consideraciones expresadas por la Corte demuestran una claridad y solvencia en el establecimiento de la supremacía constitucional elemento esencial de la Constitución; debemos destacar que, si el hecho de que el constituyente haya dividido el poder al establecer la Constitución, así como el que haya previsto unas atribuciones concretas, no resultaba un mensaje claro sobre el significado de la Constitución, la Corte solventará definitivamente el valor de la Constitución escrita y su función atribuyéndole un valor jurídico.

Si bien, la Constitución norteamericana no contenía ninguna disposición que la identificara como suprema, la idea de supremacía de un bloque normativo –que le otorga una posición de superioridad frente a todo Derecho, particularmente frente al Derecho de los Estados– habría estado presente en la propia convención de Philadelphia; y, tal concepción habría surgido de la experiencia de la anterior forma de organización política. La doctrina ilustra esa presencia, en los siguientes términos:

No hubo, pues, necesidad de transigir sobre la cuestión de si la nueva Constitución tenía que ser la “suprema ley de la tierra”. La explicación de ello es bien sencilla: el más serio defecto de los *Articles of Confederation* había sido su fracaso en proporcionar al gobierno central un medio de hacer cumplir sus decisiones. El resultado fue que el gobierno nacional era en la práctica inferior a los de los Estados miembros aún en lo relativo a los objetivos de la Confederación.

La Constitución iba a pasar a ser considerada *the supreme law of the land*, y en sintonía con tal superioridad, los estatutos (leyes) aprobadas por el legislativo, con independencia ya de que se tratara del Congreso o de las Legislaturas estatales, iban a considerarse válidos, y por lo mismo aplicables, tan sólo si se hallaban, de acuerdo con la Constitución⁴².

Claro que, esa noción de supremacía no es exclusivamente americana, pues estaría fundada tanto en las instituciones como en la cultura inglesa. Es conocido que Sir Edward Coke defendió –no sólo a nivel filosófico sino también en la práctica a través de las decisiones oficiales– la existencia de un orden superior, o más explícitamente de una *fundamental law* que el Derecho estatutario inglés (proveniente del parlamento) debía respetar. Así, en *The Bonham's case* declararía que los principios superiores de Derecho y justicia implicaban, a fin de cuentas, una supremacía del derecho contenido en el *common law* sobre las facultades del parlamento, supremacía que debía hacerse valer por los jueces⁴³.

Aunque el advenimiento de la «Glorious Revolution» implicó que el pensamiento sostenido por Sir Edward Coke sea relegada en Inglaterra, adoptándose en su lugar la doctrina de la soberanía parlamentaria; en las colonias inglesas, no sólo que durante el propio periodo monárquico, se había acogido esa doctrina, sino que en la práctica los jueces ejercían una facultad para hacer valer la supremacía del *common law*; y, en los inicios del Estado independiente se emplearía la doctrina de la «supremacy clause» para privilegiar la aplicación de la Constitución frente a toda manifestación del poder público, incluyendo la del parlamento⁴⁴. Pero esa concepción va incluso más lejos: la apelación a la supremacía había servido como argumento *político* –si el término cabe usarse– para reclamar sobre la legitimidad de algunas decisiones del parlamento británico sobre las colonias. Fioravanti reseña uno de los episodios de mayor significación para el surgimiento de la supremacía como concepto jurídico, en los siguientes términos:

La revolución americana nace bajo el lema de la oposición de la constitución a la ley del parlamento. Así, en las deliberaciones de la asamblea de Virginia de 30 de mayo de 1765 podemos leer que el acto impositivo de tributos por parte del parlamento inglés debe considerarse «ilegal, inconstitucional e injusto». Es la primera vez que el término-concepto de «constitución» es adoptado en sentido plenamente normativo con

⁴² Francisco Fernández, *La evolución de la justicia constitucional...*, 2013), 283.

⁴³ Francisco Fernández, *La evolución de la justicia constitucional...*, 2013), 47-49; 117-121, especialmente p. 79; también Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (Madrid: Civitas, 1981), 46.

⁴⁴ Véase Roberto Blanco Valdés, *El valor...*, 118-122.

la explícita intención de considerar esa ley inválida, no generadora de una obligación legítima⁴⁵.

Una cuestión sobre la que debemos llamar la atención, es que la sentencia recurre –aunque sea implícitamente– al concepto de rigidez. Se ha dicho que esta cuestión constituye un aspecto *fundacional* del constitucionalismo americano. Podemos señalar que la Corte recurrente frecuentemente a esa idea cuando distingue el derecho ordinario del derecho de la Constitución. No obstante, la doctrina ha sostenido que tal noción (la diferencia entre reformar una ley y reformar la constitución) estaría incorporada –aunque sea implícitamente– en el Artículo V de la Constitución Federal⁴⁶.

Según ha destacado la doctrina, ese carácter *fundacional* de este precepto no radica en lo que dice sino en sus efectos. De ahí que “[l]a reforma de la Constitución juega un papel importante en los Estados Unidos de América en el proceso de imposición del Estado constitucional, más como instrumento de institucionalización del poder constituyente originario del pueblo y de la supremacía de la Constitución como norma jurídica, que como institución realmente operativa [...]”⁴⁷. Es decir, la verdadera importancia de establecer un procedimiento de enmienda radicaría en la idea implícita, más que en la utilidad misma del procedimiento establecido para la enmienda de la Constitución; dicho, en otras palabras, cuando el constituyente de Philadelphia establece un procedimiento de enmienda, está pensando que ese instrumento no es un cuerpo de normas cualquiera, sino un cuerpo normativo que goza de rigidez y supremacía; pues, sólo una norma de esa naturaleza requeriría de un procedimiento de esa naturaleza.

En armonía con lo señalado, expone Roberto Blanco Valdez, que la *relevancia* de establecer un procedimiento de enmienda radica en su «*virtualidad jurídica y política*», esto es, en situar a la Constitución en un ámbito distinto del, que común y naturalmente se asigna, a todas las normas que conforman el «derecho ordinario». De ahí que, el efecto de que la Constitución de los Estados Unidos haya fijado un

⁴⁵ Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad...*, 104.

⁴⁶ “Cuando dos terceras partes de ambas Cámaras lo consideren necesario, el Congreso podrá proponer enmiendas a esta Constitución; o cuando lo soliciten los órganos legislativos de dos tercios de los estados, se convocará una convención para proponer enmiendas; las cuales, en uno y otro caso, y una vez hayan sido ratificadas según la forma de ratificación que proponga el Congreso, bien por los órganos legislativos de tres cuartos de los estados o por las convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, tendrán igual validez a todos los efectos y fines como si fueran parte de esta Constitución, a condición de que ninguna enmienda hecha antes del año 1808 afecte en modo alguno a las cláusulas primera y cuarta de la novena sección del primer artículo, y que ningún estado, sin su consentimiento, quede privado de su sufragio paritario en el Senado. (Artículo V). .

⁴⁷ Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución* (Madrid: Congreso de Diputados, 1987), 23-24.

procedimiento de enmienda implica «convertir a la Constitución, dado su carácter de norma rígida, en norma superior del ordenamiento jurídico, por lo tanto indisponible para los poderes constituidos y, de manera muy especial, para el poder legislativo ordinario del Estado»; no obstante, el carácter generalmente aceptado de esta afirmación, según el propio autor, debemos tener presente que *superioridad formal* y *rigidez* son conceptos jurídicos distintos⁴⁸. Volviendo el tema de las implicaciones que se derivan del establecimiento de un procedimiento de enmienda, cabe señalar que tanto la adopción de un texto escrito, y la inserción en el mismo de solemnidades especiales para lograr su modificación, otorgan a la Constitución una posición diferente de las normas ordinarias; pues, entender lo contrario, implicaría inobservar ese procedimiento de enmienda, así como su carácter escrito: en términos sencillos, sería la negación de la existencia de una Constitución.

Por último llegamos, a la cuestión del órgano que ha de hacer valer la supremacía de la Constitución, lo cual es abordado por la Corte, en los siguientes términos:

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿vincula, pese a su invalidez, a los Tribunales, de manera que están obligados a aplicarla? O, en otras palabras, aunque tal Ley no constituya Derecho, ¿rige y se aplica como si fuera Derecho vigente? Esto supondría alterar en la práctica lo que hemos planteado desde el punto de vista de los principios, y significaría, de entrada, un absurdo demasiado grande para insistir en él. Sin embargo conviene realizar una consideración más atenta.

Sin ningún género de duda, la función y la responsabilidad del poder judicial consiste en determinar qué es y cuál es el derecho. Aquellos que aplican el Derecho a los casos particulares deben por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los Tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso.

De este modo, si una Ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la Ley, rechazando la constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la Ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Éste es el verdadero sentido de la función judicial.

Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier Ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida Ley la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse.

⁴⁸ Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución...*, 111. Rigidez implica la imposibilidad de que un poder constituido (particularmente, el poder legislativo) modifique la Constitución mediante un procedimiento ordinario; mientras que la superioridad formal de la Constitución se deriva, de la previsión expresa del constituyente, de la vía por la que puede lograrse su la modificación. De ahí que, una Constitución que dispone expresamente que la reforma debe hacerse mediante el procedimiento y las reglas ordinarias que rigen el legislativo, ciertamente no es rígida pero si jerárquicamente superior.

Quienes niegan el principio de que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los Tribunales deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo por las leyes.

Esta idea alteraría los fundamentos básicos de todas las Constituciones escritas. Supondría que una Ley por completo nula según los principios y la teoría de nuestro sistema de gobierno sería en realidad del todo obligatoria. Supondría declarar que si el legislativo hace aquello que está expresamente prohibido, dicha Ley, a pesar de la prohibición expresa, desplegaría plenamente su eficacia y efectos. Supondría también otorgarle al legislativo una omnipotencia casi absoluta, a pesar de que se dice que sus poderes están limitados. Se estarían estableciendo límites, y al tiempo se estaría declarando que dichos límites pueden m i sobrepasados a voluntad del sujeto limitado.

En América, donde las Constituciones escritas tienen gran consideración, el hecho de que esta teoría reduzca a la nada lo que ha sido considerado uno de los mayores avances de nuestras instituciones políticas -disponer de una Constitución escrita-, resulta suficiente para rechazar tal interpretación. Además, la Constitución de los Estados Unidos contiene reglas expresas que proporcionan argumentos adicionales a favor de este rechazo.

[...]

Por ello, la terminología particular de la Constitución confirma y refuerza el principio, que suponer ser esencial y común a todas las Constituciones escritas, conforme al cual una Ley contraria a la Constitución es nula, y que los Tribunales, al igual que los demás poderes, están sometidos a la Constitución.

Los propios términos de la decisión resulta ilustrativos de porque debe ser el Poder Judicial el encargado de asegurar la supremacía de la Constitución, y con ello de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Esta cuestión surge del cuestionamiento de si una ley nula puede obligar a los tribunales a aplicarla; es decir, a otorgarle carácter jurídico y con ello darle efectividad. De manera que, la idea de que serán los tribunales a quienes corresponde determinar la inconstitucionalidad de la ley deviene de la función y responsabilidad del poder judicial, en tanto al Tribunal Supremo y a los tribunales inferiores les corresponde determinar *qué es y cuál es* el derecho.

Claro que, analizar las implicaciones de estos apartados implicaría una tarea no sólo difícil sino, ante todo, delicada; por ello nos limitaremos a decir que ya en el Federalista No. 78, se pondría en evidencia la necesidad de una «judicatura federal» producto de una deficiencia de la, entonces vigente, forma de organización; se destacará además que la inamovilidad judicial⁴⁹ representaba «con seguridad uno de los más valiosos progresos modernos de la práctica gubernamental»; dado que, tal como había representado una «barrera contra el despotismo del príncipe» sería también eficaz «contra las usurpaciones y opresiones de la entidad representativa». Con ello, la naturaleza del Poder Judicial quedaría establecida en los siguientes términos:

⁴⁹ La inamovilidad judicial tiene un origen relativamente lejano a nuestra generación; se da por primera vez en el año 1701 en Inglaterra, con el reconocimiento de algunas garantías para el ejercicio de la función de los jueces a través del *Act of Settlement*.

Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente *discernimiento*⁵⁰.

Nos interesa llamar la atención sobre aquello que debe caracterizar al poder judicial, y con ello a la actividad del juez. Si consideramos que discernimiento implica un juicio mediante el cual percibimos e identificamos la diferencia que existe entre las cosas; que el poder judicial posea *únicamente discernimiento* implicaría que el juez, al cumplir su función, debería estar gobernado no por su voluntad individual sino por la sensatez y la prudencia. Los integrantes de la *Supreme Court* daría muestra de ello al resolver el dilema entre supremacía de la Constitución o la omnipotencia de la ley.

Por lo demás, Francisco Fernández Segado ha señalado que cuando se lee la sentencia del caso *Marbury v. Madison* puede ocurrir que, el lector, se centre en la «argumentación jurídica» expuesta por la Corte, soslayándose «los hechos en los que la *litis* se enmarca». Y, cuando se refiere a los hechos, quiere representar no sólo a aquellos recogidos en la sentencia, es decir los que comprenden el litigio judicial en términos concretos; sino también a los hechos «exteriores», esto es, al contexto que rodea el litigio, hechos que si bien no se mencionan en la sentencia son importantes para comprenderla. Y nada mejor para destacar, lo que podríamos denominar, el contexto de esa capital decisión, que sus propias palabras:

[...] a veces se olvida la intensidad de la batalla política que rodeó el caso, olvido que se explica porque, con frecuencia, *Marbury* se lee desde la perspectiva un tanto anacrónica de un consolidado *rule of law* en el que los tribunales federales (y aún más la *Supreme Court*) desempeñan un rol central. Pero ese rol será en gran parte una de las consecuencias de la propia sentencia del caso *Marbury*, porque en los inicios del siglo XIX, los tribunales federales se presentaban en bastantes supuestos tan sólo como «another forum for the pursuit of political action», algo que, a nuestro entender, no era sino la resultante del sistema de nombramiento de los jueces federales (similar al de los restantes funcionarios de la Administración federal), el *spoils system*, por el que el partido en el poder distribuía, a modo de prebendas, los cargos públicos entre sus fieles. Los

⁵⁰ El Federalista No. 78, citado por José Francisco García, “El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho* (Santiago: No. 2, 2003), 497-498.

llamados *midnight Judges*, nombrados por el Presidente Adams en el último minuto de su mandato, ejemplifican paradigmáticamente ese perverso sistema.⁵¹

De manera que, en aras de ofrecer un contexto del caso ha ordenado los hechos que darían lugar al caso. La administración del Presidente John Adams (Federalista), el 13 de febrero de 1801 lograría que el Congreso (también de mayoría Federalista, aunque su periodo debía fenecer en menos de tres semanas) aprobase la *Judiciary Act*, que incidía notablemente en la organización judicial, mediante la creación de 16 nuevos jueces de circuito para las seis *Circuit Courts*; es decir, el número total de jueces federales de circuito pasarían de 7 a 23, dependencias que serían ocupadas rápidamente por personas de confianza del Presidente Adams, uno de ellos James Markham Marshall hermano de John Marshall. Dos semanas más tarde, esto es, el 27 de Febrero de 1801, a cinco de días de que Tomas Jefferson tomara posesión como nuevo Presidente de los Estados Unidos, el Congreso promulgaría la *Organic Act of the Distric of Columbia*, creando 42 Juzgados de paz en el distrito, cargos que el saliente Presidente Adams no dudaría en cubrir con Federalistas leales, uno de ellos Willian Marbury⁵².

Los hechos referidos vendrían a agravar un escenario político ya problemático, producido por el enfrentamiento entre Federalistas y Republicanos, cuyos episodios más significativos se materializarían en dos escenarios; por un lado, la aprobación por el Congreso de la *Alien and Sedition Acts* en 1798 considerado un instrumento de represión a los críticos (pues castigaba la crítica al Presidente o al Congreso con multa de dos mil dólares y prisión de hasta dos años), y por otro lado, en las denominadas *Virginia and Kentucky Resolutions* (cuyo propósito directo era la ruptura sutil de la intervención del poder judicial federal). En tal escenario, se han señalado unos hechos casi anecdóticos, en los siguientes términos:

[...] el Presidente Adams, en el último mes de ejercicio del cargo, en vísperas pues del traspaso de poderes a Jefferson (el 4 de marzo de 1801) y a su nueva Administración Republicana, seleccionaría para su nombramiento para puestos federales a un total de 217 personas, de las que 93 eran para puestos judiciales y jurídicos, de ellas 53 para el distrito de Columbia, William Marbury entre ellos. Tan apurado resultó el tiempo, que buen número de los cargos judiciales así designados fueron llamados los *Midnight Judges*, porque el Presidente dedicó sus últimas horas en el cargo a firmar los

⁵¹ Francisco Fernández Segado, “La sentencia Marbury v. Madison”, *Revista de las Cortes...*, 9. Una exposición más corta sobre los hechos que motivaron el caso puede revisarse en Luis Grau, *El constitucionalismo americano* (Madrid: Universidad Carlos III/ Dickinson, 2011), 133 y ss.

⁵² También pueden consultarse detalles del caso en María Ángeles Ahumada Ruiz, “Marbury versus Madison doscientos años (y más) después”, *Fundamento No. 4. La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional* (Asturias: Junta General del Principado de Asturias/Universidad de Oviedo, 1998), 111 y ss.

despachos de nombramiento. Se cuenta incluso, y de ello se han hecho eco varios autores, que en la medianoche del 3 de marzo de 1801, cuando el período de Adams expiraba, John Marshall, su Secretario de Estado, que, aún cuando ya nombrado *Chief Justice*, seguía actuando como Secretario de Estado, algo realmente insólito, fue interrumpido por el que habría de ser el *Attorney General* del Presidente entrante, Levi Lincoln, mientras preparaba los últimos nombramientos para los recién creados juzgados. Lincoln, supuestamente, llegó con las órdenes de Jefferson de que tomara posesión del Departamento de Estado, no permitiendo que se eliminara ningún documento después de iniciado el día 4 de marzo. Ante la pregunta de Marshall de a qué respondía tal actuación, la réplica de Lincoln fue la de que «el Sr. Jefferson se consideraba él mismo, a la luz de un albacea (“in the light of an executor”), obligado a hacerse cargo de los documentos del gobierno hasta que estuviera debidamente cualificado». Marshall se vio forzado a retirarse, echando una mirada de despedida hacia los documentos aún pendientes de algún trámite que tenía sobre su mesa⁵³.

Tales acontecimientos indudablemente impidieron que algunos de los nombrados para los cargos judiciales recién creados recibieran su despacho de nombramiento, entre ellos William Marbury otros tres leales Federalistas. Los cuatro se dirigirían peticiones, tanto al nuevo Secretario de Estado de la nueva administración Republicana, es decir a James Madison, como al secretario del Senado, solicitando la información respecto de las comisiones de su nombramiento; peticiones frente a las cuales los Republicanos guardarían silencio, con diversas estrategias, de las cuales cabe destacar: la no entrega de la certificación requerida por los demandantes hasta la falta de personación del nuevo Secretario de Estado, James Madison, en el litigio judicial. Tal actitud haría «presagiar que la concesión por la Corte Suprema del *writ of mandamus* requerido encontraría en Madison la misma respuesta: el desprecio o la ignorancia del mandato judicial»⁵⁴.

De acuerdo con la disposición de la *Judiciary Act* de 1789 (Sección 13), la Corte Suprema estaba habilitada para emitir *writs of mandamus* frente, entre otros, a cualquier persona que desempeñara un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos; el 17 de diciembre de 1801, el abogado de William Marbury y otros tres demandantes solicitaban a la *Supreme Court* que dirigiera al Secretario de Estado de Jefferson, James Madison, una orden judicial, a fin de que les entregara los encargos de sus respectivos nombramientos, supuesto que los mismos se hallaban en su poder, cargo judicial para el que habían sido nombrados por la anterior Administración, nombramientos que habían

⁵³ Francisco Fernández, *La evolución de la justicia constitucional*, (Madrid: Dickinson, 2013), 606.

⁵⁴ Francisco Fernández Segado, “La sentencia Marbury v. Madison”, *Revista...*, 16.

sido debidamente confirmados por el Senado, extendidos y firmados por el Presidente y puestos en mano del Secretario de Estado para ser registrados⁵⁵.

Por todo lo expuesto, estamos en condiciones de señalar que la Constitución de los Estados Unidos se posiciona como un documento *escrito, rígido y supremo*; y, en tal calidad la Constitución gozaría de un *valor jurídico*, debiendo el Poder Judicial, al conocer los diferentes asuntos sobre los cuales ejerce atribución, llegado el caso, hacer efectivo ese valor.

Pero, el valor de la Constitución no fue el mismo en todos los lugares. Francia representa el otro escenario del valor de la Constitución, producto de las concepciones y filosofía que inspiraron la revolución francesa (al otro lado del Atlántico), como pasamos a analizar enseguida. García de Enterría ha ordenado cronológicamente los hechos que dieron lugar a dicha concepción: convocados en enero de 1789 uno de los tres estamentos que constituían los Estados generales del reino, el tercer Estado –órgano que no se había reunido desde 1614, cuyas funciones eran inciertas–, el 17 de junio de 1789 se autoproclamaron «Asamblea nacional» como único representante de la Nación; habiéndoles prohibido el rey su reunión, el 20 de junio de 1789 habrían jurado reunirse en cualquier lugar que las circunstancias exijan hasta que la Constitución del reino sea establecida; y, cuando el 23 de junio el rey intimara su obediencia, los diputados contestarían que «una nación en Asamblea no puede recibir órdenes»; por último, tras una agitación generalizada en París, y paulatinamente en todo el reino, el 27 de junio el rey acepta la reunión conjunta de los tres Estados, su autoproclamación como Asamblea e incluso un nuevo símbolo: «La sustitución de la soberanía personal del rey, piedra angular de todo el sistema político hasta ese momento existente, por la soberanía de la nación, quedaba consumada»⁵⁶.

La Constitución, en Francia, se deriva del acto constituyente, entendiéndose el mismo como el instrumento a través del cual la *Nación* decide organizarse políticamente: se establece el orden fundante, la Constitución en el medio de *legitimidad*⁵⁷. Así, la Constitución es, esencialmente, un medio para cambiar al titular

⁵⁵ *Ibidem*, 22.

⁵⁶ Eduardo García de Enterría, *La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Real Academia Española, 1994), 26.

⁵⁷ Albert Noguera Fernández, “La modernidad liberal y el concepto de constitución: tergiversación y falsedades”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura* (España, vol. XXVII, 2009), 137.

del poder: el fin último de instituir una Asamblea nacional era desligar al rey del poder absoluto, más no fijar límites; esto significa, que en la práctica se experimenta una traslación del poder absoluto del rey hacia el parlamento.

De acuerdo con lo señalado, no se pretende establecer un sistema de gobierno limitado sino alterar al titular del poder. Por ello, desde la revolución francesa hasta buena parte del siglo XX, será la acción y decisión exclusiva del legislador, la que determine *qué* constituye norma jurídica; en sentido contrario, la Constitución se concibe como documento político: un instrumento que contiene la declaración de filosofía política, que opera como medio de legitimación de la potestad legislativa, pero no establece vínculos, ni límites.

Con fundamento en dicha filosofía, acudimos al origen y consolidación del Estado de Derecho, que se posiciona como un verdadero triunfo frente al absolutismo monárquico, que se expresara en un dogma: «la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte [...] La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*»⁵⁸.

La Constitución de la revolución francesa es declaración por excelencia. Su texto no se instituye como un orden jurídico válido en sí mismo, sino que adquiere calidad jurídica a través de la voluntad del legislador: el principio de legalidad es el mecanismo de libertad de los ciudadanos, el vínculo de la administración y el objeto de sujeción del juez. En términos sencillos, la Constitución estaba fuera del sistema jurídico: «El Estado de derecho y el principio de legalidad suponía la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho»⁵⁹.

Para el liberalismo –que caracterizaba el pensamiento constitucional francés–, tanto la ley como el poder debían limitarse en favor de la protección de los derechos de la persona; sin embargo, esa “limitación habría de venir de la mano de un modelo de organización política equilibrado entre los distintos poderes y que en último término

⁵⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (Madrid: Trotta, 10ma edición, trad. Marina Gascón, 2011), 24.

⁵⁹ *Ibidem*. 24.

apela a la conciencia del buen gobierno”⁶⁰. La Constitución es expresión de la política, correspondiendo al parlamento –que ejerce la soberanía nacional– establecer el orden jurídico; por tanto, no existe la necesidad de asegurar el cumplimiento de los contenidos de la Constitución.

Así, la materialización del *desiderátum* de la Revolución francesa sería el principio de legalidad; por el contrario, en Estados Unidos la Constitución no sólo es instrumento de legitimación del nuevo poder sino, ante todo, norma básica, suprema y vinculante, lo que a fin de cuentas significa, aplicable. Édouard Lefebvre de Laboulaye pondría en evidencia que la concepción de soberanía daría valor político a la Constitución en el escenario francés, y jurídico en el norteamericano⁶¹.

Lo señalado hasta aquí, nos obliga a una primera conclusión parcial. La filosofía de la revolución francesa, había postulado la idea de una Constitución como medio de legitimación del nuevo poder; lo cual significaría, la negación de su carácter jurídico y la determinación de un valor exclusivamente *político* de la Constitución. Y, dado que la Constitución no es otra cosa que un programa político, no existe necesidad de órganos, ni agentes que aseguren su eficacia; lo que implica ausencia del control de constitucionalidad. Esto significaría, más exactamente, que «por medio de la aprobación de una ley que modifica de *facto* la Constitución y que pese a ser, por ello, inconstitucional, no puede ser declarada como tal»⁶². Tal concepción representará el pensamiento político, y la práctica, durante un extendido periodo; la misma que será modificada, y tan sólo parcialmente, hasta entrada la tercera parte del siglo XX cuando, también en el escenario europeo, se empieza a postular la idea de una Constitución

⁶⁰ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2da edición, 2009), 77.

⁶¹ Ha señalado al respecto: “Ya veis como en América la palabra constitución tiene un sentido bastante más restringido que en Francia. El poder legislativo ejerce un mandato limitado, y los diputados son los representantes, no los señores de la nación. Este principio fue siempre desconocido por nuestros constituyentes. Seguidlos desde la primera constituyente hasta las más recientes asambleas, y veréis como siempre se dio poder al legislador para hacerlo y deshacerlo todo. No hay libertad que no puedan cercenar ó ampliar hasta el infinito. El principio francés es la omnipotencia del poder legislativo. No vacilo en decir que la América hizo muy bien en no admitirlo. El pueblo no debe abdicar nunca en manos de un poder. llámese príncipe ó llámese asamblea. El mandatario debe recibir un mandato claro y perfectamente determinado. Remitir á un cuerpo sea el que quiera las libertades que pertenecen al país, es correr el riesgo de verlas menoscabadas. El despotismo ejercido por ciento es tan malo como el ejercido por uno”: Eduardo Laboulaye, *Estudios sobre la Constitución de Estados Unidos* (Sevilla: E. Perié y Compañía, editores, trad. de Joaquín Guichot, 1869), 3-4.

⁶² Roberto Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, (Madrid: Alianza editorial, 2010), 295.

como norma jurídica, cuestión que vamos a analizar enseguida, iniciando por el pensamiento kelseniano.

Kelsen, pondrá en evidencia que la Constitución señala principios y direcciones que debe adoptar el legislador; pero sobre todo, que le impone límites a sus acciones y decisiones, cuando sostiene que «una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución; es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala»⁶³. Dirá más explícitamente, que «como toda norma también la Constitución puede ser violada sólo por aquéllos que deben cumplirla»⁶⁴; y, de esta forma pondrá énfasis en la regularidad que subyace de la Constitución, cuando expresa: «Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho»⁶⁵. No obstante, esa concepción de Constitución está lejos a asemejarse siquiera a la norteamericana.

La idea que subyace en Kelsen, para referirse a la posibilidad de control constitucional, no es la calidad suprema, y sobre todo jurídica, de las normas constitucionales, tampoco la función de limitación del poder que debe cumplir la Constitución, sino el concepto de regularidad del procedimiento; dicho en otras palabras, dado que la Constitución regula el procedimiento para la promulgación de la ley, el legislador debe (procesalmente) aplicar las normas constitucionales que regulan ese procedimiento. Por tanto, se trata de un valor jurídico *relativo* Constitución, pues está lejos de implicar materialización de sus contenidos (ni siquiera desde el punto de vista teórico) o imposición de límites al legislador⁶⁶, peor aún aplicación directa de la Constitución por cualquier el juez. De hecho, el modelo kelseniano de control de constitucionalidad –que será el primero de Europa– consiste precisamente en un reforzamiento de la imposibilidad de que el juez ordinario aplique la Constitución, por ello la aplicación de las normas constitucionales se reserva a un órgano especial,

⁶³ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (México, UNAM, trad. Rolando Tamayo), 23.

⁶⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, trad. Roberto Brie, 1995), 27.

⁶⁵ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional...*, 13.

⁶⁶ El propio Kelsen expresará: “[...] el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar y ello, únicamente, por principios o direcciones generales...”: Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional...*, 56.

denominado Tribunal Constitucional; dándose origen a dos jurisdicciones separadas: «la constitucional y la legal»⁶⁷.

Con esta breve precisión, la idea de un control jurisdiccional como la «garantía principal y la más eficaz de la Constitución» en Europa, es obra del gran pensador austríaco. Por ello, se ha dicho que «el gran invento de un Tribunal constitucional europeo es obra de un positivista convencido»⁶⁸; aunque esa *garantía* operará únicamente en el sentido de anulación de las leyes por un órgano concentrado, cuya denominación sería Tribunal Constitucional.

Por eso se dice que, en Europa no existe una Constitución con pleno valor *jurídico* (al estilo americano, salvando unas notables diferencias), sino hasta las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial; y, cuando decimos valor jurídico, nos referimos a una aproximación del valor que los norteamericanos adscriben a su Constitución. La doctrina de nuestro tiempo, expone con claridad aquello:

[...] lo que se entiende por Constitución, (concepto que no han perdido nunca ni los constitucionalistas norteamericanos ni los suizos y que recuperaron tras el II Imperio – aunque con la limitación derivada del dogma de soberanía parlamentaria– los constitucionalistas franceses y después de esta última guerra los alemanes) es muy claro: el pueblo decide por sí mismo [...] 1º. Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; 2º. Pero, a la vez, en esa estructura ha de participar de manera predominante, sino exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas [...]⁶⁹

De acuerdo con esta exposición, lo ocurrido durante los últimos tiempos será una recuperación de la función esencial y el valor de la Constitución; límites y juridicidad superior vendrán a caracterizar a la Constitución de nuestro tiempo. En ese mismo sentido, Loewenstein expresaría que el *telos* de la Constitución radica en los principios y normas fundamentales por las «el poder este distribuido, el dominio está limitado y esa limitación trae consigo restricción y control».

De la mano de esa función de limitación del poder y su valor jurídico, las Constituciones del constitucionalismo actual se postulan como «materiales y garantizadas». Su carácter material viene determinado por la vigencia de un conjunto de valores, principios y derechos; mientras que hablar de constituciones garantizadas

⁶⁷ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma...*, p. 55 y ss.

⁶⁸ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional...*, 80.

⁶⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma...*, 44-45.

implica que su aplicación y efectividad se encomienda a los jueces. Esto ha sido denominado constitucionalismo de los derechos, cuya esencia radicaría «en la convergencia de dos tradiciones constitucionales lo que permite concebir a la Constitución simultáneamente como un límite y garantía y como una norma directiva fundamental»; el valor de la Constitución actual entonces «consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas de interpretación y aplicación del derecho»⁷⁰.

Esa vigencia de valores, principios y particularmente de derechos, es lo que conocemos como Estado constitucional, un ente cuya naturaleza no afectaría únicamente la posición de la ley, en el sentido de que ésta «viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución» sino que «se trataría de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción de derecho»⁷¹.

Si el valor actual de la Constitución radica en su carácter normativo; es decir, en la vigencia de valores, principios y derechos deben desplegar su eficacia frente a toda acción pública o particular; ese valor se materializa en la presencia inmanente de la Constitución en todos los escenarios, tanto que ha llevado a sostener la existencia de un procesos de constitucionalización, y eventual, judicialización del derecho⁷². Fioravanti, al analizar el proceso de evolución de los derechos fundamentales desde la antigüedad hasta nuestros días, identifica claramente todas esas condiciones que caracterizan a las Constituciones actuales, cuando manifiesta:

[...] las Constituciones que hoy tenemos, proponen un modelo político en esencia diferente al Estado de derecho liberal del siglo pasado.

En efecto, estas Constituciones han reafirmado de nuevo el principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado a favor del principio de soberanía de Estado. Han retomado de nuevo la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, expandiendo su objeto hacia los derechos sociales que, sólo de manera efímera aunque relevante, habían sido afirmados en el curso de la revolución francesa. Y, además, estas mismas constituciones se proponen, frente al estatalismo liberal decimonónico, como constituciones rígidas protegidas por procedimientos particulares de revisión y reforzadas por una difusión progresiva de control de constitucionalidad, organizado de manera distinta que el estadounidense difuso, pero operante también, por lo menos en buena medida, como *jurisdicción de las libertades*,

⁷⁰ Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, *Teoría del neoconstitucionalismo...*, 214; 216.

⁷¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, 214.

⁷² Rodolfo Luis Vigo, *La constitucionalización y judicialización del derecho* (Colombia: Universidad Javeriana, 2012), 17.

que como tal presupone una decisión fundamental de tipo constituyente que ha incardinado las libertades en la constitución, de tal manera que las sustrae del posible arbitrio de los poderes constituidos.

Pero más allá de las características singulares de las constituciones democráticas posteriores a la segunda guerra mundial cabe destacar que en este momento histórico se descubre en su conjunto la *supremacía de la constitución*, bien como máxima forma de garantía de los derechos y libertades, bien como norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales⁷³.

La existencia de un orden valorativo derivado de los derechos (de la persona) como efecto de la Constitución no implica negación de su condición jurídica; antes al contrario, significa que hemos abandonado su valor exclusivamente político acogiendo el valor *jurídico*, en el sentido norteamericano. Pero, incluso hemos ido más allá. Ese valor jurídico de la Constitución se ha normativizado, lo cual significa, usando las palabras del Tribunal Constitucional español, que «los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones»⁷⁴.

Desde luego, una norma jurídica se promulga para ser aplicada; y, si la Constitución tiene valor jurídico, la consecuencia innegable es que sus normas son aplicables, y en tal calidad requieren un órgano que les otorgue eficacia. Por ello, hace algunos años, Eduardo García de Enterría, diría: «Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. *La Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros*»⁷⁵.

Pero, si la *aplicación* de la Constitución estuviera reservada exclusivamente a un órgano especial, su eficacia se vería, cuanto menos, disminuida. Por ello, en los países del constitucionalismo europeo, el valor normativo de la Constitución no implicó la desaparición del Tribunal Constitucional de modelo kelseniano, como órgano encargado del control de constitucionalidad; aunque sus competencias si han variado, experimentando una tendencia expansiva (medios de control constitucional en procesos concretos, como el recurso de amparo y sus equivalentes). Es más, las constituciones

⁷³ Maurizio Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales...*, 126-127.

⁷⁴ Tribunal Constitucional español, sentencia 15/1982, de 23 de abril.

⁷⁵ Eduardo García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (No. 1, enero-abril 1981), 35 y ss.

actuales han reafirmado la presencia de Cortes o Tribunales Constitucionales, a tal punto que podría hablarse de una consolidación, a nivel mundial; así, tan sólo por citar algunos ejemplos, han instituido una Corte Constitucional, la Constitución italiana (1946), la Constitución colombiana (1991), la Constitución ecuatoriana (2008) así como han instituido un Tribunal Constitucional, la Ley Fundamental de la República Federal alemana (1948), la Constitución española (1978), la Constitución boliviana, la Constitución de República Dominicana (2010), la Constitución de Perú (1993).

Pero, a la par de esa consolidación de los órganos de control constitucional hemos experimentado, una diversificación de las instituciones y agentes encargados de *aplicar* las normas constitucionales, pues la constitucionalización no es simplemente, [...], la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivación de un derecho a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios»⁷⁶. De ahí que, control de constitucionalidad y aplicación de la Constitución, estén lejos de ser siquiera cuestiones similares, aunque ambas técnicas sirvan para garantizar el valor normativo de la Constitución frente a todos los actores del Estado: los poderes públicos e incluso los particulares; ya que de lo contrario, la eficacia y con ello el valor normativo de la Constitución se vería minada por el libre albedrío de los distintos agentes. Ese proceso ha sido referido por la doctrina en los siguientes términos:

A partir de la segunda postguerra mundial se pone en práctica en algunos países europeos un modelo de justicia constitucional que se separa del kelseniano aunque no llega a identificarse, ni mucho menos, con el norteamericano. Se queda a medio camino. Por un lado recibe a lo que podría llamarse «modelo norteamericano» de Constitución, en el sentido de aceptarse que la Constitución es norma jurídica que vincula a los poderes del Estado (y en algunos extremos y con determinados efectos a los particulares), de tal manera que ya no será la Constitución exclusivamente fuente de Derecho sino también fuente inmediata de derechos (y de competencias de los órganos públicos) y como tal aplicable por todos los jueces y no sólo por el Tribunal Constitucional.⁷⁷

El valor de las constituciones del constitucionalismo europeo actual, cambiará de forma sustancial y definitiva la posición del juez ordinario; y, no se trata de una cuestión menor, ni mucho menos irrelevante. En escenario donde se negaba el valor jurídico de la Constitución (con el inevitable efecto de la soberanía del parlamento), lo

⁷⁶ Tribunal Constitucional español, sentencia 56/1982, de 26 de julio.

⁷⁷ Manuel Aragón Reyes, “El juez ordinario. Entre la legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No, 1, 1997. 182.

que implica ausencia absoluta de control constitucional, hemos pasado a un escenario, donde se concede al juez ordinario la facultad de aplicar la constitución.

El punto neurálgico de todo este entramado, viene determinado por la relación entre Constitución, ley y juez; y, esa relación no puede seguir siendo la misma del Estado de Derecho. El juez ordinario ya no estará sometido únicamente «al imperio de la ley», sino que ocurre una *juridificación* de lo que antes se había denominado un documento político, de manera que, «la Constitución sustituye a la ley en el papel de fundación y defensa de los derechos del individuo»⁷⁸.

Como el control de constitucionalidad y la forma cómo se aplica la Constitución (que son en realidad dos cosas distintas) en el constitucionalismo actual, es diversa alrededor del mundo, dependiendo de los específicos modelos constitucionales –si es que el término modelo cabe usarse–; no podemos referirnos a todos, sino que utilizando las fundamentos teóricos expuestos, debemos limitarnos a identificar lo que dispone nuestra Constitución.

Hemos de iniciar señalando que nuestro constituyente ha dedicado un título a regular la supremacía de la Constitución (IX). En ese título, ha previsto principios (capítulo primero), una Corte Constitucional (capítulo segundo) y las normas que rigen la reforma de la Constitución (capítulo tercero).

Los principios podríamos dividirlos en dos grupos: aquellos que informan el carácter supremo de la Constitución (Arts. 424 y 425 CRE); y, los que determinan los titulares y los medios para hacer valer esa supremacía (Arts. 426 a 428).

Así, por una parte la Constitución de la República establece:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

De este precepto podemos destacar varias cuestiones: 1) el carácter expreso de la supremacía; 2) la prevalencia de las normas constitucionales como criterio de

⁷⁸ Luis Diez Picazo, “Constitución, ley y juez”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Año 5, No. 15, septiembre/diciembre 1985, 14.

aplicación; 3) el establecimiento de obligaciones al poder público, de que sus actos mantengan conformidad con las normas constitucionales; 4) la negación de la eficacia jurídica, tanto para las normas y actos del poder público como efecto de la inobservancia de la supremacía; y, 6) el carácter imperante de los cuerpos normativos (Constitución y Tratados) que reconozcan derechos. Estas cuestiones vienen acompañadas del establecimiento de un orden jerárquico de la aplicación de las normas (Art. 425), cuyo orden reserva, como no puede ser de otra manera, el primer lugar para la Constitución.

De acuerdo con lo expuesto, la Constitución tiene un valor jurídico-normativo; en tanto, no sólo se impone como norma suprema y esencial del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino también establece que la eficacia jurídica de los actos del poder público dependen de la conformidad de esos actos con la Constitución; todo lo cual, viene ratificado por un orden jerárquico de aplicación de las normas. Claro que, una constitución como norma suprema no es una cuestión exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco sólo postulado de la doctrina; es más, una breve revisión a las constituciones del escenario iberoamericano permite advertir que se establece expresamente que la «Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídicos»⁷⁹.

Por otro lado, nuestra Constitución establece:

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Entendemos, que este artículo es consecuencia de los dos anteriores; pues el constituyente aquí no se refiere ya al *valor* de la Constitución, sino a sus efectos. Si la Constitución tiene carácter supremo y prevalente, implica que *todos* en el Estado están

⁷⁹ Las constituciones reconocen expresamente la supremacía: Art. 424 Ecuador; Art. 3.1 Andorra; Art. 410, apartado II Bolivia; Art. 6 Chile; Art. 4 Colombia; Art. 9 España; Art. 175 Guatemala; Art. 64 Honduras; Art. 182 Nicaragua; Art. 17; Art. 137 Paraguay; Art. 3 Portugal; Art. 74 República Dominicana.

sujetos a ella: personas, autoridades e instituciones; el uso de la expresión *sujeción* implica que la Constitución es, en esencia, limitación⁸⁰.

Luego, si la Constitución establece la sujeción de personas (particulares, se entiende), autoridades e instituciones a sus contenidos; la consecuencia inmediata es que unos determinados agentes deben aplicar la Constitución. Esta función ha sido asignada por el constituyente a las juezas y jueces, aunque también a autoridades administrativas que tienen la calidad de servidores públicos; es más, se ha previsto que las normas sobre derechos, independientemente de si estén reconocidos en la Constitución o instrumentos internacionales, deben ser aplicados aunque no se hayan invocado. Todo ello denota ya el carácter jurídico normativo de la Constitución y los derechos; lo cual, viene ratificado porque el constituyente estableció que la ausencia de ley no impide la protección de los derechos.

Pero también, el constituyente ha establecido que “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 norma” (Art. 428 CRE). Desde luego, hemos de precisar que esta norma no se refiere a la aplicación de la Constitución, sino al control de constitucionalidad. Dado

⁸⁰ La comprensión de las normas de derechos como límites es algo que podemos hacer a base del propio texto constitucional. Por ejemplo, la desigualdad material en la relación entre el empleador y trabajador ha hecho que el constituyente establezca unas garantías específicas. Ciertamente es, que en términos generales existe igualdad (formal si se quiere): son personas, se les reconocen derechos y prescriben obligaciones; en el ámbito de la relación laboral que suele desarrollarse bajo un contrato, cada una de las partes pacta en ejercicio de su derecho a la libertad contractual (Art. 66.16 CRE), ejerciéndose de esta forma, por parte de ambos, la autonomía de la voluntad individual. Así como debe considerarse que el contrato es fuente de obligaciones (Art. 8 CT y 1453, 1454 CC). No obstante, existen límites que deben ser considerados para resolver un proceso laboral por parte de los jueces. El propio constituyente es consciente de la situación de desigualdad material, por ello los derechos laborales son irrenunciables e intangibles (Art. 326.2 CRE). Se prevé además un estándar mínimo de protección mediante el establecimiento de un salario básico revisable anualmente de conformidad con la ley (Art. 328 CRE). A todo ello se debe agregar el principio de progresividad y no regresión en materia de derechos (Art. 11.8 CRE).

Esta reflexión puede aplicarse con carácter general a otras situaciones. Piénsese por ejemplo, en el caso de la mujer embarazada en el propio ámbito del derecho laboral o fuera de él; puesto que, no sólo que se le garantiza la no discriminación por el motivo de su embarazo (Art. 43.1 CRE) sino que también se le prevé un servicio de salud gratuita y atención prioritaria (Art. 43.2 y 3 CRE).

La Constitución limita al Estado frene al procesado penalmente, por ello prevé salvaguardas a favor del ciudadano como titular de derechos, previsiones que ni siquiera el legislador puede desconocer (inocencia, proporcionalidad de las penas, proscripción de la pena de muerte, garantía de no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes Arts. 76.2 y 77 CRE).

que, la ley –que es el principal objeto del control de constitucionalidad, aunque no el único– ocupa un lugar especial en el ordenamiento jurídico, la facultad de declararla sin eficacia se reserva a un órgano especial, denominado Corte Constitucional.

Las actas de la Asamblea Constituyente, que dio lugar a la promulgación de la Constitución de 2008, ponen en evidencia las razones para la institucionalización de una Corte Constitucional. En la lectura del informe de mayoría para primer debate de los textos constitucionales correspondientes a la Corte Constitucional se exponía el *estado* de la justicia constitucional en aquel entonces, exponiendo tres problemas concretos: 1) falta de reconocimiento de la supremacía constitucional; 2) la designación de magistrados del Tribunal Constitucional basado en un sistema de representación política y corporativa que impide la independencia e imparcialidad de las decisiones del tribunal; y, 3) ambigua naturaleza de las decisiones y atribuciones del Tribunal Constitucional, fundamentalmente por la falta de tratamiento sistemático de sus fallos así como la falta de un conjunto de principios que sustenten la interpretación constitucional, y precedentes jurisprudenciales. Frente a ello, el establecimiento de una Corte perseguía los siguientes objetivos: 1) Garantizar la supremacía de la Constitución como un mecanismo de fortalecimiento de la democracia, a través de una nueva formulación de las atribuciones de la Corte Constitucional; 2) Conformar la Corte Constitucional como un sistema independiente, especializado, idóneo y probo, que garantice la tutela efectiva de los derechos fundamentales; y, 3) Establecer un sistema de designación de magistrados constitucionales con base en criterio de méritos, idoneidad, probidad y formación⁸¹.

⁸¹ El mencionado informe fundamentaba la propuesta de una Corte Constitucional en los siguientes términos: “El articulado se inspira en los más importantes avances provenientes de los sistemas constitucionales comparados y que han sido desarrollados en países donde el control constitucional ha servido para mantener a la Constitución en plena vigencia, incorporando posiciones propias e innovadoras. Entre estos elementos se encuentra la amplitud de los recursos a todas aquellas personas que, particular o colectivamente, se sientan afectadas por una norma inconstitucional; los diferentes procedimientos de apelación a la Corte Constitucional para recuperar la vigencia de una Constitución que ha sido violada; la incorporación de la consulta del juez sobre la constitucionalidad de una norma, previamente a su aplicación, en caso de que tenga dudas acerca de su constitucionalidad. Se trata de mecanismos que abren posibilidades a todos los ciudadanos así, como a las autoridades y, en particular, a los jueces, para vigilar el cumplimiento de la Constitución, y que son propios de las sociedades democráticas. En los artículos se desarrolla uno de los órganos constitucionales claves en el nuevo diseño de control constitucional: la Corte Constitucional, formada por nueve magistrados legitimados directamente por aquellas Funciones del Estado que han sido objeto de dicha legitimidad”: Asamblea Constituyente, Acta 72, especialmente 117 y ss.

En el informe de mayoría presentado para el segundo debate de los textos constitucionales correspondiente a la Corte Constitucional, puede advertirse la intención del constituyente es establecerla con facultades amplias, aunque las reflexiones ofrecidas se orientan únicamente a identificarlo como órgano de control de constitucionalidad y de garantía. De otra parte, el constituyente parece incurrir en una confusión, al sostener que el control de constitucionalidad es la esencia de la organización de un Estado y el único mecanismo para cumplir la obligación de respetar los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución⁸². Si bien, hemos de admitir que el control de constitucionalidad es, quizá, el mecanismo más importante para asegurar la supremacía de la Constitución, eso no significa que tal supremacía quede automáticamente garantizada por el establecimiento de un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Como ya hemos señalado, la idea de un órgano que ejerza la función de control constitucional es inherente al valor jurídico de Constitución, aunque esto no significa que la supremacía se asegure exclusivamente a través de una Corte. Nuestra Constitución, siguiendo esa tendencia establece: «La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia» (Art. 429 CRE).

Conforme con lo expuesto, nuestra Constitución establece dos mecanismos para asegurar la supremacía; por un lado, faculta a juezas y jueces (también a los servidores

⁸² Se expresaba: “La creación de una Corte Constitucional representa un cambio fundamental en la estructura actual del Estado. No se trata solo de un cambio cosmético de nombre sino de un nuevo paso para avanzar en la evolución del Derecho Constitucional ecuatoriano. Hasta el momento, el país ha padecido de una estructura integrada por representantes gremiales o de corporaciones políticas, avaladas y nombradas por un ente eminentemente político como lo era el Congreso Nacional y con una grave debilidad de sus decisiones que sometidas a los vaivenes políticos, únicamente eran resoluciones y no sentencias firmes e irrevocables. [...]”

Que se dote a la Corte del rango institucional que le corresponde como máximo órgano de control y garantía de vigencia de la norma constitucional. Se ha cuestionado la independencia de la Función Judicial. Al respecto es menester aclarar que un Estado democrático moderno debe contar con una estructura de máximo nivel, con independencia y autonomía de la totalidad de las funciones e instancias del Estado, que tenga como finalidad el control y la garantía de cumplimiento de la Carta Fundamental. Se requiere de un eficiente sistema de corresponsabilidades que sea capaz de limitar el poder del Estado y las autoridades, en favor de garantizar los derechos y facultades del pueblo. La esencia de la organización de un Estado social y constitucional de derechos y justicia es el control de constitucionalidad que lo ejerce de manera privativa un órgano independiente de las demás funciones, puesto que lo que se está consagrando es la obligación de todos los integrantes del Estado, sean administradores o administrados, de respetar los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución Política. Esta nueva estructura responde también a la doctrina de un nuevo derecho constitucional que prioriza el real y verdadero cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales, en particular por parte del Estado y sus diversas funciones”: Asamblea Constituyente, Acta 83, 3-5.

administrativos) la aplicación directa de las normas constitucionales, incluso pone especial énfasis en los derechos estableciendo garantías específicas; y, por otro lado, establece el control de constitucionalidad como función exclusiva de la Corte Constitucional, dada la especial posición de la ley en el Estado constitucional. Por lo tanto, aplicación y control son cuestiones que deben distinguirse; en lo esencial, porque el control de constitucionalidad no es el único medio, para aplicar y asegurar la supremacía de la Constitución. Por lo demás, si la Corte Constitucional, al ejercer la función de control de constitucionalidad así como las demás, actúa para preservar la integridad de la Constitución; o si contrariamente, su actuación subvierte los contenidos constitucionales, es una cuestión que debe determinarse a partir de las actuaciones materiales, y no de los postulados teóricos; y, una cuestión que abordaremos más adelante, aunque previamente tengamos que determinar su estatus en la institucionalidad del Estado y la posición de sus miembros, como procederemos enseguida.

1.3. El estatus de la Corte Constitucional ecuatoriana.

Hemos evidenciado, como nuestro constituyente ha atribuido valor normativo a la Constitución de 2008, estableciendo dos medios para asegurar su eficacia: la facultad de los jueces ordinarios para aplicar sus normas y la institucionalización de una Corte Constitucional. Nos ocuparemos ahora de algunas cuestiones referentes a la Corte Constitucional; en particular su estatus o posición dentro de la institucionalidad del Estado ecuatoriano.

Existen varias cuestiones que debemos considerar para establecer el estatus de la Corte Constitucional, a saber: a) la calidad de órgano constitucional y órgano jurisdiccional; b) el conjunto de competencias; c) la posición de sus miembros; y, d) si la Corte Constitucional, más allá de su denominación, al adoptar sus decisiones debe regirse por criterios políticos o jurídicos. Vamos a analizar, en su orden, cada una de ellas.

Nuestra Constitución establece que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esa materia (Art. 429 CRE). Debemos iniciar por la categoría de *órgano* constitucional, sobre la cual, hace ya algunas décadas, la doctrina ha determinado que se trata de «órganos

inmediatos y fundamentales del ordenamiento»⁸³. De ahí que, hemos de señalar que un órgano constitucional es una institución prevista y regulada por el constituyente, pero que no se encuentra comprendida dentro de los poderes del Estado en sentido tradicional.

Esa calidad de órgano constitucional de nuestra Corte, ha hecho que el constituyente determine su configuración en las propias normas constitucionales. Para ello, la Constitución determina la «autonomía administrativa y financiera» de la Corte (Art. 430 CRE), lo que constituye un medio importante para asegurar su independencia institucional, fundamentalmente frente a la Función Ejecutiva; y, la autonomía administrativa, que le otorga capacidad para manejarse sin la intervención de otros órganos o funciones. Respecto de la integración de la Corte, la Constitución establece, el número de «nueve miembros», cuyo periodo de desempeño de sus funciones es de «nueve años» (Art. 432 CRE). Sobre quienes ejerzan sus funciones, determina los requisitos «para ser designado miembro» (Art. 433 CRE) y su designación «por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social» (Art. 434 CRE); el régimen de control, excluyendo el «juicio político y la remoción por quienes los designen» (Art. 431 CRE); y, fundamentalmente, las atribuciones que le corresponden (Art. 436 CRE). En todo caso, el constituyente ha remitido al legislador, aquellas cuestiones no reguladas⁸⁴.

Respecto de la finalidad de los órganos constitucionales, la doctrina ha señalado que “[s]on órganos de equilibrio constitucional y político, y sus criterios de actuación no pasan por los intereses inmediatos del momento, sino que preservan la organización y funcionamiento constitucional”⁸⁵. Es revelador, de la concepción que el constituyente tiene sobre la posición de la Corte Constitucional, que su regulación se haya previsto dentro de las normas correspondientes a la «Supremacía de la Constitución» (Título IX),

⁸³ Javier García Roca, *El conflicto entre órganos constitucionales* (Madrid: Tecnos, 1987), 22 y ss.

⁸⁴ En concreto, la «organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones» (Art. 430 CRE); para determinar el «procedimiento, los requisitos y las causas» de destitución de sus miembros» (Art. 431 CRE); el ejercicio de «sus funciones en plenario o en salas», así como el «mecanismo de reemplazo del titular» (Art. 432 CRE); el «procedimiento para acreditar los requisitos» de designación (Art. 433 CRE); el «procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación» (Art. 434 CRE); así como para establecer atribuciones adicionales a las ya señaladas en la Constitución (Arts. 436 y 438 CRE).

⁸⁵ Jaime Cárdenas García, *Una Constitución para la Democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional* (México: UNAM, 2000), 244.

ubicándole por fuera de las Funciones del Estado que se encuentran reguladas dentro de la «Participación y organización del Poder» (Título IV). Si, el Capítulo I del Título IX de la Constitución establece los principios que rigen la supremacía constitucional, no sólo que la Corte Constitucional es consecuencia de esa supremacía, sino también medio para asegurar su eficacia o vigencia material.

La relación de la Corte Constitucional con las Funciones del Estado, así como la forma en que se cumple el control, la interpretación y la administración de justicia constitucional, son temas relacionados con sus competencias, que conviene clasificarlas en cuatro ámbitos: a) el control de constitucionalidad; b) la jurisprudencia vinculante; c) las garantías constitucionales reservadas a la Corte; y, d) la tarea de dirimir conflictos de competencias y atribuciones entre otros órganos o funciones del Estado.

De entrada conviene señalar que, la Constitución establece, lo que podríamos denominar, una competencia genérica cuando prevé que le corresponde a la Corte Constitucional ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución y los tratados internacionales, a través *sus dictámenes y sentencias* (Art. 436.1 CRE). Esto bien podría significar, que esa interpretación se lleva a efecto mediante las diferentes sentencias que tienen diferente objeto, como la que resuelva una acción de inconstitucionalidad o la que se pronuncia sobre una acción extraordinaria de protección, o cuando se emita un dictamen sobre un decreto que declare el estado de excepción; y, no necesariamente a través de un medio autónomo denominando acción de interpretación.

Así, el *control de constitucionalidad* es una competencia exclusiva y excluyente de la Corte Constitucional; es decir, ningún otra Función, órgano o institución puede declarar la inconstitucionalidad de las normas. Esta competencia comprende el control de constitucionalidad de los actos normativos de carácter general (Art. 436.2 CRE), los actos administrativos con efectos generales emitidos por autoridad pública (Art. 436,4 CRE), normas conexas (436.3 CRE), de los decretos que declaran el estado de excepción, cuando impliquen suspensión de derechos constitucionales (Art. 436.8 CRE), los casos en que los jueces ordinarios, dentro de un proceso concreto, consulten la constitucionalidad de una norma (Art. 428 CRE), la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas por omisión (Art. 436. 10 CRE); y, emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de los

tratados internacionales, en las convocatorias a consultas populares; y, objeciones de inconstitucional a las leyes presentadas por el presidente de la República (Art. 438 CRE).

Por otro lado, la atribución de *expedir jurisprudencia vinculante* opera en el marco de las acciones de protección, incumplimiento, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión (Art. 436.6 CRE).

Otra competencia el conocimiento de las *garantías constitucionales* en sentido estricto, como son: resolver las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su jerarquía; también el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias (Art. 436.5 CRE); resolver la acción extraordinaria de protección deducida contra decisiones definitivas de la justicia ordinaria (sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia) (Art. 437 CRE); y, conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales (Art. 436.9 CRE). Por último, corresponde a la Corte *dirimir conflictos de competencia o de atribuciones* entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución (Art. 436.7 CRE).

El legislador, a través de la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional⁸⁶, ha establecido la siguiente estructura interna: Pleno de la Corte Constitucional, Sala de admisión, Sala de selección de procesos constitucionales, Sala de revisión de procesos constitucionales, Presidencia, Secretaría General, Órganos de apoyo; y, Centro de Estudios Constitucionales (Art. 188 LOGJCC). En cuanto a las funciones, se ha previsto que al Pleno de la Corte Constitucional le corresponde: el control constitucional, organizándolo de la siguiente forma: a) control abstracto de constitucionalidad del sistema jurídico (Art. 191.2.a LOGJCC); b) resolver los informes y consultas que se formulen en desarrollo del control concreto de constitucionalidad (Art. 191.2.b LOGJCC); dictar sentencias de unificación en los procesos de acción de protección, acción extraordinaria de protección, incumplimiento, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública (Art. 191.2.c LOGJCC); resolver las acciones de

⁸⁶ Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial 52, de 22 de octubre de 2009.

protección contra las decisiones de la justicia ordinaria e indígena (Art. 191.2. d LOGJCC); y, las funciones previstas en los artículos 129, 130, número 1; 134, número 4; 145, número 5; 148; y, 436, número 7 de la Constitución de la República (Art. 191.2.e LOGJCC).

También el legislador ha establecido otras funciones que corresponden al Pleno de la Corte Constitucional, como parte de su autonomía institucional. Así por ejemplo, elegir al Presidente y Vicepresidente de la Corte Constitucional (Art. 191.1 LOGJCC); organizar las salas de admisión, selección y revisión (Art. 191.3 LOGJCC); designar al Secretario General, Secretario Técnico Jurisdiccional y al Secretario de Gestión Institucional (Art. 191.4 LOGJCC); aprobar el presupuesto de la Institución (Art. 191.6 LOGJCC); ejercer la función disciplinaria respecto de juezas y jueces que integran la Corte (Art. 191.7 LOGJCC); expedir, interpretar y modificar los reglamentos internos (Art. 191.8 LOGJCC).

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional ha sido instituida por el propio constituyente con una amplia y compleja gama de atribuciones y funciones. Y, si bien no cabe duda que la Corte Constitucional en calidad de órgano para asegurar la supremacía de la Constitución, goza de una posición especial respecto de otras Funciones del Estado, ello no significa –al menos no debe entenderse así– que se sitúe en una posición de superioridad en sentido jerárquico. Pues, siguiendo a autorizada doctrina, podemos decir que la justicia constitucional «al actuar en el ejercicio de su actividad jurisdiccional lo hace dentro del campo del derecho constitucional» lo que debe considerarse como un límite primario en su actuación; pero no sólo eso, sino que además, desde una perspectiva institucional existen Funciones del Estado, órganos e instituciones autónomas, que el propio soberano –el pueblo– ha instituido en la Constitución, como parte de la estructura del Estado; lo cual constituye, precisamente, una negación de la existencia de un solo poder:

Dentro del ámbito jurídico–constitucional no existe entre los órganos una relación jerárquica, sino más bien relación de coordinación. El Tribunal Constitucional es un órgano constitucional tribunal más entre los creados por la Ley Fundamental, a saber: asamblea general, consejo federal, gobierno federal, presidente de la República. El Tribunal Constitucional tiene un estatuto jurídico-constitucional propio que no es inferior de modo alguno al que tiene la asamblea, el consejo, el presidente o el gobierno federal. Al mismo tiempo, la Ley Fundamental tampoco ha declarado la supremacía del Tribunal frente a otros órganos constitucionales ni ha establecido, por tanto, el dominio de los

jueces sobre el poder político. El Tribunal Constitucional Federal no puede ocupar esta posición central en el conjunto estatal [...]»⁸⁷.

Por ello, pese a la especial posición, no existe una relación jerárquica entre las Funciones del Estado u otros órganos e instituciones con respecto de los órganos de justicia constitucional; es decir, un Tribunal o Corte Constitucional no es detentador de la soberanía, por lo que «la jurisdicción constitucional no puede, de modo alguno, por su esencia misma, asumir la “suprema potestas”»⁸⁸.

Es incuestionable que cuando el constituyente atribuye a la Corte Constitucional el control abstracto de constitucionalidad del sistema jurídico ecuatoriano le otorga una posición frente a toda institución o autoridad con *facultad normativa*; en lo fundamental, respecto de la Asamblea Nacional que ejerce la Función Legislativa (Art. 118 CRE), pero también respecto del Presidente de la República, que ejerce la facultad reglamentaria de las leyes (Art. 147.8 CRE; recordemos que la acción de inconstitucionalidad puede plantearse contra cualquier «acto normativo de carácter general emitido por órganos y autoridades del Estado», lo cual comprende las leyes y los reglamentos, pero también las ordenanzas, e incluso contra «actos administrativos con efectos generales»); así como resulta innegable que cuando se establece una garantía constitucional como la acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones definitivas de la justicia ordinaria, se determina un estatus de la Corte Constitucional frente a los órganos de la justicia ordinaria, especialmente frente a la Corte Nacional de Justicia que es el máximo órgano de la Función Judicial. También en la atribución de resolver las acciones por incumplimiento de normas, actos administrativos, sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos la Corte Constitucional tiene un estatus frente a cualquier autoridad pública; así como también en los casos que le corresponda dirimir conflictos de competencias o atribuciones entre funciones u órganos del Estado; o, cuando dicte sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante.

⁸⁷ Rainer Grote, “Las relaciones de la jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia Alemana”, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (México: UNAM-Marcial Pons, Tomo II, 2008), 657.

⁸⁸ Rainer Grote, “Las relaciones de la jurisdicción constitucional y justicia...”, 656. También, en el ámbito de la doctrina española se sostiene: “[...] en cuanto a la posición institucional de este órgano constitucional, puede decirse, en términos gráficos, en lo que aquí importa, que el TC [Tribunal Constitucional] es un órgano que no es ni “superior” ni “inferior” al TS [Tribunal Supremo]: están en ámbitos distintos”: Pablo Gutiérrez de Cabiedes H, “El Tribunal Constitucional Español y su conflicto con el Tribunal Supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (México: UNAM-Marcial Pons, 2008), 678.

No obstante, ese escenario preferente de la Corte Constitucional ecuatoriana en la institucionalidad ecuatoriana, no debe olvidarse que el artículo 429 de la Constitución ha restringido su ámbito de acción: el escenario constitucional; lo cual significa, que la Corte Constitucional no puede actuar en reemplazo tanto la Asamblea Nacional, los órganos de la Función Judicial, o cualquier otra institución u órgano del Estado. Por ello, la Corte Constitucional no puede considerarse jerárquicamente superior en la estructura institucional del Estado sino únicamente como un órgano al que le corresponden unas competencias específicas; lo cual, claro está, no significa que tratemos de disminuir su importancia. El hecho de que la Constitución establezca las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, de Transparencia y Control Social; y Electoral; así como los Gobiernos Autónomos Descentralizados ratifica esa posición relacional y no jerárquica; es decir, su poder no es absoluto, ni le está permitido asumir las funciones primarias que le corresponde a las Funciones e instituciones del Estado; pues, cuando el constituyente ha decidido establecer su accionar al ámbito constitucional, ha querido privar a la Corte de otros poderes.

Establecido lo anterior, debemos ahora destacar que el establecimiento de una Corte Constitucional, requiere un determinado estatus y calidad de sus agentes. Dado que como toda institución, la Corte Constitucional no deja de ser un ente ficticio, artificial, requiriendo por lo tanto la presencia de personas; de ahí que, por agentes hemos de entender a aquellas personas que han de ejercer tan delicadas funciones.

Nuestra Constitución establece que la Corte Constitucional «estará integrada por nueve miembros» (Art. 432 CRE); lo cual, no implica diferencia sustancial respecto de que el Tribunal Constitucional, que preveía la Constitución de 1998, estaba integrado por nueve vocales. De ahí que, la evolución en el derecho constitucional ecuatoriano que se hacía alusión en los informes de mesa para los debates constituyentes se limita, al menos en esta cuestión, al cambio de nombre de la institución así como la denominación respecto de quienes lo integran (miembros por vocales); aunque, en el ámbito comparado las Constituciones usan también los términos miembros o integrantes para identificar a quienes desempeñan las funciones en la Corte o Tribunal Constitucional, debe quedar claro que quien ejerce tales funciones tiene calidad de Juez o Magistrado; y, por ende debería estar sometido a las mismas exigencias, prohibiciones e impedimentos de los magistrados (o juez) de Alta Corte.

Respecto de los requisitos para ser designado miembro de la Corte Constitucional, el artículo 433 de la Constitución establece:

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos.
2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país.
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.
4. Demostrar probidad y ética.
5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

En este aspecto, la Constitución se limita a establecer tales requisitos; sin establecer un régimen de prohibiciones, incompatibilidades o inhabilidades para ser designado miembro de la Corte Constitucional; así como garantías adicionales para preservar su calidad de órgano jurisdiccional. Tampoco tal cuestión se ha remitido a la ley, pues de acuerdo con el inciso final del artículo 433, la ley debe limitarse a determinar el procedimiento «para acreditar estos requisitos» ya previstos en la Constitución.

Esa ausencia absoluta de impedimentos, prohibiciones e incompatibilidades en el texto constitucional es un cuestión que llama la atención; pues tratándose de tan complejas y delicadas funciones, se debió establecer mecanismos que impidan al poder político asegurarse miembros leales –y cuando decimos leales hacemos alusión a una perspectiva política partidaria, en el sentido de adhesión a un proyecto militante– en la Corte Constitucional.

Una mirada somera al tema, permite determinar que ello contrasta incluso con la anterior Constitución (1998), pues ésta establecía: «Los vocales del Tribunal Constitucional deberán reunir los mismos requisitos que los exigidos para los ministros de la Corte Suprema de Justicia, y estarán sujetos a las mismas prohibiciones» (Art. 275 inc. 2 Constitución de 1998); pero incluso en el ámbito del derecho comparado es fácil encontrar normas constitucionales de esta naturaleza, tan sólo por citar algunos ejemplos, hemos de anotar que la Constitución de Colombia establece: «No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado» (Art. 240); o que la Constitución de España establece que la condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o

administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil; así como también son aplicables las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial (Art. 159.4 CE); así como, la Ley Fundamental de la República Federal alemana establece que la Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros, prescribiendo: No podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land. (Art. 94.1 LF).

Otra cuestión trascendente sobre los miembros de la Corte Constitucional es su designación. La Constitución ecuatoriana en su artículo 434 prevé: «Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana».

Dos cuestiones merecen observarse de la presente norma constitucional: la primera, es la intervención de tres de las cinco funciones del Estado, en una doble faceta, tanto para la conformación de una *comisión calificadora* como para la *postulación de los integrantes*, es decir, de quienes van a ser los miembros (en realidad jueces, pareciera que el uso de tal lenguaje resulta intencional para disuadir objeciones sobre la calidad que debería asistir a un juez); y, la segunda, el uso de la frase concurso de merecimientos y oposición. A la ausencia de impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones, ahora debemos agregar ni siquiera un corporativismo sectario: tres Funciones del Estado no sólo designan una comisión, sino que también postulan a los miembros que integraran la Corte Constitucional. Pero eso no es todo, porque todo ello viene a completarse con el uso de las expresiones *concurso de merecimientos y oposición*; y, es que hablar de concurso parece un *boutade* cuando tres funciones del Estado postulan tanto a quienes designan como a los concursantes: quienes integrarán la Corte Constitucional son los candidatos designados por las mismas Funciones del Estado que designan a la comisión de selección; luego, está demás señalar que los méritos y oposición han de ser el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 433.

Cierto es, que la Constitución establece que «el procedimiento, plazos y demás elementos de la selección y calificación serán determinados por la ley» (Art. 434 inciso segundo CRE); sin embargo, tales expresiones no dejan de ser una mera proclamación retórica, ya que lo elemental del sistema de designación ha quedado en tres funciones del Estado en un doble sentido: tanto respecto de la comisión que ha de verificar el procedimiento, como respecto de la presentación de las candidaturas. Todo ello acompañado de una total ausencia de un régimen de incompatibilidades y prohibiciones.

Todo lo expuesto nos lleva a un escenario, cuanto menos, preocupante; pero, sobre todo, peligroso y oscuro; pues nada garantiza que quienes ejerzan el poder en esa Corte Constitucional, sean los mejores profesionales que demandan tan altas y delicadas funciones. Así como, nada impediría que a futuro –cercano o lejano– un Presidente de la República de cuestionada ética y con poca vergüenza decida postular a gente de su confianza en calidad de candidatos para integrar la Corte Constitucional y su comisión de selección; o que un órgano sin representación alguna, como es la Función de Transparencia y Control Social se preste a las coyunturas políticas ¿Que garantía podrían brindarnos asesores, Ministros de Estado, subsecretarios, Asambleístas o incluso familiares de ese mismo Gobierno que bien pueden ser designados electores o, incluso jueces? Bajo la retórica del concurso de méritos y oposición, en realidad se esconde un sistema perverso que erige a la Función Ejecutiva, Legislativa así como la de Transparencia y Control Social en elector y nominador. Tras el discurso meritocrático se atenúa la perversidad de un sistema que pretende erigir a nueve personas en intérpretes, controladores y administradores de la Constitución; cuando en realidad, no son otra cosa que, transmisores de la voluntad de tres funciones del Estado: Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social.

Llegamos así a uno de los temas, cuanto menos, dificultosos –sino sombríos– de la doctrina constitucional, esto es, los criterios que deben regir a la justicia constitucional. Si recordamos las conocidas expresiones del juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Charles Evans Hughes, de que «vivimos bajo una Constitución; pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es»; y, en una perspectiva más contemporánea, el hecho de atribuir a los jueces constitucionales la misión de ser «guardianes de la Constitución», hemos de considerar que se trata de una cuestión bastante delicada. Además, si consideramos que la propia Constitución establece que la

Corte Constitucional será el máximo órgano de interpretación constitucional⁸⁹, habiendo sido instituido con amplísimas y trascendentes competencias; pero sobre todo, que en el texto constitucional podemos identificar una gran cantidad de normas constitucionales indeterminadas, genéricas, abstractas, así como por la existencia de principios y valores cuyo contenido debe ser definido por quienes integran la Corte Constitucional, podemos concluir que se tratan de objeciones muy bien fundamentadas.

Si existen un conjunto de normas cuyo contenido debe ser concretado por los jueces constitucionales; o, si mediante las interpretaciones contenidas en sus decisiones, los jueces incluso pueden llegar a establecer preceptos constitucionales que el constituyente ni siquiera hubiera imaginado ¿Cuáles son los criterios que debe observar una Corte Constitucional para adoptar sus decisiones al ejercer el control de constitucionalidad? ¿cuál es el fundamento y límite de ese poder? Tales objeciones se han planteado porque los asuntos que tradicionalmente se resolvían en el escenario político, mediante el establecimiento de la justicia constitucional, se habrían trasladado a la Corte Constitucional. De manera estos planteamientos son, en realidad, un enfoque diferente de una vieja polémica: los detractores de la justicia constitucional han mutado el escenario del debate; sus objeciones no se sitúan ya en la pertinencia de que existan órganos de justicia constitucional sino en los criterios con que esa justicia decide los asuntos sometidos a su competencia. En términos concretos, la justicia constitucional vendría a sustituir el tradicional ámbito de la política bajo el subterfugio del derecho. Pero ¿acaso instituir una Corte Constitucional implica el establecimiento de un poder autónomo, ilimitado y soberano al que todo le está permitido?

Nada más lejos de la verdad. Si estamos conscientes, como ya hemos expuesto, del valor jurídico de la Constitución la respuesta debe ser necesariamente negativa. Lo imprescindible de toda esta cuestión radica en establecer, a estas alturas de la evolución de la sociedad, si hemos logrado comprender las verdaderas implicaciones de tener una Constitución no sólo como norma jurídica sino también con el carácter de norma

⁸⁹ Una breve revisión de algunos textos constitucionales evidencian la trascendencia de la jurisdicción constitucional. Por ejemplo se dice, que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (Art. 241 Constitución de Colombia); que el Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución (Art. 196 párrafo I Constitución de Bolivia); que es el intérprete supremo de la Constitución (Art. 95.1 Constitución de Andorra); que «O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional» (Art. 221 Constitución de Portugal); o que habrá un Tribunal Constitucional para «garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales» (Art. 184 Constitución de República Dominicana).

suprema; lo contrario, no sólo significaría la negación de ese valor, sino adicionalmente que concebimos a la Constitución como un compromiso ocasional sujeto a las vicisitudes de las mayorías político-partidarias, que alentamos el establecimiento de un régimen de facciones donde el poder de la fuerza se impone sobre quienes han perdido las elecciones; los derechos como límite a toda expresión de *poder* y las garantías como medio para su preservación, simplemente, desaparecería.

Es cierto que resulta infructuoso negar la incidencia política de las decisiones de la justicia constitucional, en lo fundamental, porque tanto los límites como el control del ejercicio del poder (que constituye una de las funciones primarias de Constitución), así como la determinación concreta de si la cuestión objeto de control guarda coherencia con la norma constitucional, se vulnera un derecho o la determinación de un ámbito constitucionalmente protegido exige una determinación *valorativa*. Sin embargo, una cosa es aceptar la incidencia política de las decisiones de la justicia constitucional y otra muy distinta sostener que la justicia constitucional debe desarrollar su labor en reemplazo de la política, así como que sus decisiones se tomen de acuerdo y con fundamento en criterios políticos.

Desde un primer plano, la objeción de que la justicia constitucional sustituye la política bajo el subterfugio del derecho no contiene, en realidad, sustantividad. De entrada conviene precisar que el establecimiento de una Corte Constitucional no significa desaparición de la Función Legislativa, como tampoco anulación de las facultades y competencias del legislador; y, ello puede advertirse con facilidad en la Constitución ecuatoriana; tal como ya hemos puesto en evidencia, nuestro constituyente ha instituido no sólo una Corte Constitucional sino también las Funciones del Estado, así como otros órganos e instituciones, estableciendo para cada uno funciones primarias. Cosa similar ocurre en todos los demás países, sirva como ejemplo la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que establece un Tribunal Constitucional Federal dentro, aunque autónomo, del Poder Judicial pero también establece un Gobierno y el Parlamento.

Contrariamente, la sola idea de un Poder Legislativo no sometido a límites y controles –como lo era en la práctica hasta hace algunos años en la mayoría de países de tradición europeo continental– constituye la negación misma del valor de la Constitución; y, en realidad, el establecimiento de los órganos de justicia constitucional,

al menos los actuales, ha significado resultado de un largo proceso de evolución en la forma de comprender la Constitución. Incluso podemos ir más allá, pues el propio Robespierre (a quien la sola idea de sobreponer una decisión judicial a la Asamblea le escandalizaba), estaba consciente que sólo un régimen limitado tendría la naturaleza de propiamente constitucional, lo que dejaría establecido en los siguientes términos:

El fin del Gobierno constitucional es el de conservar la República; el del Gobierno revolucionario es fundarla. La revolución es guerra de la libertad contra sus enemigos; la Constitución es el régimen de la libertad victoriosa y pacífica... Bajo el régimen constitucional basta casi con proteger a los individuos contra el abuso del poder público; bajo el régimen revolucionario, el poder público mismo está obligado a defenderse de sus enemigos contra todas las facciones que le atacan.⁹⁰

Entonces la idea de limitación en un Estado constitucional no constituye negación del papel de la política, pues una sociedad no puede vivir en permanente situación de excepción; en realidad, sólo cuando la Constitución es aplicada tendremos la certeza de vivir bajo su imperio. Ello viene reforzado por la presencia, casi en la totalidad de países, de la institución de la reforma constitucional, que sólo tiene sentido si algún agente tiene la capacidad jurídica de hacer prevalecer los mandatos de la Constitución frente a las decisiones coyunturales.

La vigencia de los derechos viene a consolidar esa idea. Si esos derechos se encuentran reconocidos en el instrumento jurídico de mayor rango, resulta innegable que una mayoría legislativa que los desconozca (por más contundente que haya sido su votación), se sitúa en terreno prohibido, denotando un flagrante abuso de poder. La posición de una Corte Constitucional, anulando una ley de esa naturaleza, constituye el instrumento más eficaz no sólo para contener esa extralimitación sino, esencialmente, para garantizar tales derechos a las personas; esa es precisamente la idea, según la cual, Bachof sostiene que “[e]l fundamento por el cual la ley fundamental [alemana] ha introducido un amplio control de toda actividad del poder público mediante cortes constitucionales y cortes administrativas no es ajeno a las experiencias con las dictaduras nacional-socialistas”⁹¹. Por lo demás, una Corte Constitucional que cumple con su misión, constituye el instrumento medular para que la Constitución no quede confinada a la voluntad de la mayoría de cada momento, para que la noción de garantías

⁹⁰Franklin Robespierre, en el *Rapport sur les principes du gouvernement révolutionnaire*, de 25 de diciembre de 1793, citado por Eduardo García de Enterría, en “La posición jurídica del Tribunal Constitucional...”,

⁹¹ Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y Política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, No. 56, Mayo-Agosto de 1986, 840.

se mantenga viva y persista; lo cual puede, incluso constituir un fortalecimiento de la legitimidad de la acción política.

En un segundo plano, desde sus orígenes la justicia constitucional ha sido entendida como auténtica jurisdicción; y, quien ejerce una tarea de esa naturaleza no debe decidir por conveniencia. Por ello, las decisiones de la Corte Constitucional no pueden tener como fundamento los sentimientos personales, el interés o un compromiso político-partidario; así, toda motivación ajena al derecho debe estar excluida de una sentencia. La consolidación de los órganos de justicia constitucional en tiempos más próximos (Italia, Alemania, España o Colombia en nuestro escenario con casi dos décadas) es claramente un reforzamiento de la idea de que un órgano de justicia constitucional es, ante todo, un órgano jurisdiccional; y, por ende, sometido límites jurídicos. La doctrina constitucional ha reflexionado ampliamente en esa línea, por ejemplo Bachof ha dicho que, según su propia experiencia:

[...] como juez constitucional, que las reglas constituciones no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho.⁹²

Estas expresiones no traen de vuelta al valor jurídico de la Constitución; en lo fundamental, porque esa naturaleza implica que su aplicación e interpretación debe regirse por las formas y métodos jurídicos. En ese plano, se han formulado un conjunto de mecanismos para racionalizar las decisiones del juez constitucional, es decir, para excluir su arbitrariedad; que otra cosa, sino evitar el abuso de poder se pretende cuando se habla de los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de eficacia integradora o de fuerza normativa⁹³; o, en igual sentido, cuando se postula la existencia de un principio de interpretación conforme, de deferencia hacia el legislador, de la ausencia de control constitucional sobre los fines del legislador, entre tantos otros⁹⁴.

En esa línea, ya el informe al Pleno del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre «la cuestión de su estatus» preparado por, el entonces juez

⁹² Otto Bachof, “Nuevas reflexiones...”, 844.

⁹³ Véase, Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Pedro Cruz, 1992) 33 y ss.

⁹⁴ Victor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, 2007), 38-39; también Otto Bachof, “Nuevas reflexiones...”, 845 y ss.

constitucional en 1952, Gerhard Leibholz destacaba la doble faceta que cumplen los órganos de justicia constitucional: si bien el Tribunal Constitucional es una institución elevada sobre el ámbito de la política, es también un verdadero ente jurisdiccional. Por ello, para comprender, la afirmación de que un Tribunal Constitucional es una institución elevada sobre la política, en sus justos términos, evitando malentendidos y tergiversaciones, resulta necesario remitirse a un pasaje de su trabajo, donde expresa:

En realidad, la justicia constitucional es verdadera jurisdicción si se enfrenta a una norma justiciable, esto es, a una disposición verificable, cuyo contenido puede interpretarse en detalle. En los casos en los que el objeto no sea una disposición cuyo contenido quepa esclarecer a través de una interpretación razonable, careceremos de los «rational standards» sobre los que el Tribunal Constitucional Federal ha de basar sus decisiones en cuanto que ente judicial. Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal debería rechazar cualquier ampliación de competencias que a priori sea inconciliable con esta labor jurídica. En caso contrario, el Tribunal acabara introduciéndose en el proceso de integración política, convirtiéndose en un defensor político de la Constitución y tomando decisiones políticas que invaden la esfera del Gobierno, del legislador o del poder de reforma. Es bien sabido desde hace más de cien años, que dentro de los «basic principles» de la jurisdicción constitucional no hay lugar para el conocimiento de las disputas puramente políticas. Estas, a diferencia de las controversias jurídico-políticas, son aquellas que no se deciden en virtud de reglas, pues se trata de conflictos “sobre la creación de nuevo derecho o la conservación del antiguo; es un enfrentamiento sobre el derecho no bajo el derecho”. Son “by definition matters which demand the resolution of conflicts of value and the elements of conflicting values are largely imponderable”. En todo caso, esas cuestiones, incluso si son tratadas en términos justiciables, no pierden su carácter político. Recordemos a estos efectos que en tiempos de la Constitución de Weimar se revitalizó y se dio razón a aquella frase de Guizot según la cual en la juridificación de la política, la justicia tiene todo que perder⁹⁵.

Tales expresiones resultan, no sólo ilustrativas sino también concluyentes para comprender el ámbito del poder que corresponde a un órgano de justicia constitucional, así como para determinar el papel que debe cumplir en el ámbito del Estado constitucional. Ciertamente es, que la Constitución contiene numerosos preceptos genéricos, ambiguos o indeterminados, así como su interpretación debe representar un proceso dinámico que posibilite, en palabras de Francisco Tomás y Valiente, la «resistencia de la Constitución»⁹⁶; pero eso no significa, que los órganos de justicia constitucional estén habilitados a reescribir la Constitución. Es más, la justificación de su existencia es preservar la vigencia y materialidad de la Constitución, más no instituir un órgano que subvierta su eficacia. Esa remisión de sujeción al Derecho por parte de la Corte Constitucional no puede entenderse como una relativización de los límites, ni mucho

⁹⁵ Gerhard Leibholz, “Informe al Pleno del Tribunal Constitucional Federal sobre la cuestión de su estatus”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (No. 22, julio-diciembre de 2014), 223 y ss.

⁹⁶ Francisco Tomás y Valiente, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, (No. 15-16, 1994), 635.

menos, que recurriendo a esa apelación puede justificarse *cualquier* decisión; pues, es fácil advertir una auténtica decisión jurídica frente a aquellas decisiones fraudulentas.

Tampoco puede aceptarse que bajo la apelación a su estatus y funciones, los órganos constitucionales resuelvan de cualquier forma los asuntos sometidos a su conocimiento; ni mucho menos que sus integrantes estén autorizados a amoldar las soluciones a su concepción de Constitución y justicia. Y es que, a fin de cuentas, nuestros sistemas jurídicos se caracterizan por el establecimiento de una Constitución escrita, cuyo contenido cumple una función de garantía, como último límite para el poder; garantía que, por supuesto, también los órganos de justicia constitucional están obligados a respetar:

El objetivo declarado de las constituciones de los 'Estados de derechos' es limitar el poder estatal y controlarlo mediante disposiciones institucionales. A este objetivo responde, en verdad, la estructura directiva de nuestro texto. [...] El texto es un excelente ejemplo de aquello que podría llamarse 'forma suave de privación del poder' [...]⁹⁷.

Si bien, la actuación de la Corte Constitucional no está vinculada al conjunto de leyes, como sucede con los órganos de justicia ordinaria, sino sólo a la Constitución; esto no significa que la Constitución pueda reducirse a las interpretaciones de los jueces. Dicho en otras palabras, la justicia constitucional no puede, a través de su accionar, variar el contenido de la Constitución vigente, ya que si entendiéramos el papel de los órganos de justicia constitucional en ese sentido, implicaría sostener la existencia de un constituyente permanente, que dejaría vacío de contenido no sólo el propio valor jurídico de la Constitución sino que determinaría que instituciones como la *reforma constitucional* fueren del todo innecesarias. Por ello, se ha dicho:

El punto de partida podría ser aquí una vez más la *judicialización*, que excluye la actuación de oficio el margen de libre configuración política (constitucional), y la vinculación a un contexto de argumentación, controlable y asegurado metodológicamente, y la obligación de motivar, así como la estricta limitación de la decisión al caso litigioso planteado; además, el sistema de articulación de poderes de la LF [Ley Fundamental], que –por poner esto de ejemplo– excluye la ampliación de la función de control de la Jurisdicción constitucional a la competencia para la mutación constitucional y la atribución de sentido de la Constitución (*Verfassungsausfüllung*) (que ambas son formas de reforma constitucional); y por último el principio de organización democrática del Estado que prohíbe entre otras cosas que el Tribunal Constitucional pase

⁹⁷ Waldemar Schrenkenberger, *Semiótica del discurso jurídico* (México: UNAM, 1987), 64.

de ser órgano de garantía de la Constitución existente y dada, a ser órgano de la legislación constituyente [...]⁹⁸

Dado que la función de la Corte Constitucional se basa en un instrumento jurídico –la Constitución–; el parámetro para sus decisiones debe ser, en palabras de García de Enterría, «exactamente la misma que la de cualquier otro Tribunal de Derecho ante la norma que está llamado a aplicar, sin ninguna mayor libertad, antes bien, quizás, con la mayor vinculación y fidelidad que al texto supremo se le exige por el carácter central y superior que éste presenta»⁹⁹. Por lo tanto, ninguna Corte Constitucional puede renunciar a los métodos y límites jurídicos para adoptar sus decisiones.

Por último, debemos destacar que la labor principal de los órganos de justicia constitucional y sus jueces es, mantener a toda expresión de poder dentro de los límites establecidos por el constituyente, ser instrumento de garantía, preservar la Constitución; y, dado que «la Constitución es, ante todo, norma jurídica y la teoría de la Constitución no puede ser, en consecuencia, más que teoría jurídica»¹⁰⁰. Estas expresiones pueden, ciertamente, parecer un recurso vacío; sin embargo, no es así. La comprensión del pensamiento producido durante todo ese proceso de evolución, permite advertir la presencia de unas cuestiones o presupuestos nucleares en el constitucionalismo. De ahí que, toda decisión que prescinde de esos elementos puede efectivamente estar llamarse sentencia, y en ese sentido formal, provenir de una Corte Constitucional; pero su *valor material* estará destinado al fracaso, pues postulará la vigencia de una Constitución sin constitucionalismo.

Por ello, la Corte Constitucional al ejercer sus funciones no debe abdicar de los métodos jurídicos. Si procediera en contrario, su actividad serviría para acomodarla la Constitución a sus conveniencias y coyunturas, sería subjetivismo e individualidad; voluntad sin limitación, gusto y pasión de quien detenta el poder; pretexto para disfrazar la arbitrariedad, para esconder la voluntad del poder tras supuestos ropajes jurídicos, para erigir a determinados agentes en medios de imposición de una política determinada. Utilizando las palabras de Zagrebelsky, «la justicia constitucional, aunque

⁹⁸ Ernst Wolfgang Bockénforde, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Baden-Baden, 1993) 42.

⁹⁹ Eduardo García de Enterría, “La posición del Tribunal...”, 126.

¹⁰⁰ Manuel Aragón Reyes, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), No. 50, marzo–abril de 1986, 10.

sobreviviese, se transformaría en farsa constitucional, en encubrimiento de la voluntad del más fuerte, burlándose de los más débiles que aun mantuviesen su confianza»¹⁰¹.

1.4. Las actuaciones materiales de la Corte Constitucional ecuatoriana en el ámbito del control de constitucionalidad: entre límites y limitación del poder.

Establecidos estos criterios, corresponde ahora examinar las actuaciones materiales de la Corte Constitucional ecuatoriana; y, dado que el cúmulo de competencias que se le reconocen es amplio, pero sobre todo la naturaleza de cada una de ellas es diferente, no podemos ocuparnos aquí de todas las decisiones que ha pronunciado la Corte Constitucional, siendo necesario una delimitación del objeto de investigación hemos considerado lo siguiente:

Respecto de la delimitación material, hemos optado por el control de constitucionalidad. En lo fundamental, porque el control constituye una de las manifestaciones primigenias del ejercicio de la jurisdicción constitucional. El control de constitucionalidad de las leyes nace, tanto en Norteamérica como en Europa, para materializar una función esencial de la Constitución –la imposición de límites al poder– como resultado del valor jurídico que se le atribuye. Por otro lado, dado que, la Corte Constitucional ecuatoriana tiene el monopolio de la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico, se trata, de una de las competencias más trascendentes; pues, todas las Funciones y órganos del Estado están en la obligación de aplicar las leyes, mientras su eficacia jurídica no haya sido anulada por una declaratoria de inconstitucionalidad.

En cuanto a la delimitación temporal, podemos señalar dos razones. La primera es que el periodo definido comprende los 5 primeros años de ejercicio de la Corte Constitucional, periodo que se encuentra justificado en un triple sentido; en primer lugar, es un tiempo prudencial y razonable para establecer la forma en que la Corte Constitucional ha entendido el valor de la Constitución de 2008, así como la efectividad de la limitación del poder como su función esencial; en segundo lugar, porque, las primeras decisiones de la Corte fijan –o al menos deberán fijar– la interpretaciones básicas sobre el significado de la Constitución claramente nueva; y, en tercer lugar, porque la reciente promulgación de la Constitución, debería excluir «interpretaciones»

¹⁰¹ Gustavo Zagreblesky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, (Madrid: Mínima Trotta, trad. de Manuel Martínez, 2008), 106.

evolutivas o dinámicas de la Corte. Luego debemos señalar, una razón estrictamente coyuntural, como es la elaboración y presentación del proyecto de investigación en el mes de mayo del 2015, de manera que la fecha límite para la muestra se fijó en el año calendario anterior que había concluido.

Por todo ello, el análisis de las actuaciones materiales de la Corte Constitucional se limita a las decisiones que ejercen la competencia de control de constitucionalidad del sistema jurídico, pronunciadas entre el 20 de octubre de 2008 hasta diciembre del año 2014.

El objeto del análisis radica en establecer si la Corte Constitucional asigna a la Constitución una la función de limitación del poder, en una doble faceta; la *primera*, en el sentido de que la Corte Constitucional al ejercer el control de constitucionalidad respete los límites que le impone la Constitución, es decir, que no se conciba a sí misma como un poder absoluto; y, la *segunda*, en cuanto la justicia constitucional signifique imposición de límites a los poderes públicos, o dicho en otras palabras, si las decisiones la Corte Constitucional han limitado el poder de las Funciones u Órganos del Estado. Por último hemos de aclarar, que anotaremos algunas reflexiones respecto de la *Resolución*, de 20 de octubre de 2008¹⁰² –aunque ella no se refiera al control de constitucionalidad–, porque de ella deriva el *poder* de la denominada Corte Constitucional para el periodo de transición (través de esa decisión el entonces Tribunal Constitucional se autoproclamó Corte Constitucional), así como porque esa resolución resulta ilustrativa para determinar, si la Corte se concibe a sí misma como un órgano limitado. De acuerdo al texto publicado en el Registro Oficial, cabe destacar las siguientes cuestiones:

Con fundamento en lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, con la Constitución de la República del Ecuador, los integrantes del Tribunal Constitucional hacían un conjunto de consideraciones: desde voluntad del pueblo mediante consulta popular de que se convoque a una Asamblea Constituyente, pasando por la elaboración del proyecto de Constitución y su aprobación mediante referéndum, hasta la cita de múltiples artículos de la vigente Constitución, los habían reunido –al menos eso debemos suponer– para:

¹⁰² Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 45, de 22 de octubre de 2008.

[...] establecer el alcance de la disposición contenida en el artículo 27 del Régimen de Transición, referida a la extensión de los períodos de los integrantes del Tribunal Constitucional y su relación con las atribuciones que deben ejercer al amparo de la vigencia de la nueva Constitución de la República del Ecuador, se plantean cuatro cuestiones fundamentales a ser dilucidadas; a saber:

1.- Durante el periodo de transición y hasta la designación y posesión de los miembros de la primera Corte Constitucional, ¿cuál es el órgano que asume el control y la jurisdicción constitucional en el Ecuador?

2.- ¿Cuáles son las atribuciones que ejerce este órgano?

3.- ¿Qué organismo debe regular, durante el período de transición, los procedimientos que determinen el trámite de las nuevas garantías y acciones constitucionales previstas en la Constitución de la República del Ecuador, hasta que se expida la Ley de funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad?

4.- ¿Qué trámite debe darse a los procesos constitucionales que se encuentran pendientes de despacho ante los jueces de instancia y en el extinguido Tribunal Constitucional?

Para resolver las cuestiones planteadas, el todavía Tribunal Constitucional –dado que no sabría que era Corte sino hasta llegar al final de su decisión– determinaría la necesidad de «precisar el alcance de los principios de eficacia normativa y aplicación inmediata de la Constitución». Con esa finalidad menciona los sistemas jurídicos existentes en occidente: *common law* y el *européo continental*. Luego identificar brevemente el significado del denominado modelo francés, se refiere al nuevo paradigma constitucional y a los pilares del mismo, citando a Ricardo Guastini; la parte que, parece esencial, es la siguiente:

[...] en aplicación de los principios de eficacia normativa y aplicación directa e inmediata de la Constitución, así como de ejercicio efectivo y plena justiciabilidad de los derechos fundamentales y de los principios hermenéuticos de integralidad, favorabilidad de los derechos, respetando la voluntad y espíritu del constituyente, que ha optado por un modelo garantista en todo el desarrollo de la Constitución, lo establecido en el artículo 27 del Régimen de Transición, debe entenderse en el sentido de que mientras sea designada la primera Corte Constitucional, la jurisdicción constitucional será ejercida por los integrantes del Tribunal Constitucional, que se constituyen en Corte Constitucional.

Respecto de las cuestiones de procedimiento, de entrada llama la atención que la citada *Resolución* se haya aprobado el mismo día que la Constitución se publicó en el Registro Oficial (aunque se haya publicado 2 días posteriores); lo cual, nos lleva a meditar sobre el momento en que se determinó del objeto de la Resolución, la asignación de la ponencia del caso, la elaboración de un proyecto, lo que indudablemente debió realizarse cuando la actual Constitución (2008) aún no se encontraba vigente. A muchos les podrá parecer que tales cuestiones resultan irrelevantes e incluso triviales; pero, si consideramos en serio tales cuestiones y, sobre

todo, si analizamos con detenimiento ese comportamiento, resulta un parámetro importante para dimensionar la forma en que la Corte Constitucional ejerce el poder.

Pero lo que más llama la atención es la solución. Primero, porque el Tribunal Constitucional interpreta el régimen de transición; luego, porque un órgano, creado conforme una Constitución e integrado de acuerdo a las normas vigentes conforme ese régimen jurídico, *mutan* por su sola voluntad, en otro órgano conforme una nueva Constitución. Por supuesto para ello, el entonces Tribunal Constitucional olvida –quizá descuidadamente o tal vez dolosamente– que se había previsto unas reglas de *transición* para implementar la nueva Constitución. Las explicaciones de cómo los autodenominados "magistrados" interpretan la Constitución de 2008, sin ser aún magistrados, y por ende tener competencia (pues se las da su propia resolución), son cosas que resultan, cuanto menos, difícil de comprender, peor aún de explicar. Esa transformación, se «justifica», de acuerdo con el texto de la resolución, en una doble cuestión: los modelos de justicia constitucional teóricamente conocidos y algunos artículos de la Constitución de 2008 apenas publicada.

La función de limitación del poder que cumple la Constitución ha quedado subvertida por la voluntad de los integrantes del entonces Tribunal Constitucional. Ciertamente es, que el régimen de transición, en lo que aquí interesa, establecía que «los integrantes del Tribunal Constitucional terminarán sus periodos cuando se posesionen los miembros de la Corte Constitucional» (Artículo 27) determinando una especie de prorrogación de competencias; pero, ese mismo régimen de transición preveía expresamente una norma respecto de la Corte Constitucional, que establecía: «Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional» (Artículo 25). De acuerdo con lo expuesto, ningún argumento por más loable, bienintencionado o excelente puede justificar que un órgano se auto adjudique poderes que el propio constituyente ha querido privar: ¿qué sentido, sino negar esa posibilidad de mutación del entonces Tribunal Constitucional tendría, referirse a una primera Corte Constitucional, así como no establecer una Corte de transición?

Por lo demás, la denominada *Resolución* se caracteriza por su *magnificante rareza*. Y, es que pocas cosas –por no decir ninguna– permitirían ilustrar con exactitud,

o al menos aproximarnos, al significado de semejante obra: es al mismo tiempo y en el mismo acto, extinción y creación, afirmación y negación, origen y fundamento. No sólo que mediante tal resolución, los integrantes del Tribunal Constitucional se convierten, por su sola voluntad, en Magistrados y Magistradas de la Corte Constitucional –al menos debieron haber mutado en miembros de la Corte Constitucional, pues la expresión magistrado no se encuentra en ninguno de los artículos de la Constitución de 2008–; sino que además crean un órgano que ningún constituyente habría siquiera imaginado: la "Corte Constitucional para el periodo de transición".

Expuestas estas breves reflexiones, vayamos ahora al ámbito de las sentencias del control de constitucional. Durante este periodo, tanto la Corte Constitucional para el periodo de transición como la primera Corte Constitucional han dictado doscientas tres sentencias (203). Hemos experimentado un problema para identificarlas, pues bajo las siglas SIA podemos encontrar 8, bajo la denominación SIN 67 y, bajo las iniciales SCN 128; aunque de la revisión de su contenido, todas se refieren al ejercicio de la competencia de control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

Respecto de la norma objeto de control de constitucionalidad, de las 203 sentencias que se han pronunciado, en su gran mayoría los actos normativos objetos de control de constitucionalidad han sido leyes (cuanto menos 132), pero también Decretos Ejecutivos (9), Reglamentos (9), Acuerdos (5), Oficios (3), Resoluciones (7), Ordenanzas (8), Mandatos Constituyentes (1), incluso un Contrato Colectivo (1). En otra perspectiva, de las 203 decisiones, existen casos, especialmente de consulta de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios, cuyo objeto de control no es un acto normativo. Así por ejemplo, en un caso se consulta la constitucionalidad del auto de nulidad adoptado por una Sala de Corte Provincial de Justicia en un proceso de alimentos y paternidad (sentencia No. 015-11-SCN); existen casos donde, ante la posibilidad de aplicar dos normas procesales, se consulta a la Corte Constitucional el procedimiento que debiera aplicarse (sentencia No. 001-13-SCN); también se ha consultado sobre la competencia de un determinado órgano de la justicia ordinaria (sentencia No. 002-09-SCN), o la forma en que debe procederse ante un caso donde existen dos decisiones sobre una misma cuestión (sentencia No. 009-13-SCN y 006-14-SCN).

Del total de decisiones adoptadas (203), en 27 se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma objeto del control constitucional; de éstos casos, en algunos la acción de inconstitucionalidad ha sido planteada por Altas autoridades del Estado: el Presidente de la República (3), el Procurador General del Estado subrogante (1), el Director del Consejo Nacional de Zonas Francas (1); aunque el mayor número de sentencias de inconstitucionalidad se ha declarado con ocasión de la presentación, por parte de los jueces ordinarios, de una consulta de constitucionalidad (12).

La cantidad restante de decisiones (176) ha tenido múltiples decisiones. Así por ejemplo, están las sentencias que declaran de forma expresa que el acto normativo objeto del control es constitucional, no es contrario o no vulnera la Constitución (cuando menos 27); es decir, la Corte no se limita a rechazar la inconstitucionalidad. Pero también están las decisiones donde la Corte Constitucional, aunque pronunció sentencia, no realizó un análisis sobre el fondo de la cuestión planteada, porque se trataban de consultas de constitucionalidad de jueces ordinarios que no cumplían los requisitos para proceder a un análisis de fondo (cuando menos 43, aunque habían sido admitidas); en otras, dado el paso del tiempo, la norma demandada por inconstitucionalidad había sido derogada provocando la adopción de una decisión inhibitoria ante la imposibilidad de que la Corte Constitucional se pronuncie (8), lo que generalmente se conoce como pérdida sobrevenida de objeto.

También existen casos en los que la Corte Constitucional ha adoptado una decisión específica en relación con el caso: por ejemplo, rechaza la demanda de inconstitucionalidad pero ordena al Ministro de Estado la provisión de fondos para atender la cuestión demandada (sentencia No. 005-10-SIN); se ha declarado incompetente en razón de que la cuestión objeto de la consulta (sentencias No. 009-10-SCN, 010-12-SCN y 013-13-SCN); ha dicho que a través de la consulta de constitucionalidad no se puede buscar una opinión (sentencia No. 05-13-SCN); que un oficio no es norma (sentencia No. 007-13-SCN); y, respecto de los requisitos de la consulta de constitucionalidad ha señalado que carece de relevancia (sentencia No. 018-12-SCN), que no basta con citar las normas (020-13-SCN), que no opera o no se ha justificado una duda razonable (sentencia No. 021-13-SCN y 028-13-SCN), que no se precisa la relevancia de las normas señaladas como objeto de la consulta para la decisión del caso concreto (sentencia No. 049-13-SCN), que la absolución de una

consulta no vinculante no es objeto de control de constitucionalidad (sentencia No. 0011-14-SCN).

También debemos señalar, los asuntos que han obtenido resolución múltiple, fundamentalmente al resolver consultas de constitucionalidad; en particular, el caso de las consultas sobre la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador (2007), que estableció la obligación del contribuyente de afianzar o caucionar la obligación tributaria para demandar ante la jurisdicción contencioso tributaria, que ha sido resuelta al menos en 8 sentencias distintas. Y, por último está el caso del inciso final del artículo 581 del Código del Trabajo que permitía la presentación de pruebas en la audiencia de juicio, sin la exigencia de anuncio en la audiencia preliminar, norma que en un primer momento fue declarada constitucional (sentencia No. 012-10-SCN) y posteriormente fue declarada inconstitucional (sentencia No. 031-10-SCN); pero que luego de la declaratoria de inconstitucionalidad, el mencionado inciso fue declarado aplicable en un proceso concreto al resolver una acción extraordinaria de protección (sentencia No. 036-12-SEP).

Anotada como ha sido una breve relación sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el ámbito del control de constitucionalidad, debemos proceder ahora con el análisis respecto de la limitación del poder, en sus dos facetas: los límites de la propia Corte en el ejercicio de sus competencias, así como limitación del poder de las Funciones y otras instituciones del Estado; debiendo aclarar que no todas las sentencias tienen relación o incidencia en el tema objeto de estudio.

Respecto de la primera cuestión, esto es, si la Corte Constitucional ecuatoriana *observa los límites en el ejercicio de su poder* al adoptar las decisiones; podemos señalar, que al ejercer el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano no tiene en cuenta la existencia de límites, esto significa, que se concibe como un «poder soberano» y, por ende, ilimitado. Veamos.

Uno de los ejemplos más claros de esa práctica es la sentencia No. 001-10-SIN-CC, de 28 de marzo de 2010. El objeto de la acción, como lo señala la propia sentencia, es doble: en cuanto a la forma o las cuestiones de procedimiento, las impugnaciones (de inconstitucionalidad) ponían de relieve la falta de cumplimiento de la consulta prelegislativa a las nacionalidades indígena para la promulgación de la Ley de Minería;

lo cual, según los demandantes, afectaba los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades indígenas. Respecto del fondo, esto es, el contenido de la ley, las acciones de inconstitucionalidad señalaban expresamente que los artículos 1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316 de la Ley de Minería estaban en contradicción con diversas normas de la Constitución de la República.

Sobre la primera cuestión, esto es, el incumplimiento de la consulta previa prelegislativa en el *trámite* para la aprobación de la Ley de Minería, la Corte Constitucional señala: «una vez efectuado un detenido análisis del procedimiento legislativo llevado por la Comisión de Legislación y Fiscalización para el conocimiento, debate y aprobación que dio lugar a la promulgación de la Ley de Minería, esta Corte determina que el mismo guarda conformidad con la Constitución de la República, concretamente con los artículos 132, 134, 136 y 137» (sentencia No. 001-10-SIN-CC).

Respecto al control de constitucionalidad sobre el contenido de la ley, la Corte Constitucional destaca que la Ley de Minería se ha aprobado en «una situación excepcional que hace parte del cambio sustancial de circunstancias derivadas de la transición constitucional»¹⁰³; es decir, las circunstancias coyunturales autorizarían que las autoridades públicas incumplan la Constitución. Bajo el argumento de una aplicación directa de la Constitución en la aprobación de la Ley, la Corte Constitucional sostiene que se cumplió algo equiparable a la consulta prelegislativa «y así lo declara esta Corte».

Desde luego, se entiende que si la norma ha sido encontrada constitucional, es porque el legislador ha cumplido con los presupuestos procedimentales así como en lo relacionado al fondo ha respetado sus límites en cuanto a los derechos; lo que resulta casi imposible de entender, es lo que hace la Corte, luego de declarar la constitucionalidad, casi a renglón seguido: un análisis (que parecer tener la finalidad de

¹⁰³ Dice la sentencia de referencia: “lo que en el marco del Derecho Internacional se conoce como principio *rebus sic stantibus: cambio sustancial de circunstancias*; situación excepcional que debe ser tomada en consideración en el presente juicio de constitucionalidad.

Conscientes del contexto histórico, las circunstancias en las que se desarrolló el proceso de aprobación de la Ley de Minería, y ante la ausencia de una regulación infraconstitucional previa que establezca el procedimiento de la consulta prelegislativa, esta Corte determina que en el proceso de promulgación de la Ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios a un segmento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas representados por sus máximos dirigentes, aspecto que confirma la aplicación directa de la Constitución; si bien estos mecanismos no se equiparan integralmente a un proceso de consulta prelegislativa, contienen elementos sustanciales del mismo” y así lo declara esta Corte”

fundamentar) para establecer las reglas y procedimientos mínimos que debe contener la consulta prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución; y, lo que resulta, más grave, es que arrogándose funciones legislativas, dicta unas normas estableciendo un procedimiento. Lo hace en los siguientes términos:

[...] esta Corte establece el procedimiento mínimo que se deberá observar para garantizar la constitucionalidad del proceso consultivo respecto de los actores y las fases del proceso. Se insiste, estas reglas deberán aplicarse para todos aquellos casos similares que encuentren relación con el ejercicio de derechos colectivos de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades del Ecuador, entiéndase indígenas, afroecuatorianos y montubios, hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo. (Sentencia No. 001-10-SIN-CC).

En la parte dispositiva de la sentencia «Declara que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta prelegislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución». Obviamente, se trata de uno de esos actos *supremos de magnificencia*, que caracteriza a los integrantes de la Corte Constitucional. Lo que resulta difícil entender es, cómo unas *reglas mínimas* que se fijan al momento de, supuestamente, controlar su cumplimiento, ya se habían cumplido con anterioridad; resulta una cuestión ininteligible para un común mortal, pues si existe necesidad de fijar las reglas mínimas que han de ser observadas a futuro, entonces la Ley de Minería era inconstitucional porque no pudo haberlas cumplido; *a contrario sensu* (como suele señalar con alta exactitud el latín), si la ley de Minería era constitucional, ¿Por qué habría necesidad de establecer unas reglas que han de ser observadas a futuro para cumplir con la consulta prelegislativa?¹⁰⁴.

Pero, la Corte Constitucional en esa sentencia no solamente rompe con la lógica –al menos la tradicional– sino también con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vigente desde el 22 de octubre de 2010 (S. R. O. 52). El legislador, en ejercicio legítimo de su atribución constitucional (Art. 120.6 CRE), había regulado que para el caso de omisiones normativas absolutas (que parece ser lo que se analiza en la sentencia), lo siguiente:

¹⁰⁴ La forma en que la Corte encuentra cumplida la consulta prelegislativa se fundamenta en el del Oficio Circular N.O 0022-DPGDM- 21S-SM-200S-0816799, suscrito por el Ingeniero Derlis Palacios G, en su calidad de Ministro de Minas y Petróleos¹⁰⁴; que con fecha 2 de diciembre de 2008 múltiples dirigentes indígenas¹⁰⁴ se dirigen a la Presidenta de la Comisión de Producción, Económica y Desarrollo; con fecha 5 de diciembre del 2008, vía oficio No 172 FSHZCH- P, el señor Rubén Naichap Yankur, Presidente de la Federación Shuar se dirige a la Presidenta de la Comisión de Desarrollo Económico y Producción de la Asamblea Nacional; y, con fecha 18 de diciembre del 2008, vía oficio No. OSO-LGG-AN, varios asamblesitas de pachakutik realizan observaciones a fin de que se disponga su tratamiento.

[...] se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia (Art. 129.1 LOGJCC).

Por lo demás, lo que debe tenerse claro es que el objeto de la acción de inconstitucionalidad estaba restringido a la falta del cumplimiento de la consulta prelegislativa para la promulgación de la Ley de Minería; y, la Corte en lugar ejercer sus competencias en ese sentido (resolver las objeciones de inconstitucionalidad planteadas) fuera de todo límite, termina ejerciendo facultades legislativas y estableciendo las reglas y el procedimiento que rige la consulta prelegislativa.

No son las únicas sentencias en que la Corte Constitucional ha desbordado el ámbito de sus competencias, desapareciendo los límites que deben regirle; pues la Corte por vía de la consulta de constitucionalidad, no ha dudado en asumir las funciones primarias de otras funciones y órganos del Estado. Así por ejemplo, ha determinado la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en un asunto concreto, inmiscuyéndose en asuntos de competencia *exclusiva* de la justicia ordinaria (sentencia No. 002-09-SCN); pese a negar la acción de inconstitucionalidad ha dispuesto al Ministerio de Finanzas acredite los fondos para cubrir las cuestiones objeto del control de constitucionalidad (sentencia No. 005-10-SIN); declara que la norma consultada no contradice la Constitución, pero en su fundamentación establece que no cabe la prescripción si genera impunidad (sentencia No. 020-10-SCN), contraviniendo el principio de unidad jurisdiccional según el cual sólo los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial pueden administrar justicia ordinaria (Art. 168.3 CRE)

Ya la resolución a través de la cual los integrantes del Tribunal Constitucional deciden asumir las funciones de la Corte Constitucional son una muestra de la ausencia de límites en su accionar. Pero no sólo esa decisión ha caracterizado la ausencia de límites, sino también otras; como por ejemplo, respecto de las competencias del Legislativo, al establecer un procedimiento sin que haya respetado las normas que rigen la inconstitucionalidad por omisión; del Ejecutivo al establecer a un Ministerio la provisión de recursos económicos; así como respecto de la Función Judicial al determinar la competencia de órganos jurisdiccionales o establecer la procedencia o no de pretensiones en el marco del proceso concreto.

Veamos ahora la otra faceta de la limitación del poder, esto es, si la Corte Constitucional mediante la competencia de control de constitucionalidad ha limitado el poder de las Funciones e instituciones del Estado, restringiendo su poder conforme las normas constitucionales, a fin de preservar la Constitución. Empecemos por las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la una ley, cuyos ejemplos –quizá más representativos– sean las sentencias No. 01-12-SIN-CC y 009-13-SIN-CC cuyo accionante era el entonces Presidente de la República.

En la sentencia No. 001-12-SIN-CC se resuelve la acción de inconstitucionalidad, presentada por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, en la que se impugna la constitucionalidad del inciso segundo de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que establecía: «Los proyectos de ley que aprueben, modifiquen o deroguen la Ley Orgánica de la Función Legislativa, una vez aprobados en segundo debate por el pleno, serán enviados directamente al Registro Oficial para su publicación».

Hay varias cosas que llaman la atención en este proceso. La extraordinaria celeridad de su tramitación: la acción se presentó el 15 de diciembre de 2011, fue admitida a trámite el 22 de diciembre de 2011 y se pronunció sentencia aceptando la acción y declarando la inconstitucionalidad el 06 de marzo de 2012; el proceso demoró exactamente dos meses 21 días; cuestión por la que deberíamos felicitar a la Corte, dado que su extraordinaria celeridad no tiene comparación.

Por supuesto, no es la única cuestión relevante, pues además en la primera providencia ordenó como medida cautelar «suspender provisionalmente la aplicación de la norma demandada», disponiendo al Director del Registro Oficial que se «abstenga de publicar [...] cualquier reforma a la Ley Orgánica de la Función Legislativa que fuere enviada directamente por la Asamblea Nacional»; es decir, 7 días luego de presentar la acción la norma estaba, al menos provisionalmente, fuera del ordenamiento jurídico. En una primera aproximación, puede notarse la ausencia de límites en un doble sentido: la Corte vuelve a considerarse ilimitada, dado que adopta una medida cautelar sin fundamento constitucional, debiendo señalarse además que es el único caso; por otro lado, incide en los poderes del Presidente de la República en detrimento de la Asamblea Nacional (órgano que ejerce la Función Legislativa), es decir, entra en el juego político para desequilibrarlo, ya que dicha decisión se adoptaba en un escenario donde la

oposición había logrado una mayoría para reformar la Ley de la Función Legislativa controlada por el partido político de gobierno. También llama la atención la posición de la Procuraduría General del Estado que, en su contestación, expuso de forma concluyente: «La Constitución no excluye a ninguna ley del trámite de formación de la ley y le Presidente de la República la potestad de veto o sanción en el trámite de cualquier proyecto de ley».

Obviamente no es lo más importante, pues ello queda reservado a los argumentos de la Corte Constitucional para fundar la declaratoria de inconstitucionalidad. Una de las primeras determinaciones de la Corte Constitucional es que «[...] de la lectura integral del texto recurrido se evidencia la contradicción con el texto constitucional, ya que no existe norma suprema que excepcione, en el conocimiento de ley alguna, sea esta Orgánica u Ordinaria, que no sea sujeta de conocimiento del presidente de la República [...]»; luego señala que «cabe señalar que en el Estado contemporáneo ya no existe la separación absoluta de los llamados "poderes"», y que «el actual imperativo de colaboración armónica, que no demerita la independencia funcional»; anotando seguidamente: «Se determina que el procedimiento para la formación de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, establecido en la propia ley, se aleja del procedimiento general consagrado en la Constitución, inobservando que este constituye una garantía básica para hacer efectiva la división de poderes, no para vulnerarlo»; concluye:

[...] la Ley Orgánica de la Función Legislativa no solo que regula la organización de la Asamblea Nacional y sus órganos (Pleno, Presidencia, Consejo de Administración Legislativo, Comisiones Especializadas, Secretaría General, Unidad Técnica Legislativa, entre otros), sino que también regula derechos y obligaciones de otros actores políticos del Estado, como son juicio político, destitución del presidente entre otros, y que se encuentran regulados en el CAPITULO IV "DE LAS ATRIBUCIONES GENÉRICAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA"; de ahí que el hecho de que esta ley no observe el procedimiento constitucional, so pretexto de que hacerlo vulneraría el principio de división de poderes, es completamente equivocado, puesto que el principio de división y colaboración de poderes gira en torno a la necesidad de que el poder sea controlado y limitado; con tal propósito se han diseñado mecanismos que generarán pesos y contrapesos. Con el objetivo de mantener contención a los poderes estatales, uno de estos mecanismos es el control del ejecutivo a través del papel de colegislador, al legislativo, puesto que no puede ser arbitrario en la formación de la ley que regulará su propio funcionamiento. Así, debemos recordar que uno de los pilares fundamentales de la explicación central respecto de la división de poderes, según Locke, consiste en que no sea el mismo poder que hace las leyes el que las ejecute porque se corre el riesgo de que se convierta en un poder arbitrario que rompa con la finalidad principal de la organización política, que es la tutela y garantía de los derechos de los individuos. En ese sentido y como se ha indicado en líneas anteriores, en un sistema

presidencialista, la facultad constitucional de colegislador y el poder de veto y objeción a una ley aprobada por el poder legislativo, constituye una garantía al principio de división de poderes, un mecanismo de balances que será impulsado por las relaciones necesarias entre los poderes, y que tiene por misión que un poder controle a otro. (Sentencia No. 001-13-SIN-CC)

La Corte Constitucional no olvida que la Asamblea Nacional debe gozar de autonomía; de hecho su argumento es que el veto presidencial, aún en su propia ley, es una expresión de la colaboración armónica de poderes. Lo que olvida claramente la Corte Constitucional es que el control de constitucionalidad es un instrumento que no debe servir para incrementar el poder de una función sobre la otra, como termina haciéndolo en este caso concreto, al someter al Legislativo, aún en las reglas que norman su funcionamiento, a la Función Ejecutiva. La razón sería, en términos de la propia Corte Constitucional, el sistema de gobierno:

[...] Es necesario señalar que en los sistemas presidencialistas se ha previsto la facultad del Ejecutivo de vetar todos los proyectos de ley aprobados por la función legislativa; esta facultad de veto es una fórmula para equilibrar los poderes del Estado, que se podría resumir en una especie de control inter-orgánico, es decir, el presidente de la República controla la actividad legislativa a través del ejercicio de su potestad de colegislador [...] (sentencia No. 001-13-SIN-CC)

Pero, no es la única decisión que incide en los poderes del Presidente de la República sobre el Legislativo, pues en la sentencia 009-13-SIN-CC, la Corte Constitucional no sólo ha vuelto a reiterar tales argumentos sino que, ha establecido que el Presidente de la República debe participar en la formación de las leyes interpretativas. En particular llama la atención uno de los argumentos que expone:

[...] esta Corte Constitucional considera que el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, no sólo excluye al presidente de la República del procedimiento legislativo para la aprobación y promulgación de una ley interpretativa, sino que además imposibilita la existencia de un diálogo abierto y democrático entre los actores que configuran dicha voluntad soberana, estos son el Legislador y el Ejecutivo [...] (Sentencia No. 009-13-SIN-CC)

Tales expresiones ilustran mejor que cualquier reflexión la concepción que la Corte Constitucional atribuye al ejercicio del poder y sus límites ¿Cómo el Legislativo y el Ejecutivo pueden ser soberanos en un Estado constitucional? ¿Acaso el establecimiento de una Constitución, no implica una determinación clara de límites al poder tanto del Presidente de la República como del Legislativo? Bajo la retórica de «garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional» la Corte Constitucional colabora en la consolidación de un sistema perverso que

sostiene la existencia de un poder soberano. En tal perspectiva, acaso cabría esperar que la Corte a través de sus decisiones limite al Ejecutivo en sus acuerdos, en sus resoluciones, en la expedición de decretos y reglamentos.

Otra decisión en la parece no distinguirse una concepción de limitación de los poderes instituidos, es la sentencia 014-10-SCN-CC, de 5 de agosto de 2010. El acto normativo objeto de control de constitucionalidad es el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador que había llegado a la Corte Constitucional debido a múltiples consultas de los Tribunales Distritales Fiscales, órganos integrantes de la justicia ordinaria. Como resulta de amplio conocimiento, tal disposición establece la obligación del contribuyente de presentar al Tribunal Distrital de lo Fiscal las acciones y recursos con una caución equivalente al 10% de la cuantía de la demanda, determinando además que el Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito.

En la motivación de sus sentencia, la Corte Constitucional plantea dos cuestiones: 1. La norma consultada ¿viola el derecho de acceso gratuito a la justicia consagrado en el artículo 75 de la Constitución?; y, 2. La norma consultada ¿viola el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses consagrado en el artículo 75 de la Constitución? Desde luego, a la primera cuestión la Corte Constitucional no duda en determinar que la caución para acceder a la administración de justicia «constituye una exigencia injustificada» en cuanto constituye una limitante o traba; sin embargo, tal determinación resulta meramente retórica si se considera que seguida la Corte precisó en su sentencia: «Es claro para la Corte que la inconstitucionalidad está dada en función del momento en que se exige la rendición de la caución, mas no del cobro en sí mismo», de manera que apelando a la conservación del derecho adoptó una sentencia modulativa, cuyas líneas generales son:

En el caso *sub examine*, esta Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria per se, no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo; es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular. Por lo tanto, se declarara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva. (Sentencia No. 014-10-SCN-CC)

¿Cuáles son los límites del legislador? Si la Constitución dispone acceso gratuito a la justicia (Art. 75 CRE), además la Corte Constitucional parece olvidar que la norma objeto de control constitucional es preconstitucional y por ende la presunción de constitucionalidad de ley resulta atenuada. Ya materialmente, su concepción de acceso a la justicia es exclusivamente formal; según la Corte Constitucional es violatorio del derecho de tutela judicial en su faceta de acceso a la justicia, el exigir la caución para que el Tribunal Distrital de lo Fiscal reciba y califique la demanda; pero no es violatorio del derecho de tutela judicial exigir la caución luego de calificar la demanda, es decir condicionar el desarrollo del proceso a la caución. Olvida el máximo órgano de justicia constitucional y supremo interprete de la Constitución –quizá de forma torpe o tal vez de forma deliberada– que el derecho de tutela judicial efectiva se manifiesta en el “[...] derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional [del Estado], a fin de llegar a una decisión judicial sobre las pretensiones formuladas”¹⁰⁵; y, que tal derecho es una de las cuestiones esenciales del constitucionalismo actual, situando de esa forma al control de constitucionalidad y la limitación al poder del legislador en un plano meramente retórico, pues sabemos que:

[...] el derecho de acceso a los tribunales es una creación del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX y tiene como objetivo elevar a la categoría de derecho fundamental una exigencia inherente a la idea de Estado de derecho, a saber: que todos los derechos e intereses legítimos –esto es, cualesquiera situaciones jurídicamente relevantes– puedan ser, llegado el caso, defendidos ante un genuino órgano judicial, de manera que no exista supuestos de denegación de justicia¹⁰⁶.

Está demás señalar que tal idea está clara en nuestro texto constitucional, pues no sólo reconoce el derecho «al acceso gratuito a la justicia» sino también «a la tutela efectiva, imparcial y expedita». De manera que, la solución adoptada por la Corte Constitucional, de exigir la caución luego de la calificación (podría entenderse para sustanciar el procedimiento), no sólo que no satisface el derecho de tutela judicial sino que constituye un elemento de consolidación y encubrimiento de una medida establecida por la ley, situando en la práctica el poder del legislador fuera de todo límite constitucional. Por lo demás, el derecho de tutela judicial «no reconoce sólo un derecho de acceso a los tribunales, sino también, una vez iniciado el proceso, un conjunto de derechos a un cierto comportamiento por parte de dichos tribunales (derecho a una

¹⁰⁵ Juan Manuel Goig, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid, Editorial Universitas Internacional, 2006) 384.

¹⁰⁶ Luis María Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales* (Madrid, Thomson Civitas, 2008) 425.

resolución de fondo)»¹⁰⁷. En tal perspectiva, resulta claro que la Corte Constitucional no concibe límites al ejercicio de las facultades de la Función Legislativa.

No son las únicas decisiones en ese sentido. Igual reflexión puede formularse de la sentencia 005-12-SIN-CC, donde se impugna la constitucionalidad del Acuerdo Ministerial No. 564 que establece el cobro por concepto de gastos administrativos para las compañías de Vigilancia y Seguridad; lo cual, en términos de los accionantes, incide en la libertad de empresa. En esta decisión, la Corte Constitucional no sólo que desecha la acción sino que determina que al establecer un costo por la actividad administrativa de registro «se protege el interés de la sociedad».

Las sentencias 007-12-SIN-CC y 008-12-SIN-CC son también ejemplo de la ausencia de límites a los poderes constituidos. En el primer caso, se demanda la inconstitucionalidad, de la frase «estas sanciones serán determinadas, liquidadas y pagadas por el declarante, sin necesidad de resolución previa» del artículo 100 de la Ley de Régimen Tributario, así como de la frase «sin necesidad de resolución administrativa previa» del artículo 105 de la misma ley; y, en el segundo caso, se impugna la constitucionalidad, del inciso final del artículo 90 del Código Tributario que establece un recargo de un 20% sobre el impuesto. En ambos casos la Corte ha negado las acciones de inconstitucional bajo la siguiente motivación:

[...] no viola el derecho a la defensa, porque en la práctica la multa es impuesta en el marco de un procedimiento administrativo de determinación tributaria, en donde el contribuyente puede ejercer su derecho a la defensa; por lo tanto, no hace falta resolución previa para decir que el infractor ha violado la ley [...] (Sentencia No. 007-12-SIN-CC).

En el presente caso, no se está analizando sobre un tributo, sea este impuesto, tasa o contribuciones especiales o de mejora; se está tratando sobre la facultad de determinación que tiene la administración tributaria, [...] El recargo introducido en el artículo 90 del Código Tributario, tiene una naturaleza indemnizatoria, disuasiva y resarcitoria, que persigue impulsar al sujeto pasivo a que liquide sus impuestos conforme a la ley, y de no ser el caso, indemnizar a la administración pública por el costo en el que incurre por llevar a cabo el proceso determinativo, por el cual se establece un mayor impuesto a pagar a favor del fisco; el recargo tiene lugar cuando existe un perjuicio o retraso en un pago, es decir, tiene relación directa con la obligación adeudada [...] (Sentencia No. 008-12-SIN-CC).

Parece que la motivación de la Corte se orienta a señalar que las sanciones tributarias no están sujetas a debido proceso, porque ya la ley establece esas sanciones.

¹⁰⁷ *Ibidem*, 426.

La sentencia 005-09-SIN-CC es ilustrativa de los límites a los que está sujeta la Función Ejecutiva. En el caso se examina el Decreto N.O 1544, de 20 de enero del 2009 que renueva el estado de excepción en la Empresa de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus filiales. La Corte decide negar la acción de inconstitucionalidad, pero en su motivación señala:

[...] la Corte puntualiza que la relativización del principio de temporalidad en función de otros principios esenciales como el de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, no equivale a decir que el Estado tenga la facultad plena de prolongarse indefinidamente con la declaratoria de un estado de excepción, salvo que la situación anómala persista y no haya sido factible remediarla por otros medios. Esto último, impone al Estado la obligación de señalar cuáles han sido los medios utilizados para superar la crisis y por qué razón no han sido suficientes, y por otro lado, explicar cuáles han sido los logros obtenidos mientras estaba en vigencia el estado de excepción. *A juicio de esta Corte, tal justificación debería, en lo sucesivo, aparecer claramente detallada en la parte considerativa del Decreto Ejecutivo, por el cual se declara el estado de excepción.* (Resaltado fuera del texto)

Las líneas finales de este apartado parecen sugerir al Presidente de la República que, para un futuro próximo, se motive el decreto. También es ilustrativa de la concepción de límites de la Función Ejecutiva, la sentencia No. 003-13-SIN-CC, que resuelve las acciones de inconstitucionalidad planteadas contra el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 que reforma el Reglamento a la Ley orgánica de Servicio Público (conocido vulgarmente como la renuncia obligatoria). La Corte Constitucional después de más de un año y ocho meses resuelve negar las acciones de inconstitucionalidad, ya que según sostiene que no es competente para resolver la cuestión planteada; ello, desde luego, es contradictorio con la sentencia 005-10-SIN-CC que negó las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de varios Decretos Ejecutivos; así como también con la sentencia No. 009-10-SIN-CC que declaró la inconstitucionalidad con efecto diferido el Decreto Ejecutivo No 1396; con la sentencia 026-10-SCN-CC que declaró que el Decreto Ejecutivo No. 1442 no contradice la Constitución, pero que ha sido mal aplicado por el Servicio de Rentas Internas; con la sentencia 002-10-SIN-CC que declaró la inconstitucionalidad del artículo. 4, literal *d* del Reglamento Especial Sustitutivo para la Elección de Abanderado, Portaestandarte(s) y Escoltas de los Planteles Educativos de los Niveles de Educación Primaria y Media, expedido mediante Acuerdo Ministerial N.O 422 del 30 de agosto del 2006; entre otros.

En la actualidad, la trascendencia de los órganos de justicia constitucional es innegable, tanto que la mayoría de países alrededor del mundo la han instituido como

medio para preservar la vigencia de la Constitución. El Ecuador no es una excepción, donde tenemos una Corte Constitucional con amplias y complejas competencias; sin embargo, su institucionalización no parece haber sido resultado de un análisis exhaustivo sobre sus implicaciones sino una respuesta simbólica y coyuntural.

La euforia revolucionaria, debemos recordar, dio lugar a una práctica generalizada –al menos implícita– de cambiar todo, porque sólo así ocurriría la refundación de la república; pero no sólo eso, pues el texto constitucional demuestra que tanto algunos constituyentes como redactores de la Constitución presentaban una obsesión por la declaración de derechos, olvidándose de que una Constitución tiene como función esencial limitar el poder y de establecer medios de control efectivos; tampoco se estableció un régimen de incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones, para los integrantes de Altas Cortes u órganos de control, que permitan disminuir las injerencias indebidas. Por tanto, ya en el propio texto constitucional puede advertirse una indiferencia respecto de la estructuración del poder del Estado, cuestión que es fundamental para la garantía de los derechos; pero también una ausencia de un régimen destinado a preservar la naturaleza jurídica de ciertos órganos.

Las actuaciones materiales de nuestra Corte Constitucional, que hubiesen podido corregir aquellas zonas grises aunque con ciertas limitaciones, lejos de preservar el valor jurídico de la Constitución se ha orientado en otra dirección. Pues acaso ¿no significa un incremento de los poderes del Presidente de la República la decisión cautelar de suspender la promulgación reforma legal? ¿Acaso no implica un desequilibrio político el someter la regulación de la propia Asamblea al control del Presidente de la República por medio del veto? ¿Existe una concepción de límites sobre su propio poder en las decisiones de la Corte Constitucional, cuando al resolver una acción de inconstitucionalidad decide asumir las competencias del legislador? ¿Se ha limitado el poder de las Funciones del Estado con fundamento en el texto constitucional? ¿Acaso podríamos sostener que los derechos de la persona son límites a los poderes públicos, cuando la Corte Constitucional mediante sus decisiones condiciona la sustanciación del proceso a una caución? ¿Qué valor jurídico puede adscribirse, por ejemplo, a la mera voluntad de los integrantes de un órgano previsto en un régimen constitucional anterior cuando deciden mutar la naturaleza jurídica de esa institución para convertirse en otra prevista en una nueva Constitución?

Podemos decir que la Corte Constitucional no ha estado a la altura de sus responsabilidades; sus decisiones, en lugar de imponer unos límites concretos a los poderes públicos y hacer efectivo el valor jurídico de la Constitución, parecen una manifestación de voluntad e ideales propios, que ni en las peores circunstancias resulta jurídicamente aceptables, y como tal, son un extraordinario ejemplo de lo que no representa la justicia constitucional: implica el abandono de la función jurídica (limitada) que se debe tener como juez para mutar en un órgano político; es, a fin de cuentas, un ejemplo de puro *decisionismo*¹⁰⁸. Pero no debemos equivocarnos, cuando decimos que la Corte no ha estado a la altura, no nos referimos a la «calidad de sus decisiones», ni a la presencia o ausencia de una «técnica argumentativa»; más bien, nos referimos a que la Corte Constitucional, ha subvertido cuestiones esenciales del constitucionalismo que ninguna argumentación, por brillante y destacable, pueden justificar.

Por lo demás, el ejercicio limitado del poder como manifestación primaria de vivir bajo el imperio de una Constitución radica, en general, en que la Corte Constitucional, dada su posición y responsabilidad para con la sociedad, pese a las circunstancias y coyunturas haga prevalecer la fuerza y voluntad de la Constitución sobre el Presidente, sobre el legislador, sobre cualquier otra autoridad; pues de lo contrario, servirá a otros fines, menos a preservar su valor jurídico; se trata, en definitiva, de hacer prevalecer la «voluntad de la Constitución» por sobre los individuos y, con ello, la vigencia del Derecho sobre la fuerza.

¹⁰⁸ Más allá de todas las perspectiva en que se ha abordado el significado de tal expresión, nos referimos aquí desde el punto de vista de la doctrina legal, donde “la realización del derecho depende de una decisión política vacía de contenido normativo”: Gabriel Negretto, “¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 161, 1995, 49.

Bibliografía

A

- Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, Vol. I, 3ra edición, 1999.
- Aragón Reyes, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, No. 50, marzo–abril de 1986
- , “El juez ordinario. Entre la legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 1, 1997.
- , “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México: UNAM, 1998.
- , *Constitución, Democracia, y Control*, México: UNAM, 2002
- , “La Constitución como paradigma”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta/UNAM, 2007.
- Ahumada Ruiz, María Ángeles, “Marbury versus Madison doscientos años (y más) después”, *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Asturias, Junta General del Principado de Asturias/Universidad de Oviedo, 1998.

B

- Bazán, Victor y Nash, Claudio editores, *Fuerza normativa de la Constitución* (Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y Política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, No. 56, Mayo-Agosto de 1986.
- Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid: Alianza editorial, 1994.
- , *La construcción de la libertad*, Madrid: Alianza editorial, 2010.
- Bertelloni, Francisco, “La teoría política medieval entre la tradición clásica y la modernidad”, en *El pensamiento político en la Edad Media*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.
- Balkin, Jack y Stanford, Levison, “Los cánones en el derecho constitucional”, en *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta/UNAM, 2010.

Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Bockenforde, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, 1993.

C

Cárdenas García, *Una Constitución para la Democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México: UNAM, 2000.

Celotto, Alonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 1, 2004.

Cappelletti, Mauro, “El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, No. 13, 1980.

Corte Suprema de Justicia de México, *La defensa de la Constitución*, México, Comité Editorial CSJN, 2005.

D

Da Silva, Jose Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México: UNAM, trad. de Nuria González., 2003.

Diez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson Civitas, 2008.

De Vega, Pedro, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución” en *Revista de Estudios políticos*, Madrid, No. 7, 1979.

Delgado del Rincón, Luis, “La responsabilidad civil de los magistrados del Tribunal Constitucional en tela de juicio”, *Revista Teoría y realidad constitucional*, UNED, No. 34, 2014.

Dermizaki, Pablo, “Justicia Constitucional y Democracia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, No. 23, 2009.

Diez Picazo, Luis, “Constitución, ley y juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Año 5, No. 15, septiembre/diciembre 1985.

E

Elster, Ulises desatado. *Estudios sobre racionalidad, precompromisos y restricciones*, Barcelona, Gedisa, trad. de Jordi Mundó, 2002.

F

Faraldo, Patricia, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en la encrucijada del cambio de milenio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano* México: UNAM, 2004.

-----, “La sentencia Marbury v. Madison”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, No. 83, 2011

-----, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dickinson, 2013.

Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” *Doxa*, No. 34, 2011.

Ferreres Comella, Victor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, 2007.

-----, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

- Ferrer Mac-gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, México: UNAM-Marcial Pons, Tomo II, 2008.
- Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes para una historia de las constituciones*, Madrid: Trotta, trad. de Manuel Martínez Neira, 1996.
- , *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid: Trotta, 1ra edición, 1ra reimpresión, trad. de Manuel Martínez Neira, 2007.

G

- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (Madrid, Civitas, 1981.
- , “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 1, enero-abril 1981.
- , *La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Real Academia Española, 1994.
- García Roca, Javier y García de Enterría, Eduardo, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid: Tecnos, 1987.
- García, José Francisco, “El control de constitucionalidad en El Federalista y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago: No. 2, 2003.
- García Macho, “Problemática de la división de poderes en la actualidad”, *Revista de estudios políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 53 [Nueva época], septiembre-octubre 1986.
- Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Isonomía*, No. 6, Abril de 1997.
- , *La justicia frente al gobierno*, Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 1ra reimpresión, 2011.
- Goig, Juan Manuel, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Editorial Universitas Internacional, 2006.
- Grau, Luis. *La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Dikinson, 2010.
- , *El constitucionalismo americano*, Madrid. Universidad Carlos III/ Dickinson, 2011.

H

- Haro, Ricardo, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay: Konrad Adenauer, 2004.
- Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, México: UNAM/Marcial Pons, Tomo I, 2008.

J

- Jellinek, George, *La declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano*, México D.F: UNAM, trad., de Adolfo Posada, 2000.

K

- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, trad. Roberto Brie, 1995.
- , *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México: UNAM, trad. Rolando Tamayo, 2001.

L

- Laboulaye, *Estudios sobre la Constitución de Estados Unidos*, Sevilla, E. Perié y Compañía, editores, trad. de Joaquín Guichot, 1869.

- Linde Paniagua, Enrique, *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*, Madrid, Editorial Codex, 2002.
- Leibholz, Gerharad, “Informe al Pleno del Tribunal Constitucional Federal sobre la cuestión de su estatus”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 22, julio-diciembre de 2014.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, reimpresión de la segunda edición, 1982.
- Locke, John, *Segundo tratado del gobierno civil*, Madrid, Tecnos, trad. de Carlos Mellizo, 2006.

N

- Gabriel Negretto, “¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 161, 1995.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “La justicia constitucional como defensa de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, Mayo-Diciembre de 1993.
- , *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003
- Nuevo, Pablo, “Pluralismo en el ordenamiento constitucional español”, en *Revista de Derecho Político*, España, UNED, No. 61, 2004.

M

- Montesquieu (Charles Louis de Secondat), *El espíritu de las leyes*, Madrid: Preciados, Tomo I, trad. de Siro García, 1906.

P

- Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, México: UNAM, 2010.
- Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de Diputados, 1987.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2da edición, 2009.
- , “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 71, mayo-agosto 2014.

R

- Ríos Vega, Luis Efrén, “¿Matar inocentes para salvar a otros? El caso del avión-bomba”, *Revista Derechos y Libertades*, Madrid, Dickinson, No. 21, junio de 2009.
- Rubano Lapasta, Mariela, “El principio de separación de poderes: interpretación actual”, *Estudios de derecho público: El principio de separación de poderes. Actas de las XL jornadas de Derecho Público 2010*, Santiago, Abeledo-Perrot/Thomson Reuters, Universidad de Valparaíso, 2011.

S

- Sánchez Freís, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993.
- Satrústegui Gil-Delgado, Miguel, “La Carta Magna: Realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval” en *Historia Constitucional*, No. 10, 2009.
- Schrenckenberger, Waldemar, *Semiótica del discurso jurídico*, México: UNAM, 1987.

T

- Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, No. 15-16, 1994.

V

- Valadés, Diego, *El control del poder*, México: UNAM, 1998.
- Vile, Maurice, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Xohana Bastida, 2007.

Vigo, Rodolfo Luis, *La constitucionalización y judicialización del derecho*, Colombia, Universidad Javeriana, 2012.

Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder*, Madrid, Trotta, trad. de Pedro Salazar y Paula Vásquez, 2012.

W

Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de cultura económica, 2da reimpresión de la 2da edición en español, 2002.

Z

Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Mínima Trotta, trad. de Manuel Martínez, 2008.

-----, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 10ma edición, trad. Marina Gascón, 2011.

OTROS

Actas de la Asamblea Constituyente, Acta 72.

-----, Acta 83.

Registro Oficial No. 451, de miércoles 22 de octubre de 2008.

Suplemento del Registro Oficial 52, de 22 de octubre de 2009.

JURISPRUDENCIA

2009

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0001-2009-SIN-CC, DE 06 de mayo.

-----, sentencia No. 002-09-SIN-CC, de 14 de mayo.

-----, sentencia No. 0002-09-SCN-CC, de 7 de julio.

-----, sentencia No. 004-09-SIN-CC, de 13 de agosto.

-----, sentencia No. 005-09-SIN-CC, de 03 de septiembre.

2010

-----, sentencia No. 001-10-SCN-CC, de 24 de febrero

-----, sentencia No. 002-10-SCN-CC, de 24 de febrero

-----, sentencia No. 003-10-SCN-CC, de 25 de febrero

-----, sentencia No. 004-10-SCN-CC, de 25 de febrero

-----, sentencia No. 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo

-----, sentencia No. 005-10-SCN-CC, de 25 de marzo

-----, sentencia No. 006-10-SCN-CC, de 25 de marzo

-----, sentencia No. 0002-10-SIN-CC, de 08 de abril

-----, sentencia No. 003-10-SIN-CC, de 08 de abril

-----, sentencia No. 007-10-SCN-CC, de 08 de abril

-----, sentencia No. 004-10-SIN-CC, de 29 de abril

-----, sentencia No. 008-10-SCN-CC, de 29 de abril

-----, sentencia No. 009-10-SCN-CC, de 03 de junio

-----, sentencia No. 010-10-SCN-CC, de 03 de junio

-----, sentencia No. 011-10-SCN-CC, de 03 de junio

-----, sentencia No. 012-10-SCN-CC, de 03 de junio

-----, sentencia No. 005-10-SIN-CC, de 10 de junio

-----, sentencia No. 006-10-SIN-CC, de 10 de junio

-----, sentencia No. 013-10-SCN-CC, de 10 de junio

-----, sentencia No. 007-10-SIN-CC, de 15 de julio

-----, sentencia No. 008-10-SIN-CC, de 15 de julio

-----, sentencia No. 014-10-SCN-CC, de 05 de agosto

-----, sentencia No. 016-10-SCN-CC, de 05 de agosto

-----, sentencia No. 017-10-SCN-CC, de 05 de agosto
-----, sentencia No. 019-10-SCN-CC, de 05 de agosto
-----, sentencia No. 020-10-SCN-CC, de 19 de agosto
-----, sentencia No. 021-10-SCN-CC, de 19 de agosto
-----, sentencia No. 022-10-SCN-CC, de 19 de agosto
-----, sentencia No. 023-10-SCN-CC, de 19 de agosto
-----, sentencia No. 024-10-SCN-CC, de 24 de agosto
-----, sentencia No. 025-10-SCN-CC, de 24 de agosto
-----, sentencia No. 009-10-SIN-CC, de 09 de septiembre
-----, sentencia No. 026-10-SCN-CC, de 23 de septiembre
-----, sentencia No. 027-10-SCN-CC, de 14 de octubre
-----, sentencia No. 028-10-SCN-CC, de 14 de octubre
-----, sentencia No. 029-10-SCN-CC, de 18 de noviembre
-----, sentencia No. 030-10-SCN-CC, de 02 de diciembre
-----, sentencia No. 031-10-SCN-CC, de 02 de diciembre
-----, sentencia No. 033-10-SCN-CC, de 02 de diciembre
-----, sentencia No. 034-10-SCN-CC, de 02 de diciembre
-----, sentencia No. 035-10-SCN-CC, de 02 de diciembre
-----, sentencia No. 036-10-SCN-CC, de 02 de diciembre
-----, sentencia No. 001-10-SIA-CC, de 16 de diciembre.

2011

-----, sentencia No. 001-11-SCN-CC, de 11 de enero
-----, sentencia No. 002-11-SCN-CC, de 26 de enero
-----, sentencia No. 003-11-SCN-CC, de 26 de enero
-----, sentencia No. 004-11-SCN-CC, de 26 de enero
-----, sentencia No. 005-11-SCN-CC, de 03 de marzo
-----, sentencia No. 006-11-SCN-CC, de 17 de marzo
-----, sentencia No. 001-11-SIN-CC, de 14 de abril
-----, sentencia No. 007-11-SCN-CC, de 31 de mayo
-----, sentencia No. 002-11-SIN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 003-11-SIN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 004-11-SIN-CC, de 18 de agosto
-----, sentencia No. 005-11-SIN-CC, de 12 de octubre
-----, sentencia No. 008-11-SCN-CC, de 16 de noviembre
-----, sentencia No. 009-11-SCN-CC, de 16 de noviembre
-----, sentencia No. 010-11-SCN-CC, de 16 de noviembre
-----, sentencia No. 011-11-SCN-CC, de 24 de noviembre
-----, sentencia No. 012-11-SCN-CC, de 24 de noviembre
-----, sentencia No. 013-11-SCN-CC, de 24 de noviembre
-----, sentencia No. 014-11-SCN-CC, de 24 de noviembre
-----, sentencia No. 015-11-SCN-CC, de 24 de noviembre
-----, sentencia No. 016-11-SCN-CC, de 15 de diciembre
-----, sentencia No. 017-11-SCN-CC, de 15 de diciembre
-----, sentencia No. 018-11-SCN-CC, de 15 de diciembre

2012

-----, sentencia No. 001-12-SCN-CC, de 05 de enero
-----, sentencia No. 002-12-SCN-CC, de 05 de enero
-----, sentencia No. 003-12-SCN-CC, de 19 de enero

-----, sentencia No. 004-12-SCN-CC, de 19 de enero
-----, sentencia No. 005-12-SCN-CC, de 19 de enero
-----, sentencia No. 006-12-SCN-CC, de 19 de enero
-----, sentencia No. 007-12-SCN-CC, de 19 de enero
-----, sentencia No. 008-12-SCN-CC, de 19 de enero
-----, sentencia No. 009-12-SCN-CC, de 19 de enero
-----, sentencia No. 010-12-SCN-CC, de 19 de enero
-----, sentencia No. 011-12-SCN-CC, de 19 de enero
-----, sentencia No. 012-12-SCN-CC, de 15 de febrero
-----, sentencia No. 013-12-SCN-CC, de 15 de febrero
-----, sentencia No. 014-12-SCN-CC, de 15 de febrero
-----, sentencia No. 001-12-SIN-CC, de 06 de marzo
-----, sentencia No. 002-12-SIN-CC, de 06 de marzo
-----, sentencia No. 003-12-SIN-CC, de 27 de marzo
-----, sentencia No. 004-12-SIN-CC, de 29 de marzo
-----, sentencia No. 005-12-SIN-CC, de 29 de marzo
-----, sentencia No. 006-12-SIN-CC, de 29 de marzo
-----, sentencia No. 016-12-SCN-CC, de 03 de abril
-----, sentencia No. 007-12-SIN-CC, de 10 de abril
-----, sentencia No. 008-12-SIN-CC, de 10 de abril
-----, sentencia No. 009-12-SIN-CC, de 17 de abril
-----, sentencia No. 010-12-SIN-CC, de 17 de abril
-----, sentencia No. 011-12-SIN-CC, de 17 de abril
-----, sentencia No. 012-12-SIN-CC, de 19 de abril
-----, sentencia No. 013-12-SIN-CC, de 19 de abril
-----, sentencia No. 014-12-SIN-CC, de 19 de abril
-----, sentencia No. 015-12-SIN-CC, de 19 de abril
-----, sentencia No. 016-12-SIN-CC, de 26 de abril
-----, sentencia No. 017-12-SIN-CC, de 26 de abril
-----, sentencia No. 018-12-SIN-CC, de 26 de abril
-----, sentencia No. 019-12-SIN-CC, de 26 de abril
-----, sentencia No. 020-12-SIN-CC, de 26 de abril
-----, sentencia No. 021-12-SIN-CC, de 07 de junio
-----, sentencia No. 022-12-SIN-CC, de 07 de junio
-----, sentencia No. 023-12-SIN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 024-12-SIN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 025-12-SIN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 027-12-SIN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 002-12-SIA-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 003-12-SIA-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 002-12-SIA-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 017-12-SCN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 018-12-SCN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 019-12-SCN-CC, de 21 de junio
-----, sentencia No. 001-12-SIA-CC, de 7 de julio
-----, sentencia No. 028-12-SIN-CC, de 17 de octubre

2013

-----, sentencia No. 001-13-SCN-CC, de 06 de febrero

-----, sentencia No. 001-13-SIN-CC, de 28 de febrero
-----, sentencia No. 002-13-SCN-CC, de 28 de febrero
-----, sentencia No. 003-13-SCN-CC, de 28 de febrero
-----, sentencia No. 004-13-SCN-CC, de 28 de febrero
-----, sentencia No. 005-13-SCN-CC, de 28 de febrero
-----, sentencia No. 006-13-SCN-CC, de 05 de marzo
-----, sentencia No. 007-13-SCN-CC, de 05 de marzo
-----, sentencia No. 008-13-SCN-CC, de 14 de marzo
-----, sentencia No. 009-13-SCN-CC, de 14 de marzo
-----, sentencia No. 001-13-SIA-CC, de 21 de marzo
-----, sentencia No. 002-13-SIN-CC, de 21 de marzo
-----, sentencia No. 010-13-SCN-CC, de 21 de marzo
-----, sentencia No. 011-13-SCN-CC, de 21 de marzo
-----, sentencia No. 012-13-SCN-CC, de 21 de marzo
-----, sentencia No. 013-13-SCN-CC, de 21 de marzo
-----, sentencia No. 014-13-SCN-CC, de 21 de marzo
-----, sentencia No. 015-13-SCN-CC, de 28 de marzo
-----, sentencia No. 016-13-SCN-CC, de 28 de marzo
-----, sentencia No. 017-13-SCN-CC, de 28 de marzo
-----, sentencia No. 018-13-SCN-CC, de 02 de abril
-----, sentencia No. 019-13-SCN-CC, de 02 de abril
-----, sentencia No. 020-13-SCN-CC, de 02 de abril
-----, sentencia No. 021-13-SCN-CC, de 02 de abril
-----, sentencia No. 003-13-SIN-CC, de 04 de abril
-----, sentencia No. 004-13-SIN-CC, de 04 de abril
-----, sentencia No. 005-13-SIN-CC, de 09 de abril
-----, sentencia No. 022-13-SCN-CC, de 09 de abril
-----, sentencia No. 006-13-SIN-CC, de 25 de abril
-----, sentencia No. 007-13-SIN-CC, de 25 de abril
-----, sentencia No. 023-13-SCN-CC, de 25 de abril
-----, sentencia No. 024-13-SCN-CC, de 25 de abril
-----, sentencia No. 026-13-SCN-CC, de 30 de abril
-----, sentencia No. 027-13-SCN-CC, de 30 de abril
-----, sentencia No. 028-13-SCN-CC, de 14 de mayo
-----, sentencia No. 029-13-SCN-CC, de 14 de mayo
-----, sentencia No. 030-13-SCN-CC, de 14 de mayo
-----, sentencia No. 031-13-SCN-CC, de 23 de mayo
-----, sentencia No. 033-13-SCN-CC, de 23 de mayo
-----, sentencia No. 034-13-SCN-CC, de 30 de mayo
-----, sentencia No. 035-13-SCN-CC, de 30 de mayo
-----, sentencia No. 002-13-SIA-CC, de 04 de junio
-----, sentencia No. 036-13-SCN-CC, de 07 de junio
-----, sentencia No. 037-13-SCN-CC, de 11 de junio
-----, sentencia No. 038-13-SCN-CC, de 11 de junio
-----, sentencia No. 008-13-SIN-CC, de 13 de junio
-----, sentencia No. 039-13-SCN-CC, de 10 de julio
-----, sentencia No. 040-13-SCN-CC, de 10 de julio
-----, sentencia No. 041-13-SCN-CC, de 10 de julio

-----, sentencia No. 042-13-SCN-CC, de 17 de julio
-----, sentencia No. 043-13-SCN-CC, de 17 de julio
-----, sentencia No. 044-13-SCN-CC, de 31 de julio
-----, sentencia No. 045-13-SCN-CC, de 31 de julio
-----, sentencia No. 046-13-SCN-CC, de 07 de agosto
-----, sentencia No. 009-13-SIN-CC, de 14 de agosto
-----, sentencia No. 047-13-SCN-CC, de 21 de agosto
-----, sentencia No. 048-13-SCN-CC, de 04 de septiembre
-----, sentencia No. 010-13-SIN-CC, de 25 de septiembre
-----, sentencia No. 011-13-SIN-CC, de 12 de noviembre
-----, sentencia No. 012-13-SIN-CC, de 11 de diciembre
-----, sentencia No. 049-13-SCN-CC, de 04 de diciembre
-----, sentencia No. 013-13-SIN-CC, de 19 de diciembre

2014

-----, sentencia No. 001-14-SCN-CC, de 15 de enero
-----, sentencia No. 002-14-SCN-CC, de 15 de enero
-----, sentencia No. 001-14-SIN-CC, de 21 de mayo
-----, sentencia No. 003-14-SCN-CC, de 09 de julio
-----, sentencia No. 004-14-SCN-CC, de 06 de agosto
-----, sentencia No. 002-14-SIN-CC, de 14 de agosto
-----, sentencia No. 005-14-SCN-CC, de 10 de septiembre
-----, sentencia No. 006-14-SCN-CC, de 11 de septiembre
-----, sentencia No. 007-14-SCN-CC, de 17 de septiembre
-----, sentencia No. 003-14-SIN-CC, de 17 de septiembre
-----, sentencia No. 008-14-SCN-CC, de 24 de septiembre
-----, sentencia No. 004-14-SIN-CC, de 24 de septiembre
-----, sentencia No. 005-14-SIN-CC, de 24 de septiembre
-----, sentencia No. 006-14-SIN-CC, de 24 de septiembre
-----, sentencia No. 009-14-SCN-CC, de 01 de octubre
-----, sentencia No. 001-14-SIA-CC, de 22 de octubre
-----, sentencia No. 007-14-SIN-CC, 22 de octubre
-----, sentencia No. 008-14-SIN-CC, 22 de octubre
-----, sentencia No. 009-14-SIN-CC, 20 de noviembre
-----, sentencia No. 010-14-SCN-CC, de 26 de noviembre
-----, sentencia No. 011-14-SCN-CC, de 26 de noviembre
-----, sentencia No. 012-14-SCN-CC, de 26 de noviembre
Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-551/2003, de 9 de julio
-----, sentencia C-1200/03, de 9 de diciembre de 2003