

La Corte Constitucional

¿Guardiana o dueña de la Constitución?

Marcelo Guerra Coronel



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster

La Corte Constitucional

¿Guardiana o dueña de la Constitución?

Marcelo Guerra Coronel



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster
Vol. 297

La Corte Constitucional: ¿Guardiana o dueña de la Constitución?
Marcelo Guerra Coronel

Primera edición
Coordinación editorial: Jefatura de Publicaciones
Corrección de estilo: Guillermo Maldonado
Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro
Impresión: Ediciones Fausto Reinoso
Tiraje: 300 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador: 978-9942-837-38-7
© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Toledo N22-80
Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
• www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Impreso en Ecuador, diciembre de 2020

Título original:
«Las sentencias modulativas de la Corte Constitucional del Ecuador
como una garantía directa de los derechos, sus límites»

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho
con mención en Derecho Constitucional
Autor: Marcelo Alejandro Guerra Coronel
Tutora: Claudia Storini
Código bibliográfico del Centro de Información: T-1558

*A mis padres,
Esmeralda Coronel Idrovo y Marcelo Guerra Alvarado.
Su vida ha sido una muestra de fortaleza
e inspiración constante.*

*A Fernando Guerra, mi hermano y amigo,
por su ejemplo de humildad y conocimiento.*

*A mi hermana Paola Guerra,
modelo de corazón y razón constante,
mi compañera de locuras jurídicas.*

*A mis abuelos Leonidas,
Luis, Laura y Carmela,
que sembraron las semillas
de todo lo crecido en mi vida.*

*A Claudia Storini, eterna maestra,
amiga y luz en este camino.*

*A estos ángeles: Sofí y Cari,
las pequeñas gigantes que nos enseñan
a abrazar con el corazón, y que endulzan
y hacen agradable cada paso
que doy en la vida, razón de mis alegrías
y muestra enorme de que este mundo
es maravilloso.*

*A mi mejor amigo, Bizcocho,
que me acompañaste 18 años
sin dejar quieta tu cola,
y con la mirada abigarrada de alegrías,
azúcares y colores.*

CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	7
--------------------	---

Capítulo primero

EL ACTIVISMO Y EL PAPEL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	11
---------------------------------	----

CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.....	11
-------------------------------	----

El significado de la Constitución tras las revoluciones norteamericana y francesa.....	12
---	----

El concepto de Constitución en el nuevo constitucionalismo andino.....	24
---	----

LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	34
--	----

El implícito activismo de la Corte Constitucional en el nuevo constitucionalismo.....	35
--	----

La mal entendida legitimidad democrática de la Corte Constitucional	39
--	----

Legitimidad democrática de la Corte Constitucional.....	40
---	----

Legitimidad jurídica de la Corte Constitucional.....	42
--	----

Atribuciones de la Corte Constitucional	47
---	----

LÍMITES AL ACTIVISMO DEL ÓRGANO CONSTITUCIONAL.....	50
---	----

Control jurídico de la Corte Constitucional.....	50
--	----

Límites al ejercicio interpretativo de la Corte Constitucional	52
---	----

Rigidez y mutación constitucional.....	56
--	----

Capítulo segundo

ACTIVISMO DE LA CORTE Y SUS SENTENCIAS

MODULATIVAS	63
-------------------	----

INCONSTITUCIONALIDAD DE ÚLTIMA RATIO.....	64
---	----

LA CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS

EN EL NUEVO ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	69
--	----

Sentencias simples, de admisión o rechazo de inconstitucionalidad	70
--	----

Sentencias unilaterales	71
-------------------------------	----

Sentencias bilaterales	80
------------------------------	----

VALIDEZ DE LAS NORMAS

EN LAS SENTENCIAS MODULATIVAS	82
-------------------------------------	----

Requisitos de validez de las normas.....	83
Las sentencias modulativas y el problema de validez de las normas	84
Capítulo tercero	
LAS SENTENCIAS MODULATIVAS EN LA REALIDAD ECUATORIANA.....	
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	90
SENTENCIAS MODULATIVAS ENMARCADAS EN LAS FACULTADES CONSTITUCIONALES.....	
Sentencia 002-9-SAN-CC (Exoneraciones tributarias a discapacitados).....	
Sentencia 001-10-SIN-CC (Ley de Minería)	101
Sentencia 001-11-SIO-CC (Revocatoria del mandato)	
Sentencia 004-13-SAN-CC (Reparación económica).....	107
Sentencia 102-13-SEP-CC (Admisibilidad de la acción de protección)	
Otras sentencias modulativas	114
EXCESOS MANIFIESTOS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: MUTACIONES	
Dictamen 001-11-DRC-CC	
Sentencia 001-11-SIN-CC	117
Sentencias 55-10-SEP-CC y 001-13-SCN-CC (Control de constitucionalidad)	
Sentencia 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha)	120
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFÍA	129

INTRODUCCIÓN

En los inicios del proceso constitucionalista europeo y norteamericano se planteó el problema referente a la «legitimidad del poder» en los diferentes órganos constitucionales, situación que también ha sido trasladada al entorno latinoamericano.

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

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

Se han criticado algunos fallos de la Corte Constitucional por considerarlos arbitrarios respecto de los límites con el legislativo, y que su actuar no solo se ha limitado a declarar la inconstitucionalidad de normas conexas —tal como le faculta el art. 436, num. 3 de la Constitución— sino que ha jugado el papel de legislador positivo manipulando el contenido de las normas.

En algunas circunstancias es necesario que la Corte actúe de manera unilateral, es decir, que resuelva el problema de forma directa, que module una disposición ya sea de manera textual o normativa, con el objetivo de lograr el principio de celeridad en la satisfacción de derechos constitucionales, mas no remitir al legislativo, el cual podría tardar demasiado tiempo para alcanzar el mismo objetivo.

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

De ejecutar estas acciones propuestas, el poder con el que actúe la Corte Constitucional se vería legitimado directamente por el constituyente, y su «actuar como creador de derecho» sería entendido como una realidad necesaria en el actual constitucionalismo ecuatoriano, sentando pautas o límites de su propio actuar. Precisamente este trabajo servirá en gran medida para guiar hasta dónde puede llegar con sus sentencias.

Las preguntas que guían este trabajo son: ¿hasta dónde la Corte Constitucional ecuatoriana puede llegar con sus sentencias modulativas, cuáles son sus límites?, y ¿la Corte Constitucional con sus sentencias ha excedido sus facultades, rompiendo así los límites?

Lo que se pretende demostrar es que la Corte Constitucional ecuatoriana, como máximo intérprete de la Constitución, está plenamente facultada para dictar sentencias modulativas, y estas incluso funcionan como una garantía directa e inmediata de los derechos fundamentales. La Corte Constitucional no interfiere en las facultades del legislativo, lo que hace es cumplir la función o deber dado a ella por el constituyente,

convirtiéndose en una especie de constituyente permanente, pero dentro del marco impuesto por la Constitución; la Corte toma decisiones jurídicas, mas no políticas, pues de hacerlo incurriría en arbitrariedad.

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

Este trabajo sigue un esquema de investigación de tipo deductivo, es decir, parte de lo general hacia lo particular, y para ello se utilizan fuentes de tipo doctrinario, normativo y jurisprudencial.

En el primer capítulo, se establecen categorías necesarias para el análisis posterior, pues se puede apreciar la manera en que la Constitución llega a tener un significado determinado en la actualidad, que trae consigo implícito un activismo reforzado por parte de la Corte Constitucional, cuyo actuar se desenvolverá a partir de una legitimidad jurídica que podrá ser medida en la argumentación que sobre sus decisiones realice. Una vez establecido lo anterior se sentarán límites a su actuar y se estudiarán los excesos.

En el segundo capítulo, se presenta una clasificación de los tipos de sentencias que el órgano constitucional puede emitir cuando analiza la constitucionalidad de preceptos legales, conjuntamente con los fundamentos jurídicos que permiten estructurar tal clasificación.

Finalmente, el tercer capítulo se centra en observar cómo han sido configuradas estas sentencias en la jurisprudencia a partir de un análisis comparado. Seguido de aquello, se presenta un estudio empírico de la realidad ecuatoriana, pues se analizan sentencias que dan cuenta de qué tan necesaria puede ser la utilización de este tipo de sentencias, y también de los posibles excesos del órgano constitucional, que podrían llegar incluso a invadir su mayor límite, que es la propia Constitución.

CAPÍTULO PRIMERO

EL ACTIVISMO Y EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Para el presente estudio es indispensable el conocimiento del concepto de Constitución en los tiempos actuales, y sobre todo en el contexto latinoamericano y, más específicamente, el ecuatoriano.

Es necesario analizar la manera en que esta palabra ha variado en el tiempo según el contexto en que se ha ido desarrollando. Obsérvese el significado con que inicialmente fue concebida a partir de la Revolución francesa y la Revolución norteamericana, y luego de ello, los cambios que se han dado en la Europa continental posterior a la Revolución francesa, en la época del Estado liberal; por último, el concepto de Constitución con el devenir del Estado constitucional, en el que se observan las variaciones de este en el constitucionalismo que ha irradiado a Latinoamérica.

El análisis anterior resulta necesario para comprender la legitimación con que ha actuado la Corte Constitucional del Ecuador respecto de sus facultades interpretativas de la Constitución, con todas las variantes que en este trabajo se analizan, como es el caso de la modulación en sus sentencias e incluso sus posibles excesos. Pero, para entender ese

actuar es necesario primero comprender el *significado de Constitución* que se maneja en el contexto ecuatoriano, pues la existencia de un órgano que la resguarde, así como las facultades dadas a la justicia constitucional —como manifiesta Claudia Storini—, dependen del significado que adquiere el término *Constitución* en cada contexto histórico;¹ es por ello que se hace indispensable este estudio, que se presenta de la manera más concreta posible.

EL SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN TRAS LAS REVOLUCIONES NORTEAMERICANA Y FRANCESA

A partir de las constituciones resultantes de estos dos procesos revolucionarios, el concepto de Constitución da un giro de 180 grados, pues deja de ser un simple documento que solo define la estructura del Estado, y cobran principal importancia ciertos presupuestos, y un determinado contenido.

En efecto, como principal presupuesto está su origen devenido del pueblo soberano, la voluntad de autoorganizarse y establecer un pacto de realización de la mentada voluntad. Mientras que su contenido se manifiesta en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC) de 1789, en virtud del cual toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución.²

Lo fundamental y lo esencial para observar el concepto de Constitución es recurrir a su origen democrático, el respeto y garantía de unos derechos sentados, sumado al establecimiento de poderes separados —consecuentemente con sus límites, como contenidos primordiales—; pues más allá de los poderes constituyentes originarios no pueden existir poderes derivados sin limitaciones, ya que estos últimos encuentran sus límites y legitimidad precisamente en la Constitución.³ Esto

- 1 Claudia Storini, «Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas» (tesis doctoral, Universidad de Valencia, Valencia, 2001), 12.
- 2 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional* (Madrid: Civitas, 1985), 41.
- 3 Mario Galizia, *La teoria della sovranità. Dal Medioevo alla Rivoluzione francese* (Milán: Giuffrè, 1951), 424-55.

de alguna manera da lugar a que aparezcan órganos que controlen esos límites y que resguarden la Constitución, es decir, un ente que vigile y controle las acciones de las diferentes funciones estatales.

La conexión que se da entre la Constitución y la justicia constitucional, tanto en Estados Unidos como en Francia, se presenta en dos acontecimientos importantes: el primero, la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803; el segundo, en la propuesta de Sieyès en 1795.⁴ Estas dos propuestas no se analizan, sin embargo, hay que tenerlas presentes como puntos de partida de las «atribuciones otorgadas al poder judicial».

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

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

Por tanto, esta construcción norteamericana no tuvo tanta resistencia y obstáculos como sí ocurrió en Europa, pues la finalidad de la división de poderes era la de fraccionar el poder entre viejos y nuevos actores políticos, ya que aquí estaba presente aún la figura del monarca. Se daba entonces la constitucionalización de ejecutivos dualistas, mientras en Estados Unidos fue fácilmente configurable un ejecutivo monista, incluso con legitimación popular, democrática si se quiere.⁵

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

4 Estas dos propuestas las estudia Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal* (Madrid: Alianza, 1994), 143-60, 207-38.

5 Sobre este tema se puede consultar Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, en donde claramente se habla de las diferencias entre uno y otro proceso.

Aquí ya nace un problema que se discutirá posteriormente en Europa, y que hasta hoy dialogamos repetitivamente, este es el originado entre el choque del principio democrático⁶ de las mayorías y los derechos de las minorías que también debían ser garantizados.

Surge entonces el dar valor supremo a la Constitución partiendo de limitar al legislativo legitimado democráticamente, así se establecen mecanismos especiales de reforma constitucional —una rigidez constitucional— para evitar que el legislativo, al tener límites establecidos en la Constitución, pueda reformarlos fácilmente y con ello excederse en sus facultades en pro de una mayoría política, y en desmedro de los derechos, sobre todo de las minorías.

Así se volvió necesario establecer un mecanismo de control al actuar del legislativo, y precisamente vieron en ello al poder judicial naciendo el *judicial review*,⁷ pues sus inicios están en las palabras de los padres fundadores. Por ejemplo, Hamilton en *El federalista* justifica la intervención judicial sin legitimidad democrática en la necesidad de evitar que se contaminen de esas mayorías y coyunturas políticas.⁸ Estas ideas que ya se venían pensando solo se reafirmaron más tarde con lo manifestado por el juez Marshall, en el caso *Marbury vs. Madison*, quien argumentó:

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

-
- 6 Pedro de Vega García, «Mundialización y derecho constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», en *Estado constitucional y globalización*, comps. Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (Ciudad de México: Porrúa, 2001), 196 y s.
 - 7 Roberto Blanco Valdés, «La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana», *Working Paper*, n.º 117 (1996): 13-8.
 - 8 Alexander Hamilton, James Madison y Jhon Lay, *El federalista* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987), 330-6.

la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.⁹

Se configura un concepto de Constitución en Estados Unidos con la defensa revolucionaria de los derechos fundamentales más una fuerte intervención judicial, un activismo de parte de los jueces; pues posterior al establecimiento del *Bill of Rights* en 1791, el activismo siguió dando fuerza a la Constitución en defensa de los derechos fundamentales, es así que surgieron sentencias destacadas verbigracia en el caso *Brown vs. Board of Education*,¹⁰ que trataba sobre la segregación racial en las escuelas en 1954; la dictada dentro del caso *Roe vs. Wade* respecto del derecho de la mujer a interrumpir su embarazo de manera voluntaria en 1973;¹¹ y en general los pronunciamientos dictados por la Corte presidida por Earl Warren entre 1953 y 1969.¹²

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

-
- 9 Jaime Cárdenas, «Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional», en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, t. V (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México —UNAM— / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC) / Marcial Pons, 2008), 84-5.
 - 10 Sobre este caso puede consultarse a Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición —CCPT— / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional —CEDEC—, 2012), 161-6.
 - 11 Miguel Carbonell Sánchez, «Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina», en *Derecho constitucional de los derechos humanos*, coord. Ricardo Sepúlveda y Diego García (Ciudad de México: Porrúa, 2013), 5.
 - 12 Sobre los pronunciamientos dictados por la progresista Corte presidida por Earl Warren, que logró grandes avances en materia constitucional existen gran cantidad de libros, pero para tener un claro panorama puede consultarse Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías*, 158-61. También puede consultarse Carbonell Sánchez, «Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina», 19, 20. Y para conocer más sobre la Corte e igualmente sobre sus pronunciamientos se puede revisar la biografía de Earl Warren en *Earl Warren, A public life*, de Edward G. White (Nueva York: Oxford University, 1982).

Ahora se va a analizar el significado que adquirió este concepto tras la Revolución francesa, y posteriormente en Europa continental; en efecto, para llegar a él, hay que tener presente que existieron diferentes presupuestos y condiciones frente al caso americano.

En Francia estaba instaurada una estructura marcada por el monarca, no había una homogeneidad institucional como en Estados Unidos, por lo tanto, la división de poderes se dio con el objetivo de ganar espacio en ese poder único, hasta entonces, del monarca. Es así que el Parlamento pasó a ocupar un espacio de poder como representante del pueblo, y por otro lado el monarca siguió conservando el poder ejecutivo; es decir, todo en medio de una tensión entre legislativo y ejecutivo.

Al ocupar un espacio de poder en el Parlamento, este se torna supremo, y para entender aquello es clave observar el art. 6 de la DDHC,¹³ en que se manifestaba que la ley es el resultado de la voluntad general; es decir, sienta la base del principio que va a cobrar trascendencia en Francia y en Europa continental, esto es el de supremacía de la ley, pues se va a construir este principio con base en el mentado artículo, principio que posteriormente va a ser interpretado como algo inobjetable.¹⁴

La interpretación de dicho artículo, que da origen al principio de supremacía de la ley, se fundamenta en que si la ley es la expresión de la voluntad general del pueblo, y quien hace la ley la realiza como representante y como el mismo pueblo. No cabe duda de que el Parlamento era el supremo, pues él era la manifestación del espíritu del pueblo. Dicho de otra manera, se decanta una división de poderes en que el Parlamento pasa a tener superioridad por su legitimación democrática, y por ende se toma a la ley, expresión misma de la voluntad soberana, como suprema; esta idea pasaría a extenderse en el derecho público europeo por largas décadas.¹⁵

Como se evidencia, el significado de Constitución claramente establecido en el art. 16 de la DDHC se verá trastocado en la Europa continental por varias décadas durante el Estado liberal, y solo hasta después de la segunda posguerra se retoma ese concepto con el que el

13 Francia, «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano», 26 de agosto de 1789, art. 6.

14 Blanco Valdés, «La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana», 18-20.

15 *Ibíd.*, 19.

constitucionalismo toma vida y recobra fuerza el significado original de Constitución, y por ende la «justicia constitucional» empieza a tener fuerte cabida.

A continuación, brevemente se trata el activismo judicial del que ya se reflexionó líneas atrás, pues es necesario tener claro a qué se está haciendo referencia.

El activismo judicial

Quizá la primera ocasión en que se habló de *activismo judicial* fue cuando la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, bajo la presidencia del Juez Warren, en el año 1954, se proclamó como una *Corte activista*, en el caso *Brown vs. Board of Education* (al que ya se hizo referencia). En este caso de gran trascendencia en la justicia norteamericana se declaró la inconstitucionalidad de la segregación racial que se venía dando en las escuelas; cuestión que fue sostenida por la Corte en posteriores decisiones como en el fallo *Cooper vs. Aaron*. Sin embargo, el activismo ya estaba implícitamente presente desde mucho tiempo atrás en tales decisiones; en efecto, en las *Siete partidas* del Rey Alfonso X «el Sabio», ya se hacía referencia a lo que sería *activismo*, pues la partida tercera, ley 11, título IV, facultaba al juez saber la verdad de las maneras que pudiese, otorgándole así un poder muy amplio, siempre con el objetivo de esclarecer la claridad;¹⁶ he ahí el activismo ya presente.

Entre las principales características del activismo judicial, de manera muy general, se podría mencionar la búsqueda de soluciones justas a los casos, la creatividad en las sentencias con una fuerte presencia de los tribunales, hacer prevalecer la Constitución por sobre toda la normativa infra constitucional y fijar las políticas judiciales, actuando como un verdadero poder del Estado.¹⁷

El activismo judicial podría clasificarse de dos maneras: «activismo razonable o justo» e «irrazonable e injusto». El primero busca la

16 Patricio Alejandro Marianello, «El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional», 125-6, <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Fpublicaciones%2Fpensar-en-derecho%2Fvistas%2F1%2FEl-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>.

17 *Ibíd.*, 128.

protección de los derechos mediante la ampliación de las garantías procesales o la interpretación amplia de las ya existentes; además protege derechos que, si bien no están enumerados, los considera de orden constitucional; finalmente, establece sentencias como modelos a seguir por el mismo Estado y todos sus ciudadanos. La segunda forma implica en cambio un exceso en el activismo al que se está haciendo referencia; en efecto, mediante este se violan caminos procesales para facilitar el accionar del gobierno, y se validan normas emergentes que restringen derechos y, en general, los excesos del poder.¹⁸

En el desarrollo posterior de este trabajo se podrá auscultar cómo nuestro órgano constitucional unas veces muestra un activismo racional, otras, irracional, llegando incluso a reformar la Constitución.

Una vez que se ha hecho referencia al significado del activismo, en el siguiente punto se analizan los conceptos de Constitución en las diferentes etapas por las que atraviesa la Europa continental después de la Revolución francesa, en la que, como se expuso antes, cobra importancia fundamental la supremacía de la ley, pues a partir de allí se notará cómo poco a poco surge la necesidad de retomar el concepto originario de Constitución y la insustituible intervención de la justicia constitucional.

El retorno del significado originario de Constitución en Europa continental

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

En efecto, como ya se apuntó, después de la Revolución francesa se dieron una serie de sucesos muy cambiantes en el tiempo; la primera Constitución resultante, en que se verían plasmadas las ideas de Sieyès, es la de 1791, en la que se constata una desviación clara de la

18 *Ibíd.*, 129-30.

declaración inicial caminante de la mano de la revolución, pues aquí el sufragio entra a considerarse no como un derecho, sino como una función pública. De esta manera, solo podían votar quienes, de acuerdo con sus capacidades y preparación, en realidad estaban en el rol público, mas no el resto de habitantes, a los que se les veía como simples actores pasivos; aproximadamente solo el 15 % de la población francesa podía votar.

Esta Constitución encuentra su base en la representación, sigue existiendo el rey, el juez es un simple aplicador mecánico de la ley; por lo tanto, la representación del pueblo radica en el Parlamento que viene a ser el *tercer Estado* al que se refirió Sieyès, o a la burguesía ascendente, que era lo mismo.¹⁹

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

Así, en general, tenían lugar una serie de avances en el ámbito del constitucionalismo democrático; no obstante esta impresionante y significativa Constitución no duró mucho tiempo, pues, un movimiento opuesto a las ideas de Robespierre ganó espacio. Finalmente, este corto momento de emoción constitucional logra ser apagado con el vencimiento de quienes, en pro de sus proyectos políticos, instauran un período de retroceso, pues en 1794, tras un golpe de Estado, ejecutan

19 Gerardo Pisarello, *Un largo temor: La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático* (Madrid: Trotta, 2012), 76-7.

20 *Ibíd.*, 77-82.

a Robespierre, y en 1795 instauran una nueva Constitución, que vuelve al voto censitario. De esta manera, no quedará rastro alguno de los derechos sociales, puesto que tiene prioridad la regulación de la propiedad.²¹

Se regresa al dominio del Parlamento controlado por la burguesía, los únicos en capacidad de controlar el Estado son los mejores, entendiendo como aquellos a los personajes con poder económico, que poseen propiedades y que están mejor preparados que los demás para gobernar. En palabras de Boissy d'Anglas: «un país gobernado por los propietarios está dentro del orden social; un país en que no gobiernan los propietarios está en estado salvaje».²²

Es importante este suceso para observar cómo, en tan poco tiempo, la Constitución dejó de tener un significado democrático para beneficiar proyectos políticos, en los que jamás se iba a dar algo de poder a la justicia constitucional para que intentara defender ni siquiera mínimamente la Constitución; lo que se puede deducir de aquello es que, se debe tener cuidado de que en Latinoamérica no ocurra lo mismo que sucedió en Francia, es decir, que de un gran progreso alcanzado permitir que todo se vaya abajo por meros intereses políticos.

Posterior a la Constitución de 1795 llegó la napoleónica de 1799,²³ y una vez que Napoleón Bonaparte fue apartado del poder, se volvió al principio, es decir, a negociar con el rey, «es así como los monarcas otorgan cartas constitucionales que tienen poco que ver con la idea primigenia de Constitución»,²⁴ entonces pasa a ser únicamente un símbolo de concesión de derechos por parte del rey.

21 *Ibíd.*, 82.

22 Citado por Pisarello, *Un largo termidor*, 83. Es curioso haber escuchado este tipo de ideas aunque no muchos las percibieran; en el caso ecuatoriano era muy común en los discursos de quien presidió por una década la «revolución ciudadana», sostener que no podían dejar el poder porque eran los mejores y los únicos capacitados para llevar adelante el proyecto, que tomó una teoría bastante democrática y que con sustento precisamente en que nadie más podía hacerlo, dejaron a un lado lo que inicialmente proclamaron, para dar lugar cada vez más, a lo que podría haber sido un apagón del constitucionalismo democrático, tal y como sucedió en Francia tras la muerte de Robespierre y la llegada de la Constitución de 1795.

23 Sobre esto se puede revisar más a profundidad a Pisarello, *Un largo termidor*, 91-2.

24 García de Enterría, *La Constitución*, 41.

Aparece así la Constitución otorgada con las monarquías constitucionales de las primeras décadas del siglo XIX, que son una especie de autolimitación del rey al poder, al conceder derechos; no obstante, aquí hay dos cosas que deben ser recalçadas: en primer lugar, que esta Constitución nada más regulaba el ejercicio de las potestades del rey, ya que no creaba un poder político sino lo presuponía en el monarca y solo creaba reglas y límites a este ya existente poder; en segundo lugar, no resolvía la cuestión de si la soberanía radicaba en el pueblo o en el monarca, pues tanto el Parlamento como el rey creían ser garantes de la Constitución, y por ende no se requería un órgano especializado que se encargara de ello. Frente a la hegemonía parlamentaria tener una Constitución rígida²⁵ y un defensor de ella no era sino un obstáculo a las fuerzas políticas que dominaban en ese momento, por ende se manejaba una Constitución flexible que podía ser cambiada mediante la ley;²⁶ dicho de otra manera, mediante una ley podían volver constitucional lo inconstitucional.

Claudia Storini sostiene que la cabida de una justicia constitucional únicamente pudo tener lugar en aquellos Estados federales, en donde, debido a un pluralismo estatal, se requirió de un órgano mediador que resuelva las controversias de los diferentes Estados que se unieron mediante la Constitución a una especie de contrato;²⁷ sin embargo, este pluralismo no fue social, cultural, etc. —a diferencia de Estados Unidos—, sino solo institucional.

Por ende, la Constitución no significaba más que establecer unos límites al poder del monarca en beneficio de la burguesía, era un compendio de estatutos flexibles que quedaba por debajo de la ley.

En Francia, por ejemplo, en 1830, tras una revolución entre familias reales, se tuvo como resultado una monarquía mucho más debilitada en la que el rey aceptaba todo lo que emitía el Parlamento, y abre las puertas al Estado liberal, que finalmente se radica en 1848 con una Constitución que reconoció la II República; es en este contexto que

25 Sobre la rigidez constitucional se puede consultar el debate entre Alessandro Pace y Joaquín Varela, publicado en *La rigidez de las constituciones escritas, Cuadernos y debates*, n.º 58 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales —CEPC—, 1995).

26 Storini, «Criterios hermenéuticos», 16-7.

27 *Ibíd.*, 18-9.

surge una clase obrera que exige sus derechos como trabajadores, y así por el estilo empiezan a darse una serie de sucesos que por su extensión no serán tratados aquí.²⁸

Solo después de la Primera Guerra Mundial se puede decir que el significado de Constitución empieza a tener otra connotación, pero, no muy alejado de aquel presente en la reinstauración de las monarquías y el nacimiento del Estado liberal. Los cambios más fuertes se dan con la Constitución de México de 1917 y con la Constitución alemana de Weimar de 1919,²⁹ en la que la clase obrera busca reivindicar sus derechos.

En estas constituciones, al igual que en las constituciones otorgadas, se da un dualismo, pero ahora ya no es entre rey y burguesía, sino entre burguesía y proletariado; es decir, de igual manera no resuelve la cuestión de quién es el soberano, sino deja dicho rol a quien tenga la fuerza predominante en ese momento.³⁰

En dicho contexto de dualismo, era imposible aceptar la vigilancia de la Constitución por parte de un órgano jurisdiccional, pues tenía que ser un órgano político el que lo hiciera, y en efecto en Italia fue un partido político fuerte,³¹ en Alemania el jefe de Estado,³² pero los dos modelos fracasaron, y sería el modelo australiano, con su Constitución de 1920, el que lograra instaurar un control de constitucionalidad por parte del legislador, que fue una puesta en tela de duda de la hasta entonces soberanía parlamentaria no desafiada, y que en un primer momento fue bastante limitada.³³

Pese a los progresos alcanzados, la Constitución pasa a ser, en palabras de Eduardo García de Enterría, «un concepto formal y abstracto, hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura

28 Esta serie de sucesos que se dan no pueden ser tratados a detalle en este trabajo debido a su gran extensión, sin embargo, se reseña el camino que recorren dichos sucesos en la obra de Pisarelo, *Un largo termidor*, 89-115.

29 Sobre estas constituciones y todos los entramados de sucesos dados en esa época, se puede consultar, *ibíd.*, 119-29.

30 Storini, «Criterios hermenéuticos», 19.

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

32 Hagen Schulze, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933* (Bologna: Il Mulino, 1987), 129 y s.

33 Storini, «Criterios hermenéuticos», 20.

realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese». ³⁴

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

La idea de la Constitución debe ser referida, para no volatizarla en abstracciones descarnadas e inoperativas, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a finales del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado constitucional y que, tras la Segunda Guerra Mundial y el trágico fracaso de los totalitarismos que en ella perecieron, ha vuelto a reanudar su mismo sentido específico, tanto para los países que entonces recuperaron sus Constituciones como para aquellos, como es nuestro caso, que se han reintegrado después de la misma corriente y para los demás que aún aspiran, legítimamente, a alcanzar esta en el futuro. ³⁵

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

Además, con estas constituciones cambia radicalmente la cuestión de la soberanía que en la época de las monarquías radicaba en el rey, y que con posterioridad a estas se daba una lucha por la misma, lo que hacía necesaria la existencia de una fuerza dominante acreedora a ella.

La soberanía radicaba en el pueblo, y por ende abría la puerta a que muchas fuerzas estén dentro de ella, sin que una sea superior a otra; y precisamente esto hacía de ellas constituciones pluralistas, ³⁶ porque ya no pertenecen a quien predomina, sino que su autor pasa a ser el pueblo soberano que se da para sí mismo una Constitución; en la que establece como contenidos primordiales sus derechos y la separación de poderes con sus límites, tal como se deducía del ya antes mentado art. 16 de la DDHC de 1789.

Desde esta perspectiva se evidencia la verdadera necesidad de un órgano constitucional que ya no sea el simple legislador negativo

34 García de Enterría, *La Constitución*, 43.

35 *Ibíd.*, 44.

36 Storini, «Criterios hermenéuticos», 21-2.

concebido por Kelsen,³⁷ sino que en realidad sea quien controle los excesos de poder y haga prevalecer siempre la Constitución, como la verdadera materialización de la soberanía del pueblo, y que enmarque todo el ordenamiento del Estado a sus postulados, pues en el Estado constitucional los poderes tienen límites. Parece que hablar de poderes es incorrecto, sería mejor referirse a funciones, ya que el poder es uno solo, y precisamente radica en el pueblo.

El punto anterior es la base de la cual devienen algunos problemas que ya fueron discutidos por los padres fundadores norteamericanos, respecto de que si todas las funciones tienen límites. Como ejemplo de esto se puede tener en cuenta el órgano constitucional, carente de legitimidad democrática —entendida esta como la designación directa de sus miembros por parte del pueblo—, que muchas veces tiene la última palabra, por ello se podría pensar incluso que no tiene límites.

Con el surgir de un órgano constitucional en dichas condiciones, definitivamente el legislador es desplazado como único intérprete de la voluntad del pueblo mediante la ley, pues ahora la voluntad del pueblo es la Constitución, y las leyes deben someterse a ese marco de reglas, principios y valores que esta encierra, pues la sociedad, y todo su ordenamiento debe estar acorde a ella.³⁸ Todo esto será tratado más adelante, cuando se analice la legitimidad del órgano constitucional y sus límites.

Ahora es necesario analizar cómo ese concepto de *Constitución* ha sido trasladado a Latinoamérica. Este recorrido se hará brevemente, puesto que entrar en la historia del constitucionalismo en esta región sería abusar de la extensión y obtener enemistad con la concreción.

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ANDINO

Ahora es necesario tratar el concepto de *Constitución* surgido a partir de la última década del siglo XVIII, concepto que nunca perdieron de vista los norteamericanos, pero que en casi toda Europa continental, luego de una serie de avatares, solo lograron recuperarlo tras la segunda posguerra.

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

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

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

Primero hay que tener presente que los presupuestos que se dieron en la Europa continental fueron completamente diferentes a los surgidos recientemente en algunos países andinos, pues en el contexto ecuatoriano se da una realidad bastante diferente o, mejor dicho, convergen varias realidades diferentes a la occidental, y a su vez distintas entre sí; son sociedades bastante pluralistas en todo aspecto, se trata de *polis* mucho más complejas.

Sumado a esto, algo que caracterizó a esta región fue el que por largas décadas siga impregnada, en toda la estructura del Estado, la «colonialidad»;³⁹ en efecto, en lo político se impuso la estructura que regía en Europa al momento de la Colonia, luego se siguió con la estructura posterior a la Revolución francesa de 1789, en donde se mantenía la exclusión de indígenas, afrodescendientes, entre otros, por no considerárseles como nacionales, pues, por ejemplo, recién la Constitución Política del Ecuador de 1998 reconoció los derechos de los pueblos indígenas, y en la Constitución de 2008 se plasmó la interculturalidad y plurinacionalidad como pilares del Estado ecuatoriano.

En cuanto a lo económico, se impuso la visión de un capitalismo extractivista, que si bien fue bastante frenado con la reciente Constitución, en la práctica está teniendo serios problemas respecto al proyecto

39 El término *colonialidad* es referido por Boaventura de Sousa Santos, y con ello evidencia la implantación de un sistema social, cultural, económico, político no propio del pueblo latinoamericano; se puede consultar sobre ello en *Una epistemología del Sur: La reinención del conocimiento y la emancipación social* (Ciudad de México: CLACSO / Siglo XXI, 2009), 269-329.

político que necesita del mentado extractivismo para sostener sus ambiciones y las crisis generadas. En cuanto a conocimientos se impuso la ciencia, es decir, que lo que no se encasillaba como conocimiento científico, no era racional y, por lo tanto, no servía, debiendo ser aislado por apartarse de los parámetros. Con eso se desplazó a los saberes indígenas, los conocimientos ancestrales, etc.⁴⁰ En palabras de Ramiro Ávila Santamaría:

la consecuencia del Estado y el derecho colonial es que ha producido y promueve la exclusión, la marginación y la discriminación. Esta perspectiva debe sumarse al pensamiento crítico del «Norte» para lograr una organización social que sea más justa y equitativa.⁴¹

Quizá lo anterior es lo fundamental para comprender el nuevo constitucionalismo andino.

En efecto, las reformas constitucionales acaecidas en Sudamérica se dan desde la década de los 60 hasta los 80, en que desaparecen las dictaduras que, bajo el discurso de seguridad nacional y los estados de excepción, violaron los derechos de las personas, y sobre todo sometieron a quienes contrariaban con sus posiciones, y esto sí es equiparable a la segunda posguerra sucedida en la Europa occidental a mediados del siglo XX, no obstante el constitucionalismo moderno no pudo contener la inobservancia y permanente violación de derechos,⁴² en efecto las constituciones no eran más que nominales, eran una mera fachada.⁴³

Quizá sea incorrecto hablar de nuevo constitucionalismo andino, ya que siempre debe ser visto no solo desde un plano valorativo, ni

40 Sobre cómo ha influido lo colonial hasta estos momentos puede consultarse a Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador —UASB-E— / Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2011), 35-50.

41 *Ibíd.*, 48.

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

43 Hernán Salgado Pesantes, «La nueva dogmática constitucional en el Ecuador», en *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, coords. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto (Ciudad de México: UNAM / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Agencia Española de Cooperación Internacional, 2009), citado en Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, 59.

tampoco solo pragmático, sino sobre todo desde un punto de vista contextual,⁴⁴ desde lo social, desde la jurisprudencia.

No deben ser observados tan solo los modelos de Estado de los países andinos, que son similares, ni tampoco debemos únicamente comparar sus constituciones y leyes, sino sobre todo se debe observar cómo están funcionando ya en la práctica cada una de ellas, ahora, ver su jurisprudencia también es clave.

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

Incluso las tres dimensiones varían dentro de cada país, así, en Ecuador existe una acción de protección contemplada en la Constitución, otra en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), y otra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Lo que se quiere decir con ello es que no es posible generalizar, y hablar de un mismo modelo a nivel andino, sino que se debe observar los «particularismos» de cada sistema, y no caer nuevamente en los trasplantes jurídicos que traían modelos de realidades diferentes para adaptarlos a otras para las que no fueron creados; lo que se alejara de la familia jurídica madre simplemente era incorrecto.

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

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

44 Sobre estas dimensiones de observación y análisis de los sistemas jurídicos, se puede consultar «Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: La estructura del debate», en *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, ed. Daniel Bonilla (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2009), 11-35.

necesidad; es el resultado de una reacción humana frente al abuso del modelo constitucional autoritario implantado por más de 20 años, y a una crisis del paradigma que gobernó desde 1984 hasta el año 2006.⁴⁵

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

El modelo ecuatoriano suma las siguientes características a partir de su propia realidad: a) democracia participativa, b) la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, c) el fortalecimiento del papel de los jueces en la estructura constitucional, d) ampliación del sistema de garantías, y e) la plurinacionalidad e interculturalidad.⁴⁶

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

Se da una importante ampliación con respecto a los derechos, que «ya no son únicamente límites (derechos subjetivos) al ejercicio del poder del Estado, sino que son además pilares del funcionamiento del Estado»;⁴⁷ todos los derechos ahora son justiciables, pues se rompe con la tradicional clasificación de los derechos en generaciones, y se acaba con la jerarquía de los mismos.

También se amplía el catálogo ya no solo a los derechos consagrados en el texto constitucional, sino que incorpora otros derechos que puedan ser más favorables a los ahí manifiestos, y sobre esto la Constitución incluso hace referencia a instrumentos internacionales, y no lo

45 Juan Montaña y Patricio Pazmiño Freire, «Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano», en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coords. Jorge Benavides y Jhoel Escudero (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2013), 38.

46 *Ibíd.*, 39.

47 *Ibíd.*, 43.

limita a tratados, sino que con ello suma todas las decisiones, informes internacionales de derechos humanos, etc., incluso lo que se conoce como *soft law*.

Incorpora cuestiones novedosas en materia de derechos, pues se busca una construcción contrahegemónica de los derechos humanos a partir del reconocimiento de derechos que fueron apagados durante mucho tiempo y que Boaventura de Sousa Santos los denomina ur-derechos,⁴⁸ y que han sido introducidos en la Constitución ecuatoriana de 2008.

Entre estos ur-derechos están el derecho a conocimientos alternativos⁴⁹ claramente manifiesto en la Constitución, en su capítulo cuarto, referente a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, con un amplio reconocimiento, incluyendo la protección y promoción de los conocimientos que pueden brindar esas culturas,⁵⁰ y que por la extensión no es posible referir a más detalle en este trabajo.

También está presente la transformación del derecho a la propiedad orientada a la solidaridad, hacia lo social,⁵¹ y claramente manifiesto también en la Constitución en su art. 66, num. 26,⁵² en el que se hace referencia a la función social de la propiedad; igualmente en otros apartados constitucionales se trata, por ejemplo, sobre la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

Quizá una de las más grandes innovaciones es la introducción de los derechos de la naturaleza, y que también forman parte de estos ur-derechos,⁵³ pues en el art. 71 de la Constitución se los introduce concibiéndola como titular de derechos, con una visión enteramente biocéntrica y no antropocéntrica, ya no un derecho del hombre a un ambiente

48 Boaventura de Sousa Santos, «Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos», en *Derecho y emancipación* (Quito: CCPT / CEDEC, 2011), 176-7.

49 *Ibíd.*, 177.

50 Por ejemplo, el num. 12, art. 57 de la Constitución ecuatoriana dice: «Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales [...]».

51 Santos, «Hacia una concepción intercultural», 179-80.

52 EC, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66, num. 26: «El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental».

53 Santos, «Hacia una concepción intercultural», 181.

sano; es decir, como una naturaleza cuidada para proteger este derecho del ser humano, sino una naturaleza con sus propios derechos.

Otro derecho aquí incorporado es el de la autodeterminación,⁵⁴ el cual va de la mano con la democracia participativa reforzada en el Ecuador con la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, clarísimo ejemplo de ello es el reconocimiento constitucional de toda forma de organización de la sociedad para desarrollar procesos de autodeterminación, e incluso pudiendo incidir en las decisiones políticas;⁵⁵ o también al hacer referencia al sistema de educación superior y al plan nacional de desarrollo que se rige, entre uno de los principios, por la autodeterminación para la producción del conocimiento para lograr así un diálogo de saberes,⁵⁶ evidentemente tomando la doctrina de Boaventura de Sousa Santos.⁵⁷

También se da el reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado, entendida no como peligrosa y provocadora de la destrucción de la unidad ecuatoriana, sino como un reconocimiento de otras naciones

54 *Ibíd.*, 181.

55 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 96.

56 *Ibíd.*, art. 351.

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

existentes dentro del Estado ecuatoriano, que han luchado por él, y que se sienten parte de él, pretendiendo esencialmente un reconocimiento y respeto hacia sus creencias, sus tradiciones, sus experiencias, su pensamiento, etc., demostrando que existen como pieza fundamental de la nación ecuatoriana, pero respetando la nación, a la que además de la ecuatoriana, pertenecen. Permaneciendo latente el interés, por otro lado, de que esas naciones dialoguen entre sí, que se comuniquen, evitando cuestionar los términos desde visiones no propias, entendiendo la plurinacionalidad, no desde lo que significa para occidente, sino desde lo que significa para Latinoamérica, eso es lo rescatable; con todo aquello de versiones culturales estrechas se ha llegado a versiones mucho más amplias.⁵⁸

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

58 Santos, «Hacia una concepción intercultural», 173. Pero lo que se requiere ahora es evidentemente mecanismos de articulación, de diálogo precisamente entre las diversas culturas, pues aún se presentan muchos problemas al respecto, claro ejemplo de ello son los conflictos que se han generado entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, verbigracia en temas de competencia, o el que las sentencias indígenas puedan ser susceptibles de acción extraordinaria de protección frente a una Corte Constitucional de tinte eminentemente occidental, pues sus integrantes no dan garantía del pluralismo al no integrar a su recurso humano, de manera proporcional, miembros pertenecientes justamente a culturas indígenas. Otro elemento importantísimo es el que refiere a la igualdad, una igualdad ya no entendida solo formalmente, sino también materialmente, y que a pesar de haber sido reconocida ya constitucionalmente, sobre todo mediante el tema de las acciones afirmativas, todavía se está caminando a pasos cortos en el tema, pues se requiere de construcciones al respecto, sobre todo vía jurisprudencial, ya que la que se ha generado últimamente ha sido muy desalentadora, y será objeto de análisis en el capítulo final de este trabajo.

59 Montaña Pinto y Pazmiño Freire, «Algunas consideraciones», 41.

Surgen dos cuestiones importantes para tener presentes en cuanto el significado de la Constitución en Ecuador, y si se quiere, en el llamado *nuevo constitucionalismo andino*:

- a) La primera es referente a los derechos, a un amplio catálogo de derechos, que ya no son nada más límites al poder del Estado, sino que son los pilares fundamentales de aquel, tal y como la propia Constitución en su art. 1 define: un modelo de Estado constitucional de derechos y justicia.
- b) La participación permanente del pueblo soberano en las decisiones, que precisamente las legitiman, y con mayor razón si se trata de cuestiones referentes a reformas constitucionales, en las que es necesaria la voluntad del pueblo para legitimarlas; y aquí es oportuno hablar de la *rigidez constitucional*.

Esta debe ser vista de una manera en el neoconstitucionalismo y de otra en el nuevo constitucionalismo,⁶⁰ teniendo presente que no se puede tratar de un único modelo de neoconstitucionalismo, pues «hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque aparecen más diferencias entre ellos [...]»,⁶¹ no obstante, no se verán dichas diferencias.

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

60 Sobre las diferencias entre el «neoconstitucionalismo» y el «nuevo constitucionalismo», y respecto a sus principales características, se puede consultar el trabajo de Roberto Viciano Pastor, Rubén Martínez Dalmau, «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en *Política, justicia y Constitución*, ed. Luis Fernando Ávila Linzán (Quito: CCPT / CEDEC, 2012).

61 María del Pilar Hernández, «La jurisdicción constitucional, estudio de macrocomparación», en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Tomo III, Jurisdicción y Control Constitucional* (Ciudad de México: UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008), 274.

En cambio, en el nuevo constitucionalismo, si bien hay que entenderlo también por rigidez el establecimiento de dichos mecanismos agravados de reforma mas no tomarlo como lo esencial (sino que es necesario analizar primordialmente y como característica fundamental que en estos mecanismos de reforma la última palabra la tiene el pueblo, es decir, toda decisión que tenga que ver con la reforma constitucional para volverla legítima tiene que venir de la esencia popular, del constituyente), el contenido de la Constitución y todo lo que tenga que ver con ello se corresponda con sus contenidos democráticos; es decir, devolver la Constitución a su propietario, y justamente porque se sustenta en una teoría democrática de la Constitución, lo esencial es su legitimidad y no tan solo su normatividad jurídica.⁶²

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

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

62 Viciano Pastor y Martínez Dalmau, «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», 161-78.

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

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

LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

EL IMPLÍCITO ACTIVISMO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

El rol protagonista de la Corte Constitucional se evidencia en:

a) Cambio de fuentes: en primer lugar y de una manera general, en el nuevo constitucionalismo el cambio más notable respecto de las fuentes, por cierto un cambio de 180°, es que la principal fuente del derecho deja de ser la ley, y pasa a ocupar un lugar predominante la Constitución que deja de ser un simple programa político, característico del Estado liberal,⁶⁴ y cobra una verdadera relevancia su parte dogmática; presente en la Constitución de 1998 en Ecuador, pero de una manera apagada, la ley seguía desarrollándola y por lo tanto dependía de ella para lograr su efectividad. Con la actual Carta es que la parte dogmática cobra una importancia tremenda, pues es posible gracias a ella un puente directo en la protección de los derechos ahí consagrados, ya que permite la aplicación directa de la Constitución, y no solo de los derechos allí constantes, sino también los contenidos en los instrumentos internacionales,⁶⁵ sin que por medio exista una ley de la que dependa su desarrollo y aplicación.

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

65 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Consti-

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

Se entiende que el derecho no es estático, y no todas las soluciones de manera general pueden estar contenidas en la ley subsumiendo casos concretos a disposiciones generales; ahora el nuevo constitucionalismo se construye predominantemente sobre la base de principios y valores⁶⁶ que existen en el ordenamiento de manera abierta, y por ello logran responder a todos los problemas que puedan presentarse, no solo abstractamente sino sobre todo en casos concretos, pues son directrices, parámetros, pautas que correspondidos con un papel responsable, activo e interpretativo del juez dan solución a dichos problemas.

Lo más sobresaliente en el cambio respecto de las fuentes es que el juez pasa a tener un papel más participativo, la jurisprudencia entra también a ser una fuente con más firmeza, la que anteriormente era considerada como una fuente secundaria del derecho, aquí sin embargo, la Corte Constitucional con una sentencia desnaturalizó por completo el tema del «control difuso», y frenó bastante la presencia de los jueces,⁶⁷ y este es un punto de aparente cambio en la realidad ecuatoriana, algunas de las cuales serán tratadas posteriormente.

Otro tema muy importante que ha variado respecto de las fuentes es el que se empieza a construir una teoría respecto del «pluralismo jurídico», y que la Corte Constitucional tendrá que articular, en ausencia de

tución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

66 Montaña, *Teoría utópica*, 48, 49.

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

ley; evidencia de ello es el reconocer la justicia indígena en el art. 171 de la Constitución, la cual entre otras cosas le reconoce su derecho propio; y al existir este pluralismo, va a existir normativa extra estatal de diversidad de grupos sociales, nacionalidades, etc., que van a producir nuevas fuentes del derecho que a su vez van a convivir con el derecho vigente proveniente del Estado,⁶⁸ es decir, existe también pluralidad de fuentes, sin dejar de lado que el marco de todo ello es la Constitución, ya no entendida como un simple texto escrito; entonces el problema ya no es si son o no son fuentes las provenientes de esos sistemas alternativos, sino ahora la cuestión es lograr un mecanismo de articulación entre la diversidad de ellos.⁶⁹

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

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

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

68 Montaña, *Teoría utópica*, 37-8.

69 *Ibíd.*, 40.

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

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

Pero ahora la Constitución trae consigo principios, que son la base de toda la estructura constitucional, pero esos principios no tienen la misma estructura de las reglas, es decir, no tienen un supuesto de hecho, y una consecuencia, pues los principios se caracterizan por ser abiertos, así por ejemplo el derecho a asociarse, el derecho a la salud, etc., no tienen esa estructura permeable a la subsunción; por lo tanto el juez entra a tener un papel preponderante en esto, pues tiene que materializar esos principios, y eso lo hace mediante su argumentación, pues de hecho aterriza esos principios creando, lo que Robert Alexy denomina reglas adscriptas que son normas constitucionales indeterminadas en el texto de la Constitución, que el órgano constitucional va a determinarlas en casos concretos,⁷⁰ es decir, son reglas que están implícitas en los principios, pero que el juez solo las descubre caso a caso en sus sentencias; en efecto Alexy distingue entre dos tipos de normas de derecho, las estatuidas en la Constitución y las adscriptas a ella; y justamente manifiesta que dicha adscripción es posible mediante una fundamentación iusfundamentalmente correcta.⁷¹

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

Dicho de otra manera, ahora las reglas ya no vienen dadas *a priori*, sino que el juez las construye *a posteriori* teniendo como base los principios, e interpretando estos de la manera que más se ajuste a la integridad de la Constitución, pues ya no tiene la regla exclusivamente para subsumir, sino que tiene que construirla, y lo hace mediante la mejor

70 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2001), 66-9.

71 *Ibíd.*, 71.

argumentación, y solo una vez creada la regla la subsume al caso concreto; es decir, crea una regla jurisprudencial y en base a ella toma la decisión del caso.⁷²

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

LA MAL ENTENDIDA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es necesario en este punto aclarar algunos conceptos que han sido mal entendidos, y que precisamente han sido el móvil para apagar a estas cortes consideradas peligrosas, pues, si miramos algunas páginas atrás, podremos recordar por qué estuvieron ausentes los jueces dentro del liberalismo francés que acabó con el constitucionalismo progresista de Robespierre; tangencialmente fue porque si la creación del derecho era lo fundamental del sistema, cómo era posible que esta recaiga en jueces que carecen de toda legitimidad democrática, si quienes tienen mayor legitimidad en este sentido, y en realidad encarnan la voluntad del pueblo en el Parlamento, y por lo tanto, este es el supremo decidor en el sistema.

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

Por lo dicho antes, es necesario entender la «legitimidad de la corte» de otra manera, y al hacerlo se denotará que es intrascendente su designación.

72 Sobre la manera en cómo se crean estas reglas jurisprudenciales en función de los principios y el *holding* de las decisiones judiciales podemos consultar Claudia Escobar, «El rol de las reglas en la era de los principios», en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, ed. Claudia Escobar (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 207-50.

LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como ya se apuntó, hay que entender que democracia no solamente implica representación popular, sino sobre todo *participación*, es por ello que es innecesaria la discusión sobre la conformación del órgano constitucional, pues en efecto, si se quiere, la legitimidad democrática entendida como designación popular le viene dada indirectamente ya que sus miembros son nombrados a partir de ternas propuestas por el poder ejecutivo, legislativo, y de transparencia y control social, y esas ternas son sometidas a un concurso público con veeduría, y posibilidad de impugnación ciudadana;⁷³ es decir, que la participación del pueblo en la selección de los miembros de la Corte Constitucional está presente.

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

La confusión que suele existir es pues entender a la democracia como la elección que hace el pueblo de sus representantes, mas no como una función,⁷⁴ pues la Corte Constitucional si bien no es elegida de esa manera democrática, sí desempeña una función democrática; pero una democracia no entendida como «una mayoría», porque precisamente el órgano constitucional es el que se encargará de que aquella no rebase los límites constitucionales so pretexto de ser mayoría, sino que este órgano garantizará a toda la población, a mayorías y minorías, una democracia pluralista,⁷⁵ mas no un proyecto político de una mayoría representada.

Esta crítica se extiende también a nivel, ya no solo de inmiscución con el legislador, sino que también se dice que el principio democrático impide que cumpla funciones de «comisionado del poder constituyente»,⁷⁶ es decir, de constituyente permanente; y que al hacerlo contraría

73 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 434.

74 Storini, «Criterios hermenéuticos», 31.

75 Zagrebelsky, citado en Stortini, «Criterios hermenéuticos», 31.

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

dicho principio, de hecho actuar de esta manera significa que a la Corte Constitucional le toca acabar la tarea que el constituyente dejó inacabada;⁷⁷ sin embargo, si bien cumple una labor de constituyente permanente, lo hace dentro de un parámetro jurídico que precisamente es la Constitución, y de ahí que es irrelevante la mal entendida legitimidad democrática, pues sus decisiones son básicamente jurídicas, aunque las haga sobre cuestiones políticas.

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

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

Frente a esto, lo que pueda suceder no es nada nuevo, para ello está la Corte Constitucional que equilibra jurídicamente este desfase, pues esta se encarga de filtrar leyes que pueden ser contrarias a la Constitución, en beneficio de proyectos políticos.

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

Finalmente, cabe mencionar que al referir la irrelevancia del origen del órgano constitucional, no se está afirmando que este esté distanciado del pueblo, más bien todo lo contrario, pues se está diciendo que

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

dicho órgano constitucional no obedece a los intereses de los electores de un momento determinado, sino que responde jurídicamente a los derechos de todos los ciudadanos, mayorías y minorías, electores, no electores, de hecho actúa como un órgano puente entre derechos y ciudadanos, busca su complementariedad; sin embargo, este es un debate que sigue aún latente, y las tensiones se seguirán haciendo presentes, y nuevos temas para trabajar irán naciendo.

LEGITIMIDAD JURÍDICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es necesario partir de la afirmación que la legitimidad de la Corte Constitucional es de carácter jurídico, debido a que evidentemente es un órgano jurisdiccional, pues del art. 429 del texto constitucional se denotan cuestiones como afirmar que se trata del máximo órgano de interpretación constitucional y administración de justicia, que su jurisdicción será nacional,⁷⁸ se hace referencia a que emite sentencias.⁷⁹ En consecuencia, se puede notar que la propia Constitución se refiere a la Corte Constitucional como un órgano jurídico, que precisamente actúa dentro de un marco jurídico y con instrumentos jurídicos que le vienen dados directamente por el constituyente, pues lo esencial es que ese órgano cumple una función jurídica, y puede entrar a cuestiones políticas, pero siempre dentro de un marco jurídico que precisamente le da la Constitución.

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

En palabras de Juan Montaña:

hoy en día los tribunales constitucionales mantienen una legitimidad directamente deducida de la legitimidad de la Constitución. Si la Constitución es legítima, la Corte Constitucional y las normas que ella cree mediante la interpretación de los enunciados normativos de la Constitución tendrán plena legitimidad y, como tales, deberán ser respetadas y

78 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 429.

79 *Ibíd.*, por ejemplo, en el art. 436, nums. 1, 6.

cumplidas por todas las instituciones y personas que integran el Estado constitucional.⁸⁰

Es necesario tener algo muy claro, que en el actual constitucionalismo es evidente el cambio en las fuentes del derecho, por tanto ya no se puede entender a la ley únicamente como derecho, que sería «derecho legislativo», sino debe entenderse que el derecho hoy por hoy sobre todo está presente en la jurisprudencia proveniente de la interpretación de la Constitución que realizan los órganos constitucionales con un carácter, al igual que la ley, *erga omnes*; entonces no es que esta creación de derecho por parte de los jueces se llame ley, simplemente son cosas distintas.

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

habría que postular que la legitimación de los tribunales constitucionales tan solo puede descansar en la posibilidad de evaluar jurídicamente sus decisiones, es decir, en la capacidad de controlar que dicho órgano cumpla la necesaria función de adaptación de la Constitución formal a la realidad social, utilizando instrumentos puestos a su alcance por el mismo ordenamiento constitucional.⁸¹

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

80 Juan Montaña, «La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso», en *Apuntes de derecho procesal constitucional: Aspectos generales* ed. Juan Montaña (Quito: CCPT / CEDEC, 2013), 34.

81 Storini, «Criterios hermenéuticos», 29.

82 Sobre estos argumentos en contra y a favor de una justicia constitucional, y del actuar de un Tribunal Constitucional en su defensa, se puede consultar García de Enterría, *La Constitución*, 158-95.

- El órgano constitucional no es una verdadera jurisdicción, sino un órgano político, puesto que el Tribunal Constitucional no conoce verdaderamente conflictos constitucionales, no conoce litigios verdaderos en que haya una legitimación activa y una pasiva; y eso no es más que politizar la justicia. Además, una decisión judicial deriva de la subsunción a la norma, y en cuanto al órgano constitucional se puede notar que no hay norma, entendida esta como regla, y por lo tanto no es decisión judicial, es «decisionismo político».

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

Es cierto que las cortes constitucionales deciden conflictos políticos, pero lo característico es que lo hacen por criterios y métodos jurídicos,⁸³ la cuestión que hay que entender es que la estructura de las normas constitucionales y de las legales son diferentes, y eso precisamente genera que no puedan utilizar los métodos de interpretación tradicionales de los jueces ordinarios mecánicos; así, frente a un principio constitucional ya no opera la subsunción, sino que, para que opere será necesaria una actividad anterior del tribunal para deducir la regla y solo ahí poder subsumir, es decir, la regla no viene dada *a priori*, sino es construida *a posteriori*, pero siempre con un marco jurídico que lo da la propia Constitución.

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

No obstante, no es cierto que las cortes constitucionales crean derecho legislativo, entendido este como leyes, pues porque ahora, y sin discusión, se asume que el derecho no es únicamente ley, sino que tiene otras fuentes, cuya principal es la Constitución y la jurisprudencia constitucional; en tal sentido, si se reduce el derecho a la ley, es evidente que no se visualizará más horizonte del derecho que no sea la ley; pero si se ve más allá de ese horizonte cambia la perspectiva; sin

83 *Ibíd.*, 178.

duda, la Corte Constitucional no está haciendo leyes, simplemente está interpretando la Constitución y deduciendo normas con base en algo, no las inventa de la nada, sino que al tener normas abiertas en el texto constitucional, lo que hace es sacar a la luz normas implícitas que no han sido explícitamente dadas en el texto, precisamente por el fracaso del derecho de haber querido presuponer todo lo que podría pasar e intentar dar una solución *a priori* a todo conflicto futuro.

La Corte no inventa normas de su imaginación, sino que las deduce de otras normas preexistentes; el problema presente y que se analiza en el siguiente punto, es más bien que esa norma sea deducida, mas no creada, porque el momento en que crea algo sin base alguna está excediendo sus límites; la idea es deducir algo de algo y eso se lo puede extraer de las razones de su argumentación. Otra cuestión es que su actuar no está caminando en contra de la voluntad del pueblo, en tal sentido la rigidez constitucional está para que no se pueda manipular la voluntad del pueblo que es la Constitución y su guardián es la Corte Constitucional.

Sumado a lo expuesto, la legitimidad de la Corte se mide concretamente en la juridicidad de sus argumentaciones, y como ya se mencionó, es una «legitimidad jurídica», siendo irrelevante el origen de este órgano.

En cuanto a quién asume el papel protector de la Constitución se presentan dos posiciones: una conservadora y que es la que representa, sin duda Schmitt, quien dirá que es el presidente quien concentra en sí todos los poderes; y por la izquierda están quienes aseguran que no es el ejecutivo, sino el legislativo, precisamente basados en el mito jacobino por el cual solo el Parlamento representa el espíritu de lo colectivo; por lo tanto, nadie puede estar por encima de ella. En consecuencia, no hay derecho al margen del legislativo que pretenda imponerle cualquier tribunal por lo que niegan la legitimidad del tribunal que pudiera anular las creaciones de la Asamblea que son la expresión misma del pueblo y de la democracia.⁸⁴

En realidad todos los órganos deben proteger la Constitución, pero al ser esta el estatuto básico de la vida en común que establece límites al poder, derechos, y mecanismos de control y participación ciudadana, y al ser norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente,⁸⁵ cuestión que justamente es el pilar que sustenta la justicia constitucional en Estados Unidos, y con ello el *judicial review*; entonces

84 *Ibíd.*, 62-165.

85 *Ibíd.*, 175-6.

es lógico y coherente una actuación de tribunales al respecto, he ahí la Corte Constitucional como puente de efectivización de esa normatividad jurídica.

Por consiguiente, como se dependen del análisis anterior, los argumentos en contra del actuar de las cortes constitucionales han perdido fuerza y se han quedado estancados en fundamentos que ya fueron probados y que generaron profundas afectaciones a los derechos de las personas con el pretexto de que «la ley es la voluntad el pueblo», hoy hay que entender que una Constitución sin una Corte Constitucional que la interprete y proteja, está herida de muerte, sometida al partido del poder de turno.⁸⁶ Estos órganos constitucionales, al colocar a la Constitución por encima de intereses de grupos políticos, al hacer de la misma el término común para todos, y asegurar su efectividad como norma superior, se convierte en un órgano de consenso.⁸⁷

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

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

86 *Ibíd.*, 186.

87 *Ibíd.*, 193.

ATRIBUCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sin duda que con todo lo manifestado anteriormente, las facultades de las cortes constitucionales están bastante claras; en este apartado solamente se tocarán las atribuciones que a la Corte Constitucional ecuatoriana le han llegado de la mano del constituyente, del pueblo, de la Constitución. A continuación, rápidamente se presentan estas atribuciones.

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

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

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

En efecto, la propia Constitución dice: usted Corte Constitucional interprete, pero no descarta los métodos tradicionales, tampoco los vuelve únicos; de hecho le dice: interprete al tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad; si hay duda, en el sentido que más favorezca a la vigencia de los derechos, o sea una interpretación evolutiva; en el sentido que mejor respete la voluntad del constituyente; y finalmente le dice hágalo también con los principios generales de la interpretación constitucional.⁸⁹ En consecuencia, esencialmente lo que expresa es: utilice todos los métodos; lo importante no es eso, pues lo principal es la promoción de los derechos, si para ello sirve el método de la literalidad pues está bien, o si son necesarios otros métodos como la ponderación, contenido esencial, etc., pues utilícelos, lo importante es que prevalezcan siempre los derechos.

88 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 436, num. 1.

89 *Ibíd.*, art. 427.

Haciendo aquí una analogía, con un ejemplo citado por el profesor Ramiro Ávila Santamaría,⁹⁰ sería más o menos como una receta de cocina, en donde el juez, que va a ser el chef, según el positivismo legal para lograr la mejor comida no tiene sino un solo ingrediente *un vaso con agua*, que sería la ley, es decir, siempre va a llegar al mismo resultado; mientras que el chef que tiene todos los ingredientes a su disposición, con algo de esfuerzo y preparación, podría lograr los más exquisitos platos que satisfagan hasta a los paladares más exigentes; entonces, de igual manera el juez que únicamente tiene la ley siempre llegará al mismo resultado, será mecánico; mientras que el juez que tenga todos los instrumentos, entre estos la ley y los demás instrumentos jurídicos como la Constitución, tratados internacionales, informes, doctrina, todos los métodos de interpretación, igualmente con esfuerzo y preparación, logrará la promoción de los derechos.

Por lo tanto, no es importante que las cosas vengan hechas, porque el platillo puede venir preparado para todos, pero resulta que entre todos los paladares tenemos a un vegetariano, a un alérgico a los mariscos, a un intolerante a la lactosa, etc., el platillo uniforme, o sea *la ley*, sin duda no dejará satisfecho a todos, mientras que, al hacerlo con todos los ingredientes a su disposición, el chef dejará satisfecho a todos y cada uno en sus paladares.

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

2. «Conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general, y también declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas».⁹¹ Esto puede ser por el fondo cuando viola el contenido de disposiciones constitucionales, o

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

91 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 436, num. 2 y 3.

por la forma cuando viola los procedimientos constitucionales de su elaboración; y puede hacerlo cuando se demanda directamente la acción de inconstitucionalidad, pero también cuando se plantea una consulta,⁹² o incluso de oficio, cuando sean normas conexas.

Lo que se busca con esto es depurar el ordenamiento y volverlo siempre constitucional y con ello materializar la supremacía de la Constitución, pero esto se deberá hacer cuando sea estrictamente necesario, puesto que cuando la norma es salvable ya no procede la declaratoria de inconstitucionalidad, sino dejarla sobrevivir tal cual en el ordenamiento, o modularla ya textual o normativamente, tema que se aborda en el segundo capítulo de este trabajo.

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

92 Ibid., art. 428.

93 Ibid., art. 436, num. 4.

94 Ibid., art. 436, num. 6.

95 Ibid., art. 436, num. 10.

96 Ibid., art. 443.

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

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

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

LÍMITES AL ACTIVISMO DEL ÓRGANO CONSTITUCIONAL

En este apartado lo que se pretende es dejar claro dónde se encuentran los límites de las acciones de la Corte Constitucional, es decir, con base en ello se podrá medir cuándo las decisiones de dicho órgano se tornan arbitrarias y se desbordan del marco jurídico, que es la Constitución, invadiendo el campo legislativo, e incluso reformando su propio marco.

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

CONTROL JURÍDICO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primero se diferenciará lo que es control político de lo que es control jurídico, que quizá es el mayor problema que suscita la existencia de la Corte Constitucional.

Mientras el control jurídico es «objetivo», tiene un parámetro de control formado por un conjunto normativo; el control político es «subjetivo»; es decir, el parámetro de control se forma por la libre apreciación del órgano controlante. En el control político el objeto de valoración va a estar sometido a razones políticas, mientras que el jurídico a razones jurídicas; en el control político quien lo ejerce siempre será

un órgano político, mientras que en el jurídico será un órgano jurisdiccional. Quizá en lo que no hay una diferenciación bastante clara, es respecto a que el objeto en ambos controles puede ser jurídico o político,⁹⁷ sin embargo, el objeto aunque sea político, en el caso del control jurídico, siempre deberá estar sometido a un marco jurídico.

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

Pero esta cuestión viene a dar un giro radical cuando la Constitución deja de ser tan solo una creación política, y pasa a convertirse además en una norma jurídica de carácter suprema, es decir, que todo el ordenamiento jurídico del Estado debe estar sometido a ella.

Así, la Constitución ecuatoriana de 2008 se presenta de una forma abierta, pues posee principios y derechos que no traen la misma estructura de las reglas, y no dan una única respuesta, sino dan un haz de posibilidades,⁹⁸ varios caminos que se podrían tomar, y al ser norma jurídica el juez debe aplicarla; pese a esto, si el principio ya no es claro como la regla, el parámetro tampoco lo es, y al presentar varias posibilidades eso implica discrecionalidad del juez, y por lo tanto, subjetividad, consiguientemente, al existir subjetividad aparece configurado como un órgano político; aun así, la cuestión no puede ser resuelta de esa manera tan sencilla.

Se requiere entender que la visión del derecho ha sufrido grandes cambios, y que el derecho ya no es ley, por lo tanto, el derecho así entendido no puede resolver todos los casos que se presenten en la vida

97 Sobre las diferencias entre el control político y el control jurídico podemos consultar Manuel Aragón, «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional», en *Interpretación constitucional*, ed. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Ciudad de México: Porrúa, 2005), 26-30.

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

cotidiana; es decir, los problemas no pueden ser resueltos antes de que se presenten. Si bien el parámetro ya no está dado de manera anterior, existe otra forma de medirlo (evidentemente más compleja pues el derecho es complejo), y se lo realiza con posterioridad toda vez que el juez tomará el principio, que como se dijo, le dará varias posibilidades, debiendo de entre ellas escoger la que mejor se ajuste a la Constitución en su integridad y efectivización de los derechos; para lo cual deberá argumentar de manera sostenida, y es justamente en esas argumentaciones que se encuentra el parámetro de control que permitirá evaluar si ha actuado jurídicamente o políticamente; por consiguiente, el parámetro ya no es *a priori*, sino el parámetro se lo va construyendo de manera *a posteriori*.

LÍMITES AL EJERCICIO INTERPRETATIVO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

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

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

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

99 Storini, «Criterios hermenéuticos», 46.

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

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

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

La dinámica en este caso ya no radica en que la Corte Constitucional actúe como legislador positivo, y que, en lugar de eliminar del ordenamiento las disposiciones creadas por el legislador que adolecieran en parte de inconstitucionalidad, las module y las vuelva constitucionales «en pro de un trabajo conjunto con el legislador» (esto en beneficio del desarrollo del derecho y en el establecimiento de un parámetro de control cada vez más objetivo y claro).

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

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

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

El principal límite es siempre la propia Constitución, pues algo sostenido en las decisiones de la Corte Constitucional que no estén conformes con el texto constitucional, y que se desprenda de razones rebuscadas que vengan dadas en su motivación, evidentemente es un exceso; la Corte es guardiana de la Constitución, mas no su propietaria para disponer de la misma.

Estos son los límites que de manera general y *a priori* se pueden establecer, pero sin duda los principales límites a su actuar se irán midiendo en las decisiones que la Corte Constitucional vaya tomando, autolimitándose. Los límites se irán formando de manera posterior, y se los podrá observar en las argumentaciones que, de sus decisiones, el órgano constitucional haga; pues poco a poco la jurisprudencia constitucional irá formando un parámetro de control cada vez más objetivo que traerá consigo hasta dónde la Corte Constitucional puede llegar, y obviamente en esta construcción de límites que se vaya formando, se tendrá que respetar los límites generales a los que se hizo referencia antes, pero en especial, al principal límite que es la propia Constitución.

Las afirmaciones anteriores sugieren que, si la Corte Constitucional es intérprete y garante máximo de la Constitución, se apuesta más por aquella que por el legislador; por lo tanto, esta puede controlar al legislador, pero jamás entrar a reformar la Constitución, porque para ello es necesaria la intervención del pueblo, si se está hablando de una Constitución democrática, se trata de decir que el pueblo es el que tiene los mecanismos para incidir en ella.

El legislador tiene un límite que es la Constitución, y ese límite lo controla la Corte Constitucional, y de esta su principal límite también

es la Constitución, pues es una especie de filtro, ya que en caso de que el legislador se exceda, la Corte puede decir: «te pasaste legislador, esto no es así sino así», todo en virtud de los derechos entendidos como pilares de la Constitución.

La Corte Constitucional no puede exceder sus límites entrando a reformar la Constitución, quebrantando así el principio democrático, en virtud de que no estaría acudiendo a mecanismos democráticos de reforma; pues el poder de la Corte podría ser vigilado mediante un control social fuerte. Si bien el pueblo no puede reformar la jurisprudencia, si puede hacer que ella misma lo haga mediante mecanismos de presión social, pero para ello sería también necesario que esa jurisprudencia sea accesible a todos los sectores de la sociedad.

Ahora ya no debemos preocuparnos solo del legislador, sino también del juez, quien tiene entre otras la función de interpretar, y al hacerlo puede excederse en ello, inclusive llegando a modificar la propia ley, y ya no únicamente como legislador positivo, que al fin y al cabo ya no es discutible, en razón de que el nuevo papel que la Corte Constitucional lo asume con la Constitución.

La Corte Constitucional en un Estado constitucional cobra gran importancia porque el eje democrático deja de ser la ley y pasa a ser la Constitución; se ha pasado la competencia a la Corte Constitucional, pero no se incluyó un control democrático.

Para hablar de una Constitución democrática hay que *atar los hilos* en que esta va siendo desarrollada por la Corte Constitucional, pues se precisa de mecanismos de control democrático cuando la Corte exceda sus límites; pues finalmente la composición de la Corte no es trascendental, sino lo más importante es el control social que se pueda tener sobre este tribunal.

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

La Corte tiene el deber de controlar que los poderes no excedan o violen el marco constitucional, pero, no puede entrar a reformarlo, cuando es el primero delegado por el constituyente a respetarlo. De ahí

que no es, sino una locura, que la Corte Constitucional pueda reformar la Constitución, en lugar de que sea el pueblo quien lo haga, porque si la Corte lo hace, es ella la que hace la Constitución que ya no sería para nada democrática, pues pasa a ser la Corte Constitucional una especie de *poder constituyente originario*.

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

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

RIGIDEZ Y MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

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

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

La rigidez constitucional en el nuevo constitucionalismo

La rigidez constitucional tiene que ser abordada de una manera en el neoconstitucionalismo, y de otra, en el nuevo constitucionalismo. En el primero, por rigidez, se está haciendo referencia a los mecanismos

de reforma constitucional existentes en la propia Constitución, mismos que vuelven dificultoso el proceso de reforma de la carta, y que precisamente se diferencian por la manera de reformar las leyes; dicho en otras palabras, es el establecimiento de mecanismos agravados de reformar la Constitución, los llamados «candados constitucionales».

En el nuevo constitucionalismo, si bien, se debe entender también por rigidez el establecimiento de dichos mecanismos agravados de reforma, pero mas no tomarlo como lo esencial, sino observar primordialmente y como característica fundamental, que en estos mecanismos de reforma «la última palabra la tiene el pueblo».

Para legitimar toda decisión que tenga que ver con una reforma constitucional debe provenir del espíritu popular del constituyente; que el contenido de la Constitución y todo lo que guarde relación con ello se corresponda con sus contenidos democráticos, o sea, mecanismos de participación. Esto significa, aunque suene repetitivo, devolver la Constitución a su propietario original; lo primordial es la legitimidad democrática en que se sustenta la Constitución y no solo su normatividad jurídica.¹⁰⁰

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

En efecto, a partir del art. 441 hasta el art. 444 de la Carta está plasmada dicha regulación; y precisamente en ellos se establecen tres mecanismos de reforma constitucional: la enmienda, la reforma parcial, y lo que en la en la LOGJCC, se ha denominado *cambio constitucional*, mas esto no puede ser referido aquí, pero de la lectura de estos artículos en la Constitución, quedarán bastante claros.

Tras estos mecanismos de reforma está presente la rigidez constitucional vista desde la teoría democrática de la Constitución; y con ello del nuevo constitucionalismo, tal y como se dijo inicialmente; pues todos los mecanismos, excepto uno, se someten a aprobación del pueblo; la excepción es la segunda forma de enmienda, sin embargo, se constata

100 La diferencia de la rigidez en uno y otro sistema han sido tomadas de Viciano Pastor y Martínez Dalmau, «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», 161-78.

que por lo general está presente el pueblo, ya con iniciativa o con la última decisión aprobatoria.

Además, la Corte Constitucional juega un gran papel, es la que califica si el mecanismo de reforma que se quiere utilizar procede o no; es decir, hace un control de constitucionalidad previo,¹⁰¹ y es precisamente ahí donde puede utilizar este control de vía para lograr reformar la Constitución de manera inadecuada y exceder sus límites.

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

Mecanismos informales de reforma constitucional

Es necesario entender, desde la teoría democrática de la Constitución, que existen esos mecanismos de reforma: *sustitución* y *mutación*, y que los mismos de manera general siempre recurren al pueblo para la última decisión; sin embargo y ya en la práctica, se puede observar desnaturalizaciones de esto, una patología muy grave que se presenta con las llamadas mutaciones constitucionales, que serían una especie de mecanismo extra constitucional. Además de estas mutaciones, también están las que la Corte Constitucional colombiana ha llamado *sustituciones*, y que se describen a continuación.

a) *Mutación constitucional*: en Alemania es donde aparece la diferenciación entre reforma constitucional y *mutación*, pues Jellinek y Laband fueron quienes se encargaron de hacer la distinción.¹⁰²

Konrad Hesse, sostiene: «tanto el Tribunal Constitucional Federal Alemán como la doctrina actual entienden que una *mutación*

101 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 443.

102 Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), 83.

constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente».¹⁰³

Jellinek dice que las mutaciones pueden ser el resultado de las incorrectas interpretaciones parlamentarias, que se pueden producir en la administración, y que también devienen de la práctica de los tribunales; por lo general son el resultado de necesidades políticas, que son el motor de las mutaciones constitucionales.¹⁰⁴

Hay quienes también manifiestan que las mutaciones son el resultado de las alteraciones semánticas de los preceptos de la Constitución, pero a partir del punto de vista histórico-social en que se concretiza su aplicación,¹⁰⁵ o admiten la posibilidad de mutación exclusivamente a partir de la dinámica e historicidad, la voluntad de la Constitución por ende no es inmutable, sino una voluntad cambiante frente a un cambio en las circunstancias.¹⁰⁶

Vicente Benítez dice que las mutaciones podrían darse por prácticas políticas, por leyes autorizadas por la misma Constitución, por interpretaciones, o mediante el «bloqueo de constitucionalidad».¹⁰⁷

Ahora bien, de lo expuesto se puede deducir que el concepto de mutación, aún no está bien definido, y por ende se lo concibe de manera muy amplia; esto podría llevar a manejar el concepto de que toda inconstitucionalidad, sea de dónde sea que emane, desembocaría en una mutación. Por ende, en este trabajo se ha de entender a la mutación de una manera algo más restringida y delimitada; por ello se ha de entender que la mutación solo provendrá del máximo intérprete de la Constitución, es decir, de parte de las cortes o tribunales constitucionales; esto mucho más asentado incluso en los países andinos que han

103 *Ibíd.*, 85.

104 *Ibíd.*, 89.

105 Adriano Santana Piedra, «Mutación constitucional y progresividad de los derechos fundamentales», en *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, dirs. Claudia Storini y José Francisco Alenza García (Madrid: Arazadi, 2012), 253.

106 Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 81-2.

107 Vicente Benítez, «Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia», *Universitas* 60, n.º 122 (2011): 310, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=8252260601>.

promovido el llamado nuevo constitucionalismo, caracterizado por la supremacía constitucional y la rigidez.

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

De lo dicho se podría colegir que mutación constitucional es aquel mecanismo desfigurado de reforma constitucional, proveniente de la Corte Constitucional por ser último intérprete, y por el cual se altera el sentido de la norma constitucional, pero sin alterar en absoluto su redacción textual; es decir, una especie de modulación normativa mas no textual, pero a nivel constitucional. Se dice de reforma porque en Ecuador con una Constitución nueva no se logra entender que su contenido es antiguo y desactualizado de la realidad vigente, por lo tanto, es inadmisibles un significado de mutación desde la óptica de la renovación en contenidos debido a la evolución social; por tanto, hablar aquí de mutación es hacer referencia a la reforma informal.

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

Una interpretación dinámica como fundamento de las mutaciones constitucionales debe ser descartada de plano, como se dijo antes; pues esto operaría frente a normas verdaderamente caducas que necesitan actualizarse al cambio social experimentado, que por el pasar del tiempo ya no sirven para la realidad actual, y, porque en el caso ecuatoriano

no podemos admitir que una Constitución aprobada en 2008, con apenas diez años de vigencia pueda tener problemas de normas caducas, pues es una Constitución evidentemente nueva; de ahí que en el caso ecuatoriano sí se tiene latente la idea de que las mutaciones podrían devenir de errores en la interpretación o de necesidades de grupos en beneficio de sus intereses políticos.

b) Sustitución constitucional: este concepto ha sido construido en la jurisprudencia colombiana; se ha hecho una diferenciación entre reforma y sustitución, la primera, con límites, mientras que la segunda analizada a partir de un exceso en las competencias por parte del Congreso, se excede en sus competencias rompiendo los límites y reformando algo que no podía reformar;¹⁰⁸ aquí se da una reforma textual de la Constitución, pero mediante el mecanismo de reforma que no lo permitía, ya que de hacerlo daba como resultado un exceso en las competencias de quien estaba encargado de practicarlo.

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

108 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-551*, 9 de julio de 2003 (Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett).

CAPÍTULO SEGUNDO

ACTIVISMO DE LA CORTE Y SUS SENTENCIAS MODULATIVAS

En el capítulo anterior se constató cómo el nuevo constitucionalismo trae consigo un implícito activismo de la Corte Constitucional, pues ya no se limita a ser un legislador negativo, sino también, cumple un rol de creador de derecho.

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

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

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

INCONSTITUCIONALIDAD DE ÚLTIMA *RATIO*

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

Los argumentos más fuertes, sin duda, están plasmados en la doctrina, pero en el caso ecuatoriano también se desprenden del propio ordenamiento constitucional vigente y de la jurisprudencia constitucional reciente.¹⁰⁹

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

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

La inconstitucionalidad como último recurso obedece a algunos principios que se encuentran en la doctrina, en el ordenamiento

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

110 Robert Alexy, «La fórmula del peso», en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, coord. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 15-21.

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

Esta necesidad en realidad nace de la insuficiencia de la simple clasificación en «sentencias de inconstitucionalidad o constitucionalidad», para dar solución a los problemas de depuración del ordenamiento jurídico; pues sin duda, otros casos que se presentaban no eran solucionados con estas y requerían de otras opciones, de otros modelos de sentencias que generen efectos diferentes al de las antes dichas.¹¹¹

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

Al ser necesaria esta clasificación, la doctrina empieza a ir construyendo el sustento jurídico de las «sentencias modulativas» y en efecto tres principios esenciales empiezan a tomar fuerza: a) el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución; b) la presunción de constitucionalidad de la ley; c) el principio de conservación y coherencia del derecho. Y estos principios relacionados entre sí ayudan a evadir el traumatismo que provocaría sacar un precepto legal del ordenamiento y crear una anomia; razón por la que la modulación de un precepto busca proteger la creación democrática de la ley, evitando que todo el trabajo realizado por el legislador al expedir la ley resulte inútil.¹¹²

Francisco Eguiguren, por ejemplo, citando a doctrina y jurisprudencia comparada, sobre todo alemana, explica el principio de interpretación conforme a la Constitución, diciendo: «Si dentro de los distintos y posibles sentidos de interpretación deducibles de un precepto constitucional existe alguno que (razonablemente) haga compatible con la Constitución la ley cuya constitucionalidad es objeto de evaluación,

111 Francisco Díaz Revorio, «Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español», en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, t. V (Ciudad de México: UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008), 297.

112 Rodrigo Escobar Gil, «La modulación de las sentencias de control constitucional», en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional* (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007), 245-7.

tal sentido interpretativo debe ser necesariamente el acogido por el tribunal, desestimando la inconstitucionalidad aducida». ¹¹³

El mismo autor hace referencia al principio de la última *ratio* al decir que, siendo una obligación por parte de los tribunales constitucionales el interpretar conforme a la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad se vuelve el recurso último solo frente a la imposibilidad de lograr correspondencia alguna de la norma con la Constitución. ¹¹⁴

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

De igual manera, Néstor Pedro Sagüés sostiene que en las últimas décadas se han configurado este tipo de sentencias diferentes a las de constitucionalidad o inconstitucionalidad por varias razones, una de ellas por conservar en lo posible la vigencia de las normas infraconstitucionales, ya por cortesía constitucional o deferencia razonada con el creador de dichas normas, de manera preferente el legislador, para evitar vacíos normativos de un alto costo social y jurídico en virtud de que sus efectos son generales y podrían afectar a toda una comunidad. ¹¹⁶

113 Francisco José Eguiguren, «Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano», en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ciudad de México: UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008), 324.

114 *Ibíd.*, 324.

115 *Ibíd.*, 325.

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

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

El ordenamiento jurídico de Ecuador al parecer ha ido un paso adelante al recoger estos principios de manera muy clara en la LOGJCC, cuerpo que es la ley procesal de la Constitución y que basada en los parámetros que esta le ha dado, ha recogido dichos principios; y, al hablar del control abstracto de constitucionalidad, en su art. 76, se basa en los principios generales del control de constitucionalidad previstos en la Constitución, en la jurisprudencia y en la doctrina.

En primer lugar, el citado artículo hace referencia al principio del control integral como aquel por el que la disposición impugnada debe ser confrontada con todas las normas constitucionales, incluso así no hayan sido invocadas por el demandante.¹¹⁷

Establece también el principio de presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas en conjunto con el *in dubio pro legislatore*, por el cual estas se presumen constitucionales, y que en el caso de existir duda sobre la constitucionalidad de una disposición no se la declarará inconstitucional.¹¹⁸

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

El principio de conservación del derecho lo establece al incorporar el principio de la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico, según el cual, todo análisis o examen de constitucionalidad de las disposiciones debe estar orientado a la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico.¹¹⁹

117 Ecuador, LOGJCC, Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009, art. 76, num. 1.

118 *Ibíd.*, nums. 2 y 3.

119 *Ibíd.*, num. 4.

Luego, hace referencia explícita al principio de interpretación conforme a la Constitución en su duplicidad de acepciones. La primera: cuando de la disposición impugnada se desprenda una norma compatible con la Constitución, se establecerá dicha interpretación como obligatoria y no se declarará su inconstitucionalidad. La segunda: cuando una parte de la disposición jurídica sea inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda la disposición sino solo de la parte afectada, mientras la otra quedará vigente.¹²⁰

Por último, también establece el principio de la inconstitucionalidad como última *ratio*, al decir que la declaratoria de inconstitucionalidad debe ser el último recurso, solo debe declararse cuando sea imposible, por vía interpretativa, establecer una compatibilidad con la Constitución.¹²¹

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

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

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

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

De los principios analizados se puede deducir que la modulación debe utilizarse solo en aquella normativa infraconstitucional,

120 *Ibíd.*, num. 5.

121 *Ibíd.*, num. 6.

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

Dos situaciones que jurídicamente son inválidas, y que en el último capítulo se observarán de mejor manera son: a) no modular una disposición contraria a la Constitución y dejarla sobrevivir en el ordenamiento; es decir, permitir que esa disposición se ponga por encima de la Constitución. Dicho en otras palabras, cuando la Constitución dice *xx* y la ley dice *xy*, lo correcto sería modular la ley a *xx* para que exista correspondencia, pero el declararla constitucional en *xy* es señalar que eso es constitucional, y al ser resultado de interpretación de la Corte significa que *xx* ha pasado a ser *xy*; dicho de otra manera se ha reformado la Constitución; b) o modular innecesariamente una disposición para contrariar la Constitución y hacerla sobrevivir con aparente disfraz constitucional, similar a lo anterior solo que aquí ley y Constitución dicen *xx*, pero la Corte convierte a la ley en *xy* y con ello también lo hace sobre la Constitución, por ende la reforma, generando así una mutación.¹²²

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

LA CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL NUEVO ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es necesario comprender que la Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, en su papel de intérprete máximo de la Constitución y en su rol de conservador del derecho, y de la declaración de inconstitucionalidad como recurso último en función de interpretar todo lo infraconstitucional, ha dejado de tener la simple función de legislador negativo que concibió Kelsen, al que en el primer capítulo se hizo referencia; es decir, ya no es un simple eliminador de normas que adolezcan

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

de inconstitucionalidad,¹²³ por lo tanto se ha dado paso a un nuevo tipo de sentencias.

La clasificación que se hará de las sentencias será a partir de las relaciones que en estas puedan originarse entre el órgano constitucional y el legislador, determinando a partir de ello tres modelos: el de sentencias simples de admisión o rechazo de inconstitucionalidad, las sentencias unilaterales, y las sentencias bilaterales.¹²⁴

SENTENCIAS SIMPLES, DE ADMISIÓN O RECHAZO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Aquí se encuentran las sentencias tradicionalmente emitidas por los órganos constitucionales en su rol de legisladores negativos. Estarían solo los dos tipos básicos de sentencias dictados, sobre todo,¹²⁵ en la resolución de recursos de inconstitucionalidad, es decir, las sentencias estimatorias o desestimatorias,¹²⁶ dicho de otra manera, aquí se ubican las sentencias que dan lugar a la inconstitucionalidad de una disposición, o aquellas que la rechazan.

En Colombia se las ha llamado sentencias de exequibilidad simple, y las de pura inexequibilidad,¹²⁷ lo que en Ecuador serían las de constitucionalidad simple y las de pura inconstitucionalidad. Las primeras serían las de rechazo de la inconstitucionalidad, o desestimatorias del recurso, que no traen consigo una declaración positiva de constitucionalidad, razón por la que la ley puede ser cuestionada nuevamente siempre y

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

124 Eliseo Aja y Markus González Beilfuss, «Conclusiones generales», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, ed. Eliseo Aja (Barcelona: Ariel, 1998), 275 y s.

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

126 Revorio, «Tipología y efectos», 298.

127 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias de control constitucional», 236.

cuando se aleguen razones distintas de inconstitucionalidad.¹²⁸ Y las sentencias de pura inconstitucionalidad, que llevarían consigo la admisión o estimación de la inconstitucionalidad, y por lo tanto tendría los efectos generales de la expulsión de la disposición del ordenamiento jurídico.¹²⁹

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

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

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

SENTENCIAS UNILATERALES

Se las entendería como sentencias intermedias¹³¹ unilaterales cuando el propio órgano constitucional hace frente directamente al problema de inconstitucionalidad de la ley, y por ende es el que da respuesta directa a través de su sentencia, sin que le sea necesario acudir al legislador;¹³² son aquellas «que modifican algún elemento de la ley, resolviendo por sí mismas la inconstitucionalidad».¹³³

128 Aja y Gonzáles Beilfuss, «Conclusiones generales», 275-6.

129 *Ibíd.*, 276.

130 Este tema brevemente refiere Luis Prieto Sanchís al hablar de la diferencia entre enunciados y normas, en: Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 50-1; de igual manera, la diferencia entre la disposición textual y la norma se la puede consultar en Francisco Javier Ezquiaga, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 22 y s.

131 La referencia a *sentencias intermedias* se debe a que se trata de sentencias que están ubicadas en medio de los dos extremos; es decir, de las sentencias de constitucionalidad simple o de pura inconstitucionalidad. Esto puede ser consultado en Escobar Gil, «La modulación de las sentencias», 236-7.

132 *Ibíd.*, 240.

133 Aja y Gonzáles Beilfuss, «Conclusiones generales», 276.

Cuando para la solución del problema de inconstitucionalidad, el órgano constitucional vincula al legislador, surgen sentencias intermedias de tipo bilateral,¹³⁴ aquellas «que llaman a la colaboración del legislador para solucionar la inconstitucionalidad de la ley».¹³⁵

A los dos modelos de sentencias, bilaterales y unilaterales, se las ha llamado también sentencias modulativas en virtud de que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se ha manejado el término *modular* para hacer referencia a situaciones en las que los jueces constitucionales, en razón de circunstancias excepcionales, diferentes a las tradicionales, esto refiriéndose a las sentencias comunes de las que se trató antes, daría lugar a situaciones contraproducentes.¹³⁶

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

Sentencias interpretativas

El problema que se presenta es cuando unos significados se muestran equívocos y otros no; es decir, vamos a tener unas lecturas constitucionales y otras inconstitucionales del mismo precepto. La Corte Constitucional debe enfrentar las dos situaciones, o mantiene la disposición con esos significados, o la aparta completamente del ordenamiento jurídico.¹³⁷

Ello implica que los extremos de solución, es decir, la simple constitucionalidad o inconstitucionalidad pura, no brindan la solución a estos problemas, y que la Corte Constitucional deba dar una solución distinta a los precitados extremos, y justamente esta consiste en que «la Corte neutraliza la parte insana del contenido normativo y garantiza la continuidad del precepto en el ordenamiento, pero en armonía con la parte sana de su contenido normativo»,¹³⁸ desecha el significado contrario a la integridad de la Constitución que pueda desprenderse del

134 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias», 241.

135 Aja y Gonzáles Beilfuss, «Conclusiones generales», 279.

136 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias», 236.

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

138 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias», 243.

precepto y la elimina del ordenamiento, mientras que conserva todo lo sano, lo constitucional.

Las sentencias interpretativas pueden ser de dos tipos, las sentencias interpretativas admisorias o de aceptación del cuestionamiento de inconstitucionalidad, y las sentencias interpretativas desestimatorias o de rechazo del planteamiento de inconstitucionalidad.¹³⁹

a) Sentencias interpretativas admisorias: Declaran la inconstitucionalidad de una determinada norma, es decir, del resultado de la interpretación de un precepto, mas no de su texto, ya que este no contraría los principios y valores constitucionales, sino la que lo hace, es la norma que de dicho precepto se desprende en un caso determinado; por lo tanto, se declara la inconstitucionalidad de esa interpretación,¹⁴⁰ «es la que condena a una determinada *interpretación*».¹⁴¹

Un ejemplo de cómo el órgano constitucional se pronunciaría sería, puede ser:

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional [...] ha decidido: Declarar inconstitucional el art. 509 del Código Penal, en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito.¹⁴²

b) Sentencias interpretativas desestimatorias: En este tipo de sentencias interpretativas el cuestionamiento de inconstitucionalidad es desestimado, pero, establecen una determinada interpretación del precepto de conformidad con la Constitución,¹⁴³ evidentemente cumpliendo con el principio de interpretación conforme; expresado de otra manera, se dice que no es inconstitucional el precepto si se lo interpreta obligatoriamente de tal o cual manera.

139 Esta nomenclatura ha sido extraída de Sagüés, «Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico», 117.

140 Augusto Martín de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia* (Madrid: CEPC, 2003), 164.

141 Sagüés, «Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico», 117.

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

143 De la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, 101.

Un ejemplo sería este:

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

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

Otro ejemplo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo [...] RESUELVE: Declarar EXEQUIBLES, en los términos señalados en los fundamentos jurídicos n.º 15, 16 y 17 de esta sentencia, los arts. 38 y 39 de la Ley 136 de 1994.¹⁴⁵

Sentencias manipulativas

La denominación de manipulativa ha sido bastante empleada por la doctrina sobre todo italiana; y en efecto su nombre ha sido tomado precisamente de ella,¹⁴⁶ este tipo de sentencias se caracterizan por desenvolverse entre dos operaciones, una ablativa y otra reconstructiva.¹⁴⁷

Mientras las sentencias interpretativas permiten la interpretación de un precepto legal conforme a la Constitución, las sentencias manipulativas no, y precisamente ahí radica su diferencia; pues aunque el precepto legal no permita una interpretación conforme a la Constitución, ya en parte o en todo, se considera perjudicial eliminarlo del ordenamiento jurídico, razón por la que en función del principio de conservación del derecho lo que se hace es adaptar el precepto a los postulados constitucionales.¹⁴⁸

De tal manera que se le da al precepto, ya en todo o en parte, un contenido normativo diferente al que poseía, manteniendo el texto

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

145 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-405*, 10 de agosto de 1998.

146 La denominación *manipulativa* ha sido tomada de Roberto Romboli, «Italia», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, ed. Eliseo Aja (Barcelona: Ariel, 1998), 114; de igual manera refiere como manipulativas en: Francisco Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho», en *La forma del poder* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 522-3.

147 Eguiguren, «Las sentencias interpretativas», 339.

148 Soto Cordero, «Sentencias constitucionales: tipos y efectos», 215.

«como una suerte de cáscara o estuche»;¹⁴⁹ incluso, para lograr tal correspondencia con la Constitución, manipulando no solo el contenido normativo, sino el texto del precepto legal.¹⁵⁰

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

Estas sentencias pueden a su vez ser de tres tipos: sustractivas, aquellas que reducen algo; aditivas, las que añaden algo a la disposición; y sustitutivas, aquellas que sustituyen a la disposición,¹⁵² y que a continuación se las analiza.

a) Sentencias aditivas: Llamadas también, por la Corte Constitucional colombiana,¹⁵³ *integradoras*; son emitidas cuando el órgano constitucional se encuentra con un precepto legal que considera incompleto; se trata de una omisión legislativa de carácter relativo,¹⁵⁴ y al ser de carácter relativo sería subsanable; pero obviamente por tratarse de materia constitucional, estaría a cargo del máximo y definitivo intérprete de la Constitución, la Corte Constitucional.

Aquí sucede todo lo contrario en cuanto a las sentencias interpretativas, pues no se trata de neutralizar determinados significados que adolecen de inconstitucionalidad, sino que se busca neutralizar la norma

149 Sagiés, «Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico», 119.

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

151 Roberto Romboli, «Italia», 115.

152 Soto, «Sentencias constitucionales: tipos y efectos», 215.

153 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-109/95*, 15 de marzo de 2009, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-109-95.htm>.

154 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias», 248, tomado de Ángela Figue-ruelo Burrieza, «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo», *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, n.º 81: 65 y s.

implícita de exclusión¹⁵⁵ de determinado significado que no ha tomado en cuenta el legislador, y completarlo, para que se lo entienda incluido en el precepto; pues el juez siempre hará valer, en relación con la Constitución, la ley, interpretando esta última, incluso completándola.¹⁵⁶

En definitiva, la sentencia aditiva es aquella que con el objetivo de tornar constitucional un precepto legal, le añade algo; cubriendo en ciertos casos un vacío legal y en otros incluyendo a alguien que ha sido excluido de manera inconstitucional de algún beneficio o situación legal.¹⁵⁷ Incluso esa adición o añadidura, que se hace luego de declarar inconstitucional la norma implícita de exclusión, podría ser textual, tal como se ha aceptado por el Tribunal Constitucional de Perú, al decir: «En ese contexto procede a *añadir* algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional».¹⁵⁸

Como se puede claramente notar, se evidencia más una operación reconstructiva al momento de añadir; sin embargo, la operación ablativa está presente de manera ambigua al momento de expulsar la norma implícita de exclusión.

Los fundamentos de estas sentencias son en primer lugar el carácter normativo de la Constitución, ya que el órgano constitucional debe hacer prevalecer ese carácter en función de la supremacía de la carta y por ende incorporar al ordenamiento legal los mandatos de la Constitución;¹⁵⁹ en segundo lugar estaría la efectividad de los derechos y principios constitucionales; finalmente, la función jurisdiccional que cumple la Corte Constitucional;¹⁶⁰ además de los principios que sustentan la tipología de sentencias que se han abordado, como el de conservación del derecho, interpretación conforme, entre otras.

155 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias de control constitucional», 249.

156 Claudia Storini, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008* (Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional, 2009), 298.

157 Sagüés, «Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico», 120.

158 Perú Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP. 004-2004-CC/TC*, 31 de diciembre de 2004, lit. A, num. 3.3.2, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>.

159 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-109/95*, 15 de marzo de 2009.

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

En Ecuador se da un gran avance respecto de estas sentencias, pues no solo que se han positivizado los principios que las sustentan, como se demostró antes; sino que constitucionalmente se ha consagrado la *inconstitucionalidad por omisión*; y se ha dispuesto que la Corte Constitucional en el caso de encontrar que, no solamente el legislador, sino cualquier institución del Estado o autoridad pública incurra en una omisión al no observar mandatos constitucionales de forma total o parcial en el plazo concedido en la Constitución o el que esta considere razonable, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido.¹⁶¹

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

Un ejemplo de este tipo de sentencias se lo encuentra en un caso en el que la Corte Constitucional colombiana determinó que las sanciones previstas en la ley tributaria para las declaraciones hechas por los contribuyentes a destiempo, eran constitucionales si se permitía que el contribuyente probara que el motivo de su retraso no le era imputable, sino que se originó por fuerza mayor o caso fortuito; para que se entienda mejor, esto dijo la Corte:

en aras de dar aplicación al principio de interpretación constitucional de concordancia práctica de las normas superiores, este fallo debe precisar el sentido conforme a la Carta de las normas demandadas pues, por las razones largamente expuestas en esta sentencia, la Corte considera que es inconstitucional la ausencia de consagración positiva de la fuerza mayor como causal que justifique la presentación de declaraciones extemporáneas, o en otros lugares, o por representantes, de aquellos contribuyentes que por circunstancias ajenas a la culpa no han podido cumplir personalmente la obligación de declarar. La Corte considera que en este caso la única decisión razonable a ser tomada es formular una sentencia integradora que permita subsanar la inconstitucionalidad de la actual regulación pues, conforme a los principios del debido proceso y de justicia tributaria,

161 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 437, num. 10.

es deber de las autoridades administrativas y judiciales permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es imputable por ser consecuencia de hechos ajenos a su voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor. En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad de esta norma, pero en el entendido que ella debe ser interpretada tomando en consideración las situaciones concretas de caso fortuito o fuerza mayor que puedan exculpar al contribuyente que no ha presentado la declaración tributaria en las condiciones señaladas por la ley.¹⁶²

b) Sentencias sustractivas: Llamadas también sentencias reductoras, son aquellas que señalan a una parte del texto del precepto legal como contrario a la Constitución, ya sean estas palabras o frases, y que generen un vicio de inconstitucionalidad, por lo que es necesario suprimirlas.¹⁶³

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

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

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

Un ejemplo de este tipo de sentencias sería:

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

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

162 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-690*, 5 de diciembre 1996.

163 Perú Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP. 004-2004-CC/TC*, 31 de diciembre de 2004, lit. A, num. 3.3.1.

164 Sagüés, «Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico», 121.

165 España Tribunal Constitucional, *Sentencia 233/1999*, 16 de diciembre de 1999, apartado 1.

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

1º En ejercicio de la atribución prevista en el art. 436, num. 3 de la Constitución de la República, se resuelve mediante inconstitucionalidad reductora la expulsión del ordenamiento jurídico de la palabra “constitucionales” que constan en el art. 3, lit. e) y el art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (LOPGE).¹⁶⁶

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

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

Es por ello que se pueden observar las dos operaciones, una ablativa que filtra la inconstitucionalidad de la norma, la elimina; y otra, reconstructiva que llena el vacío dejado, reconstruye la norma, pero ahora sí enmarcada en la Constitución,¹⁶⁸ vendrían a ser una mezcla de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad y una sentencia aditiva o integradora.¹⁶⁹

De igual manera, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú ha optado porque esa sustitución sea incluso literal y no solo normativa,

166 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 002-9-SAN-CC*, 2 de abril de 2009, apartado 4 (Ruth Sení Pinoargote, jueza sustanciadora).

167 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias de control constitucional», 251-2, tomado de Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale* (Bologne: II Mulino, 1988), 299.

168 Roberto Romboli, «La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental», *Revista Española de Derecho Constitucional* 16, n.º 48 (1996): 48, 65.

169 Humberto Nogueira Alcalá, «Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en la América del Sur», *Ius et Praxis* 10, n.º 1 (2004): 113-58.

al decir que se dispone una modificación en una parte literal de la ley, pero aclarando que la parte sustituyente es una norma que ya existe en el ordenamiento jurídico¹⁷⁰ y que precisamente se puede decir que se desprende de la Constitución.

Un ejemplo sería:

2. En ejercicio de la competencia establecida en el art. 436, num. 2 de la Constitución de la República del Ecuador, se declara la inconstitucionalidad sustitutiva de la frase «la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional ordenará su publicación en el Registro Oficial», la que deberá ser sustituida por «este deberá ser tramitado conforme lo prescrito en los arts. 63 al 65 de esta ley».¹⁷¹

SENTENCIAS BILATERALES

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

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

- a) Sentencias exhortativas: Son recomendaciones que el órgano constitucional hace al legislativo, y que «no constituyen exigencias ni mandatos para que este legisle con arreglo a ellos, para no caer en inconstitucionalidad»,¹⁷² pues a decir de Francisco Tomás y Valiente, «son observaciones no vinculantes de inmediato, tendentes a orientar al legislador en una determinada dirección, incluso, a impulsarle a que siga la orientación indicada».¹⁷³
- b) Sentencias de exequibilidad diferida: Son aquellas en las que el órgano constitucional no declara inmediatamente la

170 Perú Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP 004-2004-CC/TC*, lit. A, num. 3.3.3, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>.

171 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 009-13-SIN-CC*, 4 de agosto de 2013.

172 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias de control constitucional», 255.

173 Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: CEPC, 1993), 103.

inexequibilidad de la norma, sino que le concede un período de tiempo al legislativo para que regule al respecto; y mientras tanto, el precepto legal sobrevive en el ordenamiento jurídico, pero con la condición de que, de no hacerlo en ese período de tiempo, el mentado precepto pasará a ser allí sí, inexecutable.¹⁷⁴

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

Los tribunales constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) «legisladores negativos», para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria, en mayor medida aún que otros tribunales.

Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la ley como «expresión de la voluntad popular») ello representaría una separación del principio democrático, ya que los tribunales constitucionales no se limitan, como los tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad.¹⁷⁵

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

174 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias de control constitucional», 257.

175 Arce Gómez Celín, «La Sala Constitucional como legislador positivo» (tesis de doctorado en Derecho, Universidad Estatal a Distancia Vicerrectoría Académica Sistema de Estudios de Posgrado, San José, Costa Rica, 2007), 26.

VALIDEZ DE LAS NORMAS EN LAS SENTENCIAS MODULATIVAS

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

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

La situación problemática planteada desde ese punto de vista requiere un cierto análisis, puesto que lo que se pretende demostrar es que en derecho no existen necesariamente absolutos,¹⁷⁶ todo tiene sus excepciones; así este caso se lo podría enmarcar dentro de esa premisa, y simplemente verificar una vez más, de tantas, que en el derecho no todo puede ser o estar dicho de manera predeterminada.

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

REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS NORMAS

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

La validez equivale a la existencia de la norma, pero como norma jurídica, y para ello es necesario que cumpla ciertos requisitos, estos pueden ser varios, y de acuerdo al autor tener diferentes clasificaciones; así según Norberto Bobbio, los requisitos esencialmente son: a) legitimidad de la autoridad que la promulga; b) que la norma no haya sido derogada; c) que la norma no sea incompatible con otras normas jerárquicamente superiores.¹⁷⁷

Prieto Sanchís, si bien de una u otra manera se refiere a lo mismo, desarrolla de manera un poco más minuciosa estos requisitos o condiciones como él los llama, pues dice que hay condiciones de validez que deben observarse independientemente de si esas normas son eficaces, es decir, si se cumplen o no, o si son justas; y que estas se subdividen en: condiciones formales (referentes a la forma), y materiales (referentes al objeto mismo, es decir, lo que se manda, permite o prohíbe).

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

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

177 Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho* (Bogotá: Temis, 1999), 21.

a que la norma es válida cuando su contenido, es decir, lo que manda, prohíbe, permite, no se contradice con la norma superior.¹⁷⁸

LAS SENTENCIAS MODULATIVAS Y EL PROBLEMA DE VALIDEZ DE LAS NORMAS

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

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

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

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

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

178 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 75-8.

De los requisitos planteados por Bobbio, en realidad únicamente atendería contra aquel que requiere legitimidad del órgano que la crea, y al respecto en el primer capítulo de este trabajo claramente quedó justificado que la legitimidad del órgano constitucional es jurídica.

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

La Sentencia 002-9-SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador resuelve muchos problemas respecto a los derechos de las personas discapacitadas, pero este momento interesa como sentencia modulativa reductora que anuló o suprimió una parte textual de un precepto legal, y resolvió eliminar una palabra.¹⁷⁹ En esta sentencia claramente se puede constatar que un precepto es cambiado, es decir, pasa a existir uno nuevo, que si bien cumple con las condiciones materiales porque no contradice la norma superior, deja aparentemente de lado las condiciones de validez formal, pues en primer lugar no fue emitida por el órgano legitimado para ello, haciendo referencia a la legitimidad como representación, ya que nace de la Corte Constitucional y no del órgano legislativo; en segundo lugar, no ha cumplido con el procedimiento para su creación, ni siquiera se ha debatido sobre la misma; en cuanto al tercero no existe problema alguno, es decir, que la norma se refiera al campo para el cual ha sido autorizada.

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

Lo que hay que tener presente es que la Corte Constitucional no pretende tomar una norma inválida por no cumplir con las condiciones de validez material, eliminarla del ordenamiento jurídico, e ingenuamente crear otra norma que cumpla con las condiciones de validez material, pero esta vez viole las de validez formal; esto no es así, pues si

179 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 002-9-SAN-CC*, 2 de abril de 2009.

se sostiene que las normas resultantes de las sentencias modulativas no son válidas se estaría adoptando el limitado criterio anterior.

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

Lo que sucede con las sentencias modulativas en primer lugar no es que crean disposiciones legislativas, sino que toman una inválida y la vuelven válida, esto por cuestiones de no generar anomias innecesarias en el ordenamiento jurídico, y porque aquello que siempre está en juego son los derechos de las personas, y el tratamiento que merecen es urgente, pues esperar a que el mismo legislativo corrija el error podría demorar algún tiempo y esto no sería factible; por ello estas sentencias incluso funcionarían como una garantía directa de los derechos, a más de resguardar los principios citados anteriormente.

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

El derecho no puede ser entregado totalmente, el derecho se lo va construyendo según el contexto en el que debe operar; criterios

180 Escobar Gil, «La modulación de las sentencias de control constitucional», 263.

excesivamente cerrados no funcionan, tampoco es recomendable ir al otro extremo, lo que hay que buscar es el equilibrio.

Como dice Manuel Atienza, ahora el derecho, fundamentalmente, consiste en argumentar,¹⁸¹ y esa es una tarea que queda aún por desarrollar.

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

181 Manuel Atienza. *El derecho como argumentación*, 2ª. ed. (Lima: Palestra, 2006). En esta obra Atienza se refiere a la importancia que ha cobrado la argumentación con el advenimiento del Estado constitucional, y el énfasis del derecho como argumentación. Un ensayo muy ilustrativo sobre el papel actual que desempeña la argumentación dentro de la justicia, precisamente desde su doble perspectiva, ya como espada y al mismo tiempo como escudo de la justicia; se puede consultar de manera muy concisa a Fernando Guerra, «La argumentación jurídica espada y escudo de la justicia», en *Novedades Jurídicas*, n.º 94 (Guayaquil: Ediciones Legales, 2014), 58-63.

CAPÍTULO TERCERO

LAS SENTENCIAS MODULATIVAS EN LA REALIDAD ECUATORIANA

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

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

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

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

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

Previo a ello cabe un pequeño análisis comparado respecto a la manera en que han sido edificadas estas sentencias en otros ordenamientos. Para este cometido se ha tomado sentencias bastante claras sobre la temática tratada; en primer lugar, lo que el Tribunal Constitucional peruano ha planteado.

El Tribunal Constitucional de Perú, ha dicho que la construcción de las sentencias manipulativas e interpretativas se justifica en función de la necesidad de no generar graves efectos resultado de la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico. Ha dicho pues que, tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad del tribunal: el principio de conservación de la ley y el de interpretación conforme a la Constitución.¹⁸²

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

Sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución, ha dicho: «Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el pleno del texto fundamental»;¹⁸⁵ pues en realidad los vacíos que se crean pueden generar graves daños en lo venidero, el Tribunal exactamente dijo:

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los «huecos

182 Perú Tribunal Constitucional, *Sentencia EXP. 004-2004-CC/TC*, 31 de diciembre de 2004, apartado A, num. 3.3, 4to párr.

183 *Ibíd.*, apartado A, num. 3.3, 5to párr.

184 *Ibíd.*, apartado A, num. 3.3, 6to párr.

185 *Ibíd.*, apartado A, num. 3.3, 7to párr.

normativos» emanados de un simple fallo estimatorio. Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.¹⁸⁶

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

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

La Corte Constitucional de Colombia, en cambio, ha desarrollado y utilizado este tipo de sentencias desde hace mucho tiempo atrás, incluso cuando ni siquiera existían tribunales constitucionales europeos; la Corte Suprema de Justicia de Colombia en 1886, por ejemplo, ya había recurrido a sentencias interpretativas.¹⁸⁷

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

186 *Ibíd.*, apartado A, num. 3.3, párrs. 12 y 13.

187 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-109/95* (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, num. 4 de los fundamentos jurídicos).

188 *Ibíd.*

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

La corporación ha fundamentado sus argumentos no solo en el propio texto constitucional, lo ha hecho además teniendo por base jurisprudencia y doctrina extranjera; en ese sentido ha dicho que el recurso de modular sentencias resulta necesario debido a las tensiones valorativas implícitas en todo el texto constitucional, motivo que ha sido el móvil para que la mayoría de los tribunales constitucionales hayan ido generando diversos tipos de fallos que le permitan desempeñar de manera óptima su función de control constitucional, tal es el caso de la jurisprudencia alemana e italiana.¹⁹⁰

Entre los principales fundamentos utilizados por la Corte Constitucional para la construcción estas sentencias, están los siguientes.¹⁹¹

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

189 *Ibíd.*

190 Para el caso alemán, ver Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución* (Madrid: CEPC, 1991), 62, 218 y s. Para el caso italiano, ver Alessandro Pizzorusso, «El tribunal Constitucional italiano», en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, ed. Louis Favoreu (Madrid: CEPC, 1984), 252 y s., citados en Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-109/95*, 15 de marzo de 2009.

191 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-109/95*, 15 de marzo de 2009.

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

Por último, la Corte considera pertinente precisar que esta aplicación directa de la Constitución efectuada en esta sentencia no implica que el Legislador haya perdido su facultad de regular las causales de impugnación de la presunción de paternidad legítima. En efecto, como se señaló anteriormente en el numeral 11 de esta sentencia, en este campo opera en principio la libertad de configuración política del Legislador, por lo cual puede la ley —como es obvio, dentro de los marcos de la Carta— regular en forma diversa las causales para controvertir las presunciones legales en esta materia.¹⁹²

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

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

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

En la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 002-9-SAN-CC, de 2 de abril de 2009, ha hecho referencia abundante a jurisprudencia colombiana y peruana. De la jurisprudencia del tribunal peruano ha extraído los criterios de entender a la inconstitucionalidad como algo sumamente delicado, que ha sido encomendado a los tribunales constitucionales y que debe ser utilizado solo cuando se esté frente a

192 *Ibíd.*, num. 21 de los fundamentos jurídicos.

incompatibilidades inconciliables, es decir, debe manejarse solo de *ultima ratio*; además ha utilizado el criterio de la interpretación conforme a la Constitución con el objetivo de dar coherencia al ordenamiento jurídico infraconstitucional y darle correspondencia con ella. El principio de conservación del derecho en cambio lo ha extraído de la jurisprudencia colombiana que le ha dado una utilidad en función de defensa del principio democrático, pues el órgano constitucional por ello debe salvar al máximo las disposiciones provenientes del legislador. Con base en esto se sostiene que dichos tribunales han construido soluciones a esta situación problemática que se han materializado mediante la creación de varias alternativas de sentencias.¹⁹³

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

En otras sentencias en cambio deja de referirse a jurisprudencia extranjera y utiliza doctrina, así, cita a varios autores, entre otros a Antonio López Pinas, quien ha establecido como elementos fundamentales de la interpretación constitucional la normatividad directamente aplicable de la Constitución, la interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución, el caduco dogma de la ley suprema, todopoderosa, inatacable, el hecho de que la Carta Magna ya no es simplemente un conjunto de mandatos dirigidos al legislador incapaces de ser invocados por los ciudadanos, y finalmente, que los derechos fundamentales no se encuentran sometidos al arbitrio del legislador, sino que están consagrados en la Constitución.¹⁹⁵

193 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia 002-9-SAN-CC*, 2 de abril de 2009.

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

195 Antonio López Pina, *División de poderes e interpretación* (Madrid: Tecnos, 1987), 132 y s., citado en Ecuador CCPT, *Sentencia 001-12-SIC-CC*, 5 de enero de 2012 (Manuel Viteri Olvera, juez constitucional sustanciador).

De igual manera, en la Sentencia 004-13-SAN-CC, de 13 de junio de 2013, la Corte al utilizar el recurso de la modulación mediante una sentencia sustitutiva, cita a Pedro Sagüés, quien sostiene que este tipo de dictamen es evidencia de un poder legisferante positivo de los órganos constitucionales, pues se expulsa a una norma identificada como inconstitucional y en su lugar coloca otra.¹⁹⁶ Cabe aquí mencionar que en realidad la Corte Constitucional no actúa con un *poder legisferante*, no está inmiscuyéndose en las facultades del legislador, ya que actúa sobre un determinado precepto legal existente en el ordenamiento y basándose en una intervención jurídica, pues utiliza un método jurídico buscando llegar como máximo intérprete de la Constitución, a un ordenamiento infraconstitucional coherente con el marco constitucional, y buscando sobre todo la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución.

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

Inicia esta sentencia refiriendo el art. 74 de la LOGJCC, y dice que el control de constitucionalidad tiene por objeto dar coherencia al ordenamiento jurídico y garantizar su unidad mediante la eliminación de las incompatibilidades normativas que puedan surgir. Pero dicha eliminación debe darse en función del art. 76 del mismo cuerpo legal, por el que se debe propender a la permanencia del precepto en el ordenamiento, es decir, conservar la ley; razón por la que previo a la expulsión realizará una minuciosa interpretación conforme a la Constitución.¹⁹⁷ En efecto este fue el fundamento:

En consecuencia con la finalidad de salvaguardar el principio de conservación del derecho, y en aplicación de los arts. 429, 436, num. 1 y 436, num. 2 de la Constitución de la República, en concordancia con el art. 76, num. 5 y 6 de la LOGJCC, esta Corte Constitucional ve la necesidad

196 Sagüés, «Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico», citado en Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 004-13-SAN-CC*, 13 de junio de 2013.

197 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 9-13-SIN-CC*, 14 de agosto de 2013.

[...] de aplicar una sentencia manipulativa sustitutiva, como medio idóneo de «garantizar la vigencia de derechos constitucionales y la supremacía constitucional».¹⁹⁸

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

Sin embargo, lo anterior tiene una explicación, pues por ejemplo en la Sentencia 002-9-SAN-CC, de 2 de abril de 2009, se hace alusión exclusivamente a jurisprudencia peruana y colombiana; esto debido a que para la fecha no estaba promulgada aún la LOGJCC, que fue publicada en el Registro Oficial 52, suplemento, de 22 de octubre de 2009. Entonces no pudieron hacer referencia al andamiaje que trae consigo la mentada ley respecto de la construcción de estas sentencias.

En cambio, ya en la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, en el año 2010, el argumento creció sustancialmente con el andamiaje que trajo consigo la LOGJCC; pues en esta sentencia se hace referencia a jurisprudencia peruana, colombiana, además se utiliza doctrina, y juntamente con todo ello, y como principal sostén jurídico, la propia Constitución y su ley reglamentaria.¹⁹⁹

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

198 *Ibíd.*

199 *Ibíd.*, Sentencia 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010. En esta sentencia se hace referencia a jurisprudencia extranjera y nacional que sustenta jurídicamente estas sentencias modulativas; de igual manera toma doctrina para ello, pero sobre todo, se refiere al eje jurídico de las mismas, presente en la Constitución y en su ley reglamentaria.

SENTENCIAS MODULATIVAS ENMARCADAS EN LAS FACULTADES CONSTITUCIONALES

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

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

SENTENCIA 002-9-SAN-CC (EXONERACIONES TRIBUTARIAS A DISCAPACITADOS)

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

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

No obstante, estas personas al tener problemas en lo que en aquel entonces se denominaba Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE), acuden nuevamente al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS); dicha institución al dudar, respecto de la aplicación de la norma que permitía la importación de vehículos usados, solicita al Procurador General del Estado que emita un informe sobre la vigencia, aplicación y exigibilidad de dicha norma, según lo dispone el art. 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado. Ante ello dicho funcionario emite su Dictamen 01421, y en lo principal señala que la norma consultada

200 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 002-9-SAN-CC*, 2 de abril de 2009.

es contradictoria con los arts. 27, lit. i) de la Ley Orgánica de Aduanas (LOA), 50 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, que protege a los discapacitados y al medioambiente. Es así que se basa en un criterio jerárquico para resolver la antinomia, y expresa que estas normas son jerárquicamente superiores a la enjuiciada, y lo que a breves rasgos manifiesta es que los vehículos al ser usados ponen en riesgo a los accionantes por su condición, y que igualmente al ser vehículos con tres años de existencia, contaminan el medio ambiente, realizando por ende, una especie de ponderación.

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

Otro problema que cabe mencionar es que el art. 13 de la LOPGE, permitía a su Procurador absolver consultas sobre la aplicación de normas constitucionales, legales y de otro orden, mediante sus dictámenes. Facultado en la disposición señalada, al absolver la consulta del CONADIS, dispuso con carácter vinculante que no se podían importar vehículos usados en vista de que se estaría arriesgando la integridad física de los solicitantes, y afectando el medio ambiente, todo ello desde una interpretación de la Constitución ecuatoriana.

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

- a) Niega la acción de incumplimiento en contra del Procurador General del Estado.
- b) Concede la acción por incumplimiento en contra del Gerente General de la CAE, por no cumplir con los dictámenes que

habían sido emitidos por los procuradores anteriores, en los que sí se autorizaba la importación; pues el Dictamen 01421 es emitido con posterioridad y no puede tener efectos retroactivos; y por lo tanto, emita las respectivas órdenes de embarque de los vehículos en 15 días.

- c) Declara la inconstitucionalidad del Dictamen 01421, en el que se hizo la interpretación constitucional por parte del Procurador General del Estado.
- d) Expulsa del ordenamiento jurídico mediante inconstitucionalidad reductora la palabra *constitucionales* de los arts. 13 y 3, lit. e) de la LOPGE.
- e) Declara que la interpretación constitucional respecto del requisito formal, esto es la factura, del art. 44, lit. b) de la LOA, ha de entenderse solo para vehículos nuevos.

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

Sobre el art. 13, lit. e) de la LOPGE la Corte dijo:

4. En ejercicio de la atribución prevista en el art. 436, num. 3 de la Constitución de la República, se resuelve mediante inconstitucionalidad reductora la expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano de la palabra *constitucionales* que constan en el art. 3, lit. e) y art. 13 de la LOPGE. En consecuencia, el señor Procurador General del Estado en adelante, deberá abstenerse de emitir dictámenes en los que se haga interpretación de normas constitucionales, so pena de incurrir en arrogación de funciones.²⁰¹

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

Ahora, cabe determinar si fue necesaria dicha reducción. En primer lugar, la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación

201 *Ibíd.*

y control constitucional, según lo disponen los arts. 429 y 436, num. 1 de la Constitución. En segundo lugar, el art. 237, num. 3 de la Constitución faculta al Procurador la absolución de consultas por parte de organismos del sector público (con carácter vinculante), sobre la inteligencia o aplicación solo de la ley. Razón por la que el art. 13 de la LOPGE está en manifiesta contradicción con los preceptos constitucionales citados. Las siguientes cuestiones podrían haber sucedido de no resolverse mediante la modulación:

- a) Si calificaba a los preceptos como constitucionales, lo que generaba es una reforma informal de la Constitución que se denomina *mutación*; pues al decir que es constitucional que el procurador realice interpretaciones vinculantes sobre la Constitución lo que hacía es dejar sin contenido el artículo constitucional antes citado que le facultaba hacerlo solo sobre normas legales, y la Corte dejaría de ser el máximo órgano de interpretación constitucional como se desprende de la normativa suprema, generando con ello uno de los problemas a los que se hizo referencia en el capítulo anterior de que en el posible evento que la Corte debiendo modular no lo haga y declare constitucional el precepto, generaría una mutación de la Constitución por sostener que es constitucional lo que abiertamente no lo es.
- b) Y si calificaba de inconstitucional todo el precepto lo que generaría es una contradicción con lo dispuesto en la Constitución que autoriza al procurador a absolver consultas sobre la inteligencia de normas legales; pues si decía que todo el precepto es inconstitucional el procurador perdía también la facultad de interpretar normas legales que sí estaban autorizadas en la Constitución, generando una contradicción que también desembocaría en una mutación. Alguien podría haber dicho que era mejor declarar toda la disposición como inconstitucional puesto que la Constitución si prevé que el procurador interprete normas legales; pero esto no es así, ya que la Corte al tener la última palabra, si declaraba inconstitucional decía que el procurador no puede hacerlo ni sobre normas legales, a pesar de que la Constitución lo diga, pues la Corte es la que da la última lectura del texto constitucional.

De ahí que las soluciones extremas de constitucionalidad e inconstitucionalidad no resuelven el problema, únicamente lograban hacer que la Corte se exceda en sus límites e incluso reforme su propio marco que es la Constitución.

En la misma sentencia la Corte hace una interpretación sobre el art. 44, lit. b) de la LOA, y dice:

5. En ejercicio de la atribución prevista en el art. 436, num. 1 y 3 de la Constitución de la República, se declara la interpretación constitucional condicionada del art. 44, lit. b) de la LOA y, por tanto, se deberá interpretar los términos «factura comercial» como exigencia de documentos respecto a vehículos nuevos; asimismo, se deberá tener como satisfecho este requisito con la presentación del documento equivalente que se pueda obtener para los vehículos usados que pretenda importar la población discapacitada.²⁰²

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

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

SENTENCIA 001-10-SIN-CC (LEY DE MINERÍA)

Esta sentencia ha generado extenso debate público desde su emisión (18 de marzo de 2010) hasta la actualidad, en función de que en ella se ha visto plasmada la capacidad legislativa de la Corte Constitucional.

Esta sentencia²⁰³ es dictada dentro de los casos acumulados n.º 0008-9-IN y n.º 0011-9-IN, por demandas de inconstitucionalidad de la Ley de Minería.

202 *Ibíd.*

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

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

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

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo la Corte dice que en función del principio de conservación del derecho, debe salvarse hasta donde sea razonable la constitucionalidad de la ley impugnada; por lo tanto declara la constitucionalidad condicionada de los arts. 15, 28, y 31 inciso segundo, arts. 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, que se refieren a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, concesiones mineras y las instalaciones generadas a partir de ello; dice que los mentados artículos son constitucionales mientras no se apliquen a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias; y que toda actividad minera que se pretenda realizar sobre los territorios de dichas comunidades debe someterse al «procedimiento de consulta previa» establecido en el art. 57, num. 7 de la Constitución, y las reglas establecidas por la Corte.

Como se puede observar de lo dicho anteriormente, y de la lectura que de la sentencia se haga, la Corte Constitucional utiliza el recurso de las sentencias interpretativas desestimatorias, pues dice que los artículos de la Ley de Minería son constitucionales en tanto se interpreten de determinada manera. Y de hecho lo hace muy bien, argumenta correctamente, se basa en jurisprudencia comparada, en doctrina, pero especialmente, lo hace con sustento en los num. 1 y 3 del art. 436 de la Constitución; arts. 5 y 76; num. 3, 4 y 5; y, art. 95, inciso primero de la LOGJCC.

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

- a) De haber declarado la inconstitucionalidad de los artículos antes manifestados de la Ley de Minería respecto a las declaraciones de utilidad pública, concesiones mineras, etc., implicaba que se hubiese generado un vacío en cuanto a esta regulación sobre aquellos sectores de la población que no requerían de una consulta previa.
- b) En cambio, el declararlos constitucionales traía consigo la afección a los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afro ecuatorianas; ya que toda actividad minera en sus territorios debería ser consultada previamente, y de ser constitucionales los artículos, todo esto se obviaría, y se ocasionaría conjuntamente con la violación a los derechos colectivos, la violación al derecho a la igualdad material.

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

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

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

Pero sí existe un error en la sentencia, y el error se presenta en el método utilizado para la solución del problema, pues la Corte crea el procedimiento solo fundamentándose en lo dispuesto en el num. 17 del art. 57 de la Constitución relativo a la consulta, sin adoptar previamente medidas legislativas, cuando del mismo artículo, en concordancia con el num. 3 de la disposición transitoria primera²⁰⁴ de la Constitución, se desprende una reserva de ley bastante clara, pues se manifiesta que deberá crear una ley que regule la participación ciudadana, y la consulta pre legislativa es un derecho colectivo, pero también evidencia una forma de participación. Y se enfatiza que es un error porque la Corte simplemente crea el procedimiento, pero no dice en función de qué, y con qué sostén jurídico lo hace, por ello parece arrogarse facultades legislativas en vista de que dicho ámbito de regulación estaba reservado al legislador.

Sin embargo, el error de la Corte radica en la forma, pues en el fondo su actuar es correcto, ya que es lo que debió hacer; el ¿cómo? está mal, el ¿qué? está bien. La Corte en función de sus facultades dadas en el art. 436 de la Constitución, y sobre todo del num. 10,²⁰⁵ debió haber declarado la inconstitucionalidad por omisión sobre el procedimiento para la consulta pre legislativa en el caso de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afroecuatorianas, y solo entonces pasar a establecer el procedimiento.

204 La Constitución del Ecuador, en el num. 3 de la disposición transitoria primera, dispone que la Asamblea, en el plazo máximo de trescientos sesenta días emita una ley que regule la participación ciudadana.

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

Dicho de manera más simple, la Corte al emitir el procedimiento parece estar entrometiéndose en un ámbito reservado al legislador puesto que no se ha modulado preceptos, y la modulación opera sobre preceptos ya existentes y no invade el amplio actuar que sobre una reserva tiene el legislador. Parece que invade porque la Corte no da el sustento jurídico, el método jurídico si se quiere, utilizado para crear el procedimiento. Si bien, el procedimiento creado es correcto en pro de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afroecuatorianas, debió hacerlo sustentada en su facultad de declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, y una vez sostenido aquello emitir el procedimiento, y en ese orden de cosas apartarse de cualquier invasión, apegándose completamente a su facultad conferida por la Constitución, y a un actuar jurídico protector de los derechos.

SENTENCIA 001-11-SIO-CC (REVOCATORIA DEL MANDATO)

Esta sentencia²⁰⁶ es emitida por la Corte en función de una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa puesto que no se ha creado un procedimiento sobre la revocatoria de mandato prevista en el art. 105 de la Constitución, omitiendo de esta manera los mandatos constitucionales contenidos en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República, que ordenaba al legislativo en el plazo máximo de ciento veinte días expedir una ley electoral, y en trescientos sesenta días una ley de participación ciudadana, pues dicha normativa referente a la revocatoria del mandato debería haber sido establecida en estos cuerpos legales, y no se lo hizo en ninguna de las dos.

Únicamente la Ley Orgánica Electoral, en su art. 200, establecía un plazo menor al fijado en el art. 106 de la Constitución²⁰⁷ respecto de la convocatoria a la revocatoria del mandato; y, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC), en su art. 27, establece un plazo de ciento

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

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

ochenta días para la recolección de firmas del respaldo ciudadano, sin establecer absolutamente nada más.

La Corte Constitucional resolvió negar la demanda de inconstitucionalidad por omisión, pero dispuso que todos los procesos calificados de revocatoria del mandato se suspendan hasta que la Asamblea Nacional establezca un procedimiento para hacer efectivo este derecho de participación. Además, por conexidad declaró la inconstitucionalidad parcial de la frase *por el plazo de siete días* de la Ley Orgánica Electoral, así como del inciso segundo de la LOPC; y, que se tenga como plazo el establecido en el art. 106 de la Constitución, es decir, 15 días. Dos cuestiones a observar surgen de esta sentencia, el primero sobre la modulación que hace la Corte, y el segundo sobre la omisión legislativa que es desechada por la Corte Constitucional.

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

La modulación reductora es correcta por lo siguiente:

- a) Si se declaraba inconstitucional todo el precepto significaba que era inconstitucional no únicamente el plazo, sino también la convocatoria a revocatoria del mandato, cuestión que hubiese resultado abiertamente contraria a la Constitución.
- b) Si se declaraba constitucional todo el precepto, significaba, en cambio, que el plazo de siete días, contrario al de quince establecido en la Constitución, era constitucional; y con ello la Corte generaba una reforma informal de la Constitución, una mutación.

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

En segundo lugar, respecto de la inconstitucionalidad por omisión la Corte se contradice en su decisión, pues en primer lugar niega la inconstitucionalidad por omisión y seguidamente reconoce una omisión

al indicar que los procesos deben permanecer suspendidos hasta que la Asamblea Nacional establezca el procedimiento para la revocatoria del mandato; es decir, dice primero sí hay omisión, y luego, niego que exista. Es una contradicción muy clara, y para fundamentarla incluso llega a reformar la Constitución, como se constatará en próximas páginas, al tratar los excesos.

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

SENTENCIA 004-13-SAN-CC (REPARACIÓN ECONÓMICA)

Esta sentencia²⁰⁸ es muy valiosa, pues resuelve muchas inconsistencias que sobre la reparación integral se daban en la práctica.

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

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

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

208 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 004-13-SAN-CC*, 13 de junio de 2013.

El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado, y en la vía verbal sumaria cuando deba hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos.²⁰⁹

En segundo lugar, declara la inconstitucionalidad de la frase «De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación, y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes», del art. 19 de la LOGJCC, y la reemplaza por la frase «Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite».²¹⁰

En esta decisión la Corte utiliza dos recursos: sentencia interpretativa y sustitutiva.

En cuanto a la interpretación realizada del art. 19 de la LOGJCC, dos cosas importantes. Primero que la reparación económica es solo parte de la reparación integral; y segundo que el proceso que se instaura para establecerla no será de conocimiento sino solo de ejecución; es decir, no se entrará a discutir sobre la vulneración de derechos. Y, sobre el mismo artículo en su parte final realiza la sustitución. Esta decisión de la Corte es muy acertada pues viene a solucionar muchos mal entendidos que en la práctica se sucedían.²¹¹

El declarar inconstitucional todo el precepto generaba un grave vacío normativo, y como consecuencia de ello el posible establecimiento de reparaciones económicas apresuradas, sin un análisis necesario. La acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los

209 *Ibíd.*, punto 4 de la decisión.

210 *Ibíd.*, punto 5 de la decisión.

211 En la práctica, se entendió que se abría un nuevo proceso de conocimiento que podría durar mucho tiempo, pues de presentarse aquello para reclamar la reparación económica, no de ejecución, sino de conocimiento, y que admite tanto el recurso de apelación, incluso de casación, implicaría la inversión de una gran cantidad de tiempo, perdiendo total sentido la garantía; entonces para qué la acción de protección si no va a reparar económicamente al menos, ante esa situación sería conveniente acudir directamente a la vía civil a demandar daños y perjuicios, pero con este tratamiento se desnaturalizaría por completo el sentido de la garantía jurisdiccional, por no reparar el derecho con la inmediatez del caso.

derechos,²¹² y su procedimiento será sencillo, rápido y eficaz;²¹³ del procedimiento establecido en la LOGJCC, se deduce que esta durará seis días;²¹⁴ sin embargo, esto es bastante corto como para poder determinar un monto económico a repararse, ya que el juez obviamente puede necesitar de ayuda técnica para establecer una cifra, como es el caso de peritos liquidadores; no es viable que en tan corto tiempo se plasme en la sentencia una cifra económica.

El declarar la constitucionalidad de igual manera no solucionaba el problema, por lo contrario, lo empeoraba, y gravemente. Lo que hubiese sucedido es que la garantía hubiese perdido total eficacia, y como se ha venido sosteniendo, implicaba una reforma informal de la Constitución, una mutación; toda vez que, al aceptar que la reparación económica requiere de otro proceso que admita todos los recursos, se estaba diciendo que iba a convertirse en un trámite demorado, dejando sin contenido lo que antes se mencionó, en cuanto a que la Constitución habla de un procedimiento rápido, sencillo y eficaz.

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

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

SENTENCIA 102-13-SEP-CC (ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN)

Es dictada²¹⁵ dentro de una acción extraordinaria de protección, mediante la cual se impugna una sentencia expedida por los jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro de una acción de protección, misma que

212 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 88.

213 *Ibíd.*, art. 86.

214 De la lectura de los arts. 13 y 15 de la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* se puede deducir ese tiempo.

215 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 102-13-SEP-CC*, 4 de diciembre de 2013.

fue inadmitida en primera instancia y confirmada en segunda por la mentada sala.

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

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

Precisamente el mentado artículo dice que cualquier persona o grupo podrá interponer una acción de protección; además indica que será competente cualquier juez del lugar en el que se produzca el acto u omisión, o donde se generen sus efectos; y finalmente, establece las normas comunes de procedimiento indicando que este deberá ser: rápido, sencillo y eficaz, oral en todas sus fases, pudiendo incluso la demanda ser propuesta de manera oral o escrita; habilita a todos los días y horas para la presentación de esta acción, no se requerirá de un abogado que la patrocine, que las notificaciones se realizarán por los medios más eficaces, y que no se aplicarán las normas que tiendan a retrasar el proceso.²¹⁶

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

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

216 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 86.

En efecto, el art. 10²¹⁷ de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se corresponde con el modelo de Estado y con lo establecido en la Constitución; el art. 13 de ley habla sobre la calificación de la demanda, y dice que en 24 horas luego de la presentación el juez deberá calificar la demanda o inadmitirla de manera motivada.

Sin embargo, ya en la práctica, los jueces no se fijaban en los requisitos bastante informales, y así inadmitían la acción en su auto inicial, utilizaban las causales de improcedencia establecidas en el art. 42²¹⁸ de

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

1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.
2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado.
3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
4. El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuera la misma persona y si el accionante lo supiere.
6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.
7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.
8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierta la carga de la prueba.

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

218 «Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.

la misma ley para inadmitir las demandas de manera completamente ausente de motivación, basados en que el último inciso de este art. 42 les facultaba inadmitir en su primer auto cuando estén frente a una de esas causales de improcedencia.

Lo que sucedió, y esto para evitar la inadmisión, es que se empezara a presentar acciones de protección técnicamente elaboradas; es decir, requerían que fueran trabajadas por un abogado que explicara de manera muy detallada todo lo referente a dichas causales de improcedencia, para que se pudiera tener la esperanza de que el juez no deseché en su primer auto la demanda, con ello al parecer se acabó con la informalidad y se dio paso al tecnicismo y formalidad estrictas. Al destruir la informalidad en una de las garantías más cercanas al pueblo, sin duda, se limitaba el acceso a la misma, y con ello se generaba una violación de derechos grave.

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

Frente a esto la Corte Constitucional como máximo órgano (encargado por el constituyente) en materia constitucional subsanó el problema, pues lo que dijo en la Sentencia 102-13-SEP-CC, fue que en realidad la informalidad se corresponde con el modelo de Estado propugnado en la Constitución ecuatoriana, y que lo establecido en el art. 10 de la LOGJCC es parte de dicha informalidad, así que los jueces al momento de inadmitir una acción de protección deberán simplemente observar los requisitos de ese artículo y no confundir lo que es admisión, que se refiere al análisis solo de cuestiones de forma, con lo que es procedencia, que ya analiza el aspecto material o de fondo.

4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

6. Cuando se trate de providencias judiciales.

7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

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

En función de lo anterior, en el análisis de admisión (al ser solo sobre el tema formal), excepcionalmente se podría inadmitir una demanda, ya que incluso el juez debía subsanar la omisión de alguno de esos requisitos, pues se trataba de una acción muy informal; en la práctica se inadmitía la acción de protección tomando en cuenta aspectos de fondo que merecían de un análisis que pasara por un proceso, e incluso por temas probatorios, pues no se puede inadmitir de primera una acción de protección, y la Corte precisamente dijo:

La inadmisión de una demanda no puede entonces ser utilizada como una forma de escape del juzgador constitucional para inhibirse de su obligación constitucional y legal en la tutela de los derechos constitucionales, pues esta forma de proceder deviene en una real inhibición de conocer garantías jurisdiccionales, lo cual se encuentra proscrito legalmente para los jueces constitucionales.²¹⁹

Además, la Corte en esta Sentencia 102-13-SEP-CC, moduló normativamente los arts. 40 y 42 de la LOGJCC, lo dijo de esta manera en su ratio decidendi:

4.- [...] Corte Constitucional efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del art. 42 de la LOGJCC, en el siguiente sentido:

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

5.- [...] efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del art. 40 de la LOGJCC, en el siguiente sentido:

Los requisitos establecidos en el art. 40 de la LOGJCC, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la LOGJCC.²²⁰

219 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 102-13-SEP-CC*, 4 de diciembre de 2013.
220 *Ibíd.*

En tal sentido es claramente comprensible que la jurisprudencia constitucional se corresponde con el modelo de Estado y con lo dicho en la Constitución, y en el art. 10 de la LOGJCC, y muestra una cosa muy diferente a la que, de analizar solo la ley, se hubiese concluido.

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

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

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

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

OTRAS SENTENCIAS MODULATIVAS

La Corte Constitucional ha hecho uso en un alto grado de las sentencias modulativas,²²¹ pues como se demostró antes, estas pueden ser

221 Por ejemplo, en la *Sentencia 003-09-SIN-CC*, 23 de julio de 2009, se utilizó el recurso de la modulación interpretativa; en la *Sentencia 003-10-SIN-CC*, 8 de abril de 2010, se empleó el recurso de la modulación reductora o sustractiva; en la *Sentencia 014-10-SCN-CC*, 5 de agosto de 2010, se aplicó el recurso de la modulación interpretativa o constitucionalidad condicionada, como lo llama la Corte; en la *Sentencia 03-10-SCN*, 2 de diciembre de 2010, se refleja la utilización de la modulación reductora. Y en general la Corte ha venido haciendo uso de este recurso de manera

muy beneficiosas para una adecuación del ordenamiento jurídico infraconstitucional a los parámetros constitucionales, pero sobre todo, para garantizar la efectivización de los derechos garantizados en la Constitución ecuatoriana.

EXCESOS MANIFIESTOS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: MUTACIONES

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

DICTAMEN 001-11-DRC-CC

Este dictamen resulta muy ilustrativo para mostrar la temática de las mutaciones, pues en él vamos a diferenciar claramente lo que es mutación y una de sus posibles consecuencias como sería la sustitución.²²²

De este dictamen se desprenden claramente algunas *mutaciones* y una *sustitución*. La mutación se da cuando la Corte dice:

Se deja claro que el control aquí planteado excluye un examen material de las cuestiones objeto del presente pronunciamiento, dejando a salvo la posibilidad del control abstracto posterior respecto a las disposiciones jurídicas que se generarán como resultado del plebiscito.²²³

Argumento que en esta parte de la resolución hay mutación por lo siguiente: el último inciso del art. 104 de la Constitución, dice que en cuanto a consulta popular se requerirá un dictamen previo de la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de las preguntas; y el num. 2 del art. 438 sostiene igualmente que la Corte Constitucional emitirá un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de las convocatorias a consultas populares.

usual, pues al momento de tomar una muestra de sentencias seguro se ha de encontrar con modulaciones de diferentes tipos.

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

223 Ecuador Corte Constitucional, *Dictamen 001-11-DRC-CC*, 15 de febrero de 2011.

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

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

La sustitución se da en el momento en que la Corte en su dictamen califica a la enmienda como el mecanismo adecuado para proceder a la reforma, cuando claramente de las preguntas que se hacían, se buscaba restringir derechos y garantías, sabiendo que la Constitución ecuatoriana ni siquiera permitía este tipo de reformas.²²⁴

Es claro que se da una sustitución puesto que se reforma el texto constitucional vía enmienda, sobre algo que la Constitución no lo permitía, y que, según la ley se requería convocar a una Asamblea Constituyente.²²⁵

Pero para que opere esta sustitución la Corte primero muta la Constitución, y lo hace cuando entra a modificar las preguntas para supuestamente volverlas constitucionales cuando en ninguna parte de la Constitución se permitía eso; es decir, la que preguntó al pueblo fue la Corte Constitucional, misma que según la Constitución solo debía limitarse a decir si las preguntas eran o no constitucionales, y si el procedimiento era el acertado.²²⁶

Se nota cómo en primer lugar la Corte Constitucional reforma informalmente la Constitución sin pasar por ningún tipo de canal

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

225 Ecuador, *LOGJCC*, art. 101.

226 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 443.

democrático, y luego su mutación genera también una sustitución, es decir, una alteración textual de la Constitución.

De igual forma la Corte Constitucional ha procedido en otros dictámenes respecto a la reforma constitucional, tal es el caso del Dictamen 001-14-DRC-CC, de 26 de junio de 2014, y el Dictamen 001-18-DRC-CC, de 20 de junio de 2018, que en este trabajo no pueden ser abordados y serán objeto de posteriores reflexiones.

SENTENCIA 001-11-SIN-CC

En esta sentencia se va a observar mutaciones en sentido estricto, o sea ya no hay que diferenciarlas de sustituciones, pues aquí la Corte reforma la Constitución sin que se dé ninguna alteración textual en ella; y en efecto la Sentencia 001-11-SIN-CC, estableció lo siguiente:

Como se puede observar, la Asamblea Nacional ha dado cumplimiento al precepto constitucional determinado en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución de la República, por lo que bajo una interpretación integral del texto constitucional y aplicando una interpretación teleológica de la norma en cuestión, se desprende que mas allá de los plazos establecidos en la disposición constitucional, lo que el constituyente buscó como fin fue que el órgano legislativo implemente el ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución lo cual está acorde con uno de los objetivos primordiales de la Función Legislativa, como es el crear leyes.²²⁷

Para notar claramente la mutación es necesario dar lectura a las siguientes disposiciones constitucionales; en efecto, el art. 436, num. 10 de la Constitución ecuatoriana, al hablar de la inconstitucionalidad por omisión, dice:

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.²²⁸

227 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 001-11-SIN-CC*, 14 de abril de 2011.

228 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 436, num. 10.

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

El órgano legislativo, en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de esta Constitución aprobará la ley que desarrolle el régimen de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social [...] 3. La ley que regule la participación ciudadana.²²⁹

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

SENTENCIAS 55-10-SEP-CC Y 001-13-SCN-CC (CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD)

En la Sentencia 55-10-SEP-CC, la Corte dijo que no existía control difuso de constitucionalidad en la Constitución,²³⁰ y esto fue ratificado con la Sentencia 001-13-SCN-CC, que dijo:

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

229 *Ibíd.*, Disposición Transitoria Primera.

230 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 55-10-SEP-CC*, 18 de noviembre de 2010.

podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte.²³¹

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

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.²³²

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

Si se observa con detenimiento, dice que será de directa e inmediata aplicación ya no únicamente por los jueces, sino por cualquier servidor público o administrativo, cuestión que, según lo manifestado en las sentencias referidas, solo vedaba de esta facultad a jueces, dejando la puerta abierta a que sí lo hagan otros servidores públicos; es decir, hasta se generó una contradicción por la propia Corte. A continuación, se presenta lo que dispone el art. 425, en su inciso segundo:

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.²³³

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

231 *Ibíd.*, *Sentencia 001-13-SCN-CC*, 6 de febrero de 2013.

232 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11, num. 3.

233 *Ibíd.*, art. 425.

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.²³⁴

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

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

SENTENCIA 113-14-SEP-CC (CASO LA COCHA)

Finalmente, no podría faltar el famoso caso *La Cocha* en que la Corte hizo gala extrema del exceso en sus facultades, llegando a reformar uno de los pilares y ejes fundamentales que han conformado el actual Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, independiente, unitario, *intercultural*, *plurinacional* y laico.²³⁵

Esta sentencia²³⁶ es dictada dentro de una acción extraordinaria de protección, en que la Corte resuelve los problemas del caso concreto,²³⁷ pero crea reglas jurisprudenciales con efectos *erga omnes* respecto de la justicia indígena.

234 *Ibíd.*, art. 428.

235 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 1.

236 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 113-14-SEP-CC*, 30 de julio de 2004.

237 Sobre este caso, se puede consultar un análisis sociológico de gran importancia en Ramiro Ávila Santamaría, *La (IN) justicia penal en la democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo* (Quito: UASB-E / Ediciones Legales, 2013).

A lo largo de la motivación en la sentencia, la Corte reconoce la justicia indígena con argumentos sólidos, incluso utiliza peritajes respecto de los procedimientos de juzgamiento utilizados por las comunidades indígenas; sin embargo, los malos entendidos también se hacen presentes, pues se empieza a desvalorizar a la justicia indígena a partir de la justicia ordinaria; se cita a autores como Kelsen, que seguramente nunca imaginó esto. Luego se critica a la forma de concebir a la vida como bien jurídico por los colectivos indígenas, pues parece ser que en el caso de atentarse contra dicho bien jurídico la Corte no concibe otra forma de sanción que no sea la cárcel, parece para ella ser necesario que el infractor necesariamente sea recluido en centros de «adiestramiento delincuencia».

Dicho en otras palabras, no se entiende a la justicia indígena desde la justicia indígena, sino que se la pretende comprender a partir de la justicia ordinaria, desconociendo con ello el pluralismo evidente presente en nuestro Estado. Para comprender esto siempre será necesario un ejercicio de *hermenéutica diatópica*,²³⁸ es decir, entrar a analizar la justicia indígena desde su interior, y no mirarla desde fuera y en función de la justicia ordinaria.

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

En efecto, el lit. a) del num. 4 de la decisión de la Corte Constitucional, dicta la siguiente regla jurisprudencial:

a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.²³⁹

238 Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y emancipación* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 186.

239 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 113-14-SEP-CC*, 30 de julio de 2014, num. 4, apartado a) de la decisión.

Ahora, es conveniente exponer lo que dice el art. 171 de la Constitución:

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.²⁴⁰

Del contenido del artículo y de la regla jurisprudencial claramente se puede observar cómo la Corte deja sin contenido dicho artículo, y con ello reforma informalmente la Constitución generando una mutación constitucional. Afecta el contenido esencial de la justicia indígena, pues parece ser que la justicia ordinaria da facultades a las autoridades indígenas en determinadas materias, como si los operadores de la justicia indígena fueran una clase más de juez ordinario con determinadas competencias.

Además, se genera una regresividad grave en los derechos, pues se trata de un Estado plurinacional e intercultural, un Estado resultado de la manifestación del pueblo de darse a sí mismo una Constitución que reconozca las raíces milenarias y apele a la sabiduría de todas las culturas que enriquecen esta sociedad; que genere una nueva forma de convivencia en armonía con la diversidad y con la naturaleza para alcanzar el *sumak kawsay*, y una sociedad que respete la dignidad de las personas y las colectividades.²⁴¹

Genera además clarísimas normas contradictorias apreciables de las citas hechas anteriormente.

240 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 1.

241 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia 113-14-SEP-CC*, 30 de julio de 2014, Preámbulo.

CONCLUSIONES

El significado actual de la Constitución hace necesaria una justicia constitucional, y por ende, una Corte Constitucional que la proteja. El nuevo significado que la Constitución engendra actualmente hace indispensable, y trae implícito en él, un activismo del órgano constitucional, un activismo que debe ir encaminado hacia los derechos, a hacer justicia, mas no a abrir paso al accionar de intereses políticos.

La Corte Constitucional es un órgano jurídico que desempeña funciones jurisdiccionales, su legitimidad es jurídica ya que su actuar está basado en un marco jurídico. En cuanto a su legitimidad democrática, esta le vino dada por el constituyente, y si bien, carece de ese principio democrático entendido como representación popular, cumple una función democrática, pues protege la Constitución de manera independiente de intereses políticos, velando ya no únicamente por la mayoría sino, sobre todo, por las minorías.

La argumentación será lo único que permita medir y evaluar su actuación, dado que solo ahí se podrá observar si la Corte ha excedido los límites que vienen marcados por la propia Constitución de manera general. Estos límites cada vez deben ser más claros conforme se vaya construyendo una jurisprudencia que desarrolle de manera progresista la Constitución, es decir, la Corte deberá ir estableciendo los límites en sus propias decisiones, deberá ir auto limitándose y formando así un parámetro jurisprudencial objetivo que denote los límites generados

a partir de la aplicación de la Constitución en planos reales, y en la argumentación recogida en sus fallos se podrá ver si ha actuado jurídicamente o no.

Ya no es preocupante la facultad de legislador positivo que desempeña la Corte, incluso la facultad de modular disposiciones legislativas (todo lo hace en defensa de la Constitución y los derechos), pues actúa jurídicamente buscando preservar el derecho legislativo ya creado y evitando que el trabajo del legislador haya sido en vano, garantizando los derechos. El espacio en el que podemos medir si se ha excedido en su actuar frente al legislativo y ha actuado como órgano político creador de derecho legislativo es en la argumentación que haga en sus decisiones.

La Corte Constitucional no ha creado derecho legislativo (entendido este como leyes), lo que ha hecho es, en el caso de la modulación, tomar disposiciones ya existentes en el ordenamiento jurídico y darles correspondencia con la Constitución; es decir, no ha irrumpido en la amplia facultad que tiene el legislador para configurar una reserva de ley, sino que ha tomado un precepto ya creado por él y ha subsanado el error que generaba una inconstitucionalidad en el mismo. Por lo tanto, no se puede afirmar que la Corte se haya arrogado funciones de legislador y haya tomado facultades de la Asamblea que no le corresponden.

Las modulaciones que haga la Corte las tiene que centrar con un objetivo garantizador de derechos, es decir, se tiene que modular cuando el no hacerlo pueda generar violación de derechos. De la muestra de sentencias analizadas es claro cómo el no modular ciertas disposiciones y optar por la expulsión del ordenamiento o su permanencia en el mismo, puede llegar a generar graves contradicciones e incluso reformas de la Constitución.

La Corte está facultada para emitir normativa, que regularmente corresponde al legislador, cuando estamos frente a inconstitucionalidades por omisión. Sin embargo, unas veces lo ha hecho de manera correcta y otras no. Por ejemplo, en el caso de la Ley de Minería, actuó correctamente emitiendo los procedimientos para la consulta pre legislativa, en lo que se equivocó fue en no reconocer expresamente una inconstitucionalidad por omisión, y con base en esa justificación crear dicha normativa. En cambio, otras veces ha actuado incorrectamente, cuando debiendo emitir la normativa, luego de reconocer la inconstitucionalidad

por omisión, no lo hace (como en el caso analizado sobre la revocatoria del mandato) desconociendo así una de sus facultades.

Como ya se dijo antes, el principal límite de la Corte Constitucional es la Constitución, por lo tanto, las reformas constitucionales por parte de este órgano son el principal exceso a sus límites; mas en el aspecto empírico, la Corte en ciertas sentencias de gran connotación pública ha mutado la Constitución, es decir, la ha reformado informalmente. Esto lo ha hecho en decisiones que tras de sí llevan profundos intereses políticos; y por ende las resoluciones de la Corte por más que hayan pretendido apegarse a un marco jurídico, se ven separadas por completo del mismo, y terminan cediendo frente a dichos intereses. La Corte es quebrantada en su independencia, y sus decisiones en ciertas ocasiones se ven politizadas, llegando, como se dijo antes, a reformar la Constitución sin ningún tipo de conexión democrática con su creador: el pueblo, echando abajo la rigidez en su reforma, y con ello la teoría democrática que sustenta la Constitución.

Las mutaciones de parte de la Corte Constitucional se han dado en una Constitución con una vigencia de apenas diez años, es decir, bastante nueva; por lo tanto, el argumento de las mutaciones necesarias en función de una interpretación evolutiva del derecho frente a la permanencia de preceptos arcaicos, es inaceptable. La Constitución es de reciente data, y no podemos hablar de una evolución social que la haya vuelto obsoleta en tan corto tiempo y que haga necesarias mutaciones por parte de la Corte Constitucional.

Las mutaciones entonces son inaceptables, pues se ha evidenciado que son violatorias de los derechos y de la propia voluntad del constituyente, son un exceso en los límites del actuar por parte del órgano constitucional. Contrario a esto, las «modulaciones» son necesarias, pues de lo comprobado, sirven para efectivizar los derechos, y a más de ello, van generando coherencia del ordenamiento jurídico y dando correspondencia de toda la normativa infraconstitucional con los parámetros constitucionales. Lo perjudicial es que no actúe con la modulación y que genere con ello violaciones a los derechos, e incluso reformas a la propia Constitución.

La modulación ha conseguido acercar más al pueblo a su Constitución, como cuando la Corte resolvió el problema sobre la formalidad del acceso a la acción de protección que fue analizado.

El actuar de la Corte Constitucional unas veces ha sido correcto, enmarcado en sus límites y facultades, como cuando ha modulado preceptos para efectivizar los derechos, ya que de esperar a que el legislador las realice transcurriría mucho tiempo, y las violaciones a los derechos deben ser intolerables y, por lo tanto, ser apagadas lo más rápido posible. Otras veces en cambio su actuar ha sido tan gravoso que ha reformado la propia Constitución a través de las mutaciones constitucionales que no han hecho sino echar al trasto todo lo que la teoría democrática de la Constitución discursa, pasando así a reformar una Constitución con apenas pocos años de existencia, en razón de que su garantismo impide el desarrollo de intereses de grupos políticos que llegaron al poder pregonando precisamente dicho garantismo. Y claramente se puede observar esos excesos cuando ha generado normas contradictorias, como por ejemplo: decir que existe solo control concentrado de constitucionalidad de las leyes, cuando en realidad del texto de la Constitución se desprende la existencia de dos tipos de control, esto es, difuso y concentrado. O decir que los jueces no pueden inaplicar disposiciones legales, cuando la propia Constitución señala que es de aplicación directa para jueces y cualquier autoridad y funcionario público, generando graves contradicciones; como entender por un lado que la Constitución establece un control difuso y concentrado, y por otro la Corte establece uno concentrado, inclusive sustituyendo normas, o entender que los jueces no puedan aplicar directamente la Constitución y solo puedan hacerlo los funcionarios administrativos. O también se evidencia sus excesos al generar regresividad en los derechos, afectando su contenido esencial, como al decir que la justicia indígena prácticamente no existe, dejando sin contenido el art. 171 de la Constitución, según lo hizo en su sentencia respecto del caso La Cocha, cuando de la Constitución se desprende como uno de sus principales pilares el pluralismo, y reconocer la justicia indígena es sin duda parte de ello.

Otros ejemplos de excesos se observaron cuando la Corte, al calificar el procedimiento de reforma de la Constitución, admite como procedimiento de reforma (para cuestiones que claramente restringen derechos y garantías y afectan la estructura del Estado), a la enmienda, generando así una mutación de la Constitución; de una u otra manera está sosteniendo que sí se pueden reformar aspectos de la Constitución que restrinjan derechos y garantías vía enmienda, cuando el texto de

la Constitución expresamente lo prohíbe. Como consecuencia de esa mutación se sobreviene una sustitución textual de ciertas normas constitucionales objeto de la reforma.

Ahora lo preocupante y que quedará para futuras investigaciones, es cómo controlar que la Corte Constitucional no exceda los límites en su actuar. Es indispensable por ahora que las sentencias de la Corte Constitucional estén al alcance de todos los sectores de la sociedad, pues en las mismas se decide sobre sus derechos, y por ello son de trascendental importancia. Para esto es necesario establecer mecanismos de difusión de dicha jurisprudencia a través de medios accesibles para todos, verbigracia un periódico público con resúmenes comprensibles. De igual manera, las sentencias deberían incluir un resumen entendible para alguien que no tenga estudios de derecho.

Lo anterior en función de algo básico, pues el derecho no es del ejecutivo, no es del legislativo, no es del poder judicial, no es de la Corte Constitucional, el derecho es del pueblo; y por ende el pueblo tiene que conocerlo. El derecho deviene del pueblo, es del pueblo y es para el pueblo. El día en el que el pueblo conozca y se lo involucre en las decisiones que adopten los únicos conocedores del derecho, solo ahí ejercerá su derecho a la protesta social informada y consciente, y así exigirá de las instituciones, en este caso de la Corte Constitucional, que cambien aquellas decisiones que le afectan. Ese sería el mecanismo de control de la Corte, la cual tendría que atender esas demandas del pueblo.

El momento en que los ciudadanos tengan claro conocimiento de los excesos de la Corte Constitucional, podrán funcionar como un límite a su actuar, pues la ciudadanía será la que se encargue de indicar hasta dónde puede llegar la Corte con sus decisiones; para ello utilizará los mecanismos de la protesta social y la opinión pública, sin duda.

BIBLIOGRAFÍA

- Aja, Eliseo, y Markus González Beilfuss. «Conclusiones generales». En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, editado por Eliseo Aja. Barcelona: Ariel, 1998.
- Alexy, Robert. «La fórmula del peso». En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell, 13-42. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2001.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989.
- . «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional». En *Interpretación constitucional*, editado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Ciudad de México: Porrúa, 2005.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Lima: Palestra, 2006.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2011.
- . *Los derechos y sus garantías*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT) / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012.
- . *La (IN) justicia penal en la democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo*. Quito: UASB-E / Ediciones Legales, 2013.
- Benítez, Vicente. «Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia». *Universitas* 60, n.º 122 (2011): 303-34. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82522606011>.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza, 1994.
- . «La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana». *Working Paper*, n.º 117 (1996).
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1999.
- Bonilla Maldonado, Daniel. «Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: La estructura del debate». En *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, editado por Daniel Bonilla. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2009.

- Carbonell Sánchez, Miguel. «Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina». En *Derecho constitucional de los derechos humanos*, coordinado por Ricardo Sepúlveda y Diego García, 3-34. Ciudad de México: Porrúa, 2013.
- Cárdenas, Jaime. «Acercas de la legitimidad democrática del juez constitucional». En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, t. V, 81-102. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC) / Marcial Pons, 2008.
- De la Vega, Augusto Martín. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: CEPC, 2003.
- De Vega García, Pedro. «Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual». En *Estado constitucional y globalización*, compilado por Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, 165-220. Ciudad de México: Porrúa, 2001.
- Díaz Revorio, Francisco. «Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español». En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, t. V, 291-319. Ciudad de México: UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009.
- Eguiguren, Francisco José. «Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano». En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, t. V, 321-46. Ciudad de México: UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Escobar Gil, Rodrigo. «La modulación de las sentencias de control constitucional». En *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 235-64. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Escobar, Claudia. «El rol de las reglas en la era de los principios». *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, editado por Claudia Escobar, 207-52. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

- Ezquiaga, Francisco Javier. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Francia. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 26 de agosto de 1789.
- Galizia, Mario. *La teoria della sovranità. Dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*. Milán: Giuffrè, 1951.
- García de Enterría, Eduardo. «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas». En *El Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1989.
- . 1985. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
- Gascón Abellán, Marina, y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra, 2005.
- Gómez Celín, Arce. «La Sala Constitucional como legislador positivo». Tesis de doctorado. Universidad Estatal a Distancia, Vicerrectoría Académica Sistema de Estudios de Posgrado, San José, Costa Rica. 2007.
- Guerra, Fernando. «La argumentación jurídica espada y escudo de la justicia». En *Novedades Jurídicas*, 94. Guayaquil: Ediciones legales, 2014.
- Hamilton, Alexander, James Madison y Jhon Lay. *El federalista*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Hernández, María del Pilar. «La jurisdicción constitucional, estudio de macrocomparación». En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, t. III, *Jurisdicción y control constitucional*. Ciudad de México: UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- López Pina, Antonio. *División de poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos, 1987.
- Marianello, Patricio Alejandro. «El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional». <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>.
- Mondolfo, Rodolfo. *Il pensiero politico nel Risorgimento italiano*. Milán: Giuffrè, 1959.
- Montaña, Juan, y Patricio Pazmiño Freire. «Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano». En *Manual de justicia*

- constitucional ecuatoriana*, coordinado por Jorge Benavides y Jhoel Escudero, 27-48. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2013.
- Montaña, Juan. «La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso». En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, editado por Juan Montaña, 19-60. Quito: CCPT / CEDEC, 2013.
- . *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Moreno Millán, Franklin. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*. Bogotá: Leyer, 2002.
- Nogueira Alcalá, Humberto. «Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en la América del Sur». *Ius et Praxis* 10, n.º 1 (2004): 113-58.
- Pace, Alessandro, y Joaquín Varela. *La rigidez de las constituciones escritas. Cuadernos y Debates*, n.º 58. Madrid: CEPC, 1995.
- Pisarello, Gerardo. *Un largo termidor: La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2012.
- Pizzorusso, Alessandro. «El Tribunal Constitucional italiano». En *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, dirigido por Louis Favoreu, 233-66. Madrid: CEPC, 1984.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- Romboli, Roberto. «Italia». En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, editado por Eliseo Aja, 108-9. Barcelona: Ariel, 1998.
- . «La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental». *Revista Española de Derecho Constitucional* 16, n.º 48 (1996): 35-80.
- Rubio Llorente, Francisco. «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho». En *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Sagüés, Néstor Pedro. «Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico». En *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Dunia Martínez Molina, 113-34. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Salgado Pesantes, Hernán. «La nueva dogmática constitucional en el Ecuador». En *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, coordinado por Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, 981-1004. Ciudad de México: UNAM / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Agencia Española de Cooperación Internacional, 2009.

- Santana Piedra, Adriano. «Mutación constitucional y progresividad de los derechos fundamentales». En *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, dirigido por Claudia Storini y José Francisco Alenza García, 245-72. Madrid: Arazadi, 2012.
- Schneider, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: CEPC, 1991.
- Schulze, Hagen. *La República de Weimar. La Alemania dal 1917 al 1933*. Bolo-
nia: Il Mulino, 1987.
- Soto Cordero, Fabián. «Sentencias constitucionales: Tipos y efectos». En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 3, editado por Juan Montaña, 171-94. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Santos, Boaventura de Sousa. «Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos». En *Derecho y emancipación*, 147-88. Quito: CCPT / CEDEC, 2011.
- . *Una epistemología del Sur: La reinvencción del conocimiento y la emancipación social*. Ciudad de México: CLACSO / Siglo XXI, 2009.
- Storini, Claudia. «Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto compe-
tencial entre Estado y comunidades autónomas». Tesis doctoral. Valencia: Universidad de Valencia, 2001.
- . *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008*. Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional, 2009.
- Tomás y Valiente, Francisco. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC, 1993.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano». En *Política, justicia y Constitución*, editado por Luis Fernando Ávila Linzán, 207-38. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- White, Edward G. *Earl Warren, A public life*. Nueva York: Oxford University, 1982.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, traducido por M. Gascón. Madrid: Trotta, 1997.
- . *La giustizia costituzionale*. Bologne: Il Mulino, 1988.

Jurisprudencia

- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia C-109/95*. 15 de marzo de 2009.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-109-95.htm>.
- . *Sentencia C-690*, 5 de diciembre de 1996.

- . *Sentencia C-405*, 10 de agosto de 1998.
- . *Sentencia C-551*, 9 de julio de 2003.
- Ecuador CCPT. *Sentencia 001-12-SIC-CC*, 5 de enero de 2012.
- Ecuador Corte Constitucional. *Dictamen 001-11-DRC-CC*, 15 de febrero de 2011.
- . *Sentencia 002-9-SAN-CC*, 02 de abril de 2009.
- . *Sentencia 003-9-SIN-CC*, 23 de julio de 2009.
- . *Sentencia 001-10-SIN-CC*, 18 de marzo de 2010.
- . *Sentencia 003-10-SIN-CC*, 8 de abril de 2010.
- . *Sentencia 014-10-SCN-CC*, 5 de agosto de 2010.
- . *Sentencia 03-10-SCN*, 2 de diciembre de 2010.
- . *Sentencia 55-10-SEP-CC*, 18 de noviembre de 2010.
- . *Sentencia 001-11-001-11-SIN-CC*, 14 de abril de 2011.
- . *Sentencia 001-11-SIO-CC*, 26 de enero de 2011.
- . *Sentencia 001-13-SCN-CC*, 6 de febrero de 2013.
- . *Sentencia 004-13-SAN-CC*, 13 de junio de 2013.
- . *Sentencia 009-13-SIN-CC*, 4 de agosto de 2013.
- . *Sentencia 102-13-SEP-CC*, 4 de diciembre de 2013.
- . *Sentencia 113-14-SEP-CC*, 30 de julio de 2014.
- España Tribunal Constitucional. *STC 105/1988*, 8 de junio de 1998.
- . *STC 116/1999*, 17 de junio de 1999.
- . *STC 233/1999*, 16 de diciembre de 1999.
- Perú Tribunal Constitucional. *Sentencia EXP. 004-2004-CC/TC*, 31 de diciembre de 2004. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>.

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.

ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

-
- 282 Gustavo Freire, *Formación en turismo: Una perspectiva empresarial*
-
- 283 Ana Robayo, *De la hacienda al Quito urbano: El caso del barrio La Concordia # 1*
-
- 284 Katty Bravo, *Brujas y diablos en el corregimiento de Yauyos (1660)*
-
- 285 Paulo César Gaibor, *Criminología mediática y victimología del miedo*
-
- 286 Iván Viteri, *Violencia simbólica y gestión educativa*
-
- 287 María Belén Garcés Custode, *Ecuador: Capitán Escudo y la construcción de la nación*
-
- 288 Yuri Gómez, *Luz y sombra en los Andes: Imagen fotográfica y poder en Martín Chambi y Sebastián Rodríguez*
-
- 289 Mauricio López, *La acción directa y el llamamiento en garantía en la legislación ecuatoriana*
-
- 290 Rosa Helena Rodríguez, *Disputa por la tenencia de tierras ejidales en el Gran Cauca (1857-1886)*
-
- 291 Juan Pablo Pozo Bahamonde, *Estado de derechos y el sistema económico, social y solidario en Ecuador*
-
- 292 Natasha Montero, *El derecho al ocio de los migrantes en Quito: Un enfoque de género*
-
- 293 David Quintero Ordóñez, *Modernización del Ministerio de Relaciones Exteriores ecuatoriano (1988-1992)*
-
- 294 Andrea Reinoso, *Cuerpo, dolor y memoria: Usos sociales y políticos del cuerpo en la performance latinoamericana*
-
- 295 Marco Narea, *¿Regionalismo poshegemónico o contrahegemónico?: Una revisión de los debates teóricos actuales*
-
- 296 Ana María Acosta, *Comunicación, poder e interculturalidad en la Amazonía sur*
-
- 297 Marcelo Guerra Coronel, *La Corte Constitucional: ¿Guardiana o dueña de la Constitución?*
-

Desde sus inicios, el constitucionalismo norteamericano y europeo ha tenido distintas significaciones; los primeros conservaron un significado democrático desde la revolución; mientras que los segundos no pudieron mantener el concepto resultante de la Revolución francesa; y lograron recuperarlo en la segunda posguerra; este se ha trasladado a Ecuador, con un presupuesto democrático fortalecido, y un implícito activismo de la Corte Constitucional, pues ha modulado preceptos legales que adolecían de inconstitucionalidad, para efectivizar los derechos y dar coherencia al ordenamiento jurídico, sin implicar una intromisión arbitraria al legislativo; pero en ciertos casos, ha reformado la Constitución, generando las llamadas *mutaciones constitucionales*, y convirtiéndose en constituyente permanente. Esta es la temática de estudio que aborda la presente investigación.

Marcelo Guerra Coronel (Cuenca, 1989) es abogado (2013) por la Universidad de Cuenca; magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional (2015), y candidato doctoral por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Actualmente, es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Cuenca, en la UASB-E y en otras universidades en programas de posgrado. Ha publicado varios artículos en torno al Derecho Procesal Constitucional.

