

Juan Montaña Pinto

Editor

Apuntes de Derecho Procesal Constitucional

Cuadernos de trabajo

Tomo 3

Corte Constitucional para el Período de Transición

Quito - Ecuador

Apuntes de derecho procesal constitucional

Parte especial 2

Control constitucional y otras competencias
de la Corte Constitucional

Tomo 3

CUADERNOS DE TRABAJO n.º 3

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Apuntes de derecho procesal constitucional

Parte especial 2

Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional

Juan Montaña Pinto
Editor

Quito - Ecuador



Montaña Pinto, Juan, ed.

Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional, t. 3. Juan Montaña Pinto, ed. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Cuadernos de Trabajo, 3)

238 p.; 15x21 cm + 1 CD-ROM

ISBN: 978-9942-07-198-9

Derechos de autor: 037534

1. Derecho procesal constitucional. 2. Derecho constitucional. 3. Interpretación constitucional - Ecuador. 4. Cortes Constitucionales - Ecuador. I. Título. II. Serie.

CDD21: 342.866 CDU: 342(866) LC: KHA 2548.M668 2011 Cutter-Sanborn: M765

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional.

Corte Constitucional para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto
Director ejecutivo del CEDEC

Dunia Martínez Molina
Coordinadora de publicaciones del CEDEC

Juan Montaña Pinto
Editor

Juan Francisco Guerrero
Lector externo

Miguel Romero Flores
Corrector de estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de portadas

Imprenta: VyM Gráficas
Quito, Ecuador, junio 2012

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170

www.corteconstitucional.gob.ec
publicaciones@cce.gob.ec

Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

Índice

Introducción	11
<i>Juan Montaña Pinto</i>	

JUAN MONTAÑA PINTO

La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso

1.	Introducción	21
2.	Aproximación al debate sobre la interpretación de la Constitución	23
2.1.	La distinta naturaleza y estructura de las normas constitucionales y su vinculación con la garantía de lo indecible democráticamente	24
2.2.	Su vinculación con la eficacia del principio de supremacía de la Constitución	26
2.3.	El carácter normativo de la interpretación constitucional	28
2.4.	Las funciones que cumple la interpretación constitucional realizada por la Corte Constitucional	34
3.	La interpretación constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008	36
4.	La interpretación constitucional en la versión de la LOGJCC	46
4.1.	Observaciones de forma	47
4.2.	La limitación de la interpretación constitucional a la parte orgánica de la Constitución	48
4.3.	La legitimación activa	49
4.4.	El contenido y trámite de la solicitud de interpretación	50
4.5.	El contenido del dictamen	52
4.6.	Naturaleza jurídica de los dictámenes interpretativos	53
4.7.	La mayoría necesaria para emitir un dictamen interpretativo	55
4.8.	El alcance de la interpretación	56

5.	Conclusiones	57
6.	Bibliografía	61

BERENICE PÓLIT MONTES DE OCA

Control constitucional de los mecanismos de participación popular directa

1.	Introducción	63
2.	La democracia: acercamiento general	65
2.2.	Iniciativa popular normativa	72
2.2.1.	Iniciativa popular normativa para la reforma constitucional	74
2.3.	El control constitucional: antecedentes históricos	77
2.3.1.	Modalidades de control constitucional	81
2.3.2.	El control de la constitucionalidad en el país	85
2.4.	Consulta popular	88
2.4.1.	La consulta popular en la Constitución de 2008	91
2.4.2.	Control constitucional de las consultas populares	92
2.5.	La revocatoria del mandato	93
2.5.1.	La revocatoria de mandato en Ecuador	95
2.5.2.	Control constitucional de la revocatoria	97
3.	Bibliografía	99

JUAN FRANCISCO GUERRERO DEL POZO

Aproximación al control abstracto en Ecuador.

La acción de inconstitucionalidad

1.	Introducción	101
2.	El control constitucional	103
2.1.	Fundamentos del control constitucional	103
2.2.	Los modelos de control constitucional	105
2.2.1.	El modelo americano	105
2.2.2.	El modelo europeo continental	107
2.2.3.	La convergencia de los sistemas	108
3.	El control constitucional abstracto en Ecuador	109
3.1.	Antecedentes históricos	110
3.2.	El control abstracto en el actual régimen jurídico constitucional	116
3.2.1.	El órgano competente para el control	116
3.2.2.	Principios que rigen el control abstracto de constitucionalidad	116

3.3.	Ámbito del control abstracto de constitucionalidad en Ecuador	119
3.3.1.	La acción de inconstitucionalidad	120
3.3.2.	Control constitucional de las omisiones	134
3.3.3.	Inconstitucionalidad de normas conexas	138
4.	Bibliografía	142

CARMEN ESTRELLA

El Estado de excepción en Ecuador

1.	Naturaleza jurídica del Estado de excepción	146
2.	Origen de los Estados de excepción	151
3.	Características de los Estados de excepción	152
4.	El Estado de excepción en la Constitución de 2008	155
4.1.	Crisis políticas	158
4.2.	Crisis sociales	158
4.3.	Crisis provocadas por efectos de la naturaleza	158
5.	Medidas que pueden adoptarse en el Estado de excepción	158
6.	Principios aplicables a los Estados de excepción	160
6.1.	Principio de necesidad	161
6.2.	Principio de proporcionalidad	162
6.3.	Principio de legalidad	163
6.4.	Principio de temporalidad	164
6.5.	Principio de territorialidad	165
6.6.	Principio de razonabilidad	165
6.7.	Otros principios de derecho internacional	166
6.8.	Principio de proclamación	166
6.9.	Principio de notificación	167
6.10.	Principio de intangibilidad del ejercicio de ciertos derechos humanos	168
6.11.	Principio de amenaza excepcional	168
7.	Requisitos formales y sustanciales para decretar el Estado de excepción	169
7.1.	Requisitos formales o de procedimiento	169
7.2.	Requisitos materiales o sustanciales	170
8.	Control de los Estados de excepción	171
8.1.	Control político	172
8.2.	Control constitucional	172

8.3.	Control formal	173
8.4.	Control material	174
9.	Conclusiones	177
10.	Bibliografía	178

JOHANNA ROMERO LARCO

Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad

1.	Introducción	181
2.	Los modelos de control de constitucionalidad	182
2.1.	La convergencia de los sistemas	183
2.2.	Los cuatro conceptos clave	184
3.	El control concreto de constitucionalidad	187
4.	El control incidental de constitucionalidad	188
5.	La cuestión de inconstitucionalidad	190
6.	La consulta o cuestión de inconstitucionalidad en Ecuador	193
7.	Los efectos de la sentencia	202
8.	Algunos elementos procesales	206
9.	Bibliografía	209

FABIÁN SOTO CORDERO

Sentencias constitucionales: tipos y efectos

1.	Introducción	211
2.	Tipos de sentencias constitucionales	212
2.1.	Sentencias interpretativas	212
2.1.1.	Sentencias interpretativas estimatorias	213
2.1.2.	Sentencias interpretativas desestimatorias	214
2.2.	Sentencias manipulativas	215
2.2.2.	Sentencias aditivas	216
2.3.	Sentencias sustractivas	220
2.4.	Sentencias sustitutivas	221
2.5.	Sentencias exhortativas	223
3.	Efectos de las sentencias	227
4.	Bibliografía	233

Colaboradores	235
--------------------------------	------------

Introducción

Me parece que la imagen más adecuada para representar al derecho es el dios grecorromano Jano, aquel de las dos caras, que otorgó asilo en su reino a Saturno después de que Zeus lo destronara y se convirtiera en rey del Olimpo. Como nos recuerda Boaventura de Sousa Santos,¹ el derecho posee por una parte una faz regulatoria que garantiza la estabilidad y el orden social, pero tiene también otra cara, una dimensión crítica que permitiría no solo controlar y estabilizar las demandas sociales sino, además, cuestionar las prácticas sociales dominantes y construir nuevas realidades que hagan posible la liberación y la libertad de quienes vivimos en una determinada sociedad.

Ecuador, sin embargo, parece ser uno de esos lugares donde esa tensión o dicotomía entre los dos rasgos del derecho no se habrían producido o dado en una intensidad mucho menor a la acostumbrada. A diferencia de lo que ocurre en otros lugares del globo donde el derecho ha cumplido un rol más relevante en la estructuración de la sociedad, en nuestro país habría existido un desarrollo jurídico e institucional algo diferente, caracterizado por la exacerbada preeminencia, cuando no absoluto monopolio, de la función regulatoria de lo jurídico, a partir del uso que las clases dominantes y quienes gestionan el poder han hecho del discurso, los métodos y las normas jurídicas, que normalmente han servido tan solo para gestionar sus intereses corporativos y particulares. Esa es la visión

1 Santos, Boaventura de Sousa. “La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación”. *Sociología jurídica crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 30-33.

crítica que se tiene del derecho en las ciencias sociales, a partir de la influencia que ha tenido en marxismo en los estudios sociales ecuatorianos.²

Sin embargo, la realidad es más compleja: en nuestro país no solo que el derecho no ha cumplido con la función emancipatoria que la teoría crítica contemporánea le asigna a lo jurídico,³ sino que ni siquiera la clásica función regulatoria y represiva ha tenido un desarrollo cabal y adecuado; dado que en realidad el verdadero principio rector del desarrollo institucional y social ecuatoriano ha sido una versión andina e hipertrofiada del antiguo principio del derecho castellano de “se acata pero no se cumple” en virtud del cual, más importante que cumplir con los mandatos de la ley, es generar una apariencia de cumplimiento de las normas, y a partir de allí, el derecho no ha servido para ordenar e institucionalizar la vida social, sino tan solo, y en el mejor de los casos, para aparentar simbólicamente la idea de la existencia de un Estado de derecho en el país.

Por eso, a pesar de que la teoría tradicional de la democracia plantea insistentemente la necesidad de construir un modelo político basado en el cumplimiento estricto de los procedimientos, a partir de una definición básica en donde la democracia es concebida tan solo como “un conjunto de reglas básicas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos”;⁴ en el caso ecuatoriano ni siquiera se puede hablar de que haya existido y exista hoy una democracia en sentido formal del término, porque la cultura política heredada, como hemos dicho, de la tradición castellana basada en obedecer hipócritamente a la autoridad sin cumplir realmente sus mandatos no ha necesitado, necesita, o entiende, la función que cumplen las formas y los procedimientos para la generación de gobernabilidad y gobernanza,⁵ y mucho

2 Sobre la visión tradicional acerca del papel del derecho y de lo jurídico en Ecuador, véase, por ejemplo, Cueva, Agustín. *El proceso de dominación política en el Ecuador*. Quito, Editorial Planeta, 1997; del mismo autor *Entre la ira y la esperanza*. Bogotá, Clacso, Siglo del Hombre Editores, 2002.

3 Santos, Boaventura de Sousa. “¿Puede ser el derecho emancipatorio?” *Derecho y emancipación*. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, pp. 63-144.

4 Sobre el particular véase Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

5 No se olvide que en la ciencia política actual se utiliza la expresión gobernabilidad para referirse a las reglas y procedimientos mediante los cuales se elige a los gobiernos, y estos son mantenidos, responsabilizados y reemplazados; mientras que la gobernanza es la capacidad del Estado y particularmente del gobierno para formular, desarrollar y evaluar las políticas públicas y las normas, así como administrar los recursos eficientemente.

menos la importancia que estos tienen en la generalización de ciertos principios y valores atinentes al respeto y protección efectiva de la dignidad humana; y por eso el Ecuador llegó a los extremos de desinstitucionalización y anomia social que caracterizaron los años noventa del siglo pasado, donde prácticamente desapareció el Estado y renació en esta parte del mundo la “ley de la selva” y el “estado de naturaleza” de la que hablaba Hobbes, y donde para subsistir la gente debió recurrir a la autoorganización y autocomposición.

Es justamente para transformar ese Estado ingobernable, “imaginado” o “inexistente” en una democracia real y sustancial como la que plantean, por ejemplo, Alain Touraine,⁶ Cornelius Castoriadis,⁷ o Luigi Ferrajoli, que el pueblo ecuatoriano reaccionó social y políticamente, a mediados de esta década, y exigió al mundo político y a sus agentes, la realización de una verdadera revolución jurídica que diera paso y permitiera sembrar las bases de una nueva institucionalidad democrática en la cual se reconocieran y se desarrollaran no solo unos procedimientos adecuados de toma de decisión como querría Bobbio si hubiera vivido en Ecuador, sino también determinados valores, contenidos y condiciones sustanciales vinculadas con la realización de la justicia, la igualdad y la dignidad de las personas y de la naturaleza, las cuales se encuentran materialmente representadas en los derechos constitucionales.

Ahora bien, la pregunta necesaria es: ¿cómo logramos construir, en un país como Ecuador, esa democracia sustancial que propugna la Constitución?

La respuesta es obvia, pero no por ello de cómoda o fácil ejecución: se requiere tanto de un intenso proceso de formalización e institucionalización del Estado y de la sociedad en su conjunto, como de un esfuerzo de verdadera constitucionalización del derecho pues estos son los elementos indispensables, podríamos decir, los contextos necesarios, aunque no suficientes, del cambio real en las condiciones de vida de los ecuatorianos. En cuanto a lo primero, la institucionalización o reinstitucionalización del Estado, no solo implica desarrollar una nueva estructura estatal

6 Touraine, Alain. “Las condiciones, los enemigos y las oportunidades de la democracia”. *Democracia: principios y realización*. AA.VV. Suiza, Unión Interparlamentaria, 1998.

7 Castoriadis, Cornelius. “La democracia como procedimiento y como régimen”. *La strategia democratica nella società che cambia*. AA.VV. Roma, Ed. Datanews, 1995.

o institucional plasmada en términos generales en la Constitución y desarrollada prolijamente en las normas secundarias,⁸ sino que, sobre todo se necesita establecer las condiciones objetivas y subjetivas que permitan elevar significativamente los niveles de respeto, vinculación y afecto que los ciudadanos y los poderes públicos y sus agentes tengan hacia las normas e instituciones definidas en la Constitución y en la ley.

Respecto de lo segundo, esto es, en cuanto a la ineludible y urgente constitucionalización del derecho, podemos afirmar que es el proceso a partir del cual un determinado ordenamiento jurídico, en este caso el ecuatoriano, comienza a ser interpretado y aplicado prioritariamente con base en el texto constitucional y en su interpretación en los casos concretos;⁹ lo cual implica que este se transforme en la norma básica a la cual se refieren obligatoriamente todas las demás normas y actividades públicas o privadas.

Esto no es una tarea fácil ni se puede generar por decreto, como tampoco se puede obligar a que ocurra. La constitucionalización del derecho que manda la Constitución ecuatoriana es ante todo un proceso de cambio cultural en los gestores y receptores de las normas,¹⁰ y como todo proceso de transformación de la cultura, un asunto largo y difícil, casi ciclópico, que en algunos casos se ha dado¹¹ y en otros a pesar de los ingentes esfuerzos nunca se producirá; puesto que para generar resultados definitivos demanda claridad conceptual, persistencia y tiempo. Es también una tarea titánica porque la materialidad, la eficacia y el potencial emancipatorio de la Constitución, y en especial de los derechos, depende en gran

8 Lo cual implica algo que no siempre se consigue: que las leyes de desarrollo efectivamente se ajusten a los escenarios constitucionales admisibles, así como a la interpretación conforme a los mandatos de la Constitución.

9 Esa constitucionalización del derecho conlleva, en cuanto a las fuentes, el desplazamiento del eje jurídico de la ley, hacia la Constitución y su garante: la justicia constitucional. Esto por supuesto va más allá de un cambio en el orden jerárquico de las fuentes de donde emana lo que conocemos como derechos; implica una revisión y reformulación del concepto mismo y de la noción de lo que es y no es el derecho y su interpretación y aplicación.

10 Esta cultura o conciencia jurídica es la que define lo que es el derecho en Ecuador, y es producto del proceso de transnacionalización de la codificación civil y del derecho administrativo francés en nuestro país, y está vinculada a una versión espuria del positivismo, que en su afán por independizar el derecho de la moral ha convertido al derecho en un espacio vacío totalmente alejado o indiferente de la realidad social que regula, y que identifica lo justo, si es que alguna vez se pregunta por aquello, con lo formalmente legal.

11 Este es el caso, por ejemplo y paradójicamente, de Colombia o Sudáfrica.

medida de que nos tomemos en serio, de que conozcamos y de que usemos sus normas en todos los ámbitos de la vida social comenzando por las nuevas leyes que se promulguen, pasando por las políticas públicas y terminando en los procedimientos jurisdiccionales que permiten garantizar y tutelar los derechos, mediante la intervención de los jueces.

La principal dificultad para lograrlo estriba en que tanto los legisladores, los administradores y los jueces y operadores jurídicos han sido formados, y se sitúan ideológicamente, por regla general, en el formalismo legal, que no es otra cosa que el culto acrítico a la ley y el desprecio a la Constitución y a los procedimientos constitucionales de garantía, que son tenidos como poco más que fórmulas retóricas, hojas de papel sin ninguna aplicabilidad.

En el caso particular del Ecuador, esta revolución cultural implica lograr, por primera vez en nuestra historia, que el derecho se cumpla efectivamente y no solo se obedezca formalmente como planteaban los castellanos del siglo XVI y aprendieron tan bien los mestizos andinos y los burócratas de nuestro país hasta hoy. Esta tarea que para algunos puede ser utópica o incluso imposible, dada la historia del país, es imprescindible y comienza por persuadir a los operadores jurídicos en todos los niveles que la Constitución no es el programa de un grupo hegemónico o partido determinado, sino una norma que pertenece a todos y que debe aplicarse a favor de todos y particularmente de aquellos que tienen menos poder, o condiciones para ejercerlo.

Sin embargo, en un contexto inicial de formalismo jurídico exacerbado como el que se vive en Ecuador, esta revolución y este cambio de paradigma deben ser pensados y ejecutados utilizando herramientas que entiendan y valoren aquellos a quienes, en principio, hay que persuadir. Si de lo que se trata es de propiciar el cambio en los jueces y operadores jurídicos, para hacer que estos ayuden a materializar la Constitución y no la dejen convertida en letra muerta, las herramientas tienen que estar conectadas más con la práctica concreta y cotidiana que con discursos y teorías grandilocuentes, sacadas de obras y autores prestigiosos, y en ese sentido es obvio que es necesario hacer un esfuerzo de explicación del nuevo paradigma jurídico plasmado en la Constitución desde la óptica y con la lógica de los procedimientos requeridos para llevarlo a la práctica.

Y en esto es evidente que el derecho procesal y concretamente el derecho procesal constitucional o el derecho constitucional procesal tiene un papel singularmente relevante y mucho que decir, pues son el instrumental esencial que, en un Estado jurisdiccional como el que pretende consolidarse en Ecuador, permite garantizar y ejecutar en la práctica tanto la supremacía de la Constitución como los derechos de quienes vivimos en esta parte del mundo.

A pesar de que mucho se ha escrito sobre el proceso constituyente y los fundamentos filosóficos e ideológicos que soportan el nuevo edificio constitucional, en la estricta materia del derecho constitucional procesal o procesal constitucional, aquí no afecta demasiado esa distinción ciertamente libresca, hay muy poco, por no decir ningún desarrollo teórico que merezca alguna consideración. Si hiciéramos un examen del “estado del arte”, una radiografía de los ríos de tinta jurídica que han corrido desde el 20 de octubre de 2008, fecha en que fue aprobada por el pueblo ecuatoriano la Constitución, llegaríamos a la preocupante conclusión de que por lo menos en el campo procesal constitucional la inmensa mayoría de las obras son trabajos descriptivos o que bien no cuentan con ninguna profundidad teórica, que por tanto no llegan ni siquiera a la categoría hoy tan poco apreciada en el mundo académico, de exegesis normativas; o bien examinan la Constitución y sus herramientas procesales con la lógica y a partir de los presupuestos ideológicos y teóricos que sustentan visiones del derecho totalmente incompatibles con el mandato constitucional de institucionalización y constitucionalización del derecho. Es más, en la gran mayoría de los casos se trata de compilaciones y trabajos parciales sobre la materia procesal constitucional que tienen como principal defecto el que no llegan a los problemas prácticos, por tanto, no sirven o ayudan poco en el cambio de mentalidad de los operadores jurídicos a los que van dirigidas estas obras.

En ese sentido, falta todavía en Ecuador una obra jurídica que explique de manera sencilla, pero lejos de la retórica de la sociología o la ciencia política, esto es desde una perspectiva interna del derecho y del ordenamiento jurídico, en qué consiste el cambio de paradigma que implica la adopción del llamado garantismo constitucional y sus implicaciones en materia procesal; se necesita además que este texto analice, crítica e integralmente, los elementos fundamentales de la materia procesal desde la

óptica de los prácticos del derecho; y que aborde y resuelva con profundidad analítica las cuestiones concretas a las que se enfrentan los jueces y operadores jurídicos de nuestro país.

Y esta es creemos la ventaja, la intención y la eventual importancia los tres tomos sobre *Apuntes del derecho procesal constitucional* que la Corte Constitucional presenta al público interesado en estas materias. Se trata, tal vez, de textos jurídicos que alejándose de una mal entendida neutralidad ideológica, analiza integralmente, desde la perspectiva de la dogmática constitucional y con profundidad analítica y una metodología clara, los principales institutos que conforman el derecho constitucional procesal o el derecho procesal constitucional ecuatoriano. Se defienden los presupuestos, los retos y los límites del llamado garantismo constitucional en la versión particular desarrollada en América Latina.

En ese sentido, si quisiéramos describir el linaje metodológico de la serie, podríamos decir que está conformada por obras pospositivistas, hechas para el uso cotidiano de los ecuatorianos y de quienes vivimos en Ecuador. Son además textos que pretenden superar tanto el formalismo ético y el positivismo teórico, cuanto el iusnaturalismo representado en los postulados de Ronald Dworkin y sus seguidores. En ese sentido aunque reconoce su deuda con los métodos y planteamientos de Robert Alexy y de su recepción en América Latina, no es una transcripción literal de este planteamiento. De esa forma, el texto y sus autores nos reconocemos como seguidores, en tanto podamos serlo, por el riesgo de vulgarización y mal entendimiento de sus formulaciones, tanto de los planteamientos del realismo jurídico norteamericano como de aquellos autores y teorías transnacionales del derecho que propugnan una relectura no colonialista e intercultural de los derechos humanos.

Estos libros además tienen un origen y una intención pragmática insoslayable: son el producto de un curso organizado en el año 2010 por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional en asocio con la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura. Inicialmente se concibió como una memoria fiel de las intervenciones y conferencias dictadas por los miembros del área de capacitación del CEDEC, destinado al uso de los jueces y funcionarios judiciales que asistieron al curso; sin embargo en el trámite de la corrección de los materiales y con la aspiración de hacer inevitables correcciones y

precisiones, los materiales fueron convirtiéndose en ensayos con un nivel de profundidad y alcance teórico mayor, de tal manera que terminó convertido en una especie de manual introductorio al derecho procesal constitucional ecuatoriano, escrito con pretensiones didácticas pero también con una intención de sistematicidad, dada no solo por el tratamiento exhaustivo de los principales temas que conforman el nuevo ordenamiento jurídico ecuatoriano, analizados desde el punto de vista técnico jurídico, sino también un hilo conductor común definido por la apuesta política y metodológica por discutir las posibilidades prácticas del garantismo constitucional, en contextos institucionales difíciles como son la función judicial ecuatoriana.

Este proceso de transformación y enriquecimiento teórico que se refleja en los textos finales de estos libros ha sido posible a partir de la sistematización de las observaciones críticas y sugerencias de los participantes en el curso; así como de las conclusiones de un taller interno en donde se discutieron críticamente los materiales; a partir de allí se planteó un primer borrador de contenido y se distribuyó el trabajo entre los distintos autores, privilegiando la participación de aquellos que fueran funcionarios de la Corte Constitucional y docentes del curso. Una vez los autores entregaron sus textos, se hizo una lectura crítica de los mismos, se sugirieron correcciones y complementación y el resultado se pasó para una lectura final de algunos juristas y expertos procesalistas externos a la Corte, con el objetivo de aportar al documento la visión práctica de la que muchas veces adolecen los documentos jurídicos que tienen una pretensión teórica.

El resultado, siempre perfectible, son tres tomos novedosos organizados a partir de una revisión de las competencias fundamentales que la Constitución le atribuye a los jueces constitucionales ordinarios y a la Corte Constitucional, y tiene algunas ventajas respecto de otras obras nacionales que abordan la materia: en primer lugar los textos de derecho procesal constitucional ecuatoriano han sido pensados desde una visión y con una pretensión de completud, sistematicidad y exhaustividad, con lo cual hemos evitado las visiones unidimensionales, parciales y parcializadas de las distintas cuestiones jurídicas que se tratan en estos libros; por otra parte son libros de dogmática jurídica, que procuran mantenerse en lo que algunos autores denominan el análisis interno del derecho, pero que no por ello desconocen y eluden las necesarias y evidentes relaciones de lo

jurídico con otras disciplinas y ciencias sociales; también son documentos conformados en su mayoría por textos analíticos y argumentativos, y por tanto que en casi todos los casos van más allá de la mera descripción de normas a que nos tienen acostumbrados la manualística jurídica nacional; y además intenta abordar las instituciones procesales fundamentales desde una visión pragmática que responda a las dificultades prácticas que debe enfrentar y resolver el operador jurídico ecuatoriano.

Lo dicho hasta aquí no significa que estos libros sean un trabajo definitivo y como tal totalmente acabado. Faltan algunas cosas importantes como una discusión sobre algunos procesos y procedimientos especiales en materia de constitucionalidad; una revisión analítica sobre los principios procesales aplicables a los procesos constitucionales, entre otros. En ese sentido, se trata más bien de una propuesta para el debate y como tal una invitación a los juristas teóricos y a prácticos del derecho a acercar posiciones sobre la urgencia de revisar las miradas clásicas del derecho y una invitación a construir nuevo conocimiento sobre cuestiones y metodologías necesarias para llevar a buen término el objetivo fundamental del nuevo Estado ecuatoriano, que es como dice la Constitución hacer efectivos y eficaces los derechos constitucionales de todas y todos.

Juan Montaña Pinto

Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso

Juan Montaña Pinto*

Pocas cosas hemos aprendido de la historia, maestra de vida, fuera de esta: que las revoluciones se institucionalizan y al enfriarse se transforman en una costra maciza, donde las ideas se condensan en un sistema de ortodoxia, los poderes en una forma jerárquica y que lo único que puede dar vida al cuerpo social osificado es el halito de la libertad, por lo que entiendo la inquietud del espíritu, la intolerancia frente a lo establecido, la aversión hacia todo conformismo, que exige una mente sin prejuicios y energía de carácter.

Norberto Bobbio “Liberta e Potere”¹

1. Introducción

El 22 de octubre de 2009 se publicó y entró en vigencia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), después de una aprobación por exigua mayoría en la Asamblea Nacional y una serie de dificultades políticas² en su promulgación que retardaron su publicación cerca de tres meses.

Dado este primer gran paso, es indispensable conocer cuál es el contenido de la ley vigente. Por eso es inevitable evaluar el texto y contexto del nuevo orden legal a la luz de los principios y valores expresados en la propia Constitución. No se puede olvidar que toda Constitución cristaliza complejos procesos sociales, expresa nuevas formas de entender la vida y sintetiza un momento histórico determinado,³ que deben ser respetados escrupulosamente por el legislador al momento de interpretar la partitura constitucional, bajo el riesgo grave de romper su equilibrio.

* Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

1 Bobbio, Norberto. *Política e cultura*. Torino, Einaudi, 1995, p. 15.

2 Refiriéndose específicamente al procesamiento de los vetos presidenciales que enardecieron el ambiente político y provocaron no pocos cambios en el texto de la ley finalmente publicada.

3 Acosta, Alberto. “La Constitución de Montecristi, medio y fin para cambios estructurales”. *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. AA.VV. Quito, INREDH, 2009, p. 7.

Por tanto, es urgente hacer un escrutinio del texto legal aprobado respecto de la naturaleza y alcance de la facultad interpretativa de “última y definitiva instancia” que el constituyente dio a la Corte Constitucional en el que, aparte de analizar la sistemática del capítulo III del título V de la LOGJCC,⁴ se puedan establecer las razones de existencia de la institución y la concordancia de estas con el texto de la ley.

Dada la incompreensión generalizada hacia el mecanismo, este ejercicio es oportuno ya que permitirá salir del entendimiento formal y mecánico de la realidad constitucional ecuatoriana, que lleva a algunos sectores a rechazar con sorna, displicencia y, a veces, acritud, cualquier aporte doctrinal o cambio que se pretenda hacer a la ciencia del derecho “desde el Ecuador”.

Para ello en el presente escrito se hace una revisión de la “versión” legal de esta importante atribución de la Corte Constitucional, a fin de determinar su fidelidad tanto al texto de la Constitución como, sobre todo, a los conceptos filosóficos y principios que inspiraron tanto a los constituyentes de Montecristi, como también a los movimientos sociales que impulsaron y aún empujan, desde la sociedad civil, el proyecto de transformación social que ha vivido Ecuador en estos últimos años.

Lo anterior implica dividir el texto en varios apartados: en el primero, se reconstruyen los puntos básicos de la discusión contemporánea sobre interpretación jurídica y constitucional, permitiéndonos establecer el contexto en el cual se produjo el debate jurídico que dio lugar a la ley; en un segundo apartado, se explora el texto constitucional sobre interpretación auténtica de la Constitución lo que posibilita esbozar la teoría de la interpretación implícita en la nueva Constitución y definir los rasgos que delimitan la labor hermenéutica de la nueva Corte Constitucional respecto de las otras funciones del Estado.⁵ En un tercer apartado, se esbozan las principales características de la interpretación constitucional en la ley, poniendo especial énfasis en identificar las variaciones del texto legal frente a la

4 Véanse los artículos 154 a 160 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5 Para lo cual se explicará el proceso de mutación de aquella capacidad general de los tribunales constitucionales como máximos órganos de interpretación de la Constitución, presente en todas las constituciones de posguerra y la novedad que significa la nueva concepción de interpretación implícita en la Constitución, es decir, la creación de una acción judicial autónoma.

filosofía de la Constitución y la recreación de las formas y el fondo del debate producido tanto entre los que prepararon el proyecto original como al interior de la Asamblea Nacional. Para finalizar, se formularán algunas conclusiones que intentan fijar provisionalmente las consecuencias previsibles de esta “variación” en el contexto de la “armonía” general de la justicia constitucional.

2. Aproximación al debate sobre la interpretación de la Constitución

En los últimos 20 años, coincidiendo con la irrupción del neoconstitucionalismo, el problema de la interpretación constitucional se ha situado en el centro del debate iustéorico.⁶ La mayoría de los autores contemporáneos⁷ concuerdan en que la interpretación constitucional es una forma especial de interpretación, que si bien tiene características similares a otros ejercicios de hermenéutica jurídica,⁸ posee particularidades que la convierten en disciplina autónoma.

Estos autores coinciden en que existen por lo menos cuatro cuestiones fundamentales que distinguen la interpretación constitucional de los demás ejercicios de hermenéutica jurídica: a) la estructura diversa de las normas constitucionales frente a las otras normas del ordenamiento y su vinculación con la garantía de lo *indecidible* democráticamente; b) su vinculación a la realización efectiva del principio de supremacía de la Constitución; c) el carácter normativo del resultado de la interpretación

6 Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 6. México, abril 1997.

7 Entre los autores contemporáneos que defienden la tesis de la diferenciación entre interpretación constitucional y la labor hermenéutica respecto del resto del ordenamiento jurídico cabe destacar, en Alemania: R. Alexi y P. Haberle; Italia: R. Guastini; España: L. Prieto, E. García de Enterría y M. Aragón; México: J. Carpizo, H. Fix Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Carbonell; Colombia: M. J. Cepeda, R. Uprimmy, C. Bernal, A. Julio y H. Sierra; Perú: C. Landa. En sentido contrario, tenemos algunas obras de constitucionalistas y teóricos del derecho muy influyentes que mantienen la tesis de la identidad sustancial entre interpretación constitucional y hermenéutica legal, tales como, E. Forsthoff, J. Wroblesky, I. De Otto.

8 Tales como el hecho de que se trate de un caso especial de cualquier ejercicio hermenéutico y que se trata de una garantía jurídica, es decir, de un mecanismo por medio del cual se asegura el cumplimiento de la Constitución. Sobre el particular, véase Aragón, Manuel. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. *Anuario de Derecho Público*, 1. México, McGraw-Hill, 1997, pp. 3-43.

constitucional; d) las distintas funciones que cumple la interpretación constitucional de última instancia respecto de las otras interpretaciones constitucionales posibles.

2.1. La distinta naturaleza y estructura de las normas constitucionales y su vinculación con la garantía de lo indecidible democráticamente

Como se sabe, la teoría tradicional del derecho considera que en la Constitución se pueden encontrar dos tipos de cánones, unos de directa aplicación y otros programáticos. Para los defensores de esta tesis solamente los primeros son reglas jurídicas en sentido estricto⁹ y, en tal virtud, deben ser aplicadas directamente por los operadores jurídicos mediante un proceso de subsunción;¹⁰ mientras los demás (los principios y los valores), por el hecho de tener una textura jurídica abierta e indeterminada, únicamente pueden ser aplicados después de mediar un desarrollo a través de reglas, por parte del titular de la función legislativa.

La nueva teoría del derecho, sin embargo, discute y minimiza esa radical diferencia y considera que si bien la Constitución está conformada por reglas también incorpora principios y valores. La diferencia es que, para los iusteóricos contemporáneos del derecho, los principios y los valores son también normas y como tales directamente aplicables,¹¹ sin que medie el desarrollo posterior del legislador.

Ahora bien, el hecho de que los principios sean normas no implica que tengan la misma estructura de las reglas. Los principios son normas jurídicas propias del constitucionalismo material contemporáneo, y como tales poseen una amplitud y ambigüedad notable, además de carecer, por regla general, de hipótesis de hecho y de consecuencia jurídica. En cuanto a su función, sirven para llenar de contenido y eliminar las contradicciones propias del ordenamiento jurídico.¹²

9 Pues contienen proposiciones hipotéticas, fundamentos de hecho o condición de aplicación y consecuencia jurídica.

10 Véase Ávila Santamaría, Ramiro. "Los principios de aplicación de los derechos". *Nuevas instituciones de derecho constitucional ecuatoriano*. AA.VV. Quito, INREDH, 2009, pp. 38-40.

11 Esto se conoce como el principio de aplicación directa de la Constitución.

12 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 55.

Y ello solamente es posible a partir de una utilización renovada de las reglas de la argumentación y de la retórica. Por ejemplo, el juez contemporáneo, como parte de aquellas instituciones que Ferrajoli denota como “de garantía” del Estado constitucional,¹³ es el primordial guardián de aquellos principios que en democracia están sustraídos a la voluntad de las mayorías, y esto solamente se puede realizar mediante el uso racional y cuidadoso de las reglas de la argumentación jurídica.

Esto es así porque es el juez, como guardián último de aquello que Bobbio llama “territorio inviolable” y Ferrajoli denomina la “esfera de lo indecible” por parte de los poderes democráticamente legitimados,¹⁴ es decir, de la dignidad y los derechos de las personas.

Porque el juez, particularmente el juez constitucional, una vez que decide salir de la comodidad de la aplicación mecánica del silogismo, tiene la grave responsabilidad de decidir en última instancia y “argumentar bien” sobre todo aquello que es intocable para el principio de mayoría; esto únicamente lo puede hacer a partir de un manejo responsable de la retórica jurídica.

En efecto, en los Estados constitucionales contemporáneos, donde se ha puesto en duda el absolutismo de la ley y del Parlamento, el juez constitucional es el único que puede inmiscuirse con seguridad en aquellos “territorios inviolables” constituidos por las garantías a las libertades y los derechos de autonomía, en un sentido clásico liberal como, lo que es más importante, a las obligaciones positivas que tiene el Estado constitucional de derechos para asegurar la efectividad de los derechos sociales, especialmente aquellos relacionados con el buen vivir.

Para aplicar e interpretar estos principios y las reglas se requiere detectar, con una dosis grande de imaginación y antiformalismo, tanto la hipótesis de hecho como la regla implícita que está detrás del principio, para lo cual es necesario superar los métodos tradicionales de interpretación que el mundo le debe a Savigny,¹⁵ y necesita reemplazarlos por nuevas técnicas

13 Esto siguiendo la distinción que hace Ferrajoli entre instituciones de garantía (los jueces) y las instituciones de gobierno que se encargan de gestionar la esfera de lo político en los Estados contemporáneos. Véase Ferrajoli, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008, pp. 102-109.

14 *Ibid.*, p. 107.

15 Sobre el particular, véase Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 55.

basadas en la búsqueda de la racionalidad, proporcionalidad y suficiencia de las medidas adoptadas en el caso concreto, lo cual nos remite obviamente al problema de la retórica jurídica.

2.2. Su vinculación con la eficacia del principio de supremacía de la Constitución

En cuanto a la relación existente entre la interpretación constitucional y la eficacia del principio de supremacía de la Constitución, es ya un lugar común decir que, en las actuales sociedades democráticas y pluralistas, la Constitución es una norma jurídica, además de ser norma suprema de todo el ordenamiento. Esta doble condición la convierte en parámetro axiológico del ordenamiento en su integridad.

La superioridad y el nuevo papel que cumple la Constitución como parámetro de valoración del conjunto de las normas del ordenamiento están directamente relacionados con la labor de interpretación que cumplen los jueces constitucionales, particularmente con la vigencia y eficacia del principio de interpretación conforme a la Constitución.¹⁶

En efecto, dada la estructura abierta de la Constitución, su aplicación directa depende mucho de las formas de concreción de las normas constitucionales desarrolladas por los intérpretes autorizados de la Carta fundamental.

Si se asume, por ejemplo, una ideología estática del derecho según la cual los intérpretes deben realizar una valoración originalista del derecho tendiente a garantizar prioritariamente el valor de la estabilidad e inmutabilidad de las categorías jurídicas concebidas por el constituyente, el valor y la superioridad de la Constitución tendrán un campo más restringido que si el intérprete asume una postura dinámica del derecho que intenta adaptar el derecho y la justicia a las exigencias de la vida social. Así mismo, el resultado de la aplicación de la Constitución y su jerarquía serán distintos si se asume un método literal de lectura del texto constitucional, o si se prefiere una técnica que privilegie la búsqueda de

16 Como se sabe, este principio manda que en el momento de la aplicación pragmática del derecho todo el cuerpo jurídico del Estado debe ser aplicado e interpretado a la luz de una lectura integral y sistemática de las reglas y principios constitucionales.

la finalidad o voluntad del constituyente. En similar sentido, no se llega a idéntico resultado en términos de supremacía de la Constitución si el intérprete asume una actitud de autorrestricción (*judicial restraint*), o si el aplicador de la Constitución cree más bien en que el deber prioritario del intérprete es la garantía de los derechos de las personas, aun a riesgo de desconocer o modular las decisiones de la mayoría.¹⁷

En ese sentido, se evidencia que el entendimiento y la operatividad del principio de supremacía de la Constitución y la posibilidad de aplicarla directamente dependen de la postura que tengan los jueces constitucionales y demás intérpretes sobre el papel, el alcance y los mecanismos de interpretación de las normas constitucionales.

En el caso de la aplicación de la Constitución a contextos sociales y políticos desiguales y problemáticos, como pueden ser los latinoamericanos, la supremacía de la Constitución no puede entenderse y no surge de un entendimiento originalista del texto ni permite una valoración estática del mandato constituyente, tampoco permite una lectura literal y definitiva del texto constitucional; y en consecuencia, en estructuras institucionales difíciles como las que caracterizan a nuestra subregión, resulta un contrasentido asumir una posición jurídica de autorrestricción judicial, toda vez que la realización efectiva de la dignidad humana y la justiciabilidad real de los derechos depende en mucho del compromiso activo de los encargados de administrar justicia.

Por eso, el juez constitucional no puede confinarse a la actitud cómoda de simplemente *aplicar el derecho* tal cual fue escrito por el constituyente, ni se debe contentar con una aplicación silogística del derecho donde se circunscriba a solucionar eventuales antinomias entre reglas, sino que ante la insuficiencia de estas reglas debe asumir una actitud creativa y políticamente comprometida con la realización material de la justicia, estilo donde el activismo judicial y la interpretación dinámica de la Constitución son esenciales para crear las subreglas necesarias para traducir los principios constitucionales en una política judicial emancipadora y comprometida con los más débiles.

17 En el primer caso la supremacía de la Constitución está limitada por la congruencia de las normas constitucionales con las decisiones posteriores de los representantes del pueblo soberano; mientras tanto, en el segundo caso el juez tiene una mayor libertad de aplicación e interpretación a partir de un único límite: su compromiso con la garantía de los derechos de las personas.

2.3. El carácter normativo de la interpretación constitucional

La teoría tradicional del derecho, según Montesquieu, hace una división rotunda entre las funciones del Estado otorgándole al poder legislativo la primacía frente a los demás poderes. Dicha preeminencia se reflejaría en el monopolio de la facultad normativa del Estado en su cabeza. En el otro lado de la medalla se encuentra el poder judicial: un poder “invisible y nulo” cuya tarea es la de aplicar el derecho vigente de forma aséptica y mecánica, sin que en sus decisiones quepa ninguna consideración política.

La razón de esa marginación del juez de los ámbitos políticos tiene un origen doble: uno de carácter histórico-político y otro más conocido de naturaleza jurídica. En el primer caso, no se puede olvidar que el primer liberalismo francés históricamente excluyó a los jueces de las decisiones políticas por la necesidad que tenían los revolucionarios del siglo XVIII de consolidar el poder para lo cual era necesario romper las estructuras institucionales del Estado autoritario, de las cuales los jueces eran elemento clave.

La explicación jurídica de la exclusión de los jueces de la capacidad normativa es dada por los defensores de esta postura teórica en razón a la ausencia de legitimidad democrática de la función judicial, cuyos miembros en este modelo ideal montesquiano no son elegidos por mandato popular. En ese sentido, si la función de crear el derecho es la más importante del sistema, no se le puede dar a un cuerpo que carece de legitimidad y representación popular.

Las teorías modernas del derecho, sin embargo, han controvertido esta idea mecanicista clásica y *ahistórica* del principio de separación de poderes, a partir de la constatación de dos fenómenos paralelos: el reconocimiento de la existencia del pluralismo jurídico en las sociedades contemporáneas y la mutación de la posición de la jurisprudencia en el conjunto de las fuentes del derecho.

En cuanto a lo primero, es importante recordar que el pluralismo jurídico es una categoría dogmática que designa aquellas formas de regulación social paralelas que compiten y, en algunos casos, inhiben las aspiraciones monopólicas del derecho del Estado.¹⁸ En ese sentido, mediante el

18 Como lo muestran los estudios de sociología jurídica contemporánea, esta presunción pierde particularmente fuerza en los ámbitos infra y supraestatales. Sobre el particular, véase Santos,, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 131 a 508.

concepto de pluralismo jurídico se abarca una serie amplia y disímil de fenómenos sociales de control y regulación social, entre los que se destacan aquellos que se dan al interior de las comunidades tradicionales, en las nuevas comunidades excluidas o marginadas, e incluso, como resultado de los procesos de globalización del capital que se han desarrollado en el mundo entero en los últimos 30 años.

Ahora bien, en la actual coyuntura de irrupción general del Estado constitucional de derecho, el pluralismo adquiere enorme importancia al hacer visibles los escenarios local y mundial de regulación, así como en el reconocimiento general de capacidad normativa a múltiples actores de la vida social, lo que demuestra la insuficiencia de la ley y del legislador en la pretensión de cobijar todo el fenómeno normativo de la sociedad.

En cuanto a la mutación de la jurisprudencia en el contexto de las fuentes del derecho, desde hace ya bastantes años en la dogmática jurídica continental se ha venido debatiendo la cuestión de si los jueces crean o no derecho.¹⁹

La polémica se refiere a dos cuestiones: en primer lugar, la discusión sobre el rol que cumplen los jueces frente al modelo de juez ideal construido por Montesquieu y, en segundo lugar, al proceso de creación del derecho propiamente dicho.

En relación con lo primero, la discusión sobre el juez ideal tiene que ver, por un lado, con la clásica tensión existente entre derecho y justicia que ya planteaba Sófocles en *Antígona*, y con el problema de la distribución de poder entre legislativo y judicial, cuestión de naturaleza política que transcurridos más de doscientos años del comienzo de las primeras revoluciones burguesas, aún no se ha resuelto adecuadamente.

Como ya se advirtió, la visión tradicional de la democracia entrega el proceso de creación del derecho a la función legislativa del Estado por ser el órgano que tiene directa legitimidad democrática, mientras que los órganos de control constitucional, en tanto tienen una legitimidad democrática indirecta, tan solo pueden ser considerados *aplicadores* del derecho y, en el mejor de los casos, legisladores negativos, por lo que de acuerdo con este punto de vista, la interpretación constitucional no tendría un carácter normativo ni mucho menos vinculante de manera general.

19 Una síntesis magistral de la polémica sobre la creación judicial de las normas jurídicas se encuentra en Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1979.

Sin embargo, el punto es que no es fácil determinar qué significa la expresión “aplicar el derecho” y, por tanto, no es factible encontrar la verdadera dimensión de la facultad de interpretación de la Constitución, que está en cabeza de las cortes constitucionales.

Sobre el particular existen numerosas posturas doctrinales que intentan explicar en qué consiste la función de aplicar e interpretar el derecho que corresponde a los jueces. Estas posiciones van desde el deductivismo extremo, propio del modelo liberal ideal clásico,²⁰ hasta el judicialismo extremo que considera las decisiones judiciales como meros actos de voluntad, pasando por puntos de vista intermedios.

La consecuencia de estas distintas tendencias en relación con la acción de aplicar el derecho resulta reveladora: mientras para las posiciones extremas la argumentación judicial destinada a justificar un fallo o una sentencia es inútil o superflua,²¹ las posiciones intermedias, por el contrario, consideran que la argumentación es la manera que tiene el sistema jurídico, particularmente los jueces, de *crear derecho* vinculante y general.

La expresión “los jueces crean derecho” puede tener, a su vez, por lo menos cuatro significados distintos dependiendo de la postura ideológica y del sistema jurídico del que se parta:²² para los juristas formados dentro de la más estricta tradición jurídica francesa,²³ ese enunciado es en sí mismo un atentado contra el principio de legalidad y, por tanto, solamente es posible hablar de tal posibilidad en circunstancias excepcionales, es decir, cuando al interior del ordenamiento existan lagunas y antinomias que no puedan resolverse de ningún otro modo.

Para los defensores de esta perspectiva, es necesario distinguir dos circunstancias: unas veces el juez se encuentra con una controversia sobre la

20 Para los seguidores del modelo judicial deductivo extremo, a partir de la consideración de que el derecho es un todo cerrado y completo, aplicar el derecho simplemente consiste en hacer un ejercicio de deducción y, por tanto, la aplicación de normas no aporta, no puede aportar nada al conjunto del derecho.

21 Mientras para los seguidores del judicialismo extremo, la justificación de las sentencias es imposible porque se trata de una mera cuestión de voluntad y, en consecuencia, las justificaciones incorporadas en la motivación de la sentencia son meras racionalizaciones de un acto de poder. Para los deductivistas la argumentación resulta inútil, porque el derecho positivo está constituido por un conjunto de axiomas que no requieren ser probados.

22 Sobre los diferentes significados del término crear derecho, véase Guastini, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino, Giapichelli Editore, 1992.

23 A pesar de no ser francés, el ejemplo contemporáneo más claro de este tipo de juristas legicentristas en el ámbito del derecho público lo encontramos en la obra de Karl Larenz. Para una exposición clara y contundente de la perspectiva clásica en relación con la creación judicial del derecho, véase K. Larenz, pp. 359 a 436.

cual la ley, adecuadamente interpretada, ofrece exclusivamente una única solución. Otras veces, o bien la ley no regula el hecho objeto de controversia (lagunas legales), o bien lo hace pero de una manera contradictoria y oscura (antinomias legales). De acuerdo con esta teoría de la interpretación, en circunstancias normales el juez se limita a “aplicar normas”, es decir, a construir un silogismo a partir de normas previamente conocidas;²⁴ pero en otros casos no existe norma preconstituida susceptible de aplicación silogística, o esta no es suficiente para regular íntegramente el conflicto, y por ello en estas condiciones, además de “aplicar el derecho” el juez debe crearlo, de tal suerte que en estos casos el juez sustituye al legislador, creando una norma nueva idónea para resolver la controversia.

También hay quienes acogen la conocida teoría kelseniana, según la cual, creación y aplicación del derecho no son categorías nítidamente distinguibles;²⁵ consideran correcto decir que los jueces crean derecho como un modo de explicar que el sistema jurídico está constituido por dos tipos de normas: las normas generales, producidas mediante el procedimiento legislativo, y las normas particulares o concretas de creación judicial. Desde este punto de vista, queda claro que la labor cotidiana de los jueces es crear derecho, únicamente de ámbito particular y concreto.²⁶

24 De acuerdo con la teoría ideal del derecho, en la aplicación normal del derecho el juez se limita a construir un silogismo en el cual la premisa mayor es la norma, la premisa menor son los hechos objeto de controversia jurídica, y la conclusión es la decisión judicial concreta.

25 Recordemos que para Kelsen el sistema jurídico puede ser mirado desde un punto de vista estático o desde una óptica dinámica. Desde la perspectiva estática el sistema jurídico se presenta como un conjunto jerárquicamente ordenado de normas generales y particulares. Para el autor austriaco, ejemplo de las normas generales son las normas legislativas, y de normas particulares o singulares la parte dispositiva de las sentencias. Desde el punto de vista dinámico, para Kelsen, el sistema jurídico está constituido por una infinidad de actos normativos, de tal suerte que cada acto normativo es a la vez aplicación de una norma jerárquicamente superior y como creación de una norma jerárquicamente inferior. Desde esta óptica, la legislación es a la vez aplicación y desarrollo de una norma superior (la Constitución), pero también es generadora de otras normas jurídicas, concretamente de los reglamentos. Sobre el particular, véase Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

26 Recordemos que la noción kelseniana de derecho jurisprudencial está constituida por el conjunto de normas individuales creadas por los jueces en sus sentencias y, concretamente, en la parte dispositiva de la sentencia. Algunos críticos de Kelsen han criticado esta noción en tanto piensan equivocado considerar que los jueces crean derecho solamente porque se limitan a formular normas particulares. Para estos autores únicamente es posible hablar de creación de derecho en el caso de que la formulación de una cierta regla no fuese producto de una inferencia lógica respecto de otra norma preexistente. A este respecto, véase *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, obra de Eugenio Bulygin, citado por Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, 2008, p. 167.

Los juristas realistas, por su parte, entienden que la interpretación de normas que hacen los jueces es una actividad de creación de nuevo derecho en sentido fuerte. Para los defensores de esta tesis, el significado de un enunciado normativo no es nunca previo a la actividad interpretativa, por tal razón las leyes no tienen otro significado que aquel que le atribuyen sus intérpretes, concretamente los jueces.

En definitiva, desde una óptica realista, la actividad jurisdiccional seguiría siendo en lo fundamental una actividad aplicativa de normas generales a casos concretos, solamente que en este caso las normas aplicadas, lejos de estar predeterminadas, son normas que los propios jueces producen —o por lo menos contribuyen a producir— mediante la interpretación.²⁷ Si llevamos este argumento hasta sus últimas consecuencias nos encontramos con que no solamente los jueces crean derecho siempre que interpretan una norma, sino que todo el derecho es creado por los jueces.²⁸

Finalmente, en el contexto teórico de los sistemas jurídicos anglosajones se habla de que los jueces crean derecho para significar que sus decisiones (al igual que ocurre con las de los órganos legislativos y de los demás sujetos con capacidad normativa) tienen una eficacia general o *erga omnes*. Es importante recordar que la noción de derecho jurisprudencial en el ámbito del *common law* no es un concepto extraño o polémico, pues, en este contexto la jurisprudencia hace parte por sí misma del derecho positivo mediante el modelo del precedente.

La doctrina del *stare decisis* puede sintetizarse del siguiente modo: una decisión de un tribunal o un juez, planteada en un caso, se constituye en precedente obligatorio para el mismo tribunal, y para otros tribunales de igual o inferior jerarquía, en aquellos casos futuros en los que se plantee nuevamente la misma cuestión.²⁹

27 Como se puede observar, esta teoría se funda en la deconstrucción de la contraposición clásica entre creación e interpretación del derecho. Este ejercicio de deconstrucción teórica se consigue a partir de la puesta en duda de la creencia, en cierto sentido metafísica, de que las palabras tienen por sí mismas un significado verdadero independiente del uso que de ellas se haga y preconstituida a la interpretación.

28 Para una explicación completa de este razonamiento, véase Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, p. 170.

29 Sobre la definición de precedente que aquí se recoge, véase Aguiló Regla, Josep, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Editorial Iustel, 2007, pp. 113-114.

Esto quiere decir que la razón, el criterio o la norma que resuelve el caso (también conocida como *ratio decidendi*) vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores, lo cual significa que el juez en los sistemas jurídicos que aceptan la doctrina del precedente está obligado, en principio, a declarar y aplicar el precedente ya existente, y para apartarse de él debe construir un razonamiento jurídico en el que demuestre nítidamente las razones de su desacuerdo con la solución aportada por el precedente, y una vez hecho esto puede apartarse del precedente en el caso concreto, e incluso derogarlo o anularlo (*overrule*) si el mismo no proviene de una autoridad superior.

En definitiva, como queda claramente explicitado en los párrafos anteriores, salvo que se mantengan las posturas, hoy francamente minoritarias del liberalismo clásico, o las hoy discutibles teorías kelsenianas, es claro que los jueces —y más si son jueces constitucionales— *crean derecho general y abstracto* mediante sus decisiones que cada vez con mayor fuerza en el ámbito continental se convierten en precedentes vinculantes, para jueces y particulares, de idéntica manera como lo hace la ley aprobada por el legislador ordinario; de tal manera que las interpretaciones de los jueces constitucionales son normas en el sentido fuerte del término, aunque no son normas de origen parlamentario.

Si se conectan los dos tipos de argumentos se puede sacar una conclusión general sobre la cuestión del carácter normativo de las decisiones de los jueces constitucionales cuando interpretan la Constitución.

A partir del reconocimiento del pluralismo jurídico y con ocasión de la ampliación del sistema de fuentes, es hoy claro que el legislador no es la única fuente de creación del derecho: existe derecho jurisprudencial que es el creado por los jueces en el ejercicio de sus funciones de administración de justicia; también el derecho socialmente constituido que es el generado y aplicado por sectores sociales en ausencia o en complemento del derecho estatal. En el caso de los jueces constitucionales, particularmente si se trata de evaluar las funciones de los tribunales constitucionales como máximos intérpretes de la Constitución, esta función de creación del derecho tiene un carácter normativo mucho más claro, muy cercano a la naturaleza de las normas creadas por el legislador toda vez que estas decisiones son un acto de voluntad que crea nuevos derechos y genera

obligaciones de carácter general y, por tanto, ya no es posible trazar una línea nítida entre poder jurisdiccional y función legislativa.³⁰

Ahora bien, esto no significa que los actos jurídicos de creación del derecho por la vía de la interpretación se denominen leyes; esta denominación se sigue manteniendo como una “propiedad intangible” correspondiente a las normas aprobadas por la función legislativa mediante el procedimiento creado para tal fin por la Constitución; pero el hecho de que no se denominen leyes no implica que no tengan carácter normativo general y abstracto, y que no sean vinculantes para los demás poderes públicos y para los particulares. Esto es innegable y es parte de la evolución del derecho una vez que se ha puesto en entredicho el absolutismo legislativo.

Son normas en un sentido fuerte del término, es decir son obligatorias, generales y abstractas, solamente que al carecer de legitimidad democrática de origen, por no provenir del legislador democráticamente elegido, están circunscritas al ámbito de acción de los jueces, tribunales y cortes constitucionales. Estas normas jurisprudenciales solamente son válidas en tanto estén directamente vinculadas con la garantía jurídica y la eficacia de los derechos y la protección de la dignidad humana.

2.4. Las funciones que cumple la interpretación constitucional realizada por la Corte Constitucional

En las ciencias puras las leyes naturales no se inventan, se descubren. Tienen una función clara: explicar los hechos con base en la relación de causalidad que estos tienen con otros fenómenos naturales. En las ciencias sociales, particularmente en el derecho, las leyes no son descriptivas ni están amarradas al principio de causalidad, son prescriptivas y, en tanto tales, modifican la realidad.

En el caso de la Constitución, a pesar de su carácter normativo, el derecho que por intermedio de ella se crea no está totalmente terminado cuando el titular del poder constituyente concluye su labor configuradora. Su concreción depende de la interpretación que de ella hagan los distintos intérpretes autorizados de la Constitución.

30 Guastini, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Milano, Giapicelli Editore, 1992, p. 110.

Ahora bien, el alcance de la anterior afirmación depende de qué se entienda por interpretar. Si se arroga una *teoría de la interpretación cognitiva*, donde norma y texto legislativo se confunden, y donde solamente se interpreta en caso de oscuridad y duda, el único intérprete autorizado es el legislador; en el caso de la Constitución, el legislador constituyente. Si por el contrario nos comprometemos con una definición más amplia de interpretación y, por ende, asumimos como propia una *teoría escéptica* de la interpretación donde la actividad hermenéutica es una actividad de valoración y decisión³¹, donde cada texto puede tener una pluralidad de lecturas e interpretaciones, todas legítimas, en este caso no existe un único legislador autorizado cuya voluntad pueda ser conocida mediante métodos empíricos.

En la teoría del derecho contemporáneo está cada vez más fuera de discusión el hecho de que las normas jurídicas no preceden a la interpretación, sino que son su resultado,³² y cuando se trata de textos jurídicos, la actividad hermenéutica se parece más a la segunda alternativa que a la primera. De tal manera que no hay normas constitucionales definitivamente dadas, sino textos normativos objeto de interpretación y decisión.

En ese contexto cuando se trata de encontrar el significado de un texto normativo constitucional, son tan válidas las interpretaciones del usuario lego de la Constitución (el ciudadano corriente que lee la Constitución) como de los funcionarios, jueces (que la aplican) y legisladores (que la desarrollan). Todas son interpretaciones posibles en su contexto y su sostenibilidad depende de la capacidad que el intérprete tenga de argumentar y persuadir a los demás usuarios.

Pero esta consideración “realista” del mundo jurídico tiene un grave inconveniente: no asegura ni facilita la procedibilidad ni la certeza o seguridad jurídica. Para resolver este grave predicamento, el Estado constitucional ha inventado un mecanismo que, reconociendo y avalando las distintas posibilidades legítimas de interpretación de la Constitución, permite cerrar el sistema: la función configuradora del ordenamiento realizada

31 Sobre las distintas teorías de interpretación jurídica, véase Guastini, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Milano, Giapicelli Editore, 1992, pp. 108 a 112.

32 *Ibid.*, p. 109.

por medio de la interpretación auténtica y de última instancia que hacen las Cortes constitucionales.

Ahora bien, esta interpretación auténtica y obligatoria que en los Estados constitucionales es propia de los tribunales constitucionales, no es algo nuevo, extraño o contradictorio al Estado de derecho. Desde la aparición del Estado de legalidad en Francia, a comienzos del siglo XIX, existió un órgano de cierre del sistema que tenía atribuida la función de interpretar con autoridad la Constitución: en este caso el Parlamento como titular indiscutido de la función legislativa.

La diferencia estriba en que con la consolidación del Estado constitucional de derecho, en Europa a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial y en América Latina, a partir de fines de los años ochenta, la interpretación auténtica del ordenamiento jurídico se divide: el legislador democrático se queda con la facultad de interpretar la ley, y los tribunales y Cortes constitucionales asumen la facultad exclusiva de interpretar con autoridad y definitivamente la Constitución.

Como se dijo anteriormente, la tradicional crítica a los tribunales constitucionales, en el sentido de que carecen de legitimidad democrática, por ser un órgano designado fuera de la lógica participativa y democrática, no tiene asidero en la realidad porque hoy día los tribunales constitucionales mantienen una legitimidad directamente deducida de la legitimidad de la Constitución. Si la Constitución es legítima, la Corte Constitucional y las normas que ella cree mediante la interpretación de los enunciados normativos de la Constitución tendrán plena legitimidad y, como tales, deberán ser respetadas y cumplidas por todas las instituciones y personas que integran ese Estado constitucional.

3. La interpretación constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008

Entender la interpretación de la Constitución en el actual ordenamiento constitucional ecuatoriano requiere un esfuerzo de contextualización del propio proceso constituyente de 2007-2008. Se debe comenzar con una afirmación tajante: el actual gobierno ecuatoriano fue elegido en noviembre

de 2006 con un mandato claro e inapelable: realizar en la práctica el deseo del pueblo de transformar las caducas estructuras políticas, económicas y jurídicas que gobernaron al país en los últimos 50 años, las cuales como en muchos países de nuestro entorno llevaron al país a una situación de postración institucional y moral sin precedentes, que se reflejó en la permanente inestabilidad política ecuatoriana de la última década y que, incluso, llevó al Ecuador a perder su moneda, símbolo natural de la soberanía nacional.

Una vez elegida la Asamblea Constituyente, la metamorfosis de esas estructuras tuvo tres directrices esenciales: el *desmonte de la estructura económica neoliberal* que en 15 años había desarmado el Estado y llevado a la diáspora a más de tres millones de ecuatorianos; la necesidad de implementar una *transformación política profunda* que, aparte de modificar el sistema electoral, transformará la noción tradicional de democracia representativa entendida como supremacía absoluta de una mayoría, por la idea de democracia constitucional y participativa; y el impulso de una verdadera *revolución jurídica y constitucional* pensada como lugar y oportunidad de realización de la supremacía de la Constitución.³³

Para conseguir este último objetivo lo más importante era alcanzar algo muy básico: la sujeción, por primera vez en la historia republicana del Ecuador, del poder al derecho y la garantía del orden jurídico por un poder independiente a los partidos políticos tradicionales.

Estos fines, por supuesto, no son alcanzables si no se da una transformación estructural del modelo de Estado y de justicia y del papel de los jueces en el ordenamiento constitucional.

A ese respecto, el artículo 1 de la Constitución dispone que el nuevo Estado ecuatoriano es un *Estado constitucional de los derechos y justicia*. Este cambio, aparentemente semántico, tiene una significación enorme porque implica la superación definitiva, en el Ecuador, del Estado legalista o de legalidad, que había prevalecido en el país desde los inicios de la República por allá en 1830, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado.

33 Escobar, Claudia. "Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional". *Neconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, 2008, p. 218.

El paradigma constitucional garantista³⁴ pretende en última instancia la rematerialización de la Constitución³⁵ por medio de su conversión en norma jurídica, o mejor, en conjunto normativo³⁶ plenamente eficaz. Como se sabe, el objetivo principal de este modelo de Constitución es justamente garantizar efectivamente los derechos de las personas mediante un sistema de garantías jurídicas eficaces.

Ahora bien, cumplir con este designio implica, como es obvio, transformaciones en la propia estructura y funcionamiento del Estado que se convierte en un “Estado jurisdiccional” debido a la metamorfosis del rol de los jueces que asumen un papel activo y esencial en el proceso de creación del derecho vigente y se convierten en realizadores materiales de los valores y principios constitucionales.

La estructura del Estado se modifica en tanto se produce una superación radical de la teoría de la separación de poderes en la versión clásica montesquiana.³⁷ Particularmente, en lo que atañe a la función judicial, la asunción de este modelo garantista de Estado implica cambiar la tradicional imagen de los jueces como “poder invisible y nulo” para transformarlos en eje articulador y garantía básica de la existencia misma del Estado,

34 Desde hace unos 20 años la palabra garantismo ha entrado en el léxico jurídico con fuerza. Con ese término se quiere designar un modelo de derecho orientado a garantizar y hacer realidad tangible los derechos constitucionales de las personas. Según el tipo de derechos garantizados, se habla de distintos tipos de garantismo: garantismo patrimonial para designar aquellas técnicas jurídicas que se encargan de garantizar el derecho a la propiedad y sus derechos conexos; garantismo penal para designar aquellas técnicas y prácticas dirigidas a proteger el derecho a la libertad frente a ese terrible poder que significa el arbitrio punitivo del Estado, mediante su estricto sometimiento a la ley; garantismo social para designar el conjunto de garantías, todavía muy escasas, dirigidas a tutelar los llamados derechos sociales, en particular la educación, la salud y la vivienda. Sobre el particular, véase de Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2006; *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2001; *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

35 Sobre el concepto de “Rematerialización constitucional”, véase Prieto Sanchís, Luis. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 305 a 346.

36 Sobre la distinción técnica entre norma y conjunto normativo, véase Aragón, Manuel. “Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”. *Interpretación constitucional*, t. 1. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, Editorial Porrúa, 2005.

37 La teoría clásica de la división del poder, atribuida a Montesquieu, considera que en un Estado debe haber tres clases de poderes: el legislativo, el poder ejecutivo y el “poder de juzgar”. Mediante el primero, se hacen las leyes; por medio del segundo se hace la paz y la guerra y se establecen relaciones internacionales; y mediante el tercero se castigan los crímenes y se juzgan las diferencias entre particulares. Según Montesquieu, estas funciones no solamente están separadas, sino que se

mediante su labor de intérpretes y aplicadores de los actos normativos y de poder del resto de las funciones públicas. En ese sentido, a partir de que los jueces se convierten en agentes esenciales de la axiología constitucional, la práctica judicial se transforma. Concretamente esta deja de ser una mera operación de subsunción de normas, vinculada a la lógica formal aristotélica, para convertirse en un proceso fundamentalmente retórico donde la argumentación y la hermenéutica se convierten en el escenario privilegiado de acción judicial.

En el plano institucional, a su vez, las transformaciones planteadas por la nueva Constitución no son menos radicales, todas relacionadas con la necesidad de dar efectos reales y concretos al principio de supremacía de la Constitución en materia judicial. La discusión se focalizó esencialmente en dos puntos:

- a La configuración de un Tribunal o Corte Constitucional con atribuciones claras y reales posibilidades de ejercer el control constitucional, y
- b La necesidad de establecer controles efectivos a las decisiones judiciales.

En cuanto a lo primero, en la Constituyente se planteó la necesidad de crear un verdadero control concentrado de constitucionalidad en cabeza de un órgano fuerte y pleno de legitimidad, independiente de los poderes fácticos y políticos, y compuesto por jueces especializados, al que la Constitución le concediera atribuciones claras de garantía de la supremacía de la Constitución y control de las actuaciones de las demás funciones y órganos del Estado.³⁸ Esto se consiguió con la creación de una nueva Corte Constitucional, con claras competencias establecidas a lo largo de

limitan unas a otras por medio de la facultad de autobloqueo que tienen atribuida. Como es conocido, en opinión de Montesquieu, el poder legislativo debía estar en manos de las cámaras legislativas; el poder ejecutivo en manos del rey, y la facultad de juzgar debía ser un “poder invisible y nulo” ejercido en forma transitoria por personas extraídas especialmente para ello del pueblo llano. Como se ve, la “separación de poderes” tal cual la conocemos hoy dista mucho de la teoría liberal clásica aquí citada.

38 Véase Grijalva, Agustín. “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Rubén Martínez y Agustín Grijalva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 257 a 278.

todo el texto fundamental, pero esencialmente concentradas en el artículo 436 de la actual Constitución.

Entre las principales funciones de la Corte, establecidas por el constituyente de Montecristi, están: realizar la interpretación obligatoria y general y de última instancia de la Constitución; el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de la ley y otras normas con fuerza de ley; el control constitucional de normas conexas; la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión; el control del incumplimiento de normas generales y disposiciones de los organismos internacionales de garantía de los derechos humanos; la función de generación de doctrina constitucional y jurisprudencia obligatoria en materia de garantías judiciales de los derechos;³⁹ la resolución de los conflictos de competencia entre funciones y órganos constitucionales; el control constitucional de las declaratorias de los Estados de excepción; el ejercicio del control concreto de constitucionalidad;⁴⁰ o el control constitucional previo de algunos actos políticos sustantivos como la destitución del presidente de la República o la disolución de la Asamblea Nacional.

En cuanto a lo segundo, establecimiento de controles jurídicos a las actuaciones y decisiones de los jueces, este era otro de los objetivos esenciales de la nueva justicia constitucional pedida por el pueblo ecuatoriano, con el fin de garantizar la sujeción de todos los servidores públicos a la Constitución y eliminar, de una vez por todas, la arbitrariedad judicial.

El dispositivo que encontraron los constituyentes fue la llamada “acción extraordinaria de protección”, mediante la cual cualquier ciudadano que sintiera afectado sus derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva por cuenta de una decisión judicial, puede solicitar a la Corte Constitucional la tutela jurisdiccional de sus derechos y, como consecuencia de ello, reparación inmediata del daño causado.⁴¹

39 La disposición del numeral 6 del artículo constitucional 436 importa al Ecuador la conocida figura del derecho norteamericano del *writ of certiorari* que, como se conoce, permite seleccionar discrecionalmente las sentencias de los jueces y tribunales ordinarios en materia de garantías jurisdiccionales de los derechos que revisará y sobre las cuales establecerá jurisprudencia vinculante.

40 Una de las modificaciones más relevantes de la nueva Constitución ecuatoriana es la transformación del control concreto de constitucionalidad, que dejó de ser un control difuso para convertirse en un control concentrado ejercido por la Corte Constitucional, mediante el mecanismo de la consulta o cuestión de constitucionalidad.

41 Véase el artículo 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

Ahora bien, la concreción real de todas estas importantes facultades, se traduce en el Estado constitucional de derecho en la existencia de facultades jurídicas autónomas en cabeza de todos los titulares de derechos, sean estos como en el caso ecuatoriano, personas, comunidades, pueblos o nacionalidades, que permiten hacer efectivos y poner en marcha todos los mecanismos de defensa de la Constitución. En el caso de la Constitución de 2008, al igual que ocurre con cualquier modelo constitucional materializado y garantista donde la aplicabilidad de la Constitución depende de la existencia de mecanismos procesales adecuados para su tutela de los derechos, la opción obvia y técnicamente más adecuada fue la creación de acciones autónomas, que permitan exigir directamente la puesta en marcha de todo el andamiaje institucional de control de constitucionalidad.

De todas las acciones creadas por la Constitución, tal vez la más novedosa y cuestionada es la acción de interpretación que surge del numeral 1 del artículo 436. Según el texto constitucional cualquier ciudadano, por sí o por intermedio de su representante, podrá pedir a la Corte Constitucional la interpretación de alguna norma constitucional o del bloque de constitucionalidad, cuando lo considere necesario para el cabal entendimiento y aplicación del orden constitucional.

Esta facultad ha sido criticada por el *establishment* jurídico ecuatoriano, tanto por razones técnicas como políticas:

Entre las *críticas técnicas* a la acción de interpretación, se dice que crear una acción autónoma para provocar la interpretación obligatoria y general de la Constitución es una extravagancia inédita que banaliza y hace innecesarias el resto de facultades de control atribuidas a la nueva Corte, y la hace objeto de críticas por constituir una vulneración del principio de separación de poderes.

En cuanto que sea una figura inédita en el panorama constitucional comparado, esto es cierto en parte, en cuanto ninguna Constitución del mundo —a excepción de la de Sudáfrica de 1996, que establece que la Corte Constitucional como máxima Corte del país tiene competencia para conocer cualquier asunto constitucional, entre los cuales, en el numeral 7 de la sección 167 dispone *el conocimiento de cualquier tema relacionado con la interpretación, protección o puesta en vigencia de la Constitución*, proceso que puede ser iniciado por cualquier persona en

interés de la justicia—,⁴² define a la interpretación como una acción popular susceptible de ser interpuesta por cualquier persona.

Esto no significa que sea una innovación extravagante o un invento de juristas totalmente alejados de la tradición constitucional, pues la mayoría de las nuevas constituciones del mundo, especialmente las latinoamericanas de última cosecha, establece como atribución de la Corte Constitucional la interpretación “auténtica” de la Constitución y le dan al resultado de estos ejercicios hermenéuticos el carácter normativo y vinculante que tiene en Ecuador.

Así, por ejemplo, el artículo 335 de la Constitución venezolana de 1999, después de definir el objeto de la jurisdicción constitucional y las funciones generales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia,⁴³ establece claramente el carácter normativo de las interpretaciones de la sala constitucional en cuanto al contenido y alcance de las normas y principios constitucionales que, de acuerdo con dicha disposición, son obligatorias y vinculantes para los jueces de la república.

En cuanto a que esta atribución banaliza el resto de las competencias de la Corte Constitucional, en el sentido de que las hace innecesarias, es una visión errónea porque confunde el hecho de que no solamente los jueces de la Corte Constitucional, sino todos los jueces ordinarios y funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones, pueden *interpretar la Constitución* y que esa interpretación sea necesaria y legítima, con la redundancia de la acción de interpretación. En efecto, los jueces de la Corte Constitucional cada vez que actúan, igual que sucede con los jueces ordinarios, interpretan la Constitución y crean derecho jurisprudencial nuevo, pero eso nada tiene que ver con la posibilidad que tienen hoy día los habitantes de Ecuador de, en caso de necesidad, reclamar la emisión de una interpretación vinculante y general de cualquiera de las normas constitucionales.

42 Véase numeral 6 de la sección 167 de la Constitución sudafricana de 1996.

43 El artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.”

Esta interpretación es claramente disímil a las demás que configuran el escenario del control constitucional, pero esa distinción es particularmente relevante respecto de la realizada en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad por dos razones fundamentales:

- a No se trata de un examen *jurisdiccional* de la ley o de actos normativos con fuerza de ley bajo la medida de la Constitución, como ocurre en el trámite de las acciones públicas de inconstitucionalidad, sino que se trata de la atribución de significado de una norma constitucional autónomamente considerada; es decir, se trata de *un ejercicio típicamente normativo general*.
- b No tiene por objeto anular o condicionar la vigencia de ninguna norma infraconstitucional, sino que su propósito es asegurar la supremacía de la Constitución y la eficacia jurídica de los derechos.
- c No es una facultad ordinaria como ocurre con el control abstracto de constitucionalidad de la ley, sino que *es una atribución excepcional* pensada para resolver jurídicamente *graves crisis institucionales*.

En cuanto a las *críticas políticas* al establecimiento de una acción autónoma de interpretación, los argumentos se centran en una supuesta defensa al principio de división de poderes. De acuerdo con los críticos, la decisión del constituyente de Montecristi sobre la posibilidad que la Corte interprete la Constitución vía acción, coarta y vulnera gravemente las funciones de la Asamblea Nacional.⁴⁴

Un juicio ponderado de este tipo de tachas al modelo hacen evidente una visión bastante anacrónica de la teoría del Estado y del derecho constitucional, provenientes de una lectura totalmente positivista y formalista del Estado de derecho; visión que hoy día, por fortuna, ha sido ampliamente superada por concepciones más modernas y realistas de defensa del constitucionalismo.⁴⁵

Entre los argumentos que demuestran la actual incorrección de los fundamentos de esta crítica política a la decisión constituyente, tenemos:

44 Agustín Grijalva, *op. cit.*, p. 275.

45 Sobre el particular, véase Courtis, Christian, comp. *Desde otra mirada*. Buenos Aires, Eudeba, 2001; también Gargarella, Roberto. "Constitucionalismo, derechos y democracia". *Los derechos fundamentales*. Marcelo Alegre. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

- 1 En primer lugar, no se ha inventado una forma distinta de asegurar el control jurídico de la supremacía de la Constitución, que estableciendo una distinción tajante entre las funciones que crean la ley y aquellas que interpretan y garantizan la Constitución con autoridad. En este sentido, el contenido mismo de la Constitución, de la gran mayoría de los textos constitucionales, en casos de constitucionalismo garantista como el ecuatoriano, configuran una nueva división de poderes, que si bien mantiene incólume la noción de frenos y contrapesos la estructuran funcionalmente de diferente manera.

Hoy día la separación de poderes no se da entre las tres funciones clásicas establecidas por Montesquieu, sino que se produce entre lo que Bobbio y Ferrajoli denominan los ámbitos de lo decidible y lo indecidible.⁴⁶ La actual división de funciones y poderes se da entre aquellas funciones de gobierno que tienen legitimidad democrática directa y que se encargan de gestionar lo que se puede decidir (el Ejecutivo y la función legislativa ordinaria) de aquellas funciones de garantía que ostentan una legitimidad contramayoritaria directamente derivada de la Constitución y que se ocupan de lo indecidible por el principio de mayoría (los jueces constitucionales), que tienen como misión certificar de manera obligatoria la realización y el respeto de los derechos.

- 2 En segundo lugar, a partir de la aparición del Estado constitucional, la función legislativa y el control constitucional son realidades siempre en tensión, cuyo conflicto se debe resolver y se solventa en los casos concretos de manera relativamente armónica, bajo la premisa de la primacía de los derechos constitucionales frente al principio de mayoría, pues sin un control jurídico de última instancia, encargado a un órgano autónomo respecto del respeto a los derechos el proceso democrático, derivaría inevitablemente en la dictadura de la mayoría.

En ese contexto está claro que la existencia de la acción de interpretación perfecciona y delimita de mejor manera el principio de separación de poderes entre aquellas funciones de gobierno y las de garantía, y establece una atribución normativa definitiva en cabeza del órgano encargado de hacer el control de constitucionalidad.

46 Ferrajoli, Luigi. “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 107.

- 3 Desde una *perspectiva histórico-jurídica*, en la Constitución de 2008 no se inventó algo nuevo. El constitucionalismo histórico ecuatoriano establecía ya la atribución de interpretación de la Constitución por parte del legislador. Específicamente el artículo 284 de la Constitución derogada, determinaba que:

en caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional las mismas personas u organismos que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su trámite será el de la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso Nacional.

Si desagregamos la norma en sus distintos componentes tenemos que en vigencia de la anterior Constitución ecuatoriana:

- a La interpretación de la Constitución procedía en caso de duda sobre el alcance de las normas constitucionales.
- b La interpretación constitucional era una función especial otorgada al Congreso Nacional, el cual para la aprobación de una ley interpretativa requería del voto conforme de las 2/3 partes de sus miembros.
- c El resultado del ejercicio de la facultad era una interpretación vinculante general y abstracta, mediante una ley interpretativa.
- d La impulsión procesal del procedimiento se daba a iniciativa de las mismas personas e instituciones que contaban con iniciativa legislativa; es decir, que su trámite era rogado.

Es decir que en el constitucionalismo ecuatoriano, la interpretación constitucional autónoma ya existía con características muy similares a las de la actual acción de interpretación establecida en el numeral 1 del artículo 436, solo que en cabeza del titular del poder legislativo.

- 4 Adicionalmente, en la actualidad, a partir de la adopción por parte del pueblo ecuatoriano de una nueva forma de Estado que garantiza la

supremacía de la Constitución, mediante un órgano autónomo y distinto de los demás poderes del Estado, esa función no podía seguir en cabeza del legislador, pues en este tipo de Estados la garantía de la vigencia de la Constitución se atribuye exclusivamente a la justicia constitucional la cual aglutina todas las funciones relativas al control de constitucionalidad.

En ese mismo sentido, este cambio es coherente desde el punto de vista del modelo constitucional garantista ya que en este tipo de paradigmas constitucionales se ha descartado definitivamente el control político de constitucionalidad. Si se toma en cuenta que la anterior figura era una modalidad de control político donde el Congreso era juez y parte en la definición del alcance de las normas constitucionales, es evidente la idoneidad de la medida constituyente desde el punto de vista de la consistencia del sistema.

- 5 Finalmente, la discusión debe cerrarse porque en los Estados democráticos como el que se quiere desarrollar en Ecuador debe existir un órgano de cierre del sistema que garantice la unificación y sistematicidad del ordenamiento jurídico, y parte de esa sistematicidad es tener la última palabra en lo tocante a la interpretación de la Constitución.

El verdadero cambio, aparte de la titularidad de la competencia, radica en la impulsión procesal de la acción. A partir de octubre de 2008, la interpretación constitucional como las demás acciones constitucionales es pública y como tal corresponde a todas las personas, frente a la anterior versión donde solo los titulares de la iniciativa legislativa podían iniciar el proceso.

4. La interpretación constitucional en la versión de la LOGJCC

En teoría musical las variaciones son una forma de composición circular, caracterizada por la repetición de un tema musical en subtemas en donde en cada versión se introducen modificaciones en su tiempo, melodía o armonía, pero manteniendo fidelidad completa al tema original.

Al hacer símil, en teoría del derecho, el desarrollo legislativo de la Constitución o la reglamentación de una ley serían una variación donde manteniéndose la melodía, y siendo esta perfectamente reconocible, se

pueden hacer modificaciones a la armonía y al tiempo de la composición original del constituyente.

La tesis que aquí se mantiene es que en el caso de la acción de interpretación establecida en la Constitución tiene una melodía perfectamente reconocible, cuyos elementos básicos fueron ya enunciados en el epígrafe anterior. La cuestión que resta es determinar el grado de fidelidad de la versión ejecutada por el intérprete legal respecto de la partitura original, para lo cual hay que definir con “buenos argumentos” si la ley aprobada puede considerarse una variación legítima de la Constitución, o si por obra de la voluntad de los miembros de la función legislativa la LOGJCC ha terminado siendo un tema nuevo totalmente ajeno a la melodía constitucional original.

Para ello, conviene hacer una exégesis normativa del capítulo que desarrolla la acción de interpretación constitucional.

4.1. Observaciones de forma

La primera variación de la ley respecto de la Constitución sería, siguiendo la imagen musical propuesta, más bien de armonía o de tiempo, es decir de forma, y como tal en principio no afecta la eficacia de la institución: la acción de interpretación es regulada por la LOGJCC en el título V que regula residualmente aquellas competencias que no tienen un sitio claro dentro del esquema general de control constitucional.

Este etiquetamiento como procedimiento residual, si bien está dentro del espacio de la libre configuración del legislador secundario y no tiene mayor influencia sobre la eficacia de la acción, comporta, sin embargo, una carga simbólica importante y refleja claramente la intención de la Asamblea Nacional de minimizar su valor dentro de la estructura de la justicia constitucional ecuatoriana.

Si no existiera tal designio legislativo es obvio que la facultad de la Corte Constitucional de interpretar de forma vinculante y con autoridad la Constitución debería estar regulada antes del control abstracto de constitucionalidad, tal cual hace el artículo 436 de la Constitución pues está claro que la capacidad hermenéutica es la facultad más importante de un tribunal encargado de garantizar la supremacía de la Constitución.

La desconfianza del legislador hacia la institución y sus efectos, y el cambio de jerarquía respecto de la inicialmente establecida por el constituyente, solamente es comprensible como una reacción institucional y una defensa extemporánea de las prerrogativas y fueros que en vigencia del antiguo régimen tenía la función legislativa como única instancia de interpretación de la Constitución.

En ese sentido, lo que no dice el texto de la LOGJCC es más elocuente que su literalidad. El mensaje implícito del legislador en este apartado de la ley es un claro rechazo a la revolución jurídica institucional y el cambio de paradigma estatal que se impulsa desde la Constituyente. La función legislativa tiene todavía focos de reacción y resistencia al interior de la nueva asamblea nacional, cuyos miembros, o la mayoría de ellos (si se analiza su comportamiento a la luz de las decisiones tomadas en relación con la regulación legal de la acción de interpretación), todavía no acaban de sintonizar con la nueva forma del Estado y con la posición subordinada que tiene la función legislativa respecto de la Constitución y sus mandatos.

4.2. La limitación de la interpretación constitucional a la parte orgánica de la Constitución

La primera variación sustancial que puede encontrarse en el texto de la nueva ley está en el artículo 154 que establece el objeto de la acción y de la competencia para tramitarla.

Tratándose del objeto comienzan las contradicciones graves con la voluntad del constituyente. La norma nos dice que la Corte Constitucional solamente podrá interpretar y establecer el alcance de las normas de la parte orgánica de la Constitución. Esta regulación es totalmente contraria al texto y espíritu de la Constitución pues excluye a la Corte sin ninguna razón explícita de la posibilidad de establecer una interpretación auténtica de las garantías jurisdiccionales de los derechos, y devuelve a manos del legislador la interpretación, regulación y desarrollo de un capítulo tan importante de la Constitución como es el relacionado con los derechos y las garantías.

Esta apreciación no es producto de una lectura paranoica de la ley. Es confirmada por el propio texto de la ley cuando en el inciso 2 del citado

artículo 154 establece que en los escasos ámbitos en los que aún es posible acudir a la acción de interpretación, la Asamblea Nacional podrá expedir leyes sobre la materia que fue objeto de los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional, sin perjuicio del control de constitucionalidad que pueda realizarse.

Tal determinación legal no solo restringe sin motivación el campo de acción de la Corte, sino que desconoce la validez del propio modelo constitucional escogido por el constituyente que como hemos dicho se basa en la existencia de un órgano de cierre plenamente capaz en todos los ámbitos relativos a la constitucionalidad de las normas, lo que al final debilita toda la estructura constitucional.

Esta decisión del legislador secundario vulnera seriamente la posición institucional de la Corte, como máximo intérprete de la Constitución, y propicia el choque de trenes entre la función legislativa y la justicia constitucional al mantener fragmentada y diluida en distintos organismos la capacidad de interpretar la Constitución.

Aparte de la contestación al modelo constitucional, y aunque no está explicitada en la exposición de motivos, esta regulación se explica por el miedo de los redactores del proyecto de ley a la existencia de un superpoder en cabeza de la Corte, la cual no respondería ante nada ni ante nadie, motivo por el cual era necesario restringir sus atribuciones.

Además este tipo de maniobras van totalmente en contravía de los procesos de fortalecimiento de la justicia constitucional que se han desarrollado en América Latina a partir de los años ochenta y que, como se sabe, responden a la necesidad de asegurar jurídicamente la supremacía de la Constitución. Sin una Corte Constitucional autónoma y fuerte todo el andamiaje garantista de la Carta fundamental corre el serio riesgo de venirse abajo.

4.3. La Legitimación activa

El artículo 155 de la LOGJCC, por su parte, establece que podrán solicitar dictamen de interpretación constitucional: la Presidenta o Presidente de la República; la Asamblea Nacional, por acuerdo del Pleno; la Función de Transparencia y Control Social a través de su órgano rector; la

Función Electoral a través de su órgano rector; la Función Judicial a través de su órgano rector; y finalmente un número de personas equivalente al cero punto veinticinco por ciento del registro electoral nacional.

Aparte de la antitécnica redacción de la norma que no determina con claridad cuál es el organismo facultado para ejercer la acción cuando se trata de la función de transparencia y control, la función judicial y la función electoral, pues la ley no aclara cuál es el órgano rector de estas funciones ni determina cuál es el representante legal e institucional de la función legislativa, en lo sustancial hace un desarrollo de la legitimación activa totalmente contrario al espíritu incluyente y participativo que el constituyente determinó para el ejercicio de los derechos constitucionales.

El carácter popular, abierto y general de las acciones constitucionales debía ser respetado por el legislador secundario porque este fue uno de los elementos centrales del modelo estatal creado en Montecristi, y una medida como esa tendrá un resultado totalmente indeseable tanto para el propio ordenamiento como para la consistencia del modelo.

Una decisión de tal naturaleza no tiene ninguna excusa dogmática. Solamente es explicable, por lo que se conoce del proceso de tramitación de la ley, por el miedo a la proliferación de acciones de interpretación y a la existencia de una potencial extralimitación por parte de los jueces amparados en esta facultad hermenéutica. Evidentemente que el paradigma constitucional escogido por el constituyente de Montecristi entraña, como cualquier otro, riesgos de abuso de poder, pero la solución no era, ni es aun, cercenar la capacidad de los jueces constitucionales para interpretar la Constitución, sino propiciar políticamente la autorrestricción y la responsabilidad política de los encargados constitucionalmente de ejecutar la competencia.

4.4. El contenido y trámite de la solicitud de interpretación

El artículo 156 de la ley establece los requisitos formales y sustanciales que deben cumplir la solicitud o demanda de interpretación que no son otros que los requisitos mínimos de cualquier demanda en materia constitucional, con algunas consideraciones particulares.

Entre las cuestiones especiales que deben ser tomadas en cuenta a la hora de redactar la solicitud sobresalen la obligación del solicitante de argumentar razonadamente los motivos por los que, a su juicio, la norma de la Constitución debe ser interpretada, así como el parecer del demandante sobre el alcance que debe darse a las normas cuya interpretación se solicita. Estos dos requisitos son importantes porque son los que seguramente determinarán el resultado del juicio de admisibilidad que deba realizar la Corte Constitucional respecto de la solicitud de interpretación.

Sobre este punto es muy importante resaltar que si bien en todo proceso constitucional el juicio de admisibilidad debe ser muy estricto, en el caso de las solicitudes de interpretación esta regla se hace aún más precisa, pues el juez constitucional a la hora de admitir uno de estos requerimientos debe estar perfectamente consciente de la grave responsabilidad que implica interpretar la Constitución y crear una regla vinculante, que a partir de ese momento y hasta que no se produzca una mutación legislativa o un cambio de jurisprudencia hará parte de la Constitución.

Es obvio que la ampliación del texto constitucional por esta vía no puede ser la regla general, y que la ponderación de los jueces de la Corte en este punto debe ser superlativa y a esa autolimitación seguramente servirá el texto, en buena hora, aprobado por la Asamblea Nacional.

En cuanto al trámite establecido en el artículo 157 de la ley, las acciones de interpretación seguirán el procedimiento general establecido en las normas generales relativas al control abstracto de constitucionalidad en lo que le sea aplicable.

Esta redacción aparentemente correcta desde la óptica jurídica, que por lo tanto no merecería mayor comentario, sin embargo tiene su aspecto preocupante. Un examen más profundo de las implicaciones de la misma, muestran el interés del legislador secundario de desconocer la naturaleza normativa excepcional de los dictámenes de interpretación.

Al identificar el procedimiento que deben seguir las solicitudes de interpretación con el trámite de las demandas de inconstitucionalidad, la Asamblea Nacional está intentando difuminar las diferencias que existen en la naturaleza jurídica de una y otra institución al reafirmar tácitamente el perfil jurisdiccional de la competencia interpretativa de la Corte; lo cual desnaturaliza no solo la condición de norma general de la regla resultante

de la interpretación constitucional, sino que también a la naturaleza fundamentalmente política de la función de la Corte Constitucional como garante de la Constitución, y a la distinción entre jurisdicción constitucional y la justicia ordinaria.

4.5. El contenido del dictamen

Según dispone el artículo 158 de la LOGJCC, el dictamen interpretativo, en su parte resolutive, fijará claramente, mediante una regla, el alcance de la norma constitucional objeto de interpretación. Para ello los jueces de la Corte Constitucional deberán desarrollar extensamente los argumentos constitucionales que sirven de sustento a la regla encontrada y deberán utilizar y explicitar los métodos concretos que les han servido para llegar a la conclusión.

En ese sentido, es obvio que la estructura del dictamen no puede ser la misma de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad, por cuanto al no existir litis constitucional, solo se necesita motivar adecuadamente las razones de la decisión y argumentar sólidamente el proceso y el método hermenéutico utilizados, mientras que en una sentencia de constitucionalidad la Corte debe pronunciarse sobre todos y cada uno de los argumentos de los demandantes, así como de los defensores de la norma impugnada.

Esta diferencia metodológica y discursiva, demuestra, una vez más, la tesis defendida en este escrito en cuanto a la similar naturaleza jurídica y la cercanía conceptual entre los dictámenes interpretativos y los actos normativos expedidos por los titulares de la función legislativa; identidad que, por supuesto, debe ponerse en práctica y reflejarse al interior de los procedimientos forenses desarrollados por la Corte en cada caso. A la hora de diseñar los formatos de sus sentencias y decisiones, los jueces constitucionales deben diferenciar con claridad la estructura de una sentencia de constitucionalidad de un dictamen interpretativo.

Solo así, con el transcurso del tiempo, y a partir del proceso pedagógico que haga la propia Corte, los operadores jurídicos, hoy refractarios a entender la función y el sentido de la acción de interpretación, podrán ir asimilándola, aceptándola y reconociendo sus beneficios.

4.6. Naturaleza jurídica de los dictámenes interpretativos

El artículo 159 de la LOGJCC define que los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional tienen carácter vinculante general desde el momento de su publicación en el registro oficial.

A lo largo de todo este escrito se ha venido sosteniendo la idea de que la escala interpretativa de la acción de interpretación en Ecuador depende de su consideración como facultad normativa de la Corte Constitucional, entendida esta en sentido fuerte, y no tan solo jurisdiccional. Los enemigos de la figura, algunos de los cuales hicieron parte de la comisión redactora del proyecto de ley, consideran, por el contrario, que la interpretación de la Constitución es una actividad típicamente judicial que hace parte de la labor cotidiana de todo juez constitucional como legislador negativo en sentido kelseniano y garante de la constitucionalidad de la ley vía resolución de las acciones públicas de inconstitucionalidad.

Esta postura sería aceptable y válida si se tratará de analizar el sistema de control constitucional alemán o austriaco de las entreguerras. Sin embargo, los defensores de esta tesis olvidan que todas las construcciones teóricas tienen una explicación histórica o coyuntural, y eso mismo ocurre con la naturaleza jurídica y los efectos de la acción de interpretación. Igual que ocurrió en la Alemania de Bismarck con la gestación de la teoría de la reserva de ley, que fue un invento genial de Otto Mayer, para sustraer del control del Parlamento la aprobación del presupuesto,⁴⁷ en el caso de la acción de interpretación que la Constitución de 2008 crea en cabeza de la Corte, esta surge de la decisión política del constituyente primario de sustraer la facultad de interpretar la Constitución de la órbita del legislativo concentrándola en la función del Estado encargada del control constitucional.

El lector de la Constitución puede estar o no de acuerdo con el constituyente, dependiendo de su posicionamiento ideológico respecto del Estado constitucional de derecho, pero una vez aprobada la Constitución y establecida la nueva forma de Estado en Ecuador, es evidente que es necesario centralizar toda potestad de interpretación vinculante de la

47 Sobre el particular, véase Rodríguez Bereijo, Álvaro. "Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española". *Revista Española de Derecho Financiero*, 100 (1998).

Constitución en cabeza de la Corte Constitucional, puesto que al tomarse en serio el Estado constitucional de los derechos es obvio que el órgano del Estado que cumple la función de control constitucional debe ser el que ejerza todas las atribuciones relacionadas con la aplicación e interpretación definitiva de la Carta fundamental.

Y lo hizo sin modificar la naturaleza jurídica de la interpretación auténtica, que en Ecuador siempre ha sido una facultad normativa, de tal suerte que los dictámenes interpretativos de los jueces constitucionales tienen carácter normativo cuasilegal. Ahora bien, habría que preguntarse si esa decisión constituyente tiene asidero en la teoría jurídica general?

La respuesta depende de la posición que tome quien interroga respecto de la naturaleza del derecho. Si se asume una postura mecánica e inmutable respecto de lo jurídico y sus instituciones, evidentemente la respuesta será que el constituyente se equivocó porque la naturaleza de los actos depende y sigue a la naturaleza del órgano emisor; en este caso una vez que se traslada la competencia hermenéutica a la Corte, esta competencia asume directamente la naturaleza jurídica de la función de control constitucional, que como se sabe es jurisdiccional.

Ahora bien, adscribiéndose a una concepción más moderna de derecho en la cual los órganos del Estado comparten funciones, la respuesta será distinta. En este caso el constituyente no habría errado el camino, pues al igual que ocurre con el poder legislativo, que en excepcionales ocasiones cumple funciones jurisdiccionales, como el juicio político, o el poder ejecutivo que asume funciones jurisdiccionales cuando asume la competencia de llevar adelante juicios coactivos,⁴⁸ el poder judicial y la función de control constitucional tienen en el constitucionalismo contemporáneo funciones administrativas o legislativas, además de sus típicas competencias jurisdiccionales.

Eso es justamente lo que hace el citado artículo 159 de la LOGJCC, cuando reconoce que los dictámenes de la Corte Constitucional en desarrollo de la acción de interpretación tienen valor normativo y vinculante desde el momento de su publicación en el registro oficial. Asume una

48 Sobre este asunto es necesario indicar que en la doctrina del derecho administrativo moderno se ha sostenido que este tipo de juicios no constituyen una función jurisdiccional, sino una manifestación de autotutela de la propia administración pública.

posición dinámica de lo jurídico y reconoce que la división de funciones entre las distintas funciones del Estado, se basa en la cooperación y por consiguiente no es tan tajante como en el pasado.

4.7. La mayoría necesaria para emitir un dictamen interpretativo

El artículo 160 de la LOGJCC establece que la promulgación de un dictamen interpretativo requiere el voto favorable de siete de los nueve jueces o juezas de la Corte Constitucional. Así mismo prescribe, aplicando aquel principio jurídico general de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen, que cuando el pleno de la Corte pretenda cambiar una regla interpretativa establecida por medio de la acción de interpretación, solo podrá hacerlo mediante siete votos conformes.

Esta mayoría cualificada establecida en la ley es lógica y perfectamente coherente con la importancia y las implicaciones de la decisión que se toma. La interpretación de la Constitución, en cuanto genera normas y disposiciones obligatorias y vinculantes que modifican el entendimiento y la aplicación de la Constitución debe hacerse mediante un estudio serio y ponderado de las circunstancias del caso y, por tanto, requiere de un consenso muy sólido de todos los que participan en la decisión.

Es evidente que una mayoría como la que plantea la disposición analizada es difícil de conseguir y eso entraña un riesgo de inmovilidad de la interpretación constitucional, sin embargo, en este caso, se trata de una medida adecuada en aras de garantizar la estabilidad del sistema constitucional y la predecibilidad del derecho.

Además de esto, de acuerdo con el artículo objeto de comentario, el dictamen interpretativo, para ser legítimo, requerirá de una argumentación racional muy sólida que tenga la potencialidad de persuadir sobre las razones del cambio, lo cual significa que los jueces constitucionales, a la hora de interpretar la Constitución por la vía de la acción establecida en el numeral 1 del artículo 436, deberán desplegar toda su capacidad técnica y su arsenal argumentativo para crear una regla adecuada a la grave responsabilidad que implica desarrollar el texto de la Constitución.

Esta disposición es importante porque releva el carácter retórico y dialéctico del derecho y su obvia complejidad.

4.8. El alcance de la interpretación

El último elemento de estudio del capítulo sobre la acción de interpretación de la ley de garantías jurisdiccionales se refiere al alcance de la interpretación. De acuerdo con el artículo 161 de la ley, la Corte Constitucional no podrá, mediante un dictamen de interpretación, ejercer ninguna otra facultad de control constitucional que tenga establecido un procedimiento específico. La ley menciona la prohibición de realizar el control abstracto de constitucionalidad, expedir sentencias de garantías jurisdiccionales, resolver conflictos de competencia o declarar la inconstitucionalidad por el fondo o por la forma de actos normativos o administrativos de carácter general. También, resolver acciones de incumplimiento de normas, o resolver acciones extraordinarias de protección, por medio de la vía establecida en el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución.

Si nos olvidamos de la inadecuada designación del artículo que no corresponde en absoluto con su contenido, en lo sustancial esta disposición de la ley además de obvia es innecesaria. Es evidente para cualquier persona familiarizada con la justicia constitucional que la Corte tiene funciones diferenciadas y que cada una tiene un objeto, un tiempo, una naturaleza y procedimiento particulares que deben respetarse.

Este tipo de prohibiciones, si bien constituyen en sí mismas una restricción importante de la capacidad de acción de la Corte, que nuevamente reflejan la desconfianza que la acción de control constitucional genera en los otros poderes del Estado, y sin duda hará más lento el trabajo de la Corte, tampoco resulta ser significativa por cuanto todas las facultades de la Corte son una manifestación particular de lo que la doctrina procesal denomina procesos de conocimiento que, obviamente, no tienen nada que ver con la estructura y propósito de la acción de interpretación analizada.

En ese sentido, con independencia de la motivación política lo único que hizo el legislador cuando estableció normativamente ese conjunto de prohibiciones fue reconocer una vez más la distinción tajante entre cada una de las funciones jurisdiccionales de la Corte y la facultad de interpretar la Constitución vía acción, que como se ha insistido aquí tiene un carácter normativo general y abstracto.

5. Conclusiones

De lo analizado en este ensayo, se desprenden algunas conclusiones provisionales que aportan elementos a la discusión sobre la interpretación constitucional como acción autónoma y su regulación legal.

En los últimos años, la interpretación constitucional se ha puesto de moda, por razones diversas muchas de las cuales fueron explicadas en el presente texto. La nueva Constitución ecuatoriana ha recogido en buena medida los aspectos más importantes de la discusión sobre la naturaleza jurídica de la interpretación, a tal punto que el artículo 436, numeral 1 de la Constitución, establece una de las más notables innovaciones del derecho constitucional ecuatoriano respecto, no solo de las anteriores constituciones, cuanto del conjunto de estatutos constitucionales del mundo.

Dicha norma amplía el ámbito de acción de la tradicional facultad interpretativa de la Corte Constitucional, que se realiza mediante sus sentencias, con la creación de una acción autónoma de interpretación de naturaleza normativa cuasijurisdiccional.

Esa decisión del constituyente ha sido objeto de un fuerte debate entre juristas y especialistas de derecho constitucional, un importante grupo de los cuales es crítico con la disposición, a la que acusan de desconocer el principio de separación de poderes y de tener una vocación anuladora de las funciones tradicionales de control constitucional que tiene la Corte Constitucional.

Debate que se plasmó de forma inadecuada en el texto del capítulo sobre la acción de interpretación que entró en vigencia el día 22 de octubre de 2009 cuando fue publicada, en el registro oficial, la LOGJCC.

La ley incorpora importantes modificaciones conceptuales y estructurales respecto de la figura constitucional inicial, desechando muchos de los avances que la Constitución ha propiciado respecto del entendimiento de las democracias contemporáneas y el rol que cumple el renovado principio de separación y coordinación de poderes, que está implícito en el texto constitucional.

La ley, tal cual fue aprobada, constituye un desafortunado rechazo al cambio de paradigma estatal impulsado desde la Constituyente, y mediante ella la función legislativa asume una posición claramente reaccionaria

frente a las decisiones tomadas por el constituyente respecto de la nueva forma del Estado y de la posición subordinada que tiene dicha función respecto de la Constitución y sus mandatos.

Esta reacción se manifiesta a lo largo de todo el capítulo que está diseñado bajo la premisa de minimizar en lo posible las facultades hermenéuticas y jurisdiccionales de la Corte Constitucional, quitándole en buena medida su capacidad de acción frente a la protección de los derechos y las garantías.

Esta desconfianza se expresa en varias normas del capítulo analizado pero se formulan más nítidamente en aquellos que tratan sobre el objeto de la acción, la legitimación en la causa, y la mayoría necesaria para expedir un dictamen interpretativo.

En cuanto al objeto, la versión legal es absolutamente contraria a la Constitución pues elimina, sin ninguna razón jurídica válida, la posibilidad de que la Corte interprete las normas de la parte dogmática de la Constitución, devolviéndole esta facultad al legislador en contra de la voluntad expresa del constituyente.

Tal determinación, no solo restringe la acción de la Corte sino que desconoce la validez del propio modelo constitucional escogido por el constituyente, lo que en el largo plazo debilitará toda la estructura constitucional y va en contravía de los postulados del nuevo constitucionalismo respecto a los procesos de fortalecimiento de la justicia constitucional y a la necesidad de asegurar jurídicamente la supremacía de la Constitución.

En cuanto a la capacidad para ejercer la acción de interpretación, la ley la restringe inconstitucionalmente a los titulares de las funciones del Estado, desconociendo el carácter popular, abierto y general de las acciones constitucionales.

Pero en la ley no todos son desaciertos, también existen avances importantes que deben consolidarse vía jurisprudencial como aquellos preceptos que reconocen expresamente la naturaleza normativa, general y abstracta de los dictámenes interpretativos.

A lo largo de todo este escrito se ha venido sosteniendo la idea de que la correcta valoración de la acción de interpretación depende de su consideración como facultad normativa de la Corte Constitucional, y no tan solo jurisdiccional.

Los enemigos de la figura consideran que la interpretación de la Constitución es una actividad típicamente judicial que hace parte de la labor cotidiana de todo juez constitucional como legislador negativo.

Esta postura sería aceptable y válida si se tratara de analizar el sistema de control constitucional alemán o austriaco de las entreguerras; sin embargo, olvidan que todas las construcciones teóricas tienen una explicación histórica o coyuntural, y eso mismo ocurre con la naturaleza jurídica y los efectos de la acción de interpretación. En el caso de la acción de interpretación surge de la decisión política fundamental del constituyente primario de sustraer la facultad de interpretar la Constitución de la órbita del legislativo, concentrándola en la función del Estado encargada del control constitucional.

Y lo hizo sin modificar la naturaleza jurídica de la interpretación auténtica, que en Ecuador siempre ha sido una facultad normativa, y sin romper con el equilibrio de poderes pues al igual que ocurre con el poder legislativo, que en excepcionales ocasiones cumple funciones jurisdiccionales, o el poder ejecutivo que asume funciones jurisdiccionales, el poder judicial y la función de control constitucional tienen en el constitucionalismo contemporáneo funciones administrativas o legislativas, además de sus típicas competencias jurisdiccionales.

Esas inconstitucionalidades, como se demuestra a lo largo del texto no tienen un origen técnico, sino que son una decisión consciente del legislador, que como se vio en el texto no está dispuesto a deponer su desconfianza frente al esquema de control constitucional concentrado establecido por el constituyente.

Desconfianza que, por otra parte, no surge de una postura teórica sólida como podría constituir un conservadurismo pensado y solvente, sino que refleja las suspicacias a la coyuntura política de la transición.

Y en eso tiene tanta responsabilidad la actual Corte Constitucional de transición, que asumió las competencias de control constitucional sin tener consigo todas las herramientas para hacerlo, como sobre todo la Asamblea Constituyente, que no quiso asumir la responsabilidad histórica de solventar los vacíos del régimen de transición utilizando los plenos poderes que todavía tenía cuando se produjeron los incidentes que han puesto en la picota pública a la Corte Constitucional.

El resultado es que a la hora de redactar la nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el equipo que preparó el proyecto original, imbuido por esa incompreensión de los procesos políticos, típica de los tecnócratas que rechazan la política, lo hizo pensando en limitar al máximo las capacidades de la Corte de transición, sin considerar que en realidad estaba legislando para el futuro, esto es para garantizar la acción institucional de las futuras Cortes, que de quedar la ley como está actualmente verán seriamente comprometida su función de máximos intérpretes y garantes de la supremacía de la Constitución.

6. Bibliografía

- Acosta, Alberto. “La Constitución de Montecristi, medio y fin para cambios estructurales”. *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. AA.VV. Quito, INREDH, 2009.
- Aguiló Regla, Josep, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Editorial Iustel, 2007.
- Aragón, Manuel. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. *Anuario de Derecho Público*, 1. México, McGraw-Hill, 1997.
- Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 6. México, abril 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Los principios de aplicación de los derechos”. *Nuevas instituciones de derecho constitucional ecuatoriano*. AA.VV. Quito, INREDH, 2009.
- Bobbio, Norberto. *Política e cultura*. Torino, Einaudi, 1995.
- Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1979.
- Courtis, Christian, comp. *Desde otra mirada*. Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Escobar, Claudia. “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- _____. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- _____. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación constitucional*, t. 1. México, Editorial Porrúa, 2005.
- Gargarella, Roberto. “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”. *Los derechos fundamentales*. Marcelo Alegre *et al.* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

- Grijalva, Agustín. “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Rubén Martínez y Agustín Grijalva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Guastini, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino, Giapichelli Editore, 1992.
- _____. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Prieto Sanchís, Luis. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. AA.VV. México, Editorial Porrúa, 2005.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro. “Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española”. *Revista Española de Derecho Financiero*, 100 (1998).
- Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Control constitucional de los mecanismos de participación popular directa

Berenice Pólit Montes de Oca*

1. Introducción

Una de las innovaciones más importantes de la Constitución de 2008, es la profundización de la participación ciudadana como instrumento de reformulación de la democracia en Ecuador.

Esa lucha por la ampliación de la democracia, sin embargo, no es algo nuevo. Desde muy temprano en Ecuador una de las disputas más importantes tuvo que ver con la ampliación de la ciudadanía y la eliminación de las restricciones censitarias (hombre-rico) y clasistas a la participación política, derechos que han ido ampliándose de manera sustancial hasta que, en la actualidad, la Constitución definitivamente apuesta por la ciudadanía universal.

La ampliación de la ciudadanía a todas las personas no transforma per se la democracia, porque se mantiene el modelo representativo, en donde el pueblo delega el ejercicio del poder a unos pocos representantes. La adopción de un modelo participativo de democracia es además de una ampliación del derecho al voto hacia colectivos antes excluidos, una respuesta estructural a la crisis generalizada del modelo representativo en el mundo entero, por lo que el pueblo ecuatoriano y los propios constituyentes plantearon la necesidad de trascender el modelo liberal de representación creando mecanismos de participación directa en las decisiones

* Capacitadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

políticas de la colectividad, enmarcadas dentro del concepto más amplio de recuperación del poder constituyente originario; potestad que le había sido arrebatada al pueblo por el concepto de representación.

En definitiva, la adopción de la democracia participativa como paradigma y de ciertos mecanismos propios de la democracia directa implica una decisión de los titulares del poder constituyente de mejorar sustancialmente la calidad democrática en Ecuador.

Por otro lado, el lento desarrollo del concepto de la supremacía de la Constitución en las cartas constitucionales ecuatorianas, impone un límite al desarrollo de las actividades no solo del Ejecutivo, sino también del Legislativo. Ese límite lo constituyen los derechos de las personas y las garantías. Desde ese punto de vista, resulta trascendental el control de constitucionalidad de los actos ejecutivos y legislativos para enmarcarlos en este nuevo contexto y garantizar el cumplimiento de los derechos y de la Constitución.

El presente trabajo pretende brindar una descripción general sobre la forma que opera el control constitucional sobre los mecanismos de participación popular directa. Para eso se ha dividido el artículo en tres partes: la primera relacionada con la democracia, sus orígenes, la participación democrática ciudadana, y la Asamblea Nacional Constituyente; la segunda enfoca el control constitucional como mecanismo de limitación del poder, para lo cual desarrollamos una panorámica de los principales rasgos del mismo. En la tercera parte, concluimos con la explicación respecto de cómo funciona en Ecuador el control de constitucionalidad de los mecanismos de participación democrática directa, y defender la tesis de la necesidad de ese control como instrumento de constitucionalización de la democracia.

En ese sentido el trabajo se inscribe en el debate clásico entre democracia y constitucionalismo, para lo cual se quiere situar los desarrollos constitucionales ecuatorianos en relación con los avances de la Constitución de Montecristi que contempla un control constitucional no tanto como fórmula para limitar los alcances de la democracia, cuanto para hacer viable la participación ciudadana de manera directa; es decir, el control constitucional si bien en términos generales es visto como mecanismo procesal que permite llevar a cabo el ideal de limitación de poder que postula el constitucionalismo clásico, en el particular contexto ecuatoriano hace posible y encamina la participación ciudadana directa.

2. La democracia: acercamiento general

La democracia es una forma de gobernar que busca dotar del mayor nivel de poder a la mayoría de los miembros de una colectividad. Como se sabe, este concepto nació en Grecia, en el siglo V antes de Cristo, alcanzando su forma más acabada en la ciudad de Atenas. Las características de la democracia griega son las que más se acercan al ideal de la democracia directa, en la cual, el conjunto de los ciudadanos participa directa y continuamente en la toma de decisiones acerca de los asuntos de la comunidad.¹

Esta democracia directa fue posible porque solo una pequeña parte de la sociedad era considerada como ciudadana, no tenían tal calidad las mujeres, los esclavos y los extranjeros. En aquellos tiempos la democracia directa era viable gracias a las condiciones geográficas, demográficas y a la disponibilidad de tiempo para dedicar un espacio importante a los asuntos de gobierno.²

Posteriormente, durante toda la Antigüedad romana y durante la Edad Media este modelo es abandonado, y tan solo se vuelve hablar de democracia a raíz de las revoluciones liberales que recogen el arquetipo de la idea de democracia que en nada se parecía a la a la democracia griega.

La visión de la democracia de los modernos nace en el pensamiento de John Locke, de donde la tomaron los dirigentes norteamericanos impulsores de la primera Constitución de 1786.³ Los rasgos principales de esta nueva versión de la democracia se fundamentan en la relación necesaria del sistema político con los derechos naturales. En la visión de Locke, luego reproducida por los founders fathers norteamericanos, las verdades primarias en torno a los derechos naturales no podían ser percibidas por todos, puesto que la mayoría del pueblo se encontraba incapacitada para detectar tales principios debido a distintos factores tales como la carencia de tiempo para reflexionar, hasta la falta de capacidad de razonamiento. Argumentaban que en política existían pocos principios verdaderos o verdades primarias que no podían ser percibidos por “la ciudadanía común”;

1 Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Ed. Alianza Universidad, 1996, p. 35.

2 Prud'homme, Jean-François. *Consulta popular y democracia directa*. México, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática México, 2001, p. 3.

3 Hamilton por dos ocasiones expuso la concepción “lockeana”; véase Gargarella, Roberto. “La falta de legitimidad democrática en la justicia”. *La justicia frente al Gobierno*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/CEDEC, 2011, p. 45.

y entre esos estaban los intereses “reales de la nación” que no debían ser conocidas por todos so pena de incurrir en la anomia y la anarquía, por lo que había que buscar mecanismos que hicieran posible la limitación de los exabruptos.⁴

Hay que recordar que James Madison mediante una serie de artículos habló de la tendencia de la mayoría a despojar y esclavizar a la minoría de individuos, la que pasa a estar insegura, pero “cuando se hablaba de minorías no se estaba hablando de un grupo sin poder efectivo, sino del núcleo más favorecido de la sociedad”; estas minorías si bien eran minoritarias en cuanto al número, eran dominantes en cuanto a su poder. Hamilton utilizó la idea de la minoría como “sinónimo de los ricos y bien nacidos” la forma de argumentar madisoniana suministró una satisfactoria y persuasiva ideología, destinada a proteger a las minorías con riqueza, estatus y poder, que desconfiaban de sus más encarnizados enemigos: los artesanos y granjeros inferiores en riqueza, estatus o poder y que según ellos constituían las mayorías populares. Es decir, podemos inferir que los líderes políticos originarios tenían desconfianza, y hasta menospreciaban las manifestaciones populares que se expresaban en reuniones colectivas o asambleas, acaso por temor a que se vayan de su control, o porque se consideraban predestinados para dirigir el país normando todo su funcionamiento.

Eran esas mayorías las que a lo largo de la historia, como detonantes de sistemas oprobiosos, excluyentes e injustos, marcarían transformaciones históricas trascendentes como la movilización popular que dio inicio a las diferentes revoluciones, empezando por la Revolución francesa de 1796, y las revoluciones mexicana y rusa de 1917.

Con el trascurso del tiempo, se fueron acuñando conceptos como: de mayoría del pueblo, de ciudadanía común, asamblea popular, que se convirtieron en el núcleo central de la democracia, concebida esta desde sus orígenes griegos como la participación del pueblo; y que como se ha señalado en páginas anteriores, ahora desde el nuevo constitucionalismo encuentra sus aristas al señalar que el respeto a esas mayorías o al interés general no implica que se niegue la existencia y el respeto de las minorías o de grupos diversos, peor cuando corre peligro su existencia misma.

4 Gargarella, Roberto. *La justicia frente al Gobierno*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/CEDEC, 2011, p. 45.

En la modernidad, la democracia desde una mirada política pública se expresa como una antítesis o nuevo sistema de gobierno de las mayorías o del pueblo, frente a los sistemas de gobierno autocrático, monárquico, por lo general totalitario. Si bien, bajo este sistema existe una mayor participación, se evidencia también una marcada contraposición de poderes. De cualquier forma, mediante la democracia el pueblo ejerce su derecho de participación política a través de las elecciones libres.

En los tiempos contemporáneos, la democracia es entendida como un lugar o espacio común que da cabida a los consensos, en que confluyen distintas corrientes y visiones sociopolíticas, constituyéndose en una tribuna en la que se propicia la deliberación y el debate.

Se dice que la cimentación de la democracia constituye el reto más importante de la modernidad y posmodernidad.

A pesar de este amplio desarrollo teórico, la realidad se ha mostrado diferente, y a pesar de la amplia recepción de las ideologías democráticas que van más allá de las representativas como la participativa y la deliberativa, la representativa ha sido la que más difundida está.

El carácter electivo, representativo y delegativo de aquella no garantiza que los ciudadanos puedan intervenir directamente en la toma de decisiones y en el ejercicio del poder, lo que produce dudas en relación con la autenticidad de esa democracia y de una organización estatal que “estaría” al servicio de los intereses del poder real”.⁵

a. El debate democracia representativa-democracia constitucional

En los tiempos que vivimos todavía subsiste el debate sobre la democracia en cuanto a sus dos manifestaciones: la directa y representativa; debiendo admitirse el hecho de que las sociedades actuales, complejas y que abarcan grandes poblaciones y áreas geográficas, no cuentan con las condiciones para mantener un sistema de gobierno en el cual todos los ciudadanos participen directamente en la toma de decisiones políticas.

La necesidad de legitimar las decisiones gubernamentales y los regímenes políticos sobre la base de la capacidad de participación política de

5 Albán, Jorge. “Participación, consulta previa y participación petrolera”. *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*. Quito, Flacso, 2003, p. 139.

la ciudadanía, ha puesto nuevamente sobre la mesa de discusión la conveniencia de buscar mecanismos que integren estas dos formas de democracia que contienen concepciones distintas de la soberanía popular.

La democracia directa se refiere a una forma de gobierno en la cual el pueblo participa sin intermediarios en el ejercicio directo del poder. Se trata de una democracia “autogobernante”. Esto significa que el pueblo, no una masa ambigua, sino la sociedad politizada es la que delibera y decide en torno a los asuntos públicos, para lo cual, y como un paso importante, deberá estar previamente informado sobre el contenido plebiscitario; esto es sobre cada una de las preguntas que deberán ser claras y referidas en lo posible a un tema en particular para evitar manipulaciones, y erróneas interpretaciones.

Si bien la esencia de la democracia es la participación directa, esta ha encontrado sus límites en la imposibilidad material de recursos económicos y materiales; aunque hoy podemos decir que con las innovaciones tecnológicas se van rompiendo estos nudos, y aquello que parecía utópico es hoy realizable, el voto instantáneo y personal sobre los asuntos concretos se realiza por intermedio de internet; son muchos los países con democracias desarrolladas que en estos últimos tiempos, han elegido la democracia directa a través de internet como el modo más efectivo de gobernar el Estado, establecer políticas públicas, direccionar a la empresa privada; en definitiva, adoptar decisiones mirando el interés de todos.

En nuestra latitud, las elites políticas –que coinciden o están al servicio de las económicas– han convertido a la democracia en una muletilla hueca, circunscrita a un manejo electoralista para efectuar los recambios políticos, en los que aparentemente, participan todos quienes aspiran a acceder a los espacios de poder; resultando en lo concreto que, los más votados son quienes han hecho mayores inversiones en el mercadeo de sus candidatos, razón por la que la resultante representación no es una verdadera expresión de la voluntad popular.

Será una constante la necesidad de establecer mecanismos más eficientes para lograr la auténtica y transparente participación ciudadana o democracia participativa y real, que garantice la voluntad y el derecho de las mayorías y minorías al acceso, y disfrute de la riqueza social, y en la que se descarten privilegios y exclusiones. Puesto que una sociedad no es democrática en la medida que amplios sectores de ella son marginados o

“excluidos de un producto social, que puede ser más ampliamente compartido”.⁶

Los términos de este debate democracia representativa (formal)/ democracia directa (sustancial) han sido llevados hasta el derecho mediante la dupla democracia representativa/democracia constitucional. Es importante explicar las connotaciones de este último término para identificar las modificaciones que se hacen a la democracia tradicional desde la visión constitucional.

El paradigma de la democracia constitucional es una construcción que puede y debe ser entendida en una triple dirección; hacia la garantía de todos los derechos, no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; no solo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; y, no solo en el ámbito del derecho estatal sino también en el ámbito del derecho internacional”.⁷

Para Ferrajoli, quizás el teórico más completo de la democracia constitucional, este sistema de gobierno, basado en la Constitución, no solo se preocupa por la legalidad del procedimiento de la toma de decisiones y de quién está autorizado para ello como en la democracia representativa, sino que la democracia constitucional, además de lo anterior, tiene como eje primordial la identificación de un grupo de cuestiones que no pueden ser decididas por la mayoría y ni siquiera por una mayoría calificada, esto se ha denominado en la doctrina la esfera de lo “indecidable”. Este coto vedado está constituido por los derechos de las personas.⁸ En el caso ecuatoriano, el cambio de paradigma democrático significó tomar en serio los derechos de las personas, es así que en el campo de la participación que es el que ahora nos ocupa, se puso énfasis en la fortificación de mecanismos de democracia directa con el fin de asegurar que las personas comunes tengan espacios de participación en las decisiones políticas y no estén limitadas a delegarlas en manos de unos representantes elegidos en las urnas.

El poder constituyente es la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía decide instituir un orden constitucional, es el poder

6 Sánchez Parga, José. *Lo público y la ciudadanía en la construcción de la democracia*. Quito, Ildis, 1995, p. 51.

7 Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 35.

8 *Ibid.*, p. 27.

social que crea la normatividad fundante; por tanto, la Constitución es su creación, al ser la depositaria objetiva de las intenciones del poder constituyente de dotar de organización al Estado y reconocer los derechos a las personas.⁹

En el caso ecuatoriano, el proceso de recuperación del poder constituyente en su titular originario, el pueblo, se comenzó a gestar en las movilizaciones sociales de fines de los años ochenta y comienzos de los noventa, se hizo el primer intento de desarrollo normativo en la Constitución de 1998, y se culminó en la Constitución de Montecristi.

b. Mecanismos de participación directa

Desde las primeras manifestaciones de expresión democrática, las sociedades fueron incorporando mecanismos de participación directa, de tal forma que la democracia representativa convivió siempre con formas de participación más propias de la democracia directa. Sin embargo, había un claro predominio de las formas representativas, entre otras cosas porque los grupos que se hicieron con el poder político no estaban interesados en ampliar la participación de aquellos que quedaron excluidos.

En los últimos años, en algunos países como los latinoamericanos, las transformaciones políticas permitieron el acceso de amplios sectores de la sociedad al debate democrático, con lo que las clásicas formas de participación directa se fueron innovando y ampliando.

Las reglas establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, la equidad, la participación y similares expresan lo que podemos llamar la dimensión sustancial y garantista de la democracia.¹⁰

Como se puede ver, la cuestión de la participación y por ende de la forma democrática no solo es un asunto relacionado con el sistema político, sino y principalmente un derecho de las personas y, por tanto, manifestación de su autodeterminación. Inicialmente este derecho se concretó solo en el de elegir y ser elegidos bajo ciertas exigencias de

9 Eto Cruz, Gerardo. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Editorial Adrus, 2011, pp. 77-78.

10 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 77- 82.

orden económico, religioso y social que excluían a un grupo importante de la población de su ejercicio. En la actualidad, esas obligaciones han ido disminuyendo sustancialmente y el derecho de participación ahora además incluye la participación en asuntos públicos, el derecho a presentar proyectos de iniciativa popular, a ser consultados, fiscalizar los actos del poder público, revocar el mandato conferido a las autoridades de elección popular, desempeñar empleos y funciones públicas, conformar partidos y movimientos políticos, etc.

En esta línea nuestra Constitución en el artículo 83 consagra el derecho de participación en la vida política, cívica y comunitaria del país.¹¹ Esta declaración general se complementa con el artículo 95 que pone énfasis en que la participación ciudadana –individual o colectiva– debe ser protagónica, y reconoce varias formas de democracia, además de la representativa incluye expresamente la directa y la comunitaria.

La participación ciudadana y el control social ha cobrado una importancia significativa en la nueva Constitución, que ha dedicado un capítulo a la nueva función del Estado, la de Transparencia y Control Social, determina su naturaleza, funciones, así como establece que estará representada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; que entre sus atribuciones tiene la de promover la participación ciudadana, estimular procesos de deliberación pública, propiciar la formación ciudadana en valores, transparencia y lucha contra la corrupción; establecer mecanismo de rendición de cuentas en las instituciones del sector público; investigar denuncias y solicitar información a las instituciones públicas (art. 108, CRE).

En resumen, el ejercicio de estos derechos permite que los ciudadanos y ciudadanas se involucren en el manejo de la cosa pública. De esta manera el derecho a la participación deja de ser un enunciado constitucional que se limitaba al voto en un determinado proceso electoral, para constituirse en una participación ciudadana activa que nos permite incidir en las políticas públicas y conocer cuál es el manejo dado a lo público.

A continuación comentaremos las nuevas formas de participación democrática que ha incluido la Constitución ecuatoriana.

11 Constitución de la República del Ecuador, artículo 83.

2.2. Iniciativa popular normativa

La iniciativa popular consiste en la potestad de iniciar el procedimiento de revisión constitucional o de reforma de la ley, generalmente encargado al Legislativo, por un grupo de ciudadanos.¹²

Es decir, mediante la iniciativa legislativa la ciudadanía adquiere la facultad de presentar proyectos de ley o de reformas legales e incluso, constitucionales, sin recurrir a la intermediación de otras personas, organizaciones o instituciones como los partidos políticos.

Así expresamente lo reconoce la Constitución en el artículo 61, que en el numeral tercero señala que es parte del derecho de participación el: “Presentar proyectos de iniciativa popular normativa”. Por su parte, el artículo 134 de la misma Constitución dice que la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde, entre otros, “a las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional”.

Para la reforma constitucional el respaldo deberá ser de al menos el uno por ciento de las personas inscritas en el registro del último proceso electoral, asunto que lo abordaremos más adelante.

El procedimiento para la iniciativa popular normativa está regulado en el Reglamento para consultas populares, iniciativa popular normativa y revocatoria de mandato.¹³

La Constitución en el artículo 103 se refiere de manera bastante exhaustiva a la iniciativa popular normativa, a continuación revisaremos dicha disposición. En primer lugar vale la pena mencionar que no solo se dirige a la creación, reforma o derogatoria de normativa legislativa, sino a la emanada de otros órganos con competencias normativas. En segundo lugar, como ya se dijo, se deberá contar con el respaldo de un número no inferior al 0,25 por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente (art. 103), esto exige algún grado de organización

12 Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid, Editorial Técno, 1984, p. 421.

13 Reglamento para consultas populares, iniciativa popular normativa y revocatoria de mandato, Consejo Nacional Electoral, publicado en el registro oficial 254 de 10 de agosto de 2010. Este reglamento fue el resultado de múltiples reformas desde el año 1984.

y asociación de quienes impulsan la iniciativa, pues aunque una persona sola logre el respaldo cuantitativo, en la práctica tiene mejores resultados si es que existe un seguimiento de la propuesta de manera colectiva.

En tercer lugar, con respecto a la participación de quienes presentan la iniciativa, el mismo artículo contempla que podrán participar en los debates por intermedio de sus representantes en el entendido de que no todos los proponentes pueden participar en el debate de la ley.

En cuarto lugar, hay que resaltar que la Constitución señala que si la propuesta de iniciativa no es conocida en 180 días por la Asamblea desde su presentación, entrará en vigencia (art. 103). El constituyente, como se puede apreciar en esta norma, le ha dado trascendental importancia a la iniciativa popular, porque le obliga al legislativo a conocer y resolver sobre la propuesta ciudadana. Pareciera ser que el objetivo de esta norma era evitar que –como en el pasado– las propuestas derivadas del pueblo no sean tomadas en cuenta y duerman “el sueño de los justos”.

Por último hay que tomar en cuenta que según las normas constitucionales el proyecto deberá referirse a una sola materia, y obviamente deberá ser sistemáticamente ordenado, aunque pueda reformar distintos cuerpos normativos que tengan conexión o relación entre sí.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa también se ha ocupado de normar este tema, el artículo 66 recogiendo la norma constitucional señala los mismos requisitos para su tramitación.

La Asamblea Nacional implementará un sistema de recepción de propuestas o proyectos de ley de los ciudadanos, que pondrá a conocimiento de los asambleístas, para que estos puedan analizarlos y, de ser el caso, acogerlos y apoyarlos.¹⁴

Una vez ingresada la propuesta de ley, el Consejo de Administración Legislativa (CAL) la califica y envía a una comisión especializada. Iniciado el trámite del proyecto, los plazos para el primero y segundo debate son los mismos que para las demás leyes.

Al comparar las actuales normas constitucionales sobre este tema con los anteriores cuerpos constitucionales nos damos cuenta de que esta institución se ha hecho exigible, dejando de ser una mera declaración.

Como institución democrática la iniciativa popular consta ya en la Constitución de 1979, y en su largo recorrido pasa por las constituciones

14 Ley Orgánica de la Función Legislativa, artículo 66, inciso 5.

de 1984, 1993, 1996, 1997(últimas dos codificaciones) hasta la de 1998, para finalmente llegar a la de 2008.

Concretamente, la Constitución de 1998 reconocía el derecho de los movimientos sociales de carácter nacional para presentar proyectos de ley, y establecía que la ley regulará el ejercicio de este derecho. Es necesario hacer comentario sobre este último punto, no obstante que la misma Constitución contemplaba que no se podía alegar falta de ley para aplicar un derecho, la norma arriba referida sí hacía esta exigencia, con lo que en la práctica se tornaba inaplicable. Es recién en el año 2001, que esto se viabiliza mediante un reglamento¹⁵ que ha sido continuamente reformado.

La actual Constitución tampoco contempla las restricciones contenidas en la Constitución de 1998, en relación con que no se podían presentar proyectos de ley en materia penal ni en las materias que son de exclusiva iniciativa del Presidente. Sin embargo, en este último caso se mantiene la restricción para presentar proyectos de ley referidos a impuestos que son de exclusiva competencia del presidente (art. 135, proyectos referidos a impuestos).

En cuanto al control constitucional de la iniciativa popular normativa este se realizará sobre el trámite y se ejercerá en los mismos términos del control general.¹⁶

2.2.1. Iniciativa popular normativa para la reforma constitucional

La reforma constitucional corresponde al poder constituyente derivado, que no tiene atribuciones para crear una nueva Constitución; esta reforma podría ser parcial: para cambiar total o parcialmente uno o varios de los artículos o títulos de la Constitución, pero sin que ello implique cambio de la Constitución.¹⁷

15 Reglamento publicado en el registro oficial 254 de 10 de agosto de 2010. Este reglamento fue el resultado de múltiples reformas desde el año 1984.

16 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 126.

17 Por cambio constitucional se entiende la sustitución de la Constitución por una nueva, cabe preguntarnos ¿a quién le corresponde cambiar la Constitución? Es el constituyente originario o fundacional esto es, el pueblo soberano, quien tiene poder supremo, y se expresa en la Asamblea Constituyente, de la que emana la nueva Constitución, y que en el caso ecuatoriano fue ratificado mediante consulta popular en el referendo del 28 de septiembre del 2008.

En la reforma constitucional lo más importante es el procedimiento que debe sujetarse a las limitaciones materiales previstas en la Constitución. No así en el cambio que su carácter es más profundo y puede afectar la estructura misma de la Constitución.

En otras palabras, la reforma constitucional modifica el contenido “pero no la identidad del texto constitucional”, como sería el caso de la modificación de los principios básicos de la institucionalidad democrática del Estado (estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario intercultural, plurinacional y laico, se organiza en forma de república y se organiza en forma de gobierno republicano y descentralizado). Por lo que, un cambio en estos aspectos equivaldría a transformar toda la estructura jurídica del Estado que debe ser sancionada por sus legítimos representantes de forma directa mediante referéndum.¹⁸

La Constitución ecuatoriana al referirse al tema de la reforma en los artículos 441 al 444 diferencia tres mecanismos: la enmienda, la reforma y el cambio constitucional

La *enmienda* de uno o varios artículos de la Constitución¹⁹ procede siempre que no se altere la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado; no se establezcan restricciones a los derechos y garantías; no se modifique el procedimiento de Reforma a la Constitución (art. 441).

En cuanto al procedimiento para la enmienda existen dos vías constitucionales: la primera es aquella que se puede realizar por *referéndum* y la iniciativa le corresponde al Presidente de la República o a la ciudadanía con el respaldo del 8 por ciento de las personas inscritas en el registro electoral; la segunda es aquella que se puede llevar adelante con *el procedimiento legislativo*, por medio de dos debates, en el que el segundo se realizará en los treinta días siguientes al año de realizado el primero, esta reforma se aprobará si obtiene el respaldo de las 2/3 de los miembros de Asamblea. En este caso, la iniciativa le corresponde a un mínimo de la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional.

18 Álvarez Aravena, Alejandro. “La cuestión constitucional en Alemania”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2-3, tomo I. (Santiago), 1993: 185.

19 Artículo 441, Constitución de la República del Ecuador.

La *reforma parcial* procede siempre que no implique restricción de derechos y garantías y no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución.

El procedimiento tiene dos partes, el debate en la Asamblea y luego de su aprobación el referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Como se aprecia, el trámite es más complejo, requiere no solo que los asambleístas se pronuncien sino también la ciudadanía.

Respecto de la iniciativa, la reforma puede ser presentada por el Presidente de la República, por la ciudadanía con el respaldo de al menos el 1 por ciento de ciudadanos y ciudadanas inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de integrantes de la Asamblea Nacional.

Entonces, podríamos decir que mientras para la enmienda hay una mayor restricción respecto del ámbito de las mismas, la reforma tiene ámbito más amplio, puede reformar parte del texto constitucional, o capítulos, y puede implicar cambios más profundos en el contenido de la Constitución, como sería el alterar alguno de los elementos constitutivos del Estado, o alterar la estructural fundamental del Estado.

Respecto del *cambio constitucional*, es menester recalcar que este se refiere al cambio completo de la Constitución, prácticamente a su sustitución. La Constitución señala que para este caso se requiere de una Asamblea Constituyente convocada por Consulta Popular. La consulta puede ser convocada por el Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional o por un 12 por ciento de personas inscritas en el registro electoral. Para que entre en vigencia la nueva Constitución debe ser aprobada mediante referéndum.

Como se puede apreciar de la relación anterior, no todos los casos de reforma constitucional corresponden a iniciativa popular normativa, sino solo aquellos que son presentados por la ciudadanía, tal es el caso de la enmienda y de la reforma parcial.

El control de la iniciativa popular normativa para la reforma de la Constitución resulta un poco complejo por la multiplicidad de situaciones que deben ser revisadas por el órgano de control; sin embargo, como en este capítulo estamos abordando la iniciativa popular normativa, nos referiremos solamente a ella.

Como punto de partida del control, la Corte Constitucional debe calificar cuál de los procedimientos corresponde a la reforma planteada, es decir, pronunciarse si es enmienda o reforma.²⁰

El procedimiento está desarrollado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a partir del artículo 99 que señala que la Corte intervendrá en dos momentos uno para realizar control previo y otro para efectuar control posterior.

2.3. El control constitucional: antecedentes históricos

Vale la pena recuperar la preocupación que tuviera el Libertador Simón Bolívar, allá por el año de 1826, cuando en el Congreso Constituyente de Bolivia señaló la necesidad de instaurar un sistema de control de la constitucionalidad de los actos del Poder Público, por intermedio de la Tercera Cámara del Legislativo, la Cámara de Censores, que a su juicio debía tener alguna semejanza con la del “Areópago de Atenas y los Censores de Roma”, y decía: “Serán estos (los Censores), los fiscales contra el gobierno, para celar si la Constitución y los tratados públicos se observan con religión”.²¹

En 1830, tras la separación de la Gran Colombia, Venezuela en su primera Constitución como Estado autónomo, acogió este criterio político del control de la constitucionalidad al atribuir al Congreso la función de interpretar la Constitución, y a la Cámara de Representantes la de “velar por el exacto cumplimiento de la Constitución y las leyes”.²²

La esencia del control constitucional, a lo largo de la historia ha sido la de limitar o frenar el ejercicio del poder autoritario, subordinándolo o sujetándolo al orden o sistema normativo superior. El control constitucional es visto desde una dimensión política y jurídica, aunque no marcadamente diferenciadas, ya que en la práctica se interrelacionan, como lo reconoce Luis Fernando Tacora, quien sostiene que las jurisdicciones son fenómenos políticos como expresiones de poder el Estado que son, y tienen

20 Constitución de la República del Ecuador, artículo 443.

21 Doctrina del Libertador. Biblioteca Ayacucho. Sucre. (Venezuela) 1976, pp. 230- 241, citado por Fernández Segado, Francisco. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. México, D.F., Biblioteca Jurídica de la UNAM, 2006.

22 *Ibid.*, pp. 230- 241.

repercusiones políticas al afectar las relaciones dentro de la estructura del poder y de la vida de la sociedad.²³

En América Latina, el control constitucional además de alimentarse de sus fuentes propias, ya señaladas, tuvo una influencia profunda de dos de los modelos llamados “originarios” como son el americano, nacido en Estados Unidos en 1803, y el europeo de creación kelseniana en 1918, los dos han servido de fuente del Derecho Procesal Constitucional el que se ha ido acoplando y transformando de acuerdo a las determinadas coyunturas y realidades.

a. El sistema americano

Si bien, el control de constitucionalidad de las leyes no constaba en la primera Constitución de Estados Unidos de 1787, porque debió contener por la fuerza de las circunstancias fórmulas vagas que hagan pensar a quienes se encontraban en la escena política, que en el texto se recogía y acercaba a sus planteamientos (tanto de federalista como no federalista, esclavistas como no esclavistas) haciendo prevalecer la voluntad de llegar a un acuerdo, diríase, antes que la precisión constitucional. Propiamente el control de constitucionalidad tuvo su origen en una sentencia del juez Marshall, en el caso *Marbury vs. Madison*, el cual se constituyó en un caso emblemático que sentó las bases de lo que luego sería la supremacía constitucional y el control constitucional.²⁴ Marshall establece que “la Constitución se impone en caso de que haya contradicciones entre su contenido y cualquier otra norma jurídica (...) toda norma legislativa contraria a la Constitución Federal es nula y sin ningún valor”. Si bien Marshall falla en contra de su coideario *Marbury*, estableció al mismo tiempo el principio de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, atribuyéndose al Tribunal Supremo esta importantísima competencia.²⁵

Este modelo se distingue por su carácter difuso o desconcentrado, concreto y principalmente incidental. Según este modelo cualquier juez o

23 Tacora, Luis Fernando. *Control Constitucional y Derechos Humanos*. Bogotá Ed. Librería Profesional, 1992, p. 63.

24 El juez Marshall en su decisión señala que la ley de 1798, que otorgaba al Tribunal Supremo el derecho de imponer el nombramiento de los jueces federales es contrario a la Constitución, y en consecuencia, no le correspondía al Tribunal Supremo examinar la demanda de *Marbury*.

25 Rousseau, Dominique. *El desarrollo de la justicia constitucional en Europa*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2002, p. 8

tribunal es competente para juzgar la constitucionalidad de la norma constitucional con la norma legal, debiendo preferir la constitucional en un caso concreto. En el control difuso ejercido por los jueces y tribunales ordinarios, el Tribunal supremo desempeña un papel importante al estar situado en el nivel más alto del sistema judicial por vía de apelación le corresponde controlar regular y unificar la jurisprudencia de los tribunales inferiores.²⁶

b. El sistema europeo o concentrado

El modelo europeo a diferencia del modelo o sistema americano de control de constitucionalidad de las leyes, nacido de la “práctica y del silencio de los textos” fue gestado con el aporte teórico del jurista austriaco Hans Kelsen, con cuyo trabajo en la Constitución de Austria de 1920 se incluyó el control concentrado. Fue él quien habló de la necesidad de que existiera un organismo especializado en el control de la constitucionalidad, que mantuviera independencia de los tres poderes del Estado; insistió en que, un efectivo control de constitucionalidad requería de un órgano especializado y habilitado para fallar en abstracto, con efectos generales (*erga omnes*) para derogar normas; su contestación no se realiza por excepción, con motivo de otro litigio que conoce el juez ordinario, sino por vía de acción directa.²⁷ Por ello, este órgano debía tener un enorme poder político y estar por encima o en el camino intermedio entre el poder judicial y el parlamento.²⁸ Este autor austriaco propuso además la teoría del orden jurídico en cuya cúspide estaba la Constitución que es la que otorga validez a toda la pirámide jurídica. Tesis que han constituido una guía y aporte valiosos para el quehacer de esta esencial rama en los diferentes países del mundo.

El modelo de control concentrado se fue imponiendo en la gran mayoría de países de Europa de manera gradual y tomando en cuenta realidades históricas diferentes, pero se consolidó definitivamente como respuesta a procesos nefastos de posguerra o marcados por dictaduras violentas. Países que se plantearon reconstruir la democracia, impedir que el

26 Dominique Rousseau, *op. cit.*, p. 10.

27 *Ibid.*, p. 13.

28 Sagués, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Madrid, Editorial Astrea, 2001, p. 146.

legislador atentase contra los derechos fundamentales, dotándose de nuevas constituciones que aseguraren el control constitucional de las leyes, y crearon tribunales de defensa de la Constitución.

Podemos añadir que si no existiere un organismo de defensa judicial de la Constitución, que haga posible la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales y las garantías en ella consignados serían intrascendentes y simples declaraciones. De acuerdo con la Constitución y su alta jerarquía el órgano de control que garantice su plena vigencia debe corresponder a su altura e importancia; por ello, la supremacía de la Constitución y la jerarquía del control constitucional están interrelacionadas.

Así lo reconoce nuestro sistema jurídico político, según el cual la Constitución es norma de máxima jerarquía, y su control constitucional importante y trascendente es ejercido por los Tribunales o Cortes Constitucionales, con rango de supremo juez constitucional, con facultades plenas para juzgar la validez jurídica de las normas, y potestad para hacer respetar y cumplir sus resoluciones por todos los medios que la ley lo permita, manteniendo su total autonomía e independencia de las demás funciones o poderes del Estado. Debemos sobre todo convertir a la Constitución de papel en una Constitución real, jurídicamente viva, transformadora y vital”.²⁹

c. Complementación de estos sistemas

Si miramos las diferentes constituciones de América Latina constatamos que se ha generado una complementación de estos dos modelos originarios, estableciéndose una concepción iberoamericana difuso-concentrada, y que según Mauro Cappelletti deberíamos añadir el mixto.³⁰ Clasificación que, por su parte, Domingo García Belaunde la estima insuficiente por lo que esbozó el modelo “dual” o “paralelo”, el cual se configura “cuando se dan dos situaciones básicas en un mismo ordenamiento; es cuando coexisten dos modelos en un solo sistema jurídico nacional, sin mezclarse ni desaparecer (como sería el caso de los mixtos)”.³¹

29 González Moreno, Jorge. Ponencia: “Supremacía de la Constitución y jerarquía del control constitucional”, marzo 1998, p. 2.

30 Piza Escalante, Rodolfo. *Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional de Costa Rica*. San José, Editorial Estudios Constitucionales, 1995, p. 155.

31 García Belaunde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Editorial Marsol, 1998, p. 27.

Por eso creemos que se complementan entrando el uno de manera inmediata con efecto sólo entre las partes, y el otro, de manera diferida pero con efecto “*erga omnes*” y decidida no por cualquier órgano, sino por uno de la mayor autoridad intelectual.³²

2.3.1. Modalidades de control constitucional

El control de constitucionalidad tiene diversas modalidades, dependiendo del objeto y los efectos del control: concreto y abstracto; del órgano que realiza el control: difuso y concentrado; del tiempo en el que se desarrolla: a priori, o a posteriori. En este acápite nos preocuparemos sobre todo por el control a priori también denominado previo y pasaremos solo revista –de manera muy general– de las otras modalidades mencionadas.

a. Control abstracto y concreto

Tanto el control difuso como el concentrado, considerando el órgano del que emana, procuran la guarda de la Constitución y si en el modelo difuso se entrega el control constitucional de manera general a un juez que conoce un caso concreto para que este dentro de un litigio compare la regla con el texto jerárquicamente superior; en el sistema concentrado, son las cortes o tribunales constitucionales los que tienen el monopolio de garantizar la supremacía constitucional³³ y eliminar aquellas normas infra constitucionales que contradigan la Carta fundamental.

El lo que tiene que ver a quienes va dirigido o va a causar efectos, en el caso del control abstracto está dirigido contra la propia norma, es decir, se acusa la inconstitucionalidad de una norma por contravenir a la Constitución, siendo el objeto de este control el eliminar la norma del ordenamiento jurídico, en otros términos el efecto es para todos, mientras en el control concreto este se activa y favorece por un interés particular generando efectos entre las partes.

32 Luis Fernando Tacora, *op. cit.*, p. 54.

33 Vidal Perdomo, Jaime. *Introducción al control constitucional*. Bogotá, Editorial Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009, p. 11.

b. El control a posteriori

Es aquel que se ejerce sobre normas que han entrado en vigencia o vigor, esto se da a partir de la promulgación de la ley; en el participan personas y autoridades que se sienten afectadas por la vigencia de una determinada ley, y que han sido ajenas al proceso de creación legislativa.³⁴

Se dice que este control permite examinar las leyes en el momento en que atentan contra los derechos fundamentales de las personas, ya que si en el momento en que se expide una ley, esta puede parecer que guarda conformidad con la Constitución, es muy posible que ya en el momento de su aplicación se evidencie como contraria a uno de los principios y preceptos constitucionales; puede ocurrir que hayan surgido nuevas situaciones o circunstancias sociales o políticas que transformen la realidad, o que se haya otorgado rango constitucional a una nueva libertad o derecho, o se le de una diferente interpretación. Como dice Dominique Rousseau: “No es sino en el momento de su aplicación cuando una ley puede atentar a los derechos y libertades de los individuos”. Otro aspecto positivo de este control posterior, es que permite una directa participación de las personas en el cuestionamiento de las leyes que menoscaben sus derechos contemplados en la Constitución o en instrumentos internacionales. Pero a su vez, cabe referir que este control posterior ha merecido críticas por generar debilidades o temores de los jueces en censurar leyes que han generado efectos en el tiempo o en el espacio, el recelo a generar problemas que conlleven reparación y tratamiento de derechos adquiridos, por lo que, prefieren dictar sentencias interpretativas preservando la vigencia de la ley.³⁵

En esta línea la vigente Constitución contiene en uno de sus principios y reglas generales del control abstracto, el de presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas y el *in dubio pro legislatore*, que indica que en caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica se optará por no declarar la inconstitucionalidad, o aquella de que en caso de la interpretación de una disposición jurídica se buscará una interpretación que se compatible con la Constitución, o se declarará la invalidación parcial de una norma, dejando vigente la disposición reformada o que la declaratoria de inconstitucionalidad será un último recurso.³⁶

34 Pólit Montes de Oca, Berenice. *El amparo constitucional, su aplicación y límites*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 24.

35 Dominique Rousseau, *op. cit.*, p. 56.

36 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 76.

El control posterior lo ejerce la Corte Constitucional en Pleno para dejar sin efecto las normas o el acto declarado inconstitucional, declaratoria que no tiene efecto retroactivo. Las demandas o acciones de inconstitucionalidad de acto normativo pueden impugnar una ley orgánica y ordinaria, decreto-ley, decreto, ordenanza, estatuto, reglamento y resolución emitidos por la administración pública; también mediante este control abstracto se puede impugnar actos de la administración con efectos generales; y cuyo efecto será declarar la invalidez tanto del acto normativo o en su caso del acto administrativo; así como y declarar la inconstitucionalidad de normas conexas en los casos sometidos a conocimiento de la Corte cuando se estableciere que contravienen a la Constitución.³⁷

Según la Constitución de 1998, podían presentar demanda de inconstitucionalidad los representantes de las tres funciones del Estado, organismos del Estado respecto de su propia normativa, ciudadanos con el respaldo de 1000 firmas, o con el informe previo sobre su procedencia por parte del Defensor del Pueblo,³⁸ actualmente este tipo de demandas pueden ser presentadas por cualquier ciudadano o ciudadana, de allí su nombre de acción pública de inconstitucionalidad.

c. El control constitucional a priori

El control previo, también denominado control preventivo o a priori de constitucionalidad, es el procedimiento por el cual se efectúa la revisión de una norma antes de que forme parte del ordenamiento jurídico, para determinar si dicha norma es acorde o no con los preceptos constitucionales, y adquiera el carácter de vinculante. En el control a priori se entiende que la ley no tiene fuerza obligatoria, por lo tanto, se la considera como un denominado proyecto de ley que debe necesariamente pasar por el control de la justicia constitucional para establecer que dicha norma es compatible con el texto constitucional.

Mirando el espectro internacional se puede señalar que Francia y Portugal son de los pocos países que tienen el control previo de manera obligatoria para las leyes y compromisos internacionales, según ellos este

37 Constitución de la República del Ecuador, artículo 436, numerales 2, 3 y 4.

38 *Ibid.*, artículo 277.

control es rápido y simple y asegura la constitucionalidad de la ley antes de su entrada en vigor. El control a priori se utiliza en países como España, Alemania, y en la gran mayoría de países latinoamericanos antes de la ratificación de los tratados internacionales.

En Ecuador la Corte Constitucional ha sido instituida por el constituyente como el principal y máximo órgano encargado de ejercer la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Nuestra legislación ha contemplado varios tipos de procesos para ejercer el control de constitucional a priori: el veto del Ejecutivo por motivos de inconstitucionalidad, la consulta legislativa de constitucionalidad para aprobar un tratado internacional; labor que debe desarrollar en “los estrictos y precisos términos” señalados en el artículo 438 (CRE). Y aunque pareciere que solo en estos casos la Corte debe emitir un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, también tiene que hacerlo para los proyectos y convocatorias a referéndum para reformas, enmiendas y cambios constitucionales; para la implementación de mecanismos de democracia directa y participación ciudadana como la iniciativa popular normativa, la revocatoria de mandato y la consulta popular.

Así mismo la Constitución contempla que se requerirá:

- a) Dictamen de admisibilidad de la Corte: en el caso de enjuiciamiento político que puede iniciar la Asamblea Nacional en contra de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República.
- b) Dictamen favorable de la Corte; para que la Asamblea Nacional pueda destituir al Presidenta o Presidente de la República por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente.
- c) Dictamen favorable de la Corte: cuando el Presidente o Presidenta quiera disolver la Asamblea Nacional por haberse arrogado funciones que no le competan
- d) Dictamen favorable de la Corte Constitucional: para que mientras se instale la nueva Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República pueda expedir decretos-leyes de urgencia económica.³⁹

39 Constitución de la República del Ecuador, artículos 129, 130, 131 y 148.

2.3.2. El control de la constitucionalidad en el país

La primera forma de control constitucional en Ecuador nació en 1830, como control político y hubo una primera versión de la revisión judicial de constitucionalidad en la Constitución garciana de 1860. Sin embargo, el verdadero sistema de control constitucional desarrollado en el Ecuador fue el modelo francés, que otorgaba la competencia en cabeza del Consejo de Estado.

Este sistema administrativo de control constitucional se evidencia en las constituciones de 1851, 1906 y 1929. Finalmente, en la Constitución de 1945 se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya atribución fundamental era la de velar por el respeto y cumplimiento de las normas constitucionales. En la Constitución de 1946, se elimina al Tribunal de Garantías y asume sus atribuciones el Consejo de Estado, en particular la de velar por la observancia de la Constitución. En la Constitución de 1967 nuevamente se instituye el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya potestad era la de velar por la observancia de la Constitución. En la Constitución de 1979 se mantiene el Tribunal de Garantías, que debía velar por la ejecución de la Constitución. La reforma constitucional de 1982 mantiene las mismas competencias previstas en las constituciones anteriores, pero debía someter su decisión al Congreso Nacional. En la reforma de 1992, el Tribunal de Garantías somete sus resoluciones a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; en la reforma de 1996, se crea el Tribunal Constitucional, cuya potestad preponderante era la de conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, por el fondo y por la forma, así como de actos administrativos, y conocer las resoluciones que denieguen los recursos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y otras. La actual Constitución de la República, que entró en vigencia el 20 de octubre del 2008, en materia de control constitucional si bien guarda cierta identidad con la de 1998, presenta importantes innovaciones sobre todo en materia de garantías constitucionales, y sobre las nuevas competencias de la Corte Constitucional.

Como ha quedado establecido el control judicial de constitucionalidad es un mecanismo de control contramayoritario, lo cual significa que teóricamente es concebido como un límite o restricción a la democracia.

Sin embargo, hay posturas teóricas provenientes del nuevo constitucionalismo, que si bien reconocen el carácter contramayoritario del control de constitucionalidad en sus orígenes, actualmente le atribuyen un papel de garantía de la democracia. En ese sentido, cabe la pregunta de si ¿en el Ecuador los mecanismos de control judicial de constitucionalidad desarrollados a partir de 1996, y consolidados en la Constitución de 2008, tienen como objeto controlar a la democracia o incentivarla?

Para responder esta pregunta veamos cuál es la estructura del control constitucional

a) Control previo

Dictamen de procedimiento. Si la iniciativa corresponde a la ciudadanía, la propuesta debe ser enviada a la Corte Constitucional antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo (enmienda) o, antes de la presentación a la Asamblea Nacional (reforma parcial).⁴⁰ En este dictamen señalará el procedimiento a través del cual se tramitará el proyecto (enmienda, reforma o cambio constitucional) con la indicación de las razones de derecho que justifiquen tal decisión. Tomando en cuenta las siguientes reglas.

- Cuando se pretenda restringir el alcance de derechos y garantías constitucionales o modificar el régimen de reforma a la Constitución se requerirá la convocatoria a Asamblea Constituyente
- Cuando no se trate de un proyecto normativo que encuadre en el señalamiento anterior se tramitará con el procedimiento previsto para enmiendas o reformas.

Sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo. El control de constitucionalidad de la convocatoria a referendo comprende tres niveles:

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, artículo 100. Esta disposición además de contener el procedimiento para la iniciativa popular normativa encaminada a la enmienda y reforma constitucional –objeto de este trabajo– recoge la reglamentación correspondiente a los casos en que la iniciativa corresponde al Presidente o a la Asamblea Nacional. En el primer caso, la propuesta debe ser enviada a la Corte antes de la expedición del decreto que convoca a referendo o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional. En el segundo caso, cuando la iniciativa provenga de la Asamblea Nacional el proyecto debe ser enviado a la Corte Constitucional antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa.

estudio de la constitucionalidad de la convocatoria; de los considerandos de las preguntas; y del cuestionario.

Respecto de la *convocatoria* la Corte realizará un control formal sobre las reglas procedimentales para la convocatoria; la competencia en el ejercicio del poder de reforma; es decir, si quien propone está habilitado o no; y si garantiza la libertad del elector y cumple con las cargas de claridad y lealtad.⁴¹

Respecto de los *considerandos* de las preguntas, la Corte deberá analizar: si no existe inducción de las respuestas; la concordancia entre la introducción de la pregunta y el texto normativo; esto es, la relación de las finalidades del considerando y el texto sometido a consulta; que el lenguaje sea neutro, sencillo y comprensible para el elector; relación entre el texto del considerando y el propósito que se señala en el considerando; que la información transferida no sea superflua, es decir, no necesaria.⁴²

Respecto del *cuestionario*, la Corte desarrollará un control tomando en cuenta los siguientes elementos: que las preguntas contengan una sola cuestión; que las preguntas puedan contestarse individualmente, por tanto, se prohíbe la aprobación o rechazo en bloque; que no contengan ninguna excepción con el fin de beneficiar a un proyecto político determinado; que la propuesta normativa tenga efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico.⁴³

La ley ha dado tal importancia a la participación ciudadana, al punto que obliga a la Corte Constitucional a pronunciarse en el término de veinte días, su omisión genera el que se entienda que ha emitido dictamen favorable.

b) Control posterior. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.

La Constitución ha previsto un control constitucional posterior de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales mediante de una acción de inconstitucionalidad; en este sentido, luego de haber entrado en vigencia, estas pueden ser demandadas ante la Corte Constitucional, de acuerdo con las siguientes reglas:

41 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 103.

42 *Ibid.*, artículo 104.

43 *Ibid.*, artículo 105.

Las enmiendas y reformas que se procesan mediante un referendo⁴⁴ pueden ser demandas con posterioridad a la convocatoria, pero sólo por vicios de procedimiento y formales. Dicho examen incluye el análisis de la competencia para reformar la Constitución. La demanda de inconstitucionalidad debe ser interpuesta dentro de los treinta días siguientes a su entrada en vigencia.⁴⁵

Los cambios constitucionales que son profundos como lo hemos señalado, tienen su fuente en la Asamblea Constituyente que solo podrá ser convocada mediante de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el 12 por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de los representantes y los representantes, además de las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

2.4. Consulta popular

Con la nueva corriente de constitucionalismo contemporáneo (neoconstitucionalismo) la democracia representativa ha ido encontrando nuevos causes que la refrescan y la tornan más vital con la participación ciudadana, e incorporando nuevos mecanismos de democracia directa,⁴⁶ entre ellos la consulta popular. En términos generales diremos que la consulta es la pregunta que se dirige al pueblo para que este exprese su parecer o tome una decisión sobre un asunto que es de interés general, de allí que sea el acto mismo de dirigir la pregunta al pueblo. La consulta se expresa mediante dos modalidades.

La primera materializa el derecho de la ciudadanía *a ser consultada* sobre temas de interés general, así como en relación a temas de interés o prioridad dentro de una localidad. Una segunda modalidad es el derecho ciudadano *a convocar* a consulta y someter en ella los temas que considera

44 El artículo 106 de la LOGJCC, además de referirse a las enmiendas y reformas que se tramitan por el referéndum también incluye en sus disposiciones a aquellas que se tramitan directamente en la Asamblea Nacional en cuyo caso, procede también el control posterior para juzgar los vicios de forma y procedimiento en su trámite y aprobación.

45 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 106.

46 Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito, AED, 1996, p. 18.

de importancia o prioritarios para la sociedad o localidad. Si en el primer caso la ciudadanía tiene una actitud pasiva, siendo su obligación la de pronunciarse en la consulta; en el segundo caso, la ciudadanía asume una posición más activa al ser ella la consultante.

La forma pasiva se concreta cuando son las autoridades quienes tienen la potestad de convocar a consulta; tanto el gobierno central como los gobiernos cantonales o provinciales someten a consulta temas que consideran de interés, para dotar de legitimidad a la toma de decisiones de los representantes o autoridades de elección popular; por lo que, a efecto de evitar manipulaciones de la opinión ciudadana mediante la redacción intencionada de las preguntas o la inclusión de temas controversiales junto a otros que podrían tener buena aceptación popular, la consulta debe estar presidida de una oportuna y transparente información y debate sobre el tema.

Diferencias entre plebiscito y referéndum

Durante mucho tiempo se discutió en la doctrina la relación entre consulta popular, referéndum y plebiscito; sin embargo, en la actualidad existe un consenso generalizado de que cuando nos referimos a la consulta popular estamos en el ámbito del género, es decir, corresponde a un término macro y dentro de esta categoría se diferencian dos especies de consulta popular: el plebiscito y el referéndum.

Si bien, no existe una clara distinción entre “plebiscito” y “referéndum”, el primer término alude a una consulta en la que se somete una propuesta a votación para que los ciudadanos se manifiesten en contra o a favor; en cambio el de referéndum, es un procedimiento jurídico por el que se someten al voto popular leyes o actos administrativos, cuya ratificación se propende.

En español la palabra plebiscito es de uso más común, si bien referéndum aparece como un término más genérico, es utilizado en materia de reformas legales. En el referendo interviene el pueblo en forma directa en el régimen político-estatal, participa de cierta manera en la sanción de las leyes y decide en última instancia las resoluciones que le afectan en forma directa. Por el referéndum, en realidad se ejerce una democracia pura, genuina; ya que al someterse directamente las leyes al voto del pueblo,

este decide participando sin intermediarios o representantes en la elaboración de las normas que han de ser obligatorias.⁴⁷

A pesar de que doctrinariamente existe bastante claridad en la distinción todavía podemos encontrar ciertas equiparaciones entre consulta popular y referéndum o plebiscito. Juan Helio Zarini asimila la consulta popular con el referéndum “es el procedimiento por el cual el cuerpo electoral, mediante el sufragio de sus integrantes, se pronuncia por la afirmativa o por la negativa, sobre un asunto público, general de carácter normativo, adoptado por órganos representativos”.⁴⁸

Para adentrarnos en el estudio de la consulta popular es importante hacer un recorrido histórico.

Si los griegos fueron los primeros en practicar la democracia directa, y los atenienses la desarrollaron, los romanos fueron los que le dieron usos más amplios. Desde el siglo IV antes de Cristo, las autoridades romanas recurrieron al plebescitum para legitimar sus decisiones ante la asamblea de los plebeyos.

En el caso ecuatoriano, desde la Constitución del año de 1869 se introdujo en el artículo 115, la institución de la consulta popular. Ya en la de 1967, entre los deberes y atribuciones del presidente, constaba convocar a plebiscito, como procedimiento de consulta de la voluntad de los ciudadanos, en los casos de reformas a la Constitución y decisiones de trascendental importancia para los intereses de la nación, con la exigencia del dictamen favorable del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En la Constitución de 1979, en el artículo 35, de igual forma se estableció que la consulta popular estaba prevista para las cuestiones que a su juicio sean de trascendental importancia para el Estado, y, especialmente, los proyectos de reforma a la Constitución.

Lo propio se consagra en las constituciones de 1984, 1993, y en las codificaciones constitucionales de 1996 y 1997.

Nótese que una tónica constante en las constituciones del Ecuador ha sido que la convocatoria a consulta popular debía regir para asuntos de trascendental importancia y para reformar la Constitución. La consulta debía estar regulada por la ley, lo cual nunca aconteció, sino hasta el

47 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, t. VII, 24 edición, Editorial Heliastro S.R.L. Argentina.

48 Helio Zarini, Juan. *Constitución argentina, comentada y concordada*. Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 283.

Reglamento General a la Ley de Elecciones, publicado en el registro oficial 39 de 20 de febrero 2000, que hizo referencia a la consulta popular. A pesar de que no existía normativa legal, en el Ecuador fue una práctica más o menos común llamar a consulta popular por parte del Presidente de la República.

Hasta el año de 1998, el Presidente de la República era el único facultado para convocar: a) a consulta popular para reformar la Constitución vía referéndum, sea por omisión legislativa de tratar un proyecto de reforma constitucional iniciado, o bien debido a la calificación de urgencia por parte del mismo Congreso Nacional; o, b) a plebiscito para cuestiones que a su juicio sean de trascendental importancia, esta valoración subjetiva se prestó a múltiples manipulaciones.

2.4.1. La consulta popular en la Constitución de 2008

La vigente Constitución, establece que el organismo electoral convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana.⁴⁹

El Presidente puede consultar tanto sobre asuntos que estime convenientes (plebiscito) o sobre un proyecto de ley que haya sido negado por la Asamblea;⁵⁰ los gobiernos autónomos descentralizados podrán solicitar la consulta por asuntos de interés de su jurisdicción para lo cual requieren del apoyo de las tres cuartas partes de los integrantes del respectivo nivel de gobierno; en cuanto a la convocatoria por parte de la ciudadanía, la consulta puede versar sobre cualquier asunto excepto en temas relativos a tributos a la organización político administrativa del país, siempre que se cuente con el 5 por ciento de apoyo si se trata de alguna cuestión de carácter nacional y el 10 por ciento de apoyo en el caso de que el asunto sea de trascendencia local; los ciudadanos ecuatorianos en el exterior también pueden convocar a una consulta popular sobre asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano para lo cual requieren el respaldo de al menos un 5 por ciento de las personas inscritas en el registro de la circunscripción especial.⁵¹

49 Constitución de la República del Ecuador, artículo 104.

50 *Ibid.*, artículos 104 y 147, numeral 14.

51 *Ibid.*, artículo 104.

Si hacemos una comparación con la Constitución de 1998, encontramos cambios importantes. Así, actualmente, los convocantes no requieren fundamentar que se trata de asuntos de trascendental importancia, como lo exigía el texto constitucional de 1998 y el Reglamento para Consulta Popular y Revocatoria de Mandato expedido por el Tribunal Supremo Electoral, en el año 2001, requerimiento sobre el cual podía existir la apreciación de la instancia electoral de que tales circunstancias no revestían ese carácter, y por tanto era rechazada la consulta.

Otro de los aspectos de gran importancia es el referido a la Asamblea Constituyente, la que será convocada mediante consulta popular, pudiendo ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, o la ciudadanía y la Asamblea Nacional, con los respaldos correspondientes revisados en el artículo 444 de la Constitución de la República. La nueva Constitución para su entrada en vigencia debe ser aprobada mediante referéndum, con la mitad mas uno de los votos válidos.

La Constitución ha previsto también la consulta popular para conformar las regiones y distritos metropolitanos; la misma procede una vez cumplidos los requisitos previstos en el artículo 196 del Código de la Democracia y el artículo 23 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

2.4.2. Control constitucional de las consultas populares

En todos los casos de consulta popular se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional, este dictamen es automático y vinculante.⁵² Es automático en la medida en que no se requiere ninguna solicitud o trámite previo al pronunciamiento de la Corte,⁵³ es decir, la Corte puede por sus propios medios avocar conocimiento del tema. Es vinculante porque la decisión del máximo órgano constitucional obliga a su cumplimiento.

Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,⁵⁴ la Corte Constitucional realizará un control automático de constitucionalidad de todas las convocatorias a consulta popular. El

52 *Ibid.*, artículo 104, inciso final.

53 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 127.

54 *Ibid.*

control de constitucionalidad se ejercerá en los mismos términos y condiciones que el control previsto en la sección III del capítulo I del título IV, y estará encaminado a garantizar la libertad de la electora o elector y la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas o las medidas a adoptar mediante este procedimiento.

Las disposiciones jurídicas que fueren el resultado de un referendo, se someterán al régimen general del control constitucional.

Por su parte, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional en el artículo 74 señala que la Corte Constitucional efectuará el control automático de constitucionalidad de las convocatorias a consulta popular, de conformidad con lo establecido en los artículos 102 al 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En cuanto a la recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación se seguirá el trámite dispuesto en los capítulos I, II y V del título II de este Reglamento. La jueza o juez ponente emitirá su proyecto de dictamen en el término de diez días a partir del momento en que el expediente se encuentre al despacho y lo remitirá a Secretaría General. El Pleno de la Corte lo resolverá dentro del término de diez días posteriores a la notificación de la recepción del proceso, por parte de la Secretaría General.

2.5. La revocatoria del mandato

En el lenguaje natural, revocar es dejar sin efecto, anular una medida, decisión, acuerdo, concesión, resolución o acto jurídico por la voluntad del otorgante.⁵⁵

En el lenguaje jurídico, el vocablo revocatoria se relaciona con el de origen inglés, *recall* que significa retirar el poder a un funcionario que ostenta dignidad, en consecuencia, el recall es una institución jurídico política que consiste en la opción que se da a los electores para que puedan en nueva votación revocar el mandato⁵⁶ político dado electoralmente, lo que equivaldría a retirar el encargo o cometido que se otorgó a una persona.

55 Guillermo Cabanellas, *op. cit.*

56 Shedler, Andreas. *Cuadernos de Transparencia*. México, 1999.

El recall también es denominado juicio-político, pero hay que distinguirlo del *impeachment*. Este último es impulsado y decidido por el parlamento y sus razones son políticas aunque basadas en fundamentos de orden constitucional o legal. En cambio el recall es impulsado por los ciudadanos que así como pueden investir de autoridad y de potestad a sus gobernantes, legisladores y administradores, tiene también derecho de dejar sin efecto ese mandato.

La revocatoria se fundamenta en el principio de soberanía popular y la representación que el pueblo otorga a sus mandatarios en el ejercicio de los derechos políticos. Es un mecanismo de participación democrática que tiene su origen en las doctrinas contractuales, que están en la base de la concepción democrática de la soberanía que radica en el pueblo y que se expresa en el cuerpo electoral correspondiente.⁵⁷

La revocatoria del mandato, en la práctica es una variante invertida de la elección de representantes: a partir de una petición popular que debe reunir ciertos requisitos (un número determinado de firmas, por ejemplo) se somete a la aprobación de los votantes la permanencia en el cargo o la remoción de un representante electo antes del plazo determinado por la ley.

En este sentido, el derecho de revocación es claro y sencillo, quien legítimamente instituye una autoridad o confiere representación, también de manera legítima puede destituir o invalidar tal representación en el caso de que el mandatario incumpla con tal mandato. Institución que compele al candidato a una dignidad a ser responsable y serio en sus propuestas de campaña, a trazarse líneas y programas de trabajo que sabe que las puede cumplir, y abstenerse de plantear soluciones o propuestas demagógicas con el único afán de obtener aceptación electoral.

No obstante lo señalado, se puede advertir que la revocatoria de mandato, puede ser instrumentalizada de manera revanchista, por una oposición ciega, o por inexpertos sectores políticos contrarios al régimen-gobierno como un mecanismo de desestabilización, chantaje, o simplemente para poner en tela de duda la gestión de la autoridad.

57 Hugo Ordóñez Espinosa, *op. cit.*, p. 83.

2.5.1. La revocatoria de mandato en Ecuador

En nuestro país desde el año 1998, la Constitución política incorporó la revocatoria de mandato, pero no estaba dirigida a todas las dignidades de elección popular, sino únicamente a los prefectos, alcaldes y diputados, excluía al Presidente de la República, concejales y miembros de las juntas parroquiales, ello no obstante que en la consulta popular del 25 de mayo de 1997, los ecuatorianos nos pronunciamos porque la revocatoria de mandato sea para todos los dignatarios o representantes elegidos por voto popular.

Caber anotar que la Constitución de 1998 contemplaba que cuando se trate de actos de corrupción, la revocatoria podrá solicitarse en cualquier tiempo del período para el que fue elegido dignatario, y en el caso de incumplimiento del plan de trabajo se podrá solicitar la revocatoria luego de transcurrido el primer año de su gestión; esta delimitación de causales, que caía en el marco de una prejudicialidad, ha sido eliminada.

La Constitución del 2008, en el artículo 105 contempla que las personas en goce de derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. Efectivamente, la norma fundamental señala que las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular; por tanto, la revocatoria es para el conjunto de dignidades de elección popular, sin hacer ninguna distinción.⁵⁸

Si se trata de una revocatoria del mandato de la Presidenta o Presidente de la República, se requiere el respaldo del quince por ciento de las personas inscritas en el registro utilizado en el último proceso electoral nacional, si es una revocatoria del mandato de autoridades de elección popular nacionales, regionales, locales y de las circunscripciones especiales del exterior, se deberá contar con el respaldo del diez por ciento de las personas inscritas en el registro utilizado en el último proceso electoral de la respectiva jurisdicción.

Para la procedencia de la revocatoria, la vigente Constitución plantea dos exigencias:

- a) Que la revocatoria pueda solicitarse luego del primer año, y antes de que concluya el último; lo cual tiene su perfecta lógica, esto es cuando la autoridad durante ese lapso ha ejercido ya funciones demostrando

58 Constitución de la República del Ecuador, artículo 105.

o no su capacidad y responsabilidad; y antes del último año, porque se entendería que tratándose del último año de gestión no tendría sentido revocarle el mandato cuando está próximo a finiquitar o terminar su gestión, sobre todo considerando los gastos económicos adicionales que ello implicaría.

- b) Durante el período de gestión de una autoridad podrá realizarse solo un proceso de revocatoria del mandato. Esto en el entendido de que si no prosperó la revocatoria de mandato, y en definitiva se consolidó su gestión, lo lógico es que no se interrumpa su accionar, y se le permita a la autoridad trabajar con normalidad.

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas-Código de la Democracia, contempla que la revocatoria del mandato será individualizada por dignatario, especificando nombres, apellidos y el cargo de la autoridad contra quien se propone.⁵⁹

El Consejo Nacional Electoral procederá a la verificación de los respaldos en un plazo de quince días, de ser auténticos los respaldos, convocará en el plazo de siete días a la realización del proceso revocatorio, que se realizará máximo en los sesenta días siguientes.

El pedido será negado si no cumple los requisitos señalados; de encontrarse que existen irregularidades el Consejo Nacional Electoral trasladará el informe respectivo a las autoridades judiciales ordinarias o electorales, según sea el caso.

El Consejo Nacional Electoral, una vez que conoce la decisión de la Presidenta o Presidente de la República o de los gobiernos autónomos descentralizados, o acepte la solicitud presentada por la ciudadanía, convocará en el plazo de quince días a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días.⁶⁰

Para la aprobación de un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato se requerirá la mayoría absoluta de los votos válidos, salvo la revocatoria de la Presidenta o Presidente de la República en cuyo caso se requerirá la mayoría absoluta de los sufragantes.

El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento. En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada

59 Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, registro oficial 22-S, 9-IX-2009, art. 199.

60 Constitución de la República del Ecuador, artículo 106.

será cesada de su cargo y será reemplazada por quien corresponda de acuerdo con la Constitución.

En conclusión, la revocatoria de mandato es una decisión política por la cual el pueblo le quita la confianza al mandatario, la que no atraviesa por hechos jurídicos o prejudiciales que establezcan responsabilidades penales o civiles, lo que implica que no es necesario contar con un informe de la Contraloría que establezca este tipo de responsabilidades (procesos que pueden durar algunos años), sino que el pueblo elector en goce de sus derechos políticos, más allá de las firmas recogidas para la convocatoria, expresa o ratifica su confianza en la autoridad, consolidándole en su gestión, o le privará de ella cesándole en sus funciones; debiendo anotar que los actos de corrupción en el caso del Presidente o Vicepresidente de la República son causales de enjuiciamiento político por parte de la Asamblea Nacional.

Ejemplificando el asunto, pongamos el caso de un Alcalde que no está cumpliendo los ofrecimientos de campaña, ha cometido actos de corrupción, o sencillamente no responde a los intereses del pueblo que lo eligió, el cual al reunir el número de firmas que establece la Constitución y la Ley,⁶¹ concurre a la Delegación Provincial, y solicita se convoque a consulta popular para revocar el mandato conferido a la autoridad. De existir algún tipo de inculpación, en contra del Alcalde, lo que deberá ocurrir es que este ejerciendo su derecho a la defensa, esgrima sus argumentos para desvanecer los cuestionamientos, y trate de recuperar la confianza de sus electores en el lapso entre la entrega de las firmas de respaldo y propiamente el proceso revocatorio, aspecto este que debería ser reglamentado por el Consejo Nacional Electoral.

2.5.2. Control constitucional de la revocatoria

Ni la Constitución ni la LOGJCC establecen un procedimiento específico para el control de la revocatoria del mandato, sin embargo, conforme al artículo 438 de la Constitución la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante en los casos de las convocatorias de las consultas

61 Reglamento para consultas populares, iniciativa popular normativa y revocatoria de mandato. Registro oficial 254 de 10 de agosto de 2010, art. 12.

populares, con lo que la revocatoria, al ser una consulta al pueblo sobre la continuación del mandato, debe someterse al procedimiento previsto para el control de las consultas populares, en cuyo caso la Corte Constitucional realiza un control automático conforme al capítulo IV, sección tercera de la LOGJCC.

Este control previo debe realizar sobre la convocatoria, sobre los considerandos que introducen la pregunta y sobre las preguntas específicas de acuerdo con los artículos 102, 103, 104 y 105 ya analizados anteriormente.

Bibliografía

- Albán, Jorge. “Participación, consulta previa y participación petrolera”. *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*. Quito, Flacso, 2003.
- Álvarez Aravena, Alejandro. “La cuestión constitucional en Alemania”. *Consulta popular y democracia directa*. Prud'homme, Jean-François. México, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, 1993.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid, Editorial Técno, 1984.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, t. VII, 24 edición, Editorial Heliastra S.R.L.
- Doctrina del Libertador. Biblioteca Ayacucho, Sucre (Venezuela), 1976.
- Fernández Segado, Francisco. “El control de las Omisiones Legislativas”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- García Belaunde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Editorial Marsol, 1998.
- González Moreno, Jorge. Ponencia: “Supremacía de la Constitución y Jerarquía del Control Constitución”, marzo 1998.
- Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Editorial Alianza Universidad, 1996.
- Ordóñez Espinosa, Hugo. *Hacia la democracia participativa*. Quito, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1999.
- Piza Escalante, Rodolfo. *Legitimación Democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica*. San José, Editorial Estudios Constitucionales, 1995.
- Pólit Montes de Oca, Berenice. *El amparo constitucional: su aplicación y límites*. Quito, Editorial Corporación Editora Nacional, 2002.
- Prud'homme, Jean-François. *Consulta popular y democracia directa*. México, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 2001.
- Rousseau, Dominique. *El desarrollo de la justicia constitucional en Europa*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2002.

- Sagués, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Editorial Astrea, 2001.
- Salgado Pesantez, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito, AED, 1996.
- Sánchez Parga, José. *Lo público y la ciudadanía en la construcción de la democracia*. Quito, Ildis, 1995.
- Shedler, Andreas. *Cuadernos de Transparencia*. México, 1999.
- Tacora, Luis Fernando. *Control Constitucional y Derechos Humanos*. Bogotá, Editorial Librería Profesional, 1992.
- Vidal Perdomo, Javier. *Introducción al control constitucional*. Bogotá, Editorial Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009.
- Zarini, Juan Helio. *Constitución argentina, comentada y concordada*. Buenos Aires, Astrea, 1992.

Aproximación al control abstracto en Ecuador.

La acción de inconstitucionalidad

Juan Francisco Guerrero del Pozo*

1. Introducción

Las democracias constitucionales contemporáneas se caracterizan entre otras cosas por poseer una justicia constitucional autónoma, fuerte y ampliamente influyente y desarrollada. A esta función del Estado la doctrina le atribuye comúnmente dos funciones esenciales: el control de la actividad del legislador¹ y la garantía de los derechos constitucionales. Así mismo, la literatura jurídica especializada identifica dos modalidades de control constitucional: el control político y el control judicial, el que a su vez se subdivide en control difuso de origen norteamericano atribuido a los jueces ordinarios y el control concentrado europeo² que corresponde a un órgano estatal centralizado y especializado, independiente de todos los demás poderes y funciones del Estado; por tanto, capaz de someter a las instituciones a los mandatos específicos de la Constitución.

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE).

1 Se utiliza en general la expresión legislador en sentido amplio, como aquel que tiene capacidad normativa, sea que se trate de la función legislativa propiamente dicha, los legisladores regionales y locales, o el propio ejecutivo mediante la facultad de expedir normas reglamentarias.

2 Recuérdese que el control concentrado de constitucionalidad fue concebido por Kelsen en la Europa de la primera posguerra como una especie de legislador negativo que controla la eventual dictadura de las mayorías. Sobre el particular, véase Kelsen, Hans. *La garantie jurisidictionnelle de la constitution. La justice constitutionnelle*. Vaduz, Topos Verlag, 1982, pp. 197 a 256.

Si revisamos los procesos constituyentes acaecidos en el último cuarto de siglo en Latinoamérica, es innegable pensar que las constituciones producto de tales procesos, han suscitado cambios sustanciales en las relaciones jurídicas, políticas, económicas y sociales de la región. Si en este análisis, nos detenemos a revisar la evolución de la justicia constitucional y particularmente el control constitucional, encontraremos en ella avances significativos, pues los tribunales y cortes constitucionales en Latinoamérica han ido asumiendo de forma progresiva nuevas y amplias competencias en materia de control de la constitucionalidad, lo que obedece principalmente al reconocimiento en todos los ordenamientos constitucionales de la jerarquía suprema de las constituciones y de su fuerza normativa. No obstante lo anterior, el control abstracto de constitucionalidad, como institución característica de los modelos influenciados por el sistema europeo continental, se ha mantenido con algunas variaciones, esto en razón de que dicho control al ser la facultad originaria de los órganos constitucionales, se ha configurado a su vez como la principal competencia de estos, siendo por tanto, la atribución que mayor identidad da a los tribunales y cortes constitucionales.

Ecuador no ha sido ajeno a este proceso. La Constitución promulgada el 20 de octubre de 2008 trae consigo instituciones novedosas en el ámbito del control constitucional y específicamente en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad, convirtiendo a la Corte Constitucional en un organismo con amplias facultades y prerrogativas, muchas de ellas incluso cuestionadas por determinados sectores que consideran que está en riesgo el equilibrio de poderes, por lo que se requiere emprender en un proceso de comprensión de esta nueva realidad jurídica, que nos enfrenta a un reto trascendental, no solo desde el punto de vista jurídico, sino político y social: consolidar el sistema de control constitucional, como mecanismo idóneo para que los ecuatorianos adquiramos, de una vez por todas, conciencia constitucional, comprendida esta como la aceptación generalizada que tiene una Constitución en la sociedad en la cual rige.

2. El control constitucional

2.1. Fundamentos del control constitucional

El control de la constitucionalidad tiene su origen en dos principios que el constitucionalismo ha desarrollado profundamente: la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución.

El principio de supremacía constitucional tiene como origen la consideración de que la Constitución es suprema, si bien la respuesta a por qué esta norma es de tal importancia, se ha traducido en un amplio y no terminado debate, lo cierto es que o bien es suprema porque así lo acordó un pueblo a través del poder constituyente, o bien porque ella misma lo manifiesta, o en su defecto, porque recoge principios y valores que son de tal carácter e importancia que requieren una garantía de no desconocimiento.³ La supremacía constitucional presenta dimensiones de carácter jurídico, político y social, por lo que, con el fin de establecer las relaciones entre ellas es pertinente realizar un breve análisis al respecto.

Políticamente la Constitución es superior a toda otra manifestación de autoridad, ya que es aquella la que constituye legítimamente la autoridad y organiza su funcionamiento; al mismo tiempo mediante el reconocimiento de los derechos y sus garantías fija sus límites, estableciendo un “coto vedado” (los derechos constitucionales) del que el Estado por intermedio de ninguna de sus funciones, ni siquiera la legislativa, puede disponer. Por consiguiente, todo poder legítimo nace de la Carta constitucional y debe ser ejercido conforme a la misma.

Jurídicamente la Constitución es suprema porque da validez formal y sustancial a todo el ordenamiento jurídico, para lo cual jerárquicamente se sitúa por encima de cualquier otra norma.⁴ En consecuencia, toda norma que fuera dictada en oposición —formal o material— a la Constitución carecerá de validez jurídica.

3 Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2006, p. 143

4 Oyarte Martínez, Rafael. “La Supremacía Constitucional”. *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Tribunal Constitucional / Fundación Konrad-Adenauer, 1999, p. 77.

Como ya se ha expresado, la supremacía constitucional —desde el punto de vista jurídico— tiene una expresión material y otra formal, en *sentido material*, implica la superioridad en el contenido; la exigencia de compatibilidad entre el contenido de las normas jurídicas infraconstitucionales y los principios y valores que constan en la Constitución. Del mismo modo, *formalmente* implica la exigencia de que las normas infraconstitucionales sean dictadas en la forma y siguiendo los procedimientos establecidos en la Constitución.⁵

La supremacía constitucional, se encuentra expresamente consagrada en el artículo 424 de nuestra actual Constitución, en el que se determina:

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

Precisamente la trascendencia de la Constitución para la existencia legítima de un sistema jurídico, genera la necesidad de su conservación o resguardo, para lo cual se ha previsto procedimientos de reforma complejos o agravados, más allá de la simple decisión mayoritaria de los representantes democráticos en el órgano legislativo,⁶ todo lo cual se traduce en la denominada “rigidez constitucional”. En nuestro caso en particular, la posibilidad de reformar o enmendar la Constitución enfrenta una serie de límites y dificultades que se encuentran descritos en el capítulo tercero del título IX de la Carta magna.

Por otra parte, en cuanto al principio de fuerza normativa de la Constitución, cabe señalar que este se traduce en que la Constitución es una norma susceptible de ser directamente aplicada e invocada de forma autónoma e independiente, sin que su exigibilidad pueda estar condicionada a desarrollo normativo secundario alguno, pues al igual que ocurre con las otras normas del ordenamiento jurídico, la Constitución contiene prescripciones que orientan las actividades políticas, sociales y

5 Rafael Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 79.

6 Estos mecanismos constituyen límites del poder constituyente derivado y pueden consistir en la aprobación de reformas a través de legislaturas sucesivas; plazos de espera para emprender en reformas constitucionales; mayorías calificadas; necesidad de que las reformas sean aprobadas mediante consulta popular (referéndum); cláusulas pétreas, es decir, disposiciones constitucionales que no pueden ser modificadas; etc.

económicas de la sociedad, que en caso de ser inobservadas, puede su cumplimiento ser exigido de forma coercitiva mediante distintas modalidades de control constitucional. Este principio ha sido recogido en nuestro texto constitucional en los artículos 424 y 426.

2.2. Los modelos de control constitucional

Se puede afirmar que el apareamiento del control constitucional, tal como se concibe en la actualidad tiene varias fuentes históricas, pero tradicionalmente se distinguen dos modelos: el americano y el europeo.

2.2.1. El modelo americano

En cuanto al sistema americano o anglosajón, se considera que su antecedente más remoto se encuentra en el siglo XVII, en Inglaterra, donde el juez Coke, quien fungía como presidente del Tribunal Superior de Inglaterra, formuló algunos lineamientos de la doctrina de la supremacía constitucional. La posición del juez Coke no fue acogida en su país natal, donde terminó predominando la denominada soberanía parlamentaria,⁷ pero sus ideas tuvieron acogida en Norteamérica, en donde en el año 1803, la idea del control constitucional alcanza su cúspide con el célebre juez John Marshall, dentro del igualmente destacado caso *Marbury vs. Madison*,⁸ en

7 Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México, UNAM, 2004, p. 122.

8 El caso *Marbury contra Madison*, se desarrolló y resolvió en circunstancias en que finalizaba el mandato del presidente John Adams (federalista), cuyo partido había perdido las elecciones frente a Thomas Jefferson (republicano). Así, cinco días antes de que Thomas Jefferson asumiera la presidencia de la nación (1801), el Congreso, que concluía su mandato el 4 de marzo de 1801, promulgó una ley orgánica para el Distrito de Columbia, la cual, entre otras cosas, autorizaba la designación al Presidente de los Estados Unidos de jueces de paz por el plazo de cinco años. En estas circunstancias, el presidente Adams se apresuró a nombrar 42 jueces de paz, designaciones que fueron confirmadas por el Senado; sin embargo, en la prisa de los últimos actos no se entregaron las credenciales a otros cuatro jueces designados, entre los que se encontraba William Marbury. Una vez posesionado el presidente Thomas Jefferson, acudieron ante el Secretario de Estado James Madison, exigiéndole la notificación de sus nombramientos, pero él se negó a hacerlo. Ante la negativa Marbury recurrió en súplica ante la Corte Suprema, pidiéndole que expidiera el oportuno mandamiento por el que se ordenara a Madison la entrega del nombramiento. La Corte Suprema, en especial el juez Marshall, al entender que la ley que facultaba a la Corte a dictar esas órdenes al Ejecutivo estaba en contradicción con lo establecido por la sección segunda del artículo 3 de la Constitución, estableció la doctrina, según la cual una ley contraria a la Constitución no constituye derecho.

el que se afirmó la supremacía de la Constitución e instituyó la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, con el argumento de que existían solamente dos alternativas al respecto, debiéndose necesariamente inclinar por una de ellas: o la Constitución controla a cualquier ley contraria a ella, o la función legislativa puede alterar la Constitución al expedir sus leyes. El juez Marshall, por supuesto, adoptó la primera.

De esta forma es como surge el modelo norteamericano de control difuso de la constitucionalidad, que se lo implementa por intermedio de los jueces, a quienes se confía la interpretación de las normas y su correspondencia con la Constitución. Si bien es cierto que este sistema no se desprende directamente de la Constitución, como quedó anotado, nace en la actividad práctica judicial,⁹ a raíz del caso enunciado y la doctrina del juez Marshall.

El modelo anglosajón se caracteriza por ser difuso, concreto,¹⁰ a posteriori y primordialmente incidental. De este modo en Estados Unidos, cualquier juez o tribunal tiene la facultad de apreciar y juzgar la constitucionalidad de las leyes,¹¹ aunque su decisión solo tiene efectos *inter partes* y para el caso concreto, lo que implica que esa norma considerada inconstitucional, no se aplicará para solucionar el caso concreto, seguirá vigente dentro del ordenamiento jurídico.

Es importante destacar entonces, que cuando nos referimos al control concreto, en contraposición al abstracto, hacemos referencia a una modalidad de control de constitucionalidad que se caracteriza porque se analiza la norma en relación con el caso concreto que se está discutiendo, es decir, un supuesto de hecho determinado, correspondiéndole resolver, en el caso americano, al *mismo juez*¹² que está conociendo del caso *sub judice*.¹³

9 Mancero Carrillo, Paúl. *Control constitucional concentrado en el Ecuador*. Quito, Editorial Pedagógica Freire, 2006, p. 26.

10 Con el control concreto, cualquier juez, durante la sustanciación de un juicio ordinario, puede cuestionar la constitucionalidad de una ley que se relacione con un caso específico y puede declarar su inaplicabilidad al mismo con efectos únicamente *inter partes*. En nuestro país, además del control abstracto, también regía esta forma de control expresado en el artículo 274 de la Constitución de 1998.

11 Rousseau, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 9.

12 Si el juez que debe resolver es *diferente y siempre el mismo*, habiéndose originado la competencia en un juez ordinario, estamos también frente a un control concreto pero además concentrado.

13 *Ibid.*

2.2.2. El modelo europeo continental

Desde la segunda mitad del siglo XIX, encontramos intentos por configurar una jurisdicción constitucional en Europa, motivada principalmente por dos razones: la estructura federal de algunos estados y la necesidad de resolver conflictos institucionales entre las diferentes instancias de poder.¹⁴ Es indudable pensar que antes de Kelsen ya existía alguna idea sobre el control de la constitucionalidad desde la visión europea, pero la elaboración doctrinaria, conceptual, sistemática, con rigor jurídico y sustento, sin duda la debemos al jurista austriaco.¹⁵

Según Kelsen el sistema jurídico no es un conjunto de normas situadas en un mismo rango, sino una especie de estructura de varios pisos superpuestos, graficado en una especie de pirámide conformada por capas de normas jurídicas. Frente al problema del control constitucional, el jurista austriaco se encuentra ante una disyuntiva: o el control de la constitucionalidad de las normas se atribuye a todos los jueces (difuso) o a un órgano especializado (concentrado), inclinándose finalmente por la creación de la instancia única y especializada con el propósito de evitar el apareamiento de interpretaciones constitucionales disímiles en los distintos órganos jurisdiccionales, además de otorgar a la decisión de no conformidad de una norma con la Constitución, un valor absoluto que conduce a su expulsión definitiva del ordenamiento jurídico.¹⁶

El sistema kelseniano tiene su origen en las primeras décadas del siglo XX, cuando en Austria y Alemania, en 1920 y 1929 respectivamente, se crearon los tribunales constitucionales, que desaparecieron con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, en 1945, existió una suerte de rematerialización de los textos constitucionales, esto trajo consigo la valorización de los sistemas y órganos de control, que precautelen la coherencia, tanto formal como material, de las normas infraconstitucionales con las cartas fundamentales.

14 Balaguer Callejón, María. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1997, p.63

15 La constitución de Suiza en 1874, estableció un sistema de control constitucional de leyes, el mismo que fue asistemático, incompleto y ciertamente precario

16 Dominique Rousseau, *op. cit.*, p. 13.

En el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad y, por consiguiente, la invalidez de la norma, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder y deber de interpretación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento; por el contrario, los jueces comunes son incompetentes para conocer sobre la inconstitucionalidad de las normas, así sea con eficacia limitada al caso concreto.¹⁷

El control *abstracto*, característico también de este modelo, implica un control de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso en concreto; en otras palabras, se contrasta el texto de la disposición cuestionada con el contenido de la Constitución, sin consideración a ningún supuesto de hecho en particular.

2.2.3. La convergencia de los sistemas

Sin perjuicio de que los dos modelos tradicionales de control constitucional son el americano y el europeo, la realidad y la doctrina contemporánea, evidencian un fenómeno consistente en la convergencia de los dos sistemas, es decir, modelos de control de constitucionalidad que toman aspectos de ambos sistemas y los fusionan generando una serie de modelos nuevos, como lo son el *mixto* y el *paralelo*.¹⁸

La evidente mixtura que presentan los modelos contemporáneos de control constitucional, ha llevado a afirmar que el análisis de un sistema determinado de control de constitucionalidad, que no toma en cuenta la tendencia convergencia de los mismos, no reflejará las particularidades y características propias de cada sistema.

Por cuanto el análisis de los modelos de control de constitucionalidad, partían siempre de la dicotomía tradicional anotada, esto generó que en relación al órgano encargado de ejercer el control, siempre se relacione al control abstracto con el concentrado y el concreto con el difuso. Se asumía por tanto que el sistema americano suponía necesariamente un control

17 Capelleti, Mauro. *Problemas del control constitucional de las leyes*. México, Edit. UNAM, 1978, p. 41.

18 Según Domingo García Belaunde, el sistema mixto se caracteriza por la fusión que se genera de los dos sistemas (americano y europeo), en tanto que el sistema paralelo se caracteriza porque en un mismo ordenamiento jurídico coexisten los dos modelos pero sin fusionarse.

concreto y difuso, en tanto que al sistema europeo le correspondía un control abstracto y concentrado, caracterizaciones que encuentran asidero en fundamentos de carácter histórico-político e ideológicas particulares, pero con sustento en postulados teóricos escasos o débiles que ocasionan la relativización y convergencia actual.

3. El control constitucional abstracto en Ecuador

Como ha quedado anotado, el control abstracto puede definirse como aquel que es ejercido para garantizar la adecuación de las normas que componen el ordenamiento jurídico al contenido de la Constitución. Se denomina abstracto porque se lleva a cabo supuestamente con *abstracción* de la aplicación concreta de la normas a una hipótesis de hecho determinada y se limita a resolver una discrepancia *abstracta* en torno a la conformidad o no de un texto normativo (sin importar si se aplica o nunca se ha aplicado) con el texto de la propia Constitución. Si el resultado del examen de constitucionalidad es la inconstitucionalidad, será expulsada del ordenamiento jurídico.¹⁹

Es importante señalar que se encuentra en crisis la concepción tradicional de que se puede realizar un análisis de constitucionalidad en abstracción de todo supuesto de hecho, más aún cuando en la actualidad ya no se cuestiona la posibilidad de que se emitan sentencias “modulativas” en las que, por ejemplo, se excluya únicamente una posibilidad de interpretación de la norma por considerarla inconstitucional pero se declare conforme a la Constitución interpretaciones en sentidos distintos al proscrito por medio del control constitucional. Ese tipo de ejercicios interpretativos, propios del denominado control abstracto de constitucionalidad, demuestran la imposibilidad práctica de que quien realiza el examen de constitucionalidad de una norma pueda abstraerse de todo supuesto de hecho; más bien constituyen evidencia de que al realizar el control abstracto de constitucionalidad de la norma, se debe analizar varios presupuestos fácticos para determinar en qué circunstancias y condiciones prácticas la aplicación en determinado sentido de una norma

19 Joaquín Brage Camazano, *op. cit.*, p. 105.

puede efectivamente adolecer de un vicio de inconstitucionalidad y en cuáles no, dejando a salvo estas últimas y proscribiendo a las primeras.

Por tanto, el control abstracto no es otra cosa que la posibilidad de examinar la constitucionalidad de una norma, sin hacer referencia a un caso concreto o individualizado que haya llegado a conocimiento de un juez o tribunal por el litigio entre las partes, lo cual no implica, como ha quedado anotado, el hacerlo en abstracto de todo supuesto de hecho; es la potestad de ejercer una actividad en la que se cuestiona la norma de manera general y abstracta sin alusión a un litigio *inter partes*.

Partiendo de la diferenciación que hace Luis Pietro Sanchís entre disposición y norma,²⁰ podemos afirmar que el control de constitucionalidad abstracto se hace respecto de una disposición, no respecto de la norma producto de la interpretación de la disposición como ocurre en el control concreto de constitucionalidad.

3.1. Antecedentes históricos

En lo que concierne al Ecuador, la defensa de la Constitución ha sido históricamente pensada como una cuestión estrictamente política donde los jueces no desempeñan papel alguno. En ese contexto, a pesar de la inmensa influencia que los Estados Unidos ejercen y han ejercido sobre nuestro país en el ámbito político, económico y cultural, respecto de la *judicial review*, como en la mayoría de los países de América Latina, se produjo una recepción tardía y peculiar de esta institución que poco tiene que ver con la original.

El constitucionalismo histórico del Ecuador tarda mucho en adoptar un planteamiento institucional o jurídico parecido o similar al control judicial de la Constitución, y cuando lo instaura, en 1945, las circunstancias políticas, sociales y culturales del momento, hacen que ese ensayo de constitucionalización del ordenamiento jurídico sea más bien retórico y

20 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 226. El autor afirma que el objeto de una interpretación, es decir, lo que se interpreta es siempre la disposición, esto es un texto, un enunciado o conjunto de enunciados. La norma no es un objeto de interpretación sino el resultado de la misma, por tanto, la norma es el significado que se da al texto mediante la interpretación.

formal, antes que real. Para ilustrarlo es útil hacer un recorrido por la historia constitucional de nuestro país, porque allí podemos encontrar ciertos indicios de cómo se estructuró y cuál es el modelo de limitación del poder que se ha desarrollado en el Ecuador.

En efecto, la preocupación por el modelo de ejercicio y limitación del poder se hace visible, desde muy temprano en la primera Constitución ecuatoriana (1812), la cual recoge un primer esbozo de control político de la constitucionalidad de los actos de las tres funciones del naciente Estado. Este control, en la fórmula del constituyente quiteño era ejercido por el depositario de la soberanía que era el así llamado “supremo congreso”.²¹ Según la primera carta constitucional ecuatoriana este Supremo Congreso tenía como finalidad constituirse en el tribunal de censura y vigilancia para la guarda de la Constitución y la defensa de los derechos del pueblo.²² Años después, ya consolidada la derrota militar española, encontramos una nueva versión de este control político de constitucionalidad de la mano de la Constitución de Bolivia de 1826. Esta Constitución otorgó al Senado vitalicio ciertas funciones difusas de protección y garantía de la Constitución como aquella de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.²³

La primera Constitución estrictamente ecuatoriana entró en vigencia el 26 de septiembre 1830, cuando se reunió en Riobamba la primera Asamblea Constituyente de la historia del país que, como nos dice la historia oficial, estaba conformada por treinta diputados, que representaban a los 3 departamentos en que estaba dividido el nuevo territorio.²⁴ En lo que toca a la existencia o no de algún sistema de control de constitucionalidad, nuestra primera Constitución republicana no dice específicamente nada como sí lo hacía la quiteña de 1812. Si hacemos una interpretación más amplia del contenido de la función de control constitucional, encontramos en la Constitución de Riobamba recogidos dos elementos que, vistos hoy en día, podrían llegar a constituir, guardadas las

21 Constitución política de 1812, artículo 7.

22 *Ibid.*, artículo 10.

23 García Belaunde, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Lima, Editorial Distribuidora de libros, 1989, p. 94.

24 Larrea Holguín, Juan. *Derecho constitucional ecuatoriano*, vol. 1. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007, p. 4.

proporciones, un esbozo de sistema de control constitucional en cabeza del titular de la función legislativa: por una parte los artículos 69 y 70 establecían la obligación de juramento de fidelidad y observancia de la Constitución y a las leyes a todos los funcionarios públicos incluidos el presidente y vicepresidente, y por otra, el artículo 26 numeral 11 del texto fundamental establece entre las funciones del congreso de diputados, aparte de expedir y derogar los códigos y las leyes, la interpretación, que es una de las funciones que la doctrina y la práctica constitucional moderna atribuye a los tribunales constitucionales.

Si nos mantenemos fieles a las enseñanzas de la historia general y de la historia del derecho en particular, que impide transpoliar ideas y conceptos actuales al pasado, por tanto, consideramos que para estudiar el derecho del pasado no hay que fijarse tanto en las instituciones ni en las normas, en caso de que las hubiera, cuanto en lo que pensaban los juristas de esas normas e instituciones. Deberíamos decir que no existen antecedentes probados de un supuesto control político de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 1830, porque no conocemos ni parece que existan obras ni comentarios de los juristas de la época que nos permitan determinar con exactitud el significado de tal o cual expresión de la Constitución y particularmente qué entendían los juristas de la época por interpretación de la Constitución y de la ley. Lo que si podemos presumir es que no opinaban lo mismo que nosotros hoy; por tanto, si nos mantenemos fieles a la estricta definición de lo que es el control constitucional desarrollado por el derecho norteamericano y posteriormente en Europa por Kelsen, necesariamente debemos concluir que ni la Constitución de Riobamba ni las siguientes cinco cartas fundamentales (1835, 1843, 1845, 1852, 1861), fuesen liberales o conservadoras, tuvieron el más mínimo acercamiento al problema del control político o judicial de la constitucionalidad, salvo una genérica facultad de reclamo por las infracciones a la Constitución que todo ecuatoriano podía ejercer ante el Congreso o el poder ejecutivo,²⁵ sin que por otra parte las constituciones o la ley criminal establecieran el procedimiento o la forma de ejercer tal acción.

25 Ver, por ejemplo, el artículo 119 de la Constitución política de 1861.

Debemos esperar hasta 1869,²⁶ a la Constitución promovida por Gabriel García Moreno, para tener un primer y verdadero adelanto en el perfeccionamiento del sistema de control y garantía judicial de la Constitución, que confirió a la Corte Suprema de Justicia la facultad de suspender la vigencia de las leyes consideradas inconstitucionales,²⁷ así como la de decidir definitivamente sobre la objeción de inconstitucionalidad presentada por el presidente de la República;²⁸ control judicial de constitucionalidad complementado con el establecimiento definitivo de la facultad del órgano legislativo para interpretar de forma auténtica la Constitución, cuando en el artículo 114 establece que solo el Congreso puede resolver las dudas constitucionales e interpretar los artículos de la Constitución, interpretación que inmediatamente tiene el carácter de ley expresa.

El constitucionalismo histórico ecuatoriano vuelve a guardar silencio respecto al control constitucional durante los siguientes 60 años. Paradójicamente, es la Constitución de 1929 la que recupera para el Ecuador esa especie de modelo mixto de control constitucional creado por García Moreno, donde a pesar de una clara supremacía del legislador a la hora de realizar el control, también participa la Corte Suprema de Justicia. Específicamente el artículo 67 de esa Carta fundamental establece que cuando el presidente de la República o el consejo de estado consideren inconstitucional un proyecto de ley, lo objetarán y devolverán al Congreso para que lo reconsidere; si el Congreso no modifica el proyecto, este deberá ser remitido por el Congreso a la Corte Suprema de Justicia, cuyo pleno debía dictaminar definitivamente la constitucionalidad o no del proyecto. Este mecanismo judicial de control de constitucionalidad de las futuras leyes se complementa con el mantenimiento en cabeza del poder legislativo de la facultad de interpretar con autoridad la Constitución, pues según el artículo 163 de la Constitución de ese año, “solo el Congreso tiene la facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio y de resolver las dudas relativas a la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos o declaraciones”.

26 Ver el artículo 114 de la Constitución política de 1869.

27 Juan Larrea Holguín, *op. cit.*, p. 10.

28 Ver el artículo 43 de la Constitución política de 1869.

Otro aspecto muy importante de la Constitución de 1929, aparte de su carácter progresista y social, fue justamente la consagración clara, por primera vez en la historia del Ecuador, del principio de supremacía de la Constitución en su versión actual. De forma concreta, el artículo 161 establecía que la Constitución es la ley suprema de la República y que no tenían valor ninguno las leyes, decretos y demás normas infraconstitucionales que se opusieron a ella. Así mismo se reitera la regla según la cual, la obligación primordial de toda autoridad pública de cualquier nivel es ajustar sus actos a la Constitución, sin que ello implique, como lo determinó la Constitución, la posibilidad de que las autoridades públicas, puedan inaplicar normas invocando su inconstitucionalidad.²⁹

Pero un sistema de *judicial review* en su entendimiento clásico no se inicia en el Ecuador hasta 1945, cuando la Constitución progresista de ese año, siguiendo el ejemplo de los principales países europeos, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales³⁰ que fue eliminado poco después en la Constitución de 1946 y reimplantado en las constituciones de 1967³¹ y 1979³² como un órgano consultivo dependiente de la función legislativa, sin que funcionara como instancia de control judicial de la constitucionalidad de la ley. Es tan solo en 1996, cuando se crea el Tribunal Constitucional,³³ y comienza un lento —y no ajeno de polémica— proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y, por tanto, de judicialización del control constitucional, que se plasmó en la

29 Ver los artículos 161 y 162 de la Constitución de 1929.

30 El artículo 159 de la Constitución de 1945 crea el Tribunal de Garantías Constitucionales. El artículo 160, por su parte, establece las atribuciones o competencias de los miembros de este tribunal entre las cuales encontramos: 1) velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, en especial de las garantías constitucionales; 2) dictaminar sobre la inconstitucionalidad de los proyectos de ley; 3) suspender la vigencia de una ley o decreto considerados inconstitucionales por un juez hasta que el Congreso dictamine acerca de ello. De la lectura de estas atribuciones claramente se deduce que desde 1945 cuando se implantó por primera vez en Ecuador una primera versión de control de constitucionalidad en sentido estricto, esta función era compartida por el Tribunal de Garantías y los jueces ordinarios, que en caso de encontrar una norma inconstitucional debían suspender el proceso y consultar al Tribunal de Garantías el que debía decidir en un plazo de 45 días.

31 Ver el artículo 219 de la Constitución de 1967.

32 Ver los artículos 140 ss. de la Constitución de 1979.

33 De acuerdo con la Ley Orgánica de Control Constitucional de 1996, el Tribunal Constitucional compartía normativamente las competencias de control de la constitucionalidad con los jueces ordinarios.

codificación constitucional de 1998, que a más de consolidar al Tribunal Constitucional y sus atribuciones e intentar institucionalizar un sistema de garantías jurisdiccionales introdujo en el artículo 274 un interesante modelo de control difuso de constitucionalidad que les permitía a los jueces, sin suspender la sustanciación de los procesos, dejar de aplicar (inaplicar) directamente las normas que consideraban contrarias a la Constitución, y enviar al Tribunal Constitucional la consulta de constitucionalidad para que se pronuncie con efectos generales y obligatorios al respecto, sin que esta decisión afecte el pronunciamiento emitido dentro del caso en que se originó la consulta. Finalmente, en la Constitución promulgada el 20 de octubre de 2008, si bien encontramos un consolidado sistema de garantías jurisdiccionales y un significativo fortalecimiento del órgano de cierre del control constitucional, esto es la Corte Constitucional, vemos un debilitamiento del control difuso, al no contar los jueces con la facultad de inaplicar las normas que consideren contrarias a la Constitución, teniendo tan solo la posibilidad de suspender la tramitación de la causa hasta obtener un pronunciamiento definitivo de la Corte Constitucional.³⁴

Haciendo una valoración objetiva del modelo descrito, el principal problema de la justicia constitucional que históricamente se desarrolló en Ecuador (su atraso, su imposibilidad técnica y su debilidad política), no es tanto la arquitectura institucional tradicional, propia del constitucionalismo conservador latinoamericano,³⁵ cuanto la confusión y falta de claridad sobre las causas que explican la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución y el control judicial de la constitucionalidad de la ley. Esta falta de claridad teórica y política unida a la carencia de una cultura jurídica que se tome en serio el constitucionalismo democrático y sus valores, es la que explicaría las vicisitudes del proyecto emancipatorio que implica utilizar en Ecuador el derecho constitucional como herramienta del cambio social.

34 Artículo 428 de la Constitución de la República.

35 Que, como se sabe, da una preeminencia a la Función legislativa y a la ley, y desconoce el papel de los jueces y tribunales en la creación del derecho positivo.

3.2. El control abstracto en el actual régimen jurídico constitucional

Nuestra Carta constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC) establecen el control abstracto de normas de carácter general, por medio de varias disposiciones normativas, en las cuales se regula, de manera muy puntual, el órgano competente para emitir la decisión, legitimación activa, legitimación pasiva, procedimiento, materia impugnabile o susceptible de control, principios aplicables, efectos de la sentencia y otros temas de importancia.

La LOGJCC establece como finalidad del control abstracto de constitucionalidad, el garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico mediante la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.³⁶

3.2.1. El órgano competente para el control

El control abstracto en sus diversas materias es potestad exclusiva y privativa de la Corte Constitucional, así lo determinan varios artículos constitucionales, legales y reglamentarios, como el artículo 436, numerales 2, 3 y 4 de la Constitución de la República, en lo que tienen que ver con actos normativos y administrativos generales; el artículo 75 de la LOGJCC en todos los numerales y literales para las distintas modalidades de este tipo de control constitucional, y, el artículo 54 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

3.2.2. Principios que rigen el control abstracto de constitucionalidad

El artículo 76 de la LOGJCC realiza una enumeración que contiene una serie de principios y reglas que rigen el control abstracto de constitucionalidad,

36 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 74.

constituyendo para la comprensión de la institución objeto del presente artículo, fundamental analizar los siguientes principios:

a) Control integral

El numeral 1 del ya mencionado artículo establece: “Se deberá confrontar la disposición acusada con todas las normas constitucionales, incluso con aquellas que no fueron invocadas expresamente por el demandante”.

Esta disposición pone en evidencia algunas facultades oficiosas con que cuenta la Corte Constitucional ecuatoriana, lo cual no deja de tener su dosis de polémica, ya que tradicionalmente se ha pensado que los organismos como las cortes y tribunales constitucionales, que están habilitados para expulsar del ordenamiento jurídico normas dictadas por órganos con legitimación democrática directa, tales como el legislativo y ejecutivo, deben tener como límite intrínseco de sus actuaciones el que solamente pueden actuar a petición de parte y dentro del ámbito delimitado por quien requiere su intervención.

Si bien en la acción o acto de reclamación ante la Corte Constitucional por la contradicción de una norma con el contenido de la Constitución, quien propone la acción debe determinar los principios y reglas que han sido contravenidos en la norma objeto del control, en nuestro esquema legal, la determinación de la supuesta norma infringida por parte del actor, no limita la potestad y capacidad del juez constitucional para hacer una verificación extensiva, de hecho, de conformidad con el presente principio, el juez se encuentra en la obligación de comparar la norma con todas las reglas y principios constitucionales y no solo con aquellos que el proponente de la acción invocó. Esto indudablemente podría significar que dicha norma quedaría “blindada” frente a eventuales cargos posteriores sobre su inconstitucionalidad, aun cuando estos estén sustentados en causas distintas a las formuladas en la primera demanda, ya que al tener el órgano encargado del ejercicio del control constitucional la obligación de comparar la norma con el contenido integral de la Constitución, aquello implicaría que con la primera demanda se debió haber agotado el examen de constitucionalidad de la norma, impidiendo así que se realice un examen posterior sustentado en una demanda distinta, lo cual indudablemente resulta cuestionable y peligroso.

b) Principio de presunción de constitucionalidad

De acuerdo con el numeral 2 del artículo 76 de la LOGJCC: “Se presume la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas”. Esto significa que cuando se realiza el análisis de constitucionalidad de una norma, el juez constitucional debe realizar su análisis a partir de la idea inicial de que la norma cuestionada es constitucional, debiendo en su análisis por completo desvanecer tal presunción para poder declararla inconstitucional y, por tanto, expulsarla del ordenamiento jurídico.

Este principio tiene trascendental importancia en un esquema democrático, puesto que al cuestionarse normas que emanan de órganos con legitimidad democrática directa, es indispensable presumir su adecuación al texto constitucional, y el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad tiene la obligación de desvirtuar completamente la constitucionalidad de la norma para poder emitir un pronunciamiento en tal sentido, sin que sea suficiente una apreciación inicial o superficial respecto de su inconstitucionalidad, sino contar con la certeza de que efectivamente contraría el texto constitucional, único caso en que la presunción anotada podrá considerarse desvirtuada habilitando para emitir un pronunciamiento en el sentido de que es inconstitucional.

c) In dubio pro legislatore

Este principio está directamente relacionado con el de presunción de constitucionalidad y permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico. Al respecto, Manuel Aragón dice:

El Tribunal solo declara la inconstitucionalidad de la Ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Cuando tal claridad no existe, hay que presumir la constitucionalidad del legislador. Y ello significa la aplicación de esa máxima esencial en la jurisdicción constitucional: *in dubio pro legislatore*, que no es solo una exigencia de la técnica jurídica, sino también, y sobre todo, una consecuencia del principio democrático.³⁷

37 Ferreres Comella, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 142.

La implicación práctica de este principio podría resumirse en que cuando se realiza el examen de constitucionalidad de una norma y a partir de ese examen se genera una duda en cuanto la validez o invalidez de ella, se preferirá declararla como válida, salvo que su invalidez sea manifiesta. Al igual que ocurre con otros *in dubio* que encontramos en nuestra legislación, el requisito indispensable para que se aplique este principio es que el análisis de validez de una norma genere una “duda razonable” en quien ejerce el correspondiente control.

d) Principio de conservación del derecho

El artículo 76, numeral 4 de la LOGJCC se refiere a este principio como de permanencia de las disposiciones jurídicas.

Este principio en materia constitucional se traduce en que al momento de realizar el control de constitucionalidad de una norma, en la medida que sea posible, se debe tender a no expulsarla del ordenamiento jurídico, y de ser el caso, señalar cuál es la interpretación o alternativas válidas de interpretación de dicha norma que no generen su inconstitucionalidad, a fin de únicamente proscribir aquellas interpretaciones que sean contrarias al texto constitucional, pero sin expulsar del ordenamiento jurídico a la norma objeto del examen.³⁸

3.3. Ámbito del control abstracto de constitucionalidad en Ecuador

La LOGJCC establece un entramado, complejo y amplio sistema de ámbitos dentro de los cuales la Corte Constitucional puede ejercer control abstracto de constitucionalidad, al resolver.³⁹

38 En este libro, véase el artículo de Fabián Soto Cordero: “Sentencias constitucionales: tipos y efectos”.

39 El artículo 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que las sentencias que se dicten a propósito de la “consulta de constitucionalidad” tendrá los mismos efectos que las sentencias en materia de control constitucional abstracto, lo cual indudablemente desnaturaliza el control difuso y concreto de constitucionalidad e implica una total incomprensión de lo que es el control *abstracto* y sus diferencias sustanciales con el denominado control *concreto*.

- a. Acciones de inconstitucionalidad;
- b. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la presidenta o presidente de la República en el proceso de formación de las leyes;
- c. Sobre la constitucionalidad de proyectos de reforma, enmiendas y cambios constitucionales, así como su convocatoria; declaratoria vía decreto de los estados de excepción, tratados internacionales y sobre los estatutos de autonomía.

Si bien como ha quedado anotado, el ámbito del control constitucional abstracto es sumamente amplio, en el presente artículo nos centraremos en la acción de inconstitucionalidad, poniendo especial énfasis en los aspectos procesales y en dos temas directamente vinculados a ella: la inconstitucionalidad por omisión y la inconstitucionalidad de normas conexas.

3.3.1. La acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad es el mecanismo de control abstracto por antonomasia que le corresponde conocer a la Corte Constitucional⁴⁰. La acción de inconstitucionalidad, en cuanto a la oportunidad, es una modalidad de control a posteriori, es decir, que se lo ejerce una vez que la norma ha sido promulgada y está vigente.

El alcance de la acción de inconstitucionalidad está desarrollada en los cuatro literales del artículo 75, numeral 1 de la LOGJCC, ya que se establece como actos y normas impugnables vía acción de inconstitucionalidad: a) las enmiendas y reformas constitucionales; b) las resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; c) las leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; d) los actos normativos y administrativos con carácter general.

Respecto de esta disposición que guarda correspondencia con el artículo 436 de la Constitución, cabe realizar algunas observaciones y precisiones:

40 Artículo 436, numerales 2 y 4 de la Constitución de la República.

- a) Si bien se puede demandar la inconstitucionalidad de reformas y enmiendas constitucionales, únicamente se lo puede hacer por vicios formales o de procedimiento, es decir, que no se podría demandar la inconstitucionalidad de una reforma o enmienda constitucional por cuestiones materiales. En principio esta limitación es muy coherente, puesto que si se reforma o enmienda la Constitución, es lógico que el texto introducido sea distinto del original y, por ende, no cabría hacer una contrastación material; con el texto legal vigente no existe la posibilidad de que la Corte conozca y resuelva demandas de inconstitucionalidad de reformas o enmiendas en las que se alegue violaciones a las limitaciones intrínsecas que tiene el poder constituyente, tales como los derechos fundamentales, la separación de funciones, la dignidad de la persona, etc. Por otra parte, se puede afirmar que en el caso de las enmiendas y reformas constitucionales, cuando estas contienen vicios formales, son vicios que se pueden convalidar por el lapso del tiempo, ya que la demanda de inconstitucionalidad en estos casos, únicamente puede proponerse dentro de los 30 días posteriores a la vigencia de la reforma o enmienda.⁴¹
- b) La posibilidad de que se demande la inconstitucionalidad de la resolución aprobatoria de un tratado internacional, tiene por propósito fundamental el realizar un control del procedimiento interno de aprobación del instrumento internacional,⁴² lo cual no era posible con la codificación constitucional de 1998, pudiéndose presentar el caso de que un instrumento internacional, por ejemplo, no sea aprobado con la mayoría requerida y sin embargo no existía mecanismo jurídico alguno para remediar dicha infracción constitucional. No obstante, es importante anotar que al igual que ocurre con las enmiendas y reformas

41 Artículo 106 de la LOGJCC.

42 La LOGJCC también determina la posibilidad de que se demande la inconstitucionalidad de los tratados internacionales que no requieren de aprobación legislativa, siempre y cuando la demanda se proponga dentro de los seis meses posteriores a su suscripción —en realidad debería decir ratificación—. Por cuanto la norma no distingue respecto a si la demanda puede sustentarse en vicios de fondo o de forma, se entiende que es por cualquiera de ellos, sin embargo, la declaratoria de inconstitucionalidad en estos casos tiene efectos peculiares, ya que en virtud del principio de derecho internacional público denominado *pacta sunt servanda*, no implica la expulsión del ordenamiento jurídico del tratado, sino que la Corte Constitucional debe optar por ordenar al Estado la denuncia del tratado al órgano correspondiente; ordenar que se promueva una renegociación del tratado, o promover la enmienda o reforma constitucional.

constitucionales, los vicios de forma que se presenten durante el trámite de aprobación de los instrumentos internacionales son susceptibles de convalidación por el paso del tiempo, ya que únicamente se puede presentar la demanda correspondiente dentro de los dos meses posteriores a la emisión de la resolución aprobatoria del tratado.⁴³

- c) De los numerales 2 y 4 del artículo 436 de la Constitución, se desprende que el constituyente diferencia entre los actos normativos y los actos administrativos de efectos generales, distinción que en la doctrina ha sido objeto de un amplio debate, pues existen sectores que consideran que dichas categorías son idénticas y que, por ende, no cabe diferenciación alguna.

Desde el punto de vista procedimental la diferenciación no es trascendente, puesto que la LOGJCC no establece diferencia alguna en cuanto al procedimiento a observar en las acciones públicas de inconstitucionalidad de los actos normativos y los actos administrativos de carácter general. Sin embargo, esta discusión podría tornarse trascendente si la Corte Constitucional, sobre todo por medio de la Sala de Admisión, considera que existen distinciones e inadmite las acciones de inconstitucionalidad sustentadas en el numeral 2 del artículo 436 de la Constitución, si estima que se trata de un acto administrativo con efectos generales, y las sustentadas en el numeral 4 del artículo 436 cuando considere que el acto cuya constitucionalidad se cuestiona se trata de un acto normativo.

Para determinar si es o no real la distinción entre acto administrativo de efectos generales y acto normativo, se requiere necesariamente diferenciar entre acto administrativo y acto normativo, ya que a partir de esta distinción es que puede surgir la categoría de acto administrativo de efectos generales. Si bien la actual Corte Constitucional no se ha pronunciado al respecto, el Tribunal Constitucional sí lo hizo, señalando:

- 1.- El acto normativo es general, es decir, se aplica a todos los sujetos cuya conducta se acopla a los presupuestos de hecho previstos en

43 Artículo 110 de la LOGJCC.

la norma, es decir, no se dicta para que se aplique a determinada persona, a diferencia del acto administrativo que se aplica exclusivamente al o a los destinatarios de la decisión correspondiente. 2.- La generalidad del acto normativo también tiene relación con su universalidad: las consecuencias jurídicas previstas en la norma se apliquen (sic.) a todos sin distinciones específicas, mientras que el acto administrativo se refiere a situaciones jurídicas particulares. 3.- La abstracción es otra de las características del acto normativo, a diferencia de la concreción de los actos administrativos. 4.- El acto normativo es permanente, es decir, no se agota con su cumplimiento, a diferencia de un acto administrativo, ni declina en su vigencia por su no cumplimiento. 5.- Por último, el acto normativo carece de la ejecutoriedad, de los actos administrativos, es decir, si se cumplen los presupuestos de hecho previstos en la norma, las consecuencias jurídicas sólo se harán efectivas si existen actos de ejecución que la apliquen.⁴⁴

Ahora bien, como se evidencia el entonces Tribunal Constitucional estableció varios criterios de distinción, sin embargo el predominante ha sido el de la singularidad o generalidad de los destinatarios del acto, criterio en virtud del cual no habría distinción alguna entre acto normativo y acto administrativo de efectos generales. No obstante, un sector de la doctrina ha señalado que la generalidad no es un verdadero criterio diferenciador entre acto administrativo y acto normativo, ya que pueden existir actos normativos con efectos singulares tales como la Ley Especial de Gratuidad y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995. En este sentido, Norberto Bobbio ha dicho que la generalidad y la abstracción “no son caracteres de las normas como éstas son, sino como deberían ser para corresponder a la idea del derecho óptimo: en otras palabras, son características no de la norma jurídica en cuanto tal, sino de la norma justa, es decir, de la norma que cumple mejor que cualquier otra ciertos ideales de justicia, expresados en la aspiración a la imparcialidad, a la igualdad y a la certeza, consideradas como valores

44 Resolución n.º 013-2004-TC, dictada dentro del caso n.º 013-2004-TC por el Pleno del Tribunal Constitucional en sesión celebrada el 23 junio 2004.

supremos.”⁴⁵ por lo que la diferencia entre actos normativos y actos administrativos radicaría en que los primeros “forma[n] parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo “ordenado”, producido en el seno del ordenamiento y por este previsto como simple aplicación del mismo”,⁴⁶ es decir, que el acto normativo es fuente permanente de derecho y el acto administrativo no lo es, agotándose con su ejecución.

Es a partir de este criterio diferenciador entre acto normativo y acto administrativo, donde puede comprenderse la categoría de acto administrativo de efectos generales, como aquellos actos administrativos “que tengan por destinatario una pluralidad indeterminada de personas”,⁴⁷ es decir, que se trataría de una subespecie de actos administrativos en razón de los destinatarios del acto “no obstante la generalidad de su contenido, no se integran en el ordenamiento jurídico; éste sigue siendo él mismo antes y después de que esos actos se produzcan o se cumplan; son actos aplicativos del ordenamiento y no innovadores del mismo”.⁴⁸

De lo dicho se desprende que al dejar de ser el criterio diferenciador entre un acto administrativo y un acto normativo, la generalidad de sus destinatarios, pasando a ser el criterio que los distingue el hecho de si se integran o no al ordenamiento jurídico como fuente de derecho, serán actos administrativos los meros actos aplicativos del ordenamiento, no innovadores del mismo. Es decir, desde la perspectiva de la pirámide kelseniana, en la cual en cada escalón se produce un doble proceso de creación y aplicación de las normas, serán actos administrativos únicamente aquellas manifestaciones de voluntad en ejercicio de la función administrativa, que se encuentren en la base de la pirámide (ordenamiento jurídico) y solo puedan ser aplicadas, sin que su aplicación suponga un acto de creación, sin importar si su destinatario es un particular o una generalidad indeterminada.

Sin embargo, esta concepción que permite conceptualizar una categoría de actos administrativos de efectos generales, contiene un error

45 Bobbio, Norberto. “Per una classificazione degli imperativi giuridichi”. *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei*, vol. I. Padova, 1958, p. 119; tomado de Jesús Levina Villa, *Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos*, p. 213.

46 García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. Navarra, Civitas, 2006, p. 187.

47 *Ibid.*, p. 189.

48 *Ibid.*

conceptual que la invalida: al tratarse de actos destinados a una generalidad indeterminada, el momento que se requiera precisar su destinatario final, necesariamente se van a generar otros actos administrativos posteriores lo cual, en el propio esquema de esta posición, tornaría a los actos administrativos de efectos generales en actos normativos. Esto nos conduce una vez más a afirmar que se trata de una misma especie de norma y que, por ende, se presenta una redundancia en el artículo 436, numerales 2 y 4 de la Constitución, ya que los actos administrativos generales, que están direccionados a una pluralidad de personas indeterminadas, requieren para su aplicación efectiva, es decir, para la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos, de actos posteriores de índole administrativa en los que se determine su destinatario, lo que implicaría que no se agotan con su aplicación y constituirían, por tanto, actos normativos, ya que su aplicación supondría la creación de otras normas.

(a) Legitimación activa

La acción de inconstitucionalidad de acuerdo con nuestro actual régimen jurídico, tiene como característica fundamental que su legitimación activa es pública, lo que implica un avance en el acceso a esta acción, ya que en la Constitución de 1998 se señalaba que una demanda de inconstitucionalidad solo podía ser propuesta por determinados organismos o autoridades, así como por un número considerable de ciudadanos.⁴⁹ La ampliación de la legitimación activa tiene como fundamento el nuevo régimen de derechos y justicia en el que vivimos.

Entonces, conforme lo determinan los artículos 439 de la Constitución de la República, 77 de la LOGJCC y 56 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC), puede presentar o proponer una demanda de inconstitucionalidad cualquier persona en forma individual o colectiva, sin que exista ninguna restricción en este sentido, lo que configura una acción popular. Hay que tomar en cuenta, que el artículo 56 del RSPCCC determina que en caso de que la demanda sea presentada por una colectividad, deberá designarse un procurador común, seguramente con el propósito de que

49 Artículo 278 de la Constitución Política de la República vigente hasta el 20 de octubre de 2008.

sea este quien actué como cabeza visible de la colectividad frente a la Corte Constitucional durante la sustanciación del proceso constitucional.

Frente a esta innovación, anota la constitucionalista Claudia Escobar que deben tomarse en cuenta tres factores adicionales:

- 1) Este avance consistente en que cualquier ciudadano individual o colectivamente pueda presentar una demanda de inconstitucionalidad, viene acompañado de la posibilidad de intervención dentro de estos procesos (art. 85, LOGJCC), con lo cual se logra además, que la sociedad se apropie de la Constitución y así se consolide la nueva cultura constitucional;
- 2) Es necesario que existan diferentes clases de filtros, para impedir que este mecanismo sea utilizado de modo indiscriminado, filtros que han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a más de las resoluciones establecidas por la Corte Constitucional;
- 3) Otro de los factores que deben ser tomados en cuenta es el alcance de esta acción, el mismo que también ha sido desarrollado en el artículo 95 de la LOGJCC.

Es pertinente anotar además que la ley permite que cualquier persona pueda intervenir en el proceso (art. 85, LOGJCC), lo que vendría a ser un *amicus curiae*, figura que se encuentra regulada en el Art. 12 de la LOGJCC a propósito de las garantías jurisdiccionales constitucionales y que tiene como finalidad el que terceras personas que puedan aportar con elementos para la resolución de la causa tengan la posibilidad de comparecer al proceso. En efecto, tal norma establece que:

Art. 12.- Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.

Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional.

Si bien, como ha quedado anotado, el referido artículo se encuentra previsto en el capítulo que regula las normas comunes a las garantías jurisdiccionales, es evidente que su aplicación se extiende al control abstracto de constitucionalidad, ya que es precisamente en este tipo de procesos en los que se tratan cuestiones de interés general, en los que se justifica plenamente la intervención de terceros.

(b) Procedimiento

Sea que una persona o grupo de personas decida solicitar la inconstitucionalidad de una o varias normas, la demanda será presentada ante la Corte Constitucional en la oficina de recepción de casos y deberá contener los requisitos especificados en el artículo 79 de la LOGJCC:

1. La designación de la autoridad ante quien se propone.
2. Nombre completo, número de cédula de identidad, de ciudadanía o pasaporte y domicilio de la persona demandante.
3. Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona.
4. Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales.
5. Fundamento de la pretensión, que incluye:
 - a) Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance.
 - b) Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.
6. La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley.
7. Casillero judicial, constitucional o correo electrónico para recibir notificaciones.

8. La firma de la persona demandante o de su representante, y de la abogada o abogado patrocinador de la demanda”.

Una vez presentada la demanda y asignada la numeración con la que será tramitada por parte de la Secretaría General de la Corte Constitucional (art. 11, LOGJCC), se remite inmediatamente a la Sala de Admisión,⁵⁰ la cual en un término de 15 días deberá verificar que la demanda cumpla con los requisitos anotados, y emitir una de las tres opciones que se detallan a continuación:

- 1) En caso de que la demanda no cumpla con todos los requisitos y dicho incumplimiento sea subsanable, la Sala de Admisión dispondrá al demandante, mediante un auto de *inadmisión*, que corrija o complete el error cometido en el término de 5 días (art. 83, LOGJCC y art. 57, RSPCCC), en caso de que no se de cumplimiento en el término anotado, se ordenará el archivo de la causa.
- 2) La segunda opción que puede darse en la Sala de Admisión, es que se *rechace* la demanda por las causales contenidas en el artículo 84 de la LOGJCC:

Se rechazará la demanda en los siguientes casos:

1. Cuando carezca de competencia, en cuyo caso se ordenará el envío de la demanda con sus anexos a la jueza o juez que considere competente.
2. Cuando la demanda se presente por fuera de los términos previstos en la ley.
3. Cuando no se corrija la demanda dentro del término de cinco días.
4. Cuando recaer sobre normas jurídicas amparadas por una sentencia que tenga efectos de cosa juzgada.

Contra el auto de rechazo no cabe recurso alguno.

50 Artículo 9 de la LOGJCC: “La Sala de Admisión estará integrada por tres juezas o jueces constitucionales, quienes actuarán mensualmente de manera rotativa y serán designados previo sorteo efectuado en el Pleno. Contará con tres juezas o jueces alternos, mismos que serán designados por sorteo efectuado en el Pleno, de entre las demás juezas y jueces de la Corte, y actuarán de conformidad con el orden en el que fueron sorteados, en ausencia o por excusa de uno o más jueces principales que integren la Sala.

La Sala de Admisión sesionará ordinariamente cinco días al mes, y de manera extraordinaria en casos de urgencia o necesidad de actualización del despacho.

La Sala de Admisión contará con un coordinador.”

- 3) Que se *admíta* la demanda a trámite, para lo cual el auto admisorio, deberá contener los requisitos previstos en el artículo 80 de la LOGJCC:
- a) La decisión sobre la admisión de la demanda.
 - b) La orden de recabar información que fuere necesaria para resolver, cuando fuere pertinente.
 - c) La orden para correr traslado con la demanda al órgano emisor de la disposición demandada y, de ser el caso, al órgano colegislador, concediendo el término de quince días para que intervenga cuando lo considere necesario, defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma demandada.
 - d) La orden al órgano emisor que remita el expediente con los informes y demás documentos que dieron origen a la norma.
 - e) La orden de poner en conocimiento del público la existencia del proceso, así como un resumen completo y fidedigno de la demanda. Esta obligación comprende la de ordenar la publicación respectiva en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, en armonía con lo establecido en el artículo 79, numeral 6 de la Constitución, en este auto se debería resolver acerca de la petición de suspensión provisional de la disposición demandada, en caso de que tal medida cautelar hubiese sido solicitada en la demanda, medida que en virtud de los principios de presunción de constitucionalidad, *in dubio pro legislatore* y permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, solamente deberá adoptarse de forma excepcional, siempre y cuando corran eminente riesgo los derechos de las personas de no ordenarse la suspensión provisional mientras dura la sustanciación de la acción de constitucionalidad.

Otro aspecto que ha causado gran controversia es el hecho de que la norma legal establece que contra el auto de rechazo o de inadmisión que emite la Sala de Admisión no procede recurso alguno,⁵¹ respecto de lo cual existen criterios contrapuestos, pues por una parte, se sostiene que esta es una disposición legal vigente y, por ende, debe ser aplicada por la Sala, mientras que por otra, se argumenta que la prohibición de recurrir

51 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 83 y 84.

al auto de inadmisión o de rechazo de la demanda, es contraria a lo que dispone el artículo 76, numeral 7 literal m) de la Constitución que consagra como una de las garantías del debido proceso el derecho de recurrir toda resolución o fallo en que se decida sobre derechos.

Como se ve no es un tema sencillo y la solución va de la mano de la posición que se adopte en cuanto a si se puede o no dejar de aplicar de forma directa una norma que contraría la Constitución, o si por el contrario, se la debe aplicar mientras no sea expulsada del ordenamiento precisamente mediante el control abstracto de constitucionalidad. En todo caso, es necesario mencionar que la Corte Constitucional, por disposición expresa de la ley, puede de oficio promover procesos de inconstitucionalidad abstracta, “cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales”, lo que a más de consagrar otra cuestionable facultad oficiosa de la Corte, nos hace pensar que la posición inicial del legislador es que la norma contraria a la Constitución debe aplicarse, incluso hasta por la misma Corte Constitucional, hasta que sea declarada su inconstitucionalidad, lo cual parecería ser un atentado al principio de supremacía y aplicación directa de la Constitución.

Ahora bien, una vez admitida la acción a trámite, corresponde notificarle al accionante y a la autoridad de donde emanó el acto objeto del examen de constitucionalidad. Notificadas con la resolución de admisión, la causa debe sortearse entre los diferentes magistrados de la Corte Constitucional para la determinación del juez ponente o encargado de la sustanciación del proceso.⁵²

A partir del sorteo, cualquier persona interesada en intervenir dentro de la acción y el órgano emisor de la disposición demandada, tiene el término de diez días para intervenir y defender o impugnar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuya inconstitucionalidad se demanda, exposiciones que deberán constar de manera sucinta en la sentencia.⁵³

El juez ponente tiene la capacidad de solicitar informes técnicos a universidades, personas o entidades especializadas en la materia a fin de obtener mayores criterios para resolver la demanda.⁵⁴ De igual manera,

52 *Ibid.*, artículo 81.

53 *Ibid.*, artículo 85.

54 *Ibid.*, artículo 86.

las partes intervinientes o uno de los jueces de la Corte pueden solicitar la convocatoria a una audiencia pública ante el Pleno de la Corte, a fin de que quien emitió la norma y el demandante expongan sus argumentos y justificaciones. A esta audiencia pueden comparecer terceras personas de manera excepcional siempre que resulten necesarias para realizar un análisis integral del caso. De acuerdo con lo que determina el artículo 87 de la LOGJCC, la solicitud para la realización de esta audiencia se la puede hacer hasta cinco días después de vencido el término para recabar información.

Adicionalmente, según lo dispone el artículo 62 del RSPCCC, el juez ponente o el Pleno de la Corte, podrán solicitar, hasta antes de expedir la sentencia, la práctica de las pruebas que consideren necesarias, así como requerir informes técnicos especializados o asesorías externas.

Antes del vencimiento del término de veinte días contados a partir de las comparecencias públicas y oficiales detallada con anterioridad y que consta en el artículo 85 de la LOGJCC, cualquiera de los jueces de la Corte puede presentar sus criterios sobre el proceso al juez ponente para que los tenga en cuenta al momento de elaborar la sentencia. Una vez agotado el término para la presentación de criterios, el juez sustanciador tiene el término de quince días para presentar su proyecto de resolución a Secretaría General, la que se encargará a su vez de enviar copias del mismo a todos los magistrados de la Corte Constitucional, quienes tienen el término de cinco días para presentar observaciones al proyecto de sentencia.⁵⁵

La sentencia es emitida por el pleno de la Corte Constitucional en el término de diez días contado desde la finalización del término para presentar observaciones al proyecto de sentencia y debe ser adoptado por mayoría absoluta de los magistrados de la Corte, esto es, no menos de cinco votos favorables a la resolución. En caso de que producto de la deliberación, el proyecto no sea aprobado, se designará a un nuevo juez ponente.

La sentencia debe contener los requisitos previstos en el artículo 91 de la LOGJCC:

55 *Ibid.*, artículo 89.

1. Antecedentes procesales, en los que deberán constar al menos:
 - a) Transcripción de la disposición jurídica demandada.
 - b) Indicación expresa, clara, precisa y sucinta de la pretensión y su fundamento.
 - c) Contenido sucinto de las intervenciones.
 - d) Etapas procesales agotadas.
2. Parte considerativa, que se referirá al menos a los siguientes temas:
 - a) Competencia de la Corte Constitucional para resolver el caso.
 - b) Planteamiento de los problemas jurídicos de los que depende la resolución del caso.
 - c) Resolución de los problemas jurídicos, que deberá tener en cuenta todos los argumentos expuestos por las partes involucradas en el proceso.
 - d) Síntesis explicativa, en la que se deberá describir de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido por la Corte Constitucional para tomar la decisión que se hubiere adoptado.
3. Parte resolutive, en la que se pronunciará sobre la constitucionalidad de la disposición demandada y sobre los efectos de la decisión.

Pueden existir votos salvados o votos concurrentes de la decisión de la mayoría, los que deberán ser entregados a Secretaría General dentro del término de diez días a partir de la adopción de la decisión.

Emitida la sentencia, las partes tienen el término de tres días para solicitar la aclaración o ampliación de la misma, recursos que serán resueltos dentro del término de ocho días.

Las sentencias que se dicten a propósito de una acción de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen sus efectos hacia el futuro, respetando de esta manera el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución. Sin embargo y, de manera excepcional, conforme lo determina el artículo 95 de la LOGJCC, se puede modular la sentencia a fin de que sus efectos se difieran o retrotraigan en el tiempo, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales o cuando la declaratoria de inconstitucionalidad genere un vacío normativo que pueda producir violaciones a los derechos constitucionales, pero siempre y cuando no se afecte la seguridad jurídica o el interés general.

Los efectos que produce una sentencia que se dicte a propósito de una acción de inconstitucionalidad, son los siguientes (art. 96, LOGJCC):

1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
2. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
3. Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.
4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Sin lugar a dudas que llama la atención los numerales 2 y 3 de esta disposición, puesto que hacen una diferencia entre si se ha hecho o no un control integral de la norma cuestionada, lo cual contradice el artículo 76, numeral 1 de la LOGJCC que, como vimos, impone la obligación de efectuar dicho control integral, por lo que no se alcanza a entender en qué caso la Corte Constitucional se encuentra exonerada de realizar dicho control y por ende queda abierta la posibilidad de intentar una nueva acción de inconstitucionalidad. Esta situación es una consecuencia negativa de la facultad oficiosa de la Corte que contraría además el principio dispositivo constitucionalmente consagrado,⁵⁶ ya que al existir una norma que le obliga a la Corte Constitucional a realizar un control integral de la norma más allá de los argumentos presentados por el accionante, si se presenta una demanda de inconstitucionalidad de una norma respecto de la cual ya se presentó con anterioridad otra demanda que fue rechazada, aunque se trate de un argumento totalmente distinto al de la primera

56 Constitución de la República del Ecuador, artículo 168.

demanda, las autoridades de las cuales emanó la norma cuestionada podrían defenderse simplemente argumentando que la Corte Constitucional ya efectuó un control integral de la norma y que por ende su pronunciamiento anterior generó efectos de cosa juzgada, imposibilitando que la Corte realice un examen de constitucionalidad al considerar el nuevo argumento que da origen a la segunda demanda.

3.3.2. Control constitucional de las omisiones

Es claro que la infracción de una norma puede realizarse tanto por acción como por omisión. Sin embargo, hasta la Constitución promulgada en octubre de 2008, no existía en el Ecuador un mecanismo adecuado de respuesta frente a las infracciones constitucionales generadas por la inacción de las instituciones y funcionarios públicos, lo cual indudablemente atentaba contra el principio de supremacía y aplicación directa de la Constitución.⁵⁷

La inconstitucionalidad por omisión se trata de una modalidad de control constitucional abstracto a cargo de la Corte Constitucional, con la cual se busca efectivizar las disposiciones constitucionales que, aunque contienen mandatos claros dirigidos a instituciones o funcionarios públicos determinados, no son cumplidos dentro del tiempo establecido en la propia Constitución o en lo que se considere un plazo razonable. En efecto, este control se ejecuta “cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales”.⁵⁸

La inconstitucionalidad por omisión trae como consecuencia que el órgano encargado de ejercer esta modalidad de control constitucional

57 Un hecho público que evidencia la falta de respuesta de nuestro régimen constitucional frente a una inconstitucionalidad por omisión, se produjo a propósito de la designación del Contralor General del Estado. La Constitución de 1998, en el artículo 130, numeral 12, establecía que le correspondía al Congreso Nacional integrar la terna para la designación de Contralor General del Estado con una mayoría equivalente a las dos terceras partes de sus integrantes. Sin embargo, por la coyuntura política, no se obtuvo esa mayoría durante más de tres años, fungiendo como Contralor durante todo ese periodo, un funcionario encargado, sin que exista posibilidad alguna de hacer algo frente al incumplimiento en que estaba incurriendo la función legislativa al no integrar dicha terna y por ende bloquear la designación del Contralor titular.

58 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 128.

—en el caso de Ecuador, la Corte Constitucional— asuma temporalmente las funciones de la institución o funcionario que ha incurrido en el incumplimiento para que, de esta manera, quede habilitado para suplir la omisión, sin que aquello implique la asunción permanente de las atribuciones de la institución, órgano o funcionario que incurrió en la omisión.

Esta facultad de la Corte Constitucional está prevista en el artículo 436, numeral 10 de la Constitución. Del contenido de este precepto se infiere que incurren en omisión por inacción los poderes constituidos, los funcionarios públicos, las instituciones del Estado, o las autoridades públicas, ya que como dice Iván Castro Patiño:

Siempre que se atente por omisión o inacción contra la fuerza normativa de la Constitución, dejando de hacer lo que ella dispone, se está cometiendo una inconstitucionalidad por omisión, sin importar que el atentado provenga de la función legislativa, ejecutiva o judicial, de los poderes constituidos, en suma, o de parte de algún funcionario público.⁵⁹

a) Legitimación activa

De conformidad a lo que determina el artículo 75 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, pueden solicitar la inconstitucionalidad por omisión “cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivos, bajo las mismas reglas de la acción pública de inconstitucionalidad”. Es decir, estamos frente a una legitimación activa amplia que permite que cualquier persona o grupo de personas pueda presentar una demanda de inconstitucionalidad por omisión, lo que se configura, como ya se lo advirtió anteriormente, en una acción popular, pues las cuestiones constitucionales son de interés público, por lo cual todos los ciudadanos tienen derecho y deber de intervenir.

b) Tipos de inconstitucionalidad por omisión

De acuerdo con lo que establece la LOGJCC, existen dos tipos de inconstitucionalidades por omisión: las omisiones normativas absolutas y las omisiones normativas relativas.

59 Castro Patiño, Iván. *Inconstitucionalidad por omisión*. Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2006, p. 101.

Las omisiones normativas *absolutas* implican el incumplimiento total de parte de la institución o funcionario de su deber de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales, en consideración a lo cual el artículo 129, numeral 1 de la LOGJCC determina que en estos casos la Corte Constitucional le concederá al órgano competente un plazo determinado a fin de que subsane su incumplimiento; sin embargo, en caso de que no se expida la normativa en el plazo concedido, la Corte vía sentencia, emitirá provisionalmente las reglas básicas que sean necesarias para garantizar la aplicación y cumplimiento de las disposiciones constitucionales, hasta que se dicte, por parte de la institución correspondiente, las normas que regulen la materia.

Entretanto, la omisión normativa *relativa* se presenta cuando al existir regulación sobre la materia, se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes lo cual deberá ser subsanado por la Corte Constitucional, mediante una sentencia condicionada, que en este caso se trataría de una sentencia aditiva o integradora, puesto que no expulsa ni elimina la norma del ordenamiento jurídico, sino que le agrega un elemento que al no ser considerado generaba un vicio de constitucionalidad.

Sobre este tipo de omisión normativa, el último inciso del artículo 129 de la LOGJCC determina:

El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.

Como se desprende del texto de la norma, la subsanación de omisiones normativas relativas tiene por propósito el garantizar que no se lesionen derechos fundamentales, producto de la omisión del legislador de incluir dentro de la hipótesis normativa de una disposición, ciertos presupuestos fácticos que al no estar previstos, generan exclusiones no justificadas que provocan discriminación, contrariando de esta manera el derecho a la igualdad material y formal previsto en el artículo 66, numeral 4 de la Constitución, puesto que como ya lo recogía la Ley Fundamental de Bonn del año 1949, “el legislador debe tratar igualmente lo igual y de

modo correspondiente lo desigual”. En esta línea, el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania consagró la teoría de la sustanciabilidad que estableció que la protección de los derechos fundamentales era el mandato prioritario que recaía en el legislador, y remarcó en el axioma de que: “Si el legislador realiza tan solo parcialmente la tarea de promulgar unas determinadas leyes, a consecuencia de la interpretación inexacta de la Ley Fundamental, viola, a través de la no consideración de todas las circunstancias los derechos fundamentales...”, es decir, consideró que la omisión inconstitucional era no solo el incumplimiento absoluto de la obligación de legislar, sino también la ejecución defectuosa o incompleta de ese mismo deber (omisión relativa o parcial).⁶⁰

En esta tónica el Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado porque el Parlamento debía promulgar normas complementarias o supletorias, necesarias para evitar un estado de flagrante injusticia; fórmula que fue utilizada en la sentencia de 8 de agosto de 1978, obligando incluso a promulgar las nuevas medidas que se requieran.⁶¹

Una vez efectuada la diferenciación de los dos tipos de inconstitucionalidad por omisión que puede existir, cabe realizar una reflexión, pues el procedimiento previsto en el artículo 129 de la LOGJCC no parece ser el adecuado, ya que le permite actuar de forma directa a la Corte Constitucional solamente en los casos de omisiones relativas, mientras que en los de omisiones absolutas, es decir, cuando se ha incumplido totalmente el mandato constitucional, la actuación de la Corte se difiere, viéndose obligada a dar un plazo adicional al previsto ya en la Constitución para que el órgano o funcionario correspondiente subsane la omisión. Esto implica que para que la Corte actúe en un caso de omisión absoluta se requiere de un doble incumplimiento: en primer lugar del mandato constitucional y, en segundo lugar, del plazo conferido por la propia Corte. Por el contrario, en el caso de omisiones relativas, sí puede la Corte actuar de forma directa y no tiene la necesidad de otorgar plazo adicional alguno al organismo o autoridad que ha incumplido parcialmente el mandato constitucional.

60 Fernández Segado, Francisco. “El control de las omisiones legislativas”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, julio-diciembre 2008, p. 30.

61 *Ibid.* p. 23.

d) Procedimiento

Por expresa disposición del artículo 128 de la LOGJCC, el trámite de sustanciación de la acción de inconstitucionalidad por omisión es el mismo que el de la acción de inconstitucionalidad, con pequeñas diferencias que las vamos a anotar a continuación:

El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional determina en el artículo 75, que adicionalmente a los requisitos establecidos para la acción de inconstitucionalidad,⁶² la demanda de inconstitucionalidad por omisión deberá contener:

- a) Las normas constitucionales presuntamente violadas por omisión;
- b) La identificación de la autoridad renuente a cumplir con los mandatos de la Constitución;
- c) La petición concreta de declaratoria de inconstitucionalidad por omisión señalando con claridad los efectos de la pretensión.

Los efectos de la sentencia que fueron detallados cuando hicimos referencia a los tipos de inconstitucionalidades por omisión, dependerán si esta es absoluta o relativa.

Finalmente, el artículo 77 del RSPCCC determina que una vez que haya transcurrido el plazo concedido en la sentencia y si la omisión persiste, el Pleno de la Corte solicitará a la entidad pública informe acerca del cumplimiento del fallo dictado. En este caso, el juez sustanciador preparará el proyecto de norma, a fin de que el Pleno de la Corte la expida o ejecute el acto omitido.

3.3.3. Inconstitucionalidad de normas conexas

El artículo 436, numeral 3 de la Constitución, le confiere la potestad a la Corte Constitucional de:

Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

62 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 76.

Por otra parte, el artículo 75, numeral 4 de la LOGJCC amplía y pretende complementar de forma peligrosa esta disposición cuando establece que le corresponde a la Corte Constitucional:

Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales.

De forma general, podemos afirmar que estas atribuciones le permiten a la Corte Constitucional no permanecer indiferente e impasible, cuando en los asuntos que conoce, llegue a determinar que existen normas jurídicas inconstitucionales. En este caso, la Corte Constitucional de oficio deberá realizar la verificación, situación que por su naturaleza es excepcional, pero inicialmente razonable, ya que si bien los jueces ordinarios pueden consultar la constitucionalidad de una norma jurídica en la causa que conocen,⁶³ la Corte está facultada para realizar este tipo de control, que tiene efectos definitivos por ser la Corte un órgano de cierre.⁶⁴

Como quedó anotado, tradicionalmente se ha dicho que el órgano encargado del ejercicio del control de constitucionalidad de un país no debe tener la posibilidad de actuar de oficio, a fin de garantizar un efectivo equilibrio de poderes y evitar que se convierta en un inquisidor de las actuaciones de las otras funciones del Estado. En razón de lo indicado, la posibilidad de que la Corte Constitucional declare de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas genera posiciones antagónicas.

En cuanto a esa facultad de la Corte Constitucional, se generan dos problemas de orden práctico: ¿Qué entendemos por normas conexas? ¿En qué procedimientos la Corte Constitucional puede declarar a las normas conexas como inconstitucionales?

Para solventar el primer problema, podemos acudir al principio de configuración de la unidad normativa (art. 76, numeral 9 de la LOGJCC), el cual establece tres escenarios en los cuales la Corte puede considerar que una norma es conexas:

63 Constitución de la República del Ecuador, artículo 428.

64 Grijalva, Agustín. "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Rubén Martínez y Agustín Grijalva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 263.

- a) Cuando la disposición acusada o su contenido se encuentren reproducidos en otros textos normativos no demandados.
- b) Cuando no es posible emitir un fallo sobre una disposición jurídica sin pronunciarse también sobre otra con la cual guarda una relación estrecha y esencial.
- c) Cuando la norma impugnada se deriva directamente de otras normas jurídicas.

Si bien estos criterios son plenamente aplicables en los procesos de acción por inconstitucionalidad, y la conexidad se determinará en función de la norma cuestionada originalmente, una mayor complejidad se presenta cuando se trata de efectivizar la disposición anotada del artículo 75, numeral 4 de la LOGJCC que aparentemente desarrolla el texto constitucional, ya que establece que la Corte Constitucional es la que está facultada para promover el proceso de control de constitucionalidad abstracto. Esto se traduce en que más que una facultad para analizar la constitucionalidad de normas conexas, lo que se le atribuye a la Corte Constitucional por intermedio de dicha norma es una facultad para oficiosamente promover acciones de inconstitucionalidad respecto de las normas que llegan a su conocimiento mediante los “procesos constitucionales”, con la peculiaridad de que además de promover la acción de inconstitucionalidad va a ser quien la resuelva.

El segundo problema jurídico también reviste complejidades, ya que la Constitución se refiere de forma general, cuando atribuye a la Corte la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas conexas, a los casos sometidos a conocimiento de la Corte Constitucional, mas no circunscribe en tal posibilidad a la acción de inconstitucionalidad. Por tanto, queda abierta la posibilidad de que la Corte Constitucional declare de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, no solamente cuando realiza control abstracto de constitucionalidad, sino también, por ejemplo, cuando conoce garantías jurisdiccionales de los derechos, como la acción de incumplimiento o la acción extraordinaria de protección. La LOGJCC tampoco solventa el referido problema pues únicamente excluye la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de normas conexas en las acciones de interpretación, pero no menciona nada respecto de los otros procedimientos. En todo caso, haciendo una interpretación

sistemática de la Constitución y dado lo extraordinaria que resulta la actuación de oficio de la Corte Constitucional, se debería permitir que se declare la inconstitucionalidad de las normas conexas de forma directa únicamente en los procedimientos de control abstracto de constitucionalidad. En los demás casos, procedería que la Corte promueva una acción de inconstitucionalidad al amparo de lo que establece el artículo 75, numeral 4 de la LOGJCC, con la peculiaridad anotada, de que la Corte en dichos casos, será juez y parte, evidenciando una vez más los inconvenientes de la actuación oficiosa del órgano encargado del control de constitucionalidad de un país.

4. Bibliografía

Doctrina

- Ávila Santamaría, Ramiro. “Diseño y práctica del amparo constitucional”. *El funcionamiento de la justicia del Estado*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.
- Balaguer Callejón, María. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1997.
- Capelleti, Mauro. *Problemas del control constitucional de las leyes*. México, Edit. UNAM, 1978.
- Castro Patiño, Iván. *Inconstitucionalidad por omisión*. Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2006.
- De Cabo, Carlos. *Contra el consenso*. México, Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social, UNAM, 1997.
- Fernández Segado, Francisco. “El control de las omisiones legislativas”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, julio-diciembre 2008.
- _____. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México, UNAM, 2004
- Ferrerres Comella, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- García Belaunde, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Lima, Editorial Distribuidora de libros, 1989.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. Navarra, Civitas, 2006.
- Grijalva, Agustín. “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Rubén Martínez y Agustín Grijalva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Kelsen, Hans. *La garantie jurisditionnelle de la constitution. La justice constitutionnelle*. Vaduz, Topos Verlag, 1982.

- Larrea Holguín, Juan. *Derecho constitucional ecuatoriano*, vol. 1. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Leibholz, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- Mancero Carrillo, Paúl. *Control constitucional concentrado en el Ecuador*. Quito, Editorial Pedagógica Freire, 2006.
- Montaña Pinto, Juan. “Supremacía de la Constitución y control de la constitucionalidad en la Constitución”. *Jornadas de capacitación en justicia constitucional*. Quito, Consejo de la Judicatura / Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2008.
- Oyarte Martínez, Rafael. “La supremacía constitucional”. *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Tribunal Constitucional / Fundación Konrad-Adenauer, 1999.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Rousseau, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2006.
- Vallejo Ruda, Equidad. *Ley consumada: concepción de la potestad normativa, introducción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Normativa

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Constitución de Suiza de 1874.
- Constitución Política del Ecuador de 1812.
- Constitución Política del Ecuador de 1861.
- Constitución Política del Ecuador de 1869.
- Constitución Política del Ecuador de 1929.
- Constitución Política del Ecuador de 1945.
- Constitución Política del Ecuador de 1967.
- Constitución Política del Ecuador de 1979.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Ley Orgánica de Control Constitucional de 1996.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

El Estado de excepción en Ecuador

Carmen Estrella*

El Estado de excepción es un mecanismo constitucional del que puede hacer uso el gobierno en determinadas situaciones específicas, que dada su naturaleza grave y extraordinaria, generan un peligro real o inminente, que requiere de medidas especiales para afrontarlas adecuadamente y superar la crisis que podrían ocasionar en la sociedad y garantizar el retorno a la normalidad.

No obstante la legitimación del Estado de excepción como figura jurídica prevista constitucionalmente, la discusión en torno a su procedencia no es pacífica, ya que existen visiones que proclaman que constituye una total oposición al Estado de derecho, por lo que propugnan su desaparición del ordenamiento jurídico, en tanto lo consideran inconstitucional y una herramienta de vulneración de derechos; otras posiciones sostienen la necesidad de su existencia para la defensa del Estado de derecho, mediante la modificación de determinados elementos ante situaciones no ordinarias, mientras, algunas corrientes conceptúan al Estado de excepción como mecanismo del que dispone el Estado para defender los derechos de sus habitantes que por situaciones no previsibles no pueden ser defendidos o garantizados con mecanismos normales.¹

Estas discrepancias determinan la necesidad del estudio del estado de la cuestión en nuestro ordenamiento, que permitirá responder a preguntas

* Asesora Constitucional y Coordinadora del Grupo Técnico de Selección de la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición.

1 Dávalos Muirraguí, María. "Estados de excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada?" *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 24.

tales como cuál es su naturaleza jurídica, las situaciones que lo justifican, los requisitos formales y sustanciales para su emisión, la situación de los derechos humanos en un Estado de excepción, las facultades que están atribuidas a la autoridad en este Estado, los controles a los que está sujeto.

1. Naturaleza jurídica del Estado de excepción

En principio, podría decirse que un Estado de excepción es lo opuesto o la negación del Estado de derecho, en el caso ecuatoriano, del Estado de derechos y justicia, como ha sido caracterizado en la Constitución, y, por tanto, constituyen dos situaciones excluyentes.

En efecto, si se considera que en un Estado de derecho la razón de la ley prima sobre la fuerza de la acción política, debiendo los gobernantes sujetar sus actos a la normatividad jurídica inspirada en la consecución de los fines previstos en la fundación del Estado, que encuentran concreción jurídica en su Constitución y en el que las libertades y derechos de los ciudadanos constituyen el fundamento constitucional del accionar estatal, podría considerarse que su negación es el Estado de excepción, conocido también como Estado de emergencia, de sitio, de conmoción, entre otras denominaciones que le han dado los diferentes ordenamientos jurídicos, en el que la razón jurídica cede a la voluntad política y existe una ruptura de los fundamentos del Estado de derecho para afrontar una situación que amenaza a la comunidad, cuya superación no puede esperar. En estas circunstancias, con la suspensión de normas de derecho se da paso a la vigencia de normas excepcionales y actos que permitirán eliminar las causas que originan la situación de emergencia y que tendrán vigencia en un determinado período de tiempo y en un territorio determinado en que regirán tales medidas, pudiendo incluso llegar a limitar los derechos de las personas. En esta situación “el orden ordinario no tiene vigencia plena y por lo tanto la soberanía estatal puede actuar en un espacio de legalidad restringida, por fuera del orden legal normal”.²

Considerados entes de la misma categoría pero de distinta naturaleza, el Estado de derecho y el Estado de excepción, siendo este último la

2 Iturralde, Manuel. “Estado de Derecho vs. Estado de Emergencia”. *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Colombia, Universidad de los Andes, 2005, p. 85.

negación del primero, en el constitucionalismo contemporáneo se encuentran relacionados en el marco del ordenamiento jurídico, de manera que el Estado de excepción se sujeta al Estado de derecho, en tanto se halla previsto y regulado en el ordenamiento jurídico, en muchos casos desde la Constitución, para situaciones extraordinarias que pueden presentarse de manera temporal. Y no solo que los ordenamientos jurídicos internos regulan y delimitan los Estados de excepción, sino también la normativa internacional sobre derechos humanos contiene reglas que lo delimitan, le conceden un estatus jurídico, y lo sujetan, en definitiva, al Estado de derecho, en cuanto tiene que ver con la limitación de derechos que puede conllevar.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé la existencia de situaciones de carácter excepcional que podrían poner en peligro la vida de la nación, casos en los que los Estados partes se encuentran autorizados a suspender obligaciones contraídas en el referido instrumento internacional.

El artículo 4 del Pacto dispone:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de otra parte, al determinar la posibilidad de existencia de peligros que amenacen la

independencia o seguridad de un Estado, prevé la adopción de determinadas medidas orientadas a superar tal situación.

En efecto, el artículo 27 de la Convención, bajo el título “Suspensión de Garantías”, dispone:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Las constituciones de los Estados fijan las reglas fundamentales que orientan su funcionamiento y el de la sociedad, en condiciones ordinarias, lo que equivale a decir que son aplicables en situaciones normales de desenvolvimiento estatal y social, es decir, aquellas condiciones que son necesarias, previsibles, planificables, cuyo desenvolvimiento encuentra realización en el marco de los principios jurídicos que la sociedad se ha dado, en especial, los contenidos en la Constitución; no obstante, pueden presentarse situaciones que por su imprevisibilidad (ocurrencia de catástrofes naturales que abocan al Estado y la sociedad a asumir respuestas

inmediatas, o porque rompen el ámbito de lo normal y ordinario — hechos o actuaciones cuyo efecto es el resquebrajamiento del orden vigente, provenientes de situaciones internas o externas de crisis, de gran perturbación del orden público en lo social, en lo económico o lo político—), son de difícil control o superación mediante mecanismos ordinarios, pues resultan ineficaces o insuficientes, de ahí que se justifica la previsión constitucional que crea una institución jurídica que permita afrontar tales situaciones.

La incorporación de mecanismos constitucionales para enfrentar estas situaciones que son de carácter excepcional, extraordinario y temporal garantizan que los gobiernos estén facultados para afrontarlos observando determinados parámetros de aplicación, lo contrario determinaría respuestas arbitrarias o de facto con consecuencias impredecibles en la solución de tales situaciones, de ahí que pueda decirse que aún en situaciones de sobresalto, conmoción, alarma, crisis, en un Estado de derecho, imperan las normas constitucionales, los valores y principios que la informan y que impiden que los gobiernos se vean precisados a acudir a vías de facto para recuperar o mantener el orden jurídico.³

Se trata, en consecuencia, del señalamiento de las facultades que la autoridad dispone para afrontar situaciones que por su dimensión ocasionan perturbación y exceden las situaciones de normalidad que pueden ser controladas con medidas ordinarias. En definitiva, se consagra dentro del ordenamiento jurídico reglas especiales que permiten afrontar situaciones que se alejan de las que pueden ser previsibles de manera general y permanente, resultando por tanto necesaria su previsión para situaciones de emergencia que posibiliten superarlas para evitar desestabilización del orden público.

La necesidad de prever mecanismos de conservación del sistema por medio de medidas extraordinarias, regulados por el propio ordenamiento constitucional, se orienta a impedir la arbitrariedad. Bien señala Pérez Tremps esta necesidad para mantener el ordenamiento, al definir:

La constitución, como todo el derecho en general, nace con la voluntad de ordenar las relaciones humanas en situaciones de normalidad. Ahora bien, en

3 Hernández Galindo, José Gregorio. *Poder y Constitución*. Bogotá, Legis, p. 137.

ocasiones existen circunstancias que, por una u otra razón modifican esa situación de normalidad, poniendo, incluso, en peligro el orden político, social o económico existente. En tales casos resulta lógico que el propio ordenamiento se modifique parcialmente para reaccionar frente al elemento excepcional para enfrentarse con la crisis creada con el fin de mantener el sistema establecido.⁴

Se puede concluir que es preferible la previsión constitucional del Estado de excepción a que el mismo se encuentre prohibido o no previsto por la norma fundamental, pues, ello no evita que se presenten situaciones de emergencia que requieran la asunción de ciertas facultades extraordinarias que permitan mantener el orden público, pues el establecimiento constitucional de las situaciones en que procede decretar el Estado de excepción, permite determinar requisitos que deben cumplir, el procedimiento a observar, las facultades que se atribuyen al gobierno en tales circunstancias, entre otros aspectos, que garantizan evitar la arbitrariedad, encausar el uso del poder e impedir que se ocasionen anomalías, como ha señalado Leandro Despouy, que las concreta en: Estados de excepción de facto, falta de notificación, peremnización del Estado de excepción, sofisticación e institucionalización del Estado de excepción y ruptura del orden constitucional.⁵

Concebido el Estado de excepción como un mecanismo constitucional para enfrentar situaciones extraordinarias, la posibilidad de su proclamación y derogación, solo puede concretarse respetando las previsiones de la Constitución, así como, observando las obligaciones que determinan los tratados internacionales y el ordenamiento jurídico nacional, lo cual garantiza, como señala María Dávalos, que “la acumulación del poder que se deriva del uso de las facultades extraordinarias puede ser limitada en un marco que garantice los derechos humanos”⁶ que, en última instancia, es el principio que guía a la Constitución.

4 Pérez Tremps, Pablo. “La suspensión en los derechos fundamentales”. *Derecho Constitucional*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1991, p. 403.

5 Véase Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, citado por María Muirragui, *op. cit.*

6 María Dávalos Muirragui, *op. cit.*, p. 130.

2. Origen de los Estados de excepción

Uno de los orígenes del Estado de excepción constituye la figura romana del dictador, quien estaba facultado a ejercer poderes casi ilimitados durante un lapso de tiempo considerado suficiente por el Senado para superar el estado de necesidad o calamidad, el que motivaba la solicitud a un ciudadano notable para que asumiera tales funciones.

Al límite de tiempo previsto como limitación para este efecto se añadía la imposibilidad de modificar las leyes fundamentales por parte del dictador ya que el poder que ejercía no era soberano originario sino uno delegado por el Senado.

Un antecedente menos lejano del Estado de excepción es el utilizado en América Latina en la época dictatorial que vivieron varios países como efecto de políticas de protección de los Estados aduciendo una amenaza comunista externa o un peligro subversivo interno, en el marco de la denominada guerra fría, estados que tuvieron como base ideológica la doctrina de la seguridad nacional. Este objetivo se obtenía mediante un Estado de excepción permanente que permitió gobernar con prácticas de persecución, tortura y desaparición de los opositores.

Con razón Despouy ha concluido:

Acontecía con muchísima frecuencia que quienes disentían con un gobierno no eran tratados como legítimos opositores sino como enemigos internos, agentes del enemigo internacional, y por lo tanto, factores de riesgo e inseguridad para la nación. La versión más perversa de esta concepción del Estado y del ejercicio del poder fue precisamente la llamada “doctrina de seguridad nacional” que, en algunas regiones sirvió de fundamento político e ideológico a las más crueles y aberrantes dictaduras de las décadas pasadas.⁷

En la práctica, en estas experiencias, el Estado de excepción fue utilizado para suprimir los derechos humanos con miras a aniquilar toda forma de oposición política, legitimando sus actuaciones en la doctrina de la seguridad nacional que ha sido luego condenada por la Comisión de Derechos Humanos como doctrina contraria, precisamente, a los derechos

7 Despouy, Leandro. “Informe del relator especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y estados de excepción”, punto 4. Internet. www.comunidad.org. Acceso: 15 marzo 11.

humanos. Consecuencia de esta etapa es la posición que lleva a algunas personas a considerar el Estado de emergencia como mecanismo de vulneración de derechos humanos.

Si bien como se verá, es posible que en determinados momentos, en aplicación de los Estados de excepción puedan ser limitados algunos derechos, superada la doctrina de la seguridad nacional en los términos en que sirvió de fundamento del Estado de los Estados de excepción, pues posteriormente se la ha utilizado para combatir el narcotráfico, por ejemplo, una vez que quedan precisadas las condiciones y los requisitos que definen la legitimidad del Estado de excepción, hace que una correcta aplicación del mismo sea compatible con la vigencia de los derechos humanos y con las formas democráticas de gobierno, pero no puede considerarse que el objetivo de estos estados sea la limitación o restricción de los derechos, en la actualidad.

Superada la doctrina de la seguridad nacional, en cuya filosofía los Estados fundamentaron la adopción de Estados de excepción con la consecuente supresión de derechos humanos,⁸ si bien en la actualidad es posible que en determinados momentos en la declaratoria de estos estados puedan ser limitados algunos derechos, una vez que quedan precisadas las condiciones y los requisitos que legitiman un Estado de excepción, una correcta aplicación del mismo deviene compatible con la vigencia de los derechos humanos y con las formas democráticas de gobierno, por lo que es incorrecto concluir que el objetivo de esta institución constitucional sea la limitación o restricción de los derechos.

3. Características de los Estados de excepción

Las consideraciones propuestas anteriormente permiten concretar las características de los Estados de excepción en las siguientes:

- a) Proceden ante graves crisis o situaciones de emergencia extraordinaria que no pueden ser afrontadas por mecanismos ordinarios que funcionan en situaciones de normalidad;

8 La referencia a la superación de la doctrina de seguridad nacional se hace con relación al hecho de haber sido esta utilizada como fundamento para combatir oposiciones políticas; por tanto se debe advertir que en la actualidad la doctrina de la seguridad nacional sirve de fundamento para otro tipo de objetivos, como el control del narcotráfico.

- b) Constituyen mecanismos de defensa del Estado, de la sociedad y del régimen democrático;
- c) Es requisito para su procedencia que exista una situación de peligro real o inminente, grave e insuperable por instituciones jurídicas normales, por lo que no podría invocarse situaciones vagas o aparentemente graves para el ejercicio de facultades excepcionales;
- d) Las causas por las que puede emitirse un Estado de emergencia deben estar previstas en el ordenamiento jurídico interno, de manera concreta, en la Carta fundamental;
- e) Son de naturaleza temporal o provisional, no se puede hacer uso de ellos de manera permanente o por tiempo indefinido;
- f) El ejercicio de los poderes y facultades extraordinarias que pueden ser ejercidas en los Estados de excepción no es absoluto, pues está sujeto a límites previstos tanto en el derecho interno como por la normativa internacional;
- g) Pueden limitarse ciertos derechos humanos;
- h) Se modifican las funciones normales de las instituciones estatales, produciendo afectación en varios órdenes de la vida de la sociedad;
- i) La actividad estatal continúa, no se interrumpen las actividades de las instituciones estatales;
- j) La declaración del Estado de excepción y las medidas que se adopten están sujetas a control político y constitucional.

Conviene realizar una breve distinción entre el Estado de excepción y el Estado de emergencia, previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el derecho comparado los Estados de excepción son también conocidos, entre otras designaciones, como Estados de emergencia, mientras que en el sistema jurídico ecuatoriano no se los toma como sinónimos, pues como quedó señalado en líneas anteriores, el Estado de excepción es una institución constitucional atribuida al presidente de la República, para afrontar situaciones no previstas en el ordenamiento jurídico (escenarios de peligro que afecten la vida cotidiana de las personas), para superarlas y no afectar el Estado de derecho; mientras que el Estado de emergencia es una institución legal prevista exclusivamente en un ámbito concreto del derecho público: en materia de contratación pública. Por eso, se

la define en el número 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) como:

Situaciones de emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

Si bien algunas causas que motivan tanto la declaratoria de Estados de excepción como la de Estados de emergencia son las mismas (desastres naturales, conmoción interna, guerra internacional), los fines de las instituciones nombradas son distintos; mientras el Estado de excepción se adopta para superar crisis con medidas de diversa naturaleza, como se verá más adelante, entre las cuales, incluso, se encuentra la restricción derechos, en aras del mantenimiento del orden constitucional; el Estado de emergencia ha sido legalmente previsto para facilitar la contratación de forma directa de obras, bienes o servicios que sean necesarios para superar las situaciones que los motivaron, por tanto se trata de una medida concreta que coadyuva a superar determinadas situaciones graves que necesitan atención inmediata y oportuna, por las características de emergencia que presentan.

El Estado de excepción es emitido mediante Decreto única y exclusivamente por el presidente de la República; mientras que el Estado de emergencia es adoptado mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad que lo solicita (ministros, contralor, entre otros), resolución que debe motivar la declaración de emergencia para justificar la contratación. El presidente de la República al fenecer el Estado de excepción debe decretar su terminación, notificándolo con el informe correspondiente; mientras que la máxima autoridad de la entidad contratante una vez superada la situación de emergencia debe publicar en el portal de Compras Públicas un informe detallado de las contrataciones realizadas indicando los resultados obtenidos.

De otra parte, el Estado de excepción debe ser notificado por el presidente de la República a la Corte Constitucional, la Asamblea Nacional y

a los organismos internacionales que corresponda, a efecto de los controles pertinentes; en tanto que el Estado de emergencia debe ser publicado en el Portal de Compras Públicas.

4. El Estado de excepción en la Constitución de 2008

La Constitución de la República vigente desde el año 2008 faculta al presidente o presidenta de la República a declarar el Estado de excepción, en casos de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural,⁹ a diferencia de la previsión constante en la Constitución de 1998 que autorizaba tal declaración ante agresión externa, guerra internacional, grave conmoción, interna y catástrofes naturales,¹⁰ es decir, no limita la situación de agresión al ámbito internacional, cambia el concepto de guerra internacional por conflicto armado internacional y lo amplía al ámbito nacional, prevé la declaración ante calamidad pública y modifica la situación de catástrofe natural por la de desastre natural.

Si bien la Constitución determina de manera taxativa las causas por las cuales puede declararse un Estado de excepción, concretándolas en una serie de hechos graves que podrían poner en riesgo la estabilidad de la nación y sus habitantes, estos, en algunos casos, son de carácter tan general que dejan a la apreciación y valoración del presidente o presidenta la República la definición de los casos que deberán entenderse inmersos en la casual. Así, por ejemplo, puede ser clara la referencia a un conflicto armado internacional o una catástrofe natural, pero cuando se señala la grave conmoción interna o calamidad pública, esta puede abarcar una serie de hechos que en última instancia están sujetos a la definición de la autoridad que declara el Estado de excepción, quien en todo caso, deberá justificar que tal situación constituye una grave perturbación al orden público que atente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, imposibiliten la normal convivencia ciudadana, pongan en peligro la paz y el orden público, que no puedan ser conjuradas mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades, y deberá cuidar que no se afecte innecesariamente el ejercicio de los derechos de las personas.

9 Artículo 164 de la Constitución de 2008.

10 Artículo 180 de la Constitución de 1998.

La obligación del gobierno de sujetarse a la naturaleza jurídica constitucional del Estado de excepción demanda, consecuentemente, un uso racional de esta institución, de manera que no se la utilice como medida ordinaria o permanente para la ejecución de las actividades estatales en diferentes ámbitos. Al respecto, conviene señalar la apreciación que contiene el Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los Estados de excepción y la reiteración de la recomendación efectuada a Ecuador:

65. Ecuador tiene una larga historia de declaraciones de estados de emergencia, dictados para paliar problemas tanto sociales como económicos, así como la delincuencia. A ese respecto, el año pasado la Comisión recomendó a Ecuador que no recurriera a la invocación de un estado de emergencia para combatir este tipo de problemas. Dado el gran número de estados de emergencia que han sido declarados durante el año 1999, así como los motivos con los cuales se los ha justificado, la Comisión considera necesario reiterar dicha recomendación:

La Comisión está consciente de la difícil situación económica por la que atraviesa el Estado de Ecuador y el malestar social que esto ha generado y de la gravedad del fenómeno de la delincuencia en varias localidades de Ecuador, incluyendo la provincia del Guayas. En este sentido, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, a través de métodos que respeten los estándares de los derechos humanos en el marco de una sociedad democrática. La Comisión es de la opinión que aminorar el malestar social por la situación económica y combatir la delincuencia mediante la suspensión de garantías individuales en virtud del estado de emergencia, no se ajusta a los parámetros exigidos por la Convención Americana para que sea procedente su declaración. El Estado tiene y debe contar con otros mecanismos para canalizar el malestar social y combatir la delincuencia que no signifiquen la derogación de garantías esenciales de la población.¹¹

Es preciso señalar que el texto del artículo constitucional 164 al prever que puede decretarse el Estado de excepción “en caso” de agresión y otros, en realidad no establece de manera meridiana que los hechos deben haberse ya presentado, por lo que bien podría considerarse una causal para decretarlo cuando el hecho sea inminente, no cuando represente una

11 “Informe del relator especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y estados de excepción”, punto 65. Internet. www.comunidad.org. Acceso: 15 marzo 11.

mera posibilidad incierta de producirse, sino cuando existan posibilidades ciertas de que se producirá con los efectos señalados anteriormente, las que también deberían ser motivadas suficientemente por la autoridad.

Esta aseveración se realiza tomando en consideración que de constatare la proximidad de producción cierta de eventos que configuren casuales que permiten declarar un Estado de emergencia, sería irracional esperar que estos se produzcan para actuar decretando un Estado de excepción y las medidas preventivas correspondientes a fin de evitarse o mitigar sus efectos, como cuando existen señales inequívocas de la ocurrencia cercana de un desastre natural, como cuando la autoridad correspondiente anuncia la inminencia de la erupción de un volcán, la proximidad de otros fenómenos imprevistos como fuertes marejadas que pondrían a la población en evidente peligro y ocasionarían grave conmoción; o la presencia de hechos que anuncian desenlaces que evidencien la proximidad de grave calamidad pública, casos en los que, como queda señalado, la declaratoria requerirá suficiente motivación.¹²

Leandro Despouy, al respecto, señala:

36. Por tratarse de un acto jurídico, la declaración del estado de excepción debe ser motivada, es decir, debe contener, entre otros elementos, una explicitación clara de los motivos por los que se implanta. Como se sabe, el derecho internacional no enuncia en forma taxativa las causales que autorizan tal declaración y se limita a subrayar la necesidad de que la crisis provocada por ellas constituya una situación excepcional.¹³

12 La Corte Constitucional, en ejercicio de su función de máxima instancia de interpretación de la Constitución, ha determinado que el Estado de emergencia procede también ante hechos inminentes que puedan configurar las causales constitucionalmente previstas para su adopción, así, señaló: "Los estados de excepción sirven para afrontar situaciones extraordinarias, o como su nombre lo indica, excepcionales, que no pueden ser afrontadas de forma ordinaria. Adicionalmente, se debe tratar de situaciones presentes y verificables, *o de ocurrencia inminente*, las que unidas a su gravedad le permiten a la Función Ejecutiva declarar la anormalidad" [énfasis añadido] al emitir dictamen sobre el decreto ejecutivo n.º 389, que consideró que el deterioro de la cuenca del río Paute, la debilidad estructural de los cerros colindantes y sus pérdida de estabilidad ponen en riesgo la permanencia de las obras del plan maestro hidráulico afectando la seguridad de la población, decreto de declaratoria de Estado de emergencia que en el artículo 1 dispuso: "Declárese el Estado de Excepción en la Zona 1 de La Josefina de la Provincia de Azuay, a fin de prevenir potenciales deslaves, remediar los daños causados en el cauce del Río Paute debido a la deforestación, alteración del sistema de drenaje y explotación mineral ilegal, para evitar perjuicios a la población y la afectación del Sistema Eléctrico Nacional, que generaría grave conmoción nacional" (sentencia n.º 015-10-SEE-CC, caso n.º 0011-10-EE).

13 *Ibid.*

En efecto, el segundo inciso del artículo 164 de la Constitución impone que el decreto que establezca el Estado de excepción contenga “la determinación de la causal y su motivación”.

Las causas por las que puede declararse el Estado de excepción, previstas por la Constitución, en definitiva, pueden sintetizarse en aquellas provenientes de las situaciones siguientes:

4.1. Crisis políticas

Referentes a factores o circunstancia provenientes de las relaciones en el campo internacional o de circunstancias políticas presentadas al interior del país que podrían suscitar conflictos armados internos o internacionales.

4.2. Crisis sociales

Determinadas por graves problemas de diversa índole que pueden suscitarse al interior del Estado, que motivan reacciones de sectores de la sociedad o que los colocan en riesgo, tales como situaciones de crisis económicas, de salud o salubridad, entre otras.

4.3. Crisis provocadas por efectos de la naturaleza

Referidas a las consecuencias de los eventos naturales imprevistos e intempestivos tales como terremotos, huracanes, inundaciones, deslaves, etc. que afecten gravemente a la población, los servicios básicos, el sistema de vial, las viviendas, entre otros.

5. Medidas que pueden adoptarse en el Estado de excepción

En tanto la finalidad de la declaración de Estados de excepción es enfrentar situaciones críticas y graves y lograr el retorno a la normalidad, así como evitar o mitigar amenazas que pudieren poner en riesgo la existencia

misma de la sociedad organizada, la Constitución legitima la utilización de varias medidas extraordinarias para conseguir el fin propuesto; además, es posible que en determinadas situaciones pueda existir una limitación a los derechos de las personas para garantizar que otros derechos de mayor peso en el momento de crisis tengan plena vigencia y efectividad, en este sentido, de conformidad a lo previsto en el artículo 165 de la Constitución, el presidente o presidenta de la República únicamente podrá “suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución”.

Las medidas que podrían adoptarse una vez declarado el Estado de excepción previstas en el mismo artículo 165 de la Constitución, son las siguientes:

1. Decretar la recaudación anticipada de tributos.
2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.
3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional.
4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado.
5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional.
6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones.
7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.
8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.

Con relación a las medidas que pueden ser adoptadas en un Estado de excepción, se debe precisar que estas responden a los diversos grados de gravedad que represente la situación emergente o de riesgo que deba afrontarse.

Es verdad que en el señalamiento de las causas que pueden justificar la declaración de Estado de excepción la Constitución no establece una

jerarquía, mas, dependerá de la gravedad que entrañe la situación de crisis a afrontar para que la autoridad, dado el carácter de las consecuencias que esa situación podría ocasionar, establezca las características del estado que decreta y la adopción de una o más de las medidas constitucionalmente autorizadas, contenidas en el artículo 165 de la Constitución, con especial énfasis y cuidado en cuanto tiene relación con posibles restricciones de derechos.

Manifiesta Fix Zamudio, al prologar el libro *Los Derechos Humanos y los Estados de Excepción* de Leandro Despouy, que en relación con los motivos por los cuales puede declararse un Estado de excepción existen varias categorías según la distinta gravedad “de acuerdo con las cuales deben graduarse las medidas y, así, al lado del tradicional Estado de sitio, se han establecido situaciones provocadas por desastres naturales o por crisis de carácter económico”.¹⁴

Por lo expuesto, en relación con la gravedad de las situaciones que provocan la adopción de estos estados, esta puede determinar la necesidad de limitar ciertos derechos de las personas, lo que no quiere decir que este tipo de medida sea viable en todo Estado de excepción, ya que pueden existir situaciones que no demanden de esta medida, pues la superación de la crisis se orienta a los deberes de los ciudadanos, casos en los que el presidente de la República en la declaración de Estado de excepción así puede referirlo; por el contrario, de ser necesaria la limitación o suspensión, así deberá establecerlo y determinar cuál o cuáles de los derechos previstos en el artículo 165 de la Constitución serán suspendidos o limitados y el alcance de dicha suspensión o limitación, con la debida fundamentación de ser una medida adecuada y necesaria para afrontar la crisis.

6. Principios aplicables a los Estados de excepción

Siendo el Estado de excepción una institución constitucional que demanda el cumplimiento de condiciones y requisitos orientados precisamente a operar como garantías jurídicas contra la arbitrariedad y por

14 Zamudio, Fix. Prólogo. *Los Derechos Humanos y Estados de Excepción*. Por Leandro Despouy. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Internet. www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?

la preservación de los derechos humanos ante situaciones de crisis que deba afrontar el Estado, es importante que el ejercicio de esta facultad observe determinados principios que se encuentran previstos en el propio texto constitucional que, entre otros, también se hallan establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos cuyo cumplimiento es obligatorio para los Estados parte.

La previsión constitucional de principios aplicables a los Estados de excepción que constituye recepción de aquellos previstos por la normativa internacional sobre protección de derechos humanos, en el marco de esta institución excepcional, se dirige a restringir la actuación de los poderes públicos, en nuestro caso al mandatario o mandataria habilitado para declarar el Estado de excepción, ya que sus facultades en esta situación no pueden ser ilimitadas y deben estar sujetas a control.

Son los principios previstos constitucionalmente y los establecidos en los tratados internacionales, los que establecen límites a las actuaciones de las autoridades en los Estados de emergencia y excepción y permiten no solo el control interno, sino también el de los organismos internacionales “para lograr el equilibrio necesario e indispensable entre los intereses del Estado y los derechos fundamentales de los particulares”.¹⁵

A diferencia de la Constitución de 1998 y de las anteriores, que al prever el Estado de emergencia no determinaron de manera expresa los principios que los orientaban, la actual Constitución recoge varios principios de derecho internacional que sustentan la legitimidad de un Estado de excepción y se concretan en los siguientes: “necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad, y razonabilidad”.¹⁶

6.1. Principio de necesidad

Este principio demanda que el Estado de excepción sea adoptado solo cuando sea estrictamente necesario recurrir a él, de forma temporal, cumpliendo todos los requisitos establecidos en la normativa jurídica pertinente.

15 Meléndez, Florentín. *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*. San Salvador, Criterio, 1999, p. 90.

16 Artículo 165, segundo inciso de la Constitución de 2008.

El objetivo del principio de necesidad es impedir que los Estados ejerzan las facultades extraordinarias que le son permitidas, en situaciones de crisis ficticias o menos graves que pueden ser superadas en un contexto de normalidad.

Este principio, también conocido como de “estricta necesidad”, lleva implícito la incapacidad o imposibilidad de dar respuesta a la crisis o la emergencia por los medios legales normales de que disponen los Estados.

6.2. Principio de proporcionalidad

Conforme a este principio, las medidas excepcionales que se adopten deben ser adecuadas a la situación de crisis extraordinaria que se pretende afrontar, debiendo existir, por tanto, una relación proporcional entre el peligro (actual, real o inminente) y las medidas que se deban adoptar para contrarrestarlo o superarlo. En definitiva, debe asegurarse la existencia de una adecuada relación entre los fines que se persigue y los medios que se utilizan para lograrlo.

El Estado, en consecuencia, no puede utilizar medios o métodos que sobrepasen las propias exigencias que requiere la situación para superarla, debiendo sujetarse a las medidas permitidas por el derecho interno, así como las permitidas por el derecho internacional que sean estrictamente necesarias para contrarrestar la crisis.

En ese aspecto, las medidas excepcionales solo se justifican si no existen otras de menor gravedad que puedan ser adoptadas ante situaciones semejantes. Al respecto, Florentín Meléndez plantea que las medidas a adoptarse, por lo menos, “deben dar la impresión de que permiten atenuar o suprimir la situación de peligro y de que otras medidas, menos rigurosas como las que se impulsan en épocas de normalidad, resultarían insuficientes para restablecer el orden”.¹⁷

17 Florentín Meléndez, *op. cit.*, p. 96.

6.3. Principio de legalidad

Toda vez que el Estado de excepción encuentra legitimación en la previsión constitucional, el principio de legalidad garantiza que la autoridad actúe sin arbitrariedad, por lo que la declaratoria, duración y medidas a adoptarse, deben sujetarse a lo previsto en la normativa correspondiente.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que

la suspensión de garantías constitucionales o estado de sitio sólo es compatible con el régimen de gobierno democrático representativo si la misma es adoptada en las siguientes condiciones:

- a. Decretada oficialmente según el procedimiento establecido en la respectiva Constitución;
- b. Establecida en las medidas estrictamente limitadas a las exigencias de la situación y con efectos limitados a la vigencia de la misma;
- c. Adoptada en caso de guerra u otra emergencia pública grave que ponga en peligro la vida de la nación o la seguridad del Estado;
- d. No entrañe discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social;
- e. No suponga suspensión alguna del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad de la persona, derecho de protección contra la detención arbitraria, derecho a proceso regular y derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión;
- f. No suponga la restricción de la vigencia del Estado de Derecho ni de las normas constitucionales, ni la alteración de las competencias de los Poderes del Estado o el funcionamiento de los medios de controlar.¹⁸

Es evidente que la primera condición a cumplir es la observación de las previsiones constitucionales existentes para la declaración de Estado de

18 CIDH, Resolución sobre la Protección de Derechos Humanos en relación con la suspensión de garantías constitucionales o Estados de sitio, 1967. Internet. <http://190.41.250.173/rrij/bases/except/norin1aHTM>.

excepción, garantizando así la sujeción de la autoridad a las determinaciones que sobre la materia contiene la normativa existente, en este caso, la constitucional, precautelando de esta manera una actuación que se coloque fuera del marco jurídico.

6.4. Principio de temporalidad

Este principio, también conocido como de provisionalidad, exige que se determine en forma expresa el plazo y los términos que rigen para la declaración de los Estados de emergencia.

Las medidas extraordinarias que adopten los estados no deben ser indeterminadas, indefinidas o excesivamente prolongadas, por el contrario, deben ser previstas para determinado tiempo, lo contrario determinaría que la excepción se convierta en regla, permitiendo la vigencia indefinida de un estado excepcional, como normal y ordinario. Una situación de tal naturaleza daría lugar a la inversión de la legalidad al darle el carácter permanente a una ley que por su naturaleza está destinada a regir en períodos extraordinarios y breves.¹⁹

El desconocimiento del principio de temporalidad, que determina el carácter transitorio del Estado de excepción, ocasiona la vigencia indefinida de los estados de excepción, o su perpetuación por reiteradas prórrogas o renovaciones; anomalía que fue común en varios países latinoamericanos, como informa Despouy: en Paraguay, “durante las casi cuatro décadas que duró el régimen de Stroessner, en forma rutinaria, cada seis meses, el Parlamento aprobaba la renovación del Estado de sitio propuesto por el ejecutivo”, en tanto que en Colombia, “el estado de excepción, bajo diversas formas, ha estado vigente en forma casi ininterrumpida desde cerca de 40 años” de igual manera en “Chile, la Argentina, el Uruguay, El Salvador, entre otros, han conocido largos períodos de estado de excepción institucionalizado bajo los regímenes militares”.²⁰

19 Florentín Menéndez, *ibid.*, p. 98.

20 Lendro Despouy, *op. cit.*, p. 35.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció sobre el límite temporal del Estado de excepción en ese país, manifestando que:

salta a la vista que tal régimen presenta dos vacíos fundamentales: uno consiste en que, aunque la disposición constitucional previene que el estado de sitio debe ser limitado en el tiempo, no da pauta alguna que indique en qué consiste o cómo debe realizarse la limitación. Ello permite que esa situación de emergencia pueda prolongarse más o menos sin término, hasta convertirse en permanente...

6.5. Principio de territorialidad

Surge de este principio la necesidad de determinar con precisión el ámbito geográfico en que regirá el Estado de excepción y las medidas que se adoptarán para su cumplimiento, pues, tales medidas deben limitarse al espacio territorial donde aquellas sean necesarias, debido a que en tal espacio surge la necesidad de afrontar una situación de crisis y es en él en que tendrá efecto el Estado de excepción que se decreta. En este aspecto, si la situación de crisis no es general y no es necesario decretar el Estado de excepción en todo el territorio, deberá adoptarse el mismo solo en aquel o aquellos lugares afectados por la crisis o emergencia.

Este principio garantiza también que la autoridad no se extralimite y actúe con arbitrariedad y se orienta a “restringir el uso de los poderes excepcionales a aquellos lugares y situaciones donde realmente amerite”.²¹

El artículo 164 de nuestra Constitución autoriza la declaración de Estado de excepción tanto a escala nacional o en una parte de él, de ser el caso.

6.6. Principio de razonabilidad

Este principio engloba la aplicación de los demás principios de manera adecuada, como bien señala María Dávalos, pues, el decretar un Estado

21 María Dávalos Muirragui, *op. cit.*, p. 138.

de excepción guarda armonía con la justicia y la necesidad, no puede ser dictado fuera de las previsiones constitucionales o legales, con evidente arbitrariedad y abuso de poder, por el contrario, demanda que se proceda “en uso del más alto criterio, buen juicio y que lo haga de buena fe”.²²

Según este principio debe existir una conexión lógica entre la situación de excepción y las medidas excepcionales adoptadas para superarla debiendo existir causalidad directa e inmediata entre ellas.

El fundamento de este principio es la actuación con sentido común y la preservación del valor justicia.

Este principio conlleva la posibilidad de control de los Estados de excepción y la simultánea evaluación de todos los principios enunciados anteriormente.

6.7. Otros principios de derecho internacional

Hemos señalado que los principios que ha incorporado la Constitución como límites a la autoridad en los Estados de excepción se encuentran previstos en normas de derecho internacional sobre derechos humanos, no obstante, existen otros que, si bien la Constitución no los ha incluido en la norma que los establece, se encuentra implícitos en determinados requisitos previstos, entre estos, los siguientes:

6.8. Principio de proclamación

Se refiere a la medida de publicidad que debe preceder a la declaración del estado de excepción, bajo la forma de declaración oficial, cuyo objetivo es garantizar que la población se encuentre informada debidamente del carácter del Estado decretado, el ámbito de aplicación su duración, las medidas que se adoptan y fundamentalmente lo relativo a los derechos cuyo ejercicio resultará suspendido o restringido.

Precisa Despouy que este principio es complementario al de legalidad ya que la referencia a una declaración oficial contenida en el artículo 4 del

²² *Ibid.*, p. 141.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se orienta a asegurar que el reconocimiento a suspender las obligaciones resultantes del pacto no pueda invocarse para justificar una violación a las obligaciones jurídicas constitucionales internas relativas a los Estados de excepción.²³

Este principio y requisito formal se halla previsto por la Constitución en el artículo 164, al facultar al presidente o presidenta de la República a decretar el Estado de excepción ante las causales que el mismo artículo prevé y determinar el contenido del decreto que contenga tal declaratoria.

6.9. Principio de notificación

Si el principio de proclamación conlleva una medida de publicidad orientada a informar a la comunidad nacional, la notificación está dirigida al ámbito internacional y consiste en la obligación del Estado de informar inmediatamente a los Organismos Internacionales correspondientes (Secretario de la ONU, Secretario de la OEA) y a los otros Estados partes si se trata de un convenio.

Este principio tiene como fundamento la obligación que tiene todo Estado parte de una convención de comunicar la imposibilidad de cumplir transitoriamente ciertas obligaciones estipuladas en la misma.

Se debe informar sobre las disposiciones cuya aplicación se suspenden y las razones que la fundamentan. La importancia de este requisito, señala Despouy, es que se constituye en prerrequisito que habilita a los estados a acogerse a las cláusulas de derogación admitidas en forma excepcional y transitoria por el derecho internacional, por lo que un país que haya decretado un Estado de excepción, aunque haya observado la normativa nacional, si no lo ha notificado, no podrá invocar ante el ordenamiento internacional el derecho que este le reconoce de suspender ciertas normas en circunstancias excepcionales.²⁴

El artículo 164 de la Constitución establece la obligación de efectuar las notificaciones que correspondan, conforme la misma Carta fundamental y los tratados internacionales.

23 Despouy, Leandro. *Derechos humanos y estados de excepción*. Universidad Autónoma de México, p. 28. Internet. www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?

24 *Ibid.*, pp. 29-30.

6.10. Principio de intangibilidad del ejercicio de ciertos derechos humanos

Ese principio confirma la obligación de los Estados de reconocer y garantizar en todo tiempo y lugar un núcleo de derechos de las personas sin discrimen de naturaleza alguna, núcleo que dice relación con valores esenciales de las personas tales como la dignidad, la igualdad y otros relacionados con la vida, la integridad personal, la seguridad, el desarrollo integral,²⁵ con lo cual, en definitiva, se pone límites infranqueables a los poderes en Estados de crisis; de otra parte, según Florentín Meléndez, su suspensión o derogación en nada podría favorecer o contribuir a la superación de la crisis excepcional.²⁶

Es importante añadir que la Convención Americana prevé que las garantías judiciales, indispensables para proteger los derechos, no son susceptibles de suspensión temporal, por lo que los Estados no están facultados a hacerlo.

Nuestra Constitución, en aplicación de este principio, señala de manera taxativa los derechos que podrían restringirse como medida a adoptar en un Estado de excepción:

Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

6.11. Principio de amenaza excepcional

Define la naturaleza del peligro, refiriendo a los presupuestos de hecho que ocasionan la necesidad de la declaración de un Estado de excepción, debiendo ser estos graves, presentes o inminentes, reales y objetivos.

25 Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 4, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 27, establecen aquellos derechos que no pueden ser suspendidos o restringidos.

26 Florentín Meléndez, *op. cit.*, p. 100.

Este principio confirma la idea planteada en el punto 4 de este trabajo que, como se indicó, ha sido conceptualizado por la Corte Constitucional, al determinar la procedencia del Estado de excepción, no solo ante hechos presentes, sino también ante hechos inminentes, es decir cuya presencia cercana, inmediata, próxima, se advierte y se tiene la certeza de los riesgos y peligros que ocasionará, al igual que ocurre con hechos ya producidos.

7. Requisitos formales y sustanciales para decretar el Estado de excepción

Los principios aplicables a los Estados de excepción que recoge el texto constitucional, encuentran aplicación en los requisitos formales y materiales previstos para la procedencia de esta institución jurídica.

7.1. Requisitos formales o de procedimiento

Se refieren a los procedimientos a cumplir para la declaración del Estado de excepción y otros aspectos relacionados con esta institución:

- a) El Estado de excepción debe ser declarado mediante Decreto Ejecutivo;
- b) El Decreto debe contener lo siguiente:
 - Determinación de la causal por la cual procede la declaratoria,
 - Motivación de la configuración de la causal,
 - Ámbito territorial de aplicación,
 - Período de duración,
 - Medidas a aplicarse,
 - Derechos que podrían ser suspendidos o limitados y en lo que consistiría tal suspensión o limitación,
 - Las notificaciones pertinentes.
- c) La declaración del Estado de excepción deberá ser notificada, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto

correspondiente, a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda;

- d) El decreto de Estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días;
- e) Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse;
- f) Si el Presidente no renueva el decreto de Estado de excepción o no lo notifica, este se entenderá caducado;
- g) Decretar la terminación del Estado de emergencia cuando desaparezcan las causas que lo motivaron y notificarlo con el informe correspondiente.

7.2. Requisitos materiales o sustanciales

El decreto que declare el Estado de excepción, dado su carácter de mecanismo extraordinario para conjurar situaciones graves de crisis que afecten el orden público, debe fundarse sustancialmente en los siguientes presupuestos:

- a) La ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen con perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública;
- b) La explicación de por qué se considera que tales hechos configuran una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural;
- c) La indicación de las razones por las cuales la situación que ocasiona la declaración de Estado de excepción no puede ser conjurada a través del régimen constitucional ordinario, es decir, mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y,
- d) Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República.

8. Control de los Estados de excepción

La imposibilidad de que existan actos arbitrarios y sin control en el Estado de derechos y justicia que proclama nuestra Constitución, determina que la facultad de emitir Estados de excepción constituya un acto atribuido al Ejecutivo sujeto a reglas y límites, sustentado, como se ha visto, en claros principios que lo orientan, pues, ni siquiera en situaciones de anormalidad institucional le asisten facultades ilimitadas al Ejecutivo, de ahí que la configuración de los límites debe ir acompañada de un sistema eficaz de controles destinados a garantizarlos.

La Constitución prevé dos tipos de controles: uno de carácter jurídico constitucional y otro de índole político, controles que no resultan excluyentes, ya que si bien los actos de emisión de los decretos de Estados de excepción siendo actos jurídicos se proyectan políticamente como todos los actos del poder público como actos jurídicos, están sometidos a controles jurídicos, no obstante, en virtud de su proyección, pueden estar también sometidos a controles políticos.

Como se determina en líneas posteriores, el control jurídico se realiza mediante el examen de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional, en tanto la declaración se encuentra prevista por el ordenamiento jurídico nacional, específicamente, el constitucional, destinado a producir efectos jurídicos, razón por la que el órgano competente, en sede jurisdiccional para realizar el control es la Corte Constitucional; y el control político, cuya esencia radica en el análisis del órgano legislativo respecto de los actos de gobierno que, en el caso del Estado de excepción, se centra en aspectos tales como conveniencia, oportunidad, viabilidad, interés público a fin de contrarrestar posibles abusos de poder.

En efecto, de conformidad con lo establecido en la Constitución, como se verá, los Estados de excepción están sujetos a control de la Asamblea Nacional y de la Corte Constitucional.

La Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y de Control Constitucional refleja la sujeción a control político y constitucional de los Estados de excepción, disponiendo:

Art. 125.- Coexistencia del control de constitucionalidad con el control político.- La declaratoria de constitucionalidad no impide el ejercicio

del control político de los estados de excepción, ni la revocatoria de los respectivos decretos por parte de la Asamblea Nacional.

8.1. Control político

El artículo 166 de la Carta fundamental confiere a la Asamblea Nacional, atribución para revocar, en cualquier tiempo, el decreto ejecutivo que declare el Estado de excepción, sin perjuicio del pronunciamiento que pueda efectuar la Corte Constitucional sobre su constitucionalidad. La decisión de la Asamblea debe estar fundamentada en circunstancias que la justifiquen.

Esta facultad tiene como fundamento el control político que ejerce la función legislativa sobre la acción del gobierno, basado en la colaboración armónica que debe existir entre las instituciones del Estado para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, conforme prevé el artículo 226 de la Carta fundamental. Es una característica del Estado de derechos y justicia la división de las ramas del poder con controles mutuos a fin de contener los abusos de poder, lo cual en el ámbito internacional de los derechos humanos se encuentra presente a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 16 prevé “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

8.2. Control constitucional

Corresponde a la Corte Constitucional realizar el análisis de constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaración del Estado de excepción, control formal y material que realiza mediante la contrastación del procedimiento y contenido del decreto con el texto constitucional, a fin de establecer si se encuentra en armonía o no con estos, y decidir, con efectos generales, si el Estado de excepción declarado es o no constitucional. Este control se justifica por cuanto el Estado de emergencia no suspende la vigencia de la Constitución, por el contrario, constituye desarrollo de la

misma, y por tanto, al ser la Corte Constitucional su garante, le corresponde establecer si presidente o presidenta ha ejercido las facultades propias del Estado de excepción con sujeción a la Constitución y su ejercicio se ajusta a sus prescripciones.

Señala Hernández Galindo que la necesidad de que una autoridad, en este caso la Corte Constitucional, ejerza vigilancia sobre la juridicidad de las actuaciones gubernamentales en el Estado de excepción, se justifica por cuanto el presidente de la República adquiere atribuciones adicionales y poderes superiores a los normales y es posible que en estas etapas puedan ser restringidos libertades y derechos de los ciudadanos.²⁷

De conformidad a lo preceptuado en el artículo 119 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, el control que está facultada a realizar la Corte Constitucional a los Estados de excepción, se orienta a “garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos”, dos de los pilares básicos que informan el contenido de la Carta fundamental, en tanto preconiza un Estado de derechos y justicia, en el que las autoridades están obligadas a observar las competencias propias que le confiere la Constitución, en el marco del respeto a los derechos humanos.

La Corte Constitucional no solo está facultada a efectuar el control de los decretos que declaran el Estado de excepción, sino además el de todos aquellos que se dicten con fundamento en este, en todo caso, la vigencia de estos actos normativos no se afecta por el trámite de control, así lo determina el artículo 119 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “La Corte Constitucional efectuará un control formal y material constitucional automático de los decretos que declaren un Estado de excepción y de los que se dicten con fundamento en éste.”

8.3. Control formal

A fin de cumplir con el control formal de la declaración del Estado de emergencia la Corte Constitucional deberá verificar si tal instrumento y

27 Hernández Galindo, José Gregorio. *Poder y Constitución: el actual constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Legis, 2001, p. 156.

la declaratoria del Estado de excepción reúnen los requisitos establecidos para su emisión, tales como: a) la emisión de un decreto ejecutivo; b) la consignación de los hechos y la causal invocada; c) que contenga una parte motiva en la cual se exprese las razones excepcionales en las que se funda la declaratoria del Estado de excepción; d) el señalamiento del ámbito espacial de aplicación; e) la indicación del término por el cual declara el Estado de emergencia; f) si se limitan o suspenden derechos, la referencia expresa a cuáles son los derechos afectados y el alcance de la afectación; g) la disposición de notificaciones. (El artículo 120 de la LOGJCC enuncia los requisitos que deben verificarse en este examen.)

Procede también la realización del control formal de las medidas adoptadas con fundamento en el Estado de excepción, las que, según el artículo 122 de la LOGJCC deben reunir al menos los requisitos siguientes:

1. Que se ordenen mediante decreto, de acuerdo con las formalidades que establece el sistema jurídico;
2. Que se enmarquen dentro de las competencias materiales, espaciales y temporales de los estados de excepción.

8.4. Control material

El examen del cumplimiento de requisitos materiales revierte mayor complejidad ya que se orienta al análisis de los motivos que dieron lugar a la declaración del Estado de excepción.

En el examen de constitucionalidad formal que realiza la Corte a una declaratoria de Estado de excepción debe comprobar que el decreto en estudio contenga una parte motiva que, como queda expresado, debe dar cuenta de las razones en las que funda la declaratoria. Se trata, por tanto, de la constatación de la existencia de esta parte en el decreto. Luego, corresponde a la Corte comprobar si las razones que consigna el presidente de la República guardan relación con las previsiones constitucionales para la declaratoria del Estado de excepción, momento en el que la motivación deviene objeto de control material, en tanto se requiere comprobar los hechos que fundamentan la declaratoria y cómo estos configuran una

o más causales previstas constitucionalmente para el efecto, así como la imposibilidad de superación por cauces normales, todo lo cual debe estar plenamente explicitado en la parte motiva a ser controlada por la Corte. Esto, por cuanto el margen de apreciación que le concede la Constitución al presidente de la República para declarar un Estado de excepción, no está exento de unas mínimas cargas probatorias y de valoración que deben ser cumplidas por el gobierno, por lo que la falta de este requisito en la declaratoria evidencia arbitrariedad en el ejercicio de esta potestad constitucional, imposibilitando a la Corte ejercer el control que le encarga la Constitución.

Se trata de la constatación por parte de la Corte de la existencia de los hechos invocados, y que estos constituyan grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser afrontada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades.

En este sentido, el examen de los requisitos materiales lleva a la Corte a constatar la existencia de tres presupuestos: a) fáctico; b) valorativo; c) de suficiencia.

- a) *Presupuesto fáctico*. Corresponde a la Corte realizar un juicio objetivo sobre la existencia de los hechos invocados y que se enmarquen en las causales constitucionalmente previstas;
- b) *Presupuesto valorativo*. Corresponde constatar si los hechos invocados en realidad revisten la gravedad que se les ha atribuido como para fundamentar un Estado de excepción;
- c) *Presupuesto de suficiencia*. Se trata de establecer si para la situación de crisis que se pretende enfrentar los medios ordinarios no son suficientes, razón por la cual se hace necesario recurrir a medios extraordinarios.

A esto se añade la comprobación del cumplimiento del carácter temporal de la declaración de Estado de excepción.

El artículo 121 de la LOGJCC determina los requisitos cuyo cumplimiento debe constatar la Corte.

De otra parte, conforme establece el artículo 123 de la LOGJCC, para el control material de las medidas dictadas con fundamento en el Estado de excepción, la Corte deberá observar que se cumplan los siguientes requisitos, para cuyo efecto procede también la constatación de los presupuestos valorativos y de suficiencia, enunciados con anterioridad.

1. Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, y que las medidas ordinarias sean insuficientes para el logro de este objetivo;
2. Que sean proporcionales al hecho que dio lugar a la declaratoria;
3. Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria y las medidas adoptadas;
4. Que sean idóneas para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria;
5. Que no exista otra medida que genere un menor impacto en términos de derechos y garantías;
6. Que no afecten el núcleo esencial de los derechos constitucionales, y se respeten el conjunto de derechos intangibles;
7. Que no se interrumpa ni se altere el normal funcionamiento del Estado.

Para concluir el tema relativo al control constitucional del Estado de excepción, se debe señalar que a efectos de su realización, la Constitución impone a la presidenta o el presidente de la República la obligación de notificar a la Corte Constitucional el Decreto de declaración. Concordante con ello, el artículo 124 de la LOGJCC establece las siguientes reglas para el control constitucional:

1. La Presidenta o Presidente remitirá el decreto a la Corte Constitucional dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su firma.
2. De no hacerlo, la Corte Constitucional lo conocerá de oficio.
3. En lo no previsto en este capítulo, se seguirán las reglas previstas para el procedimiento general.

9. Conclusiones

El régimen extraordinario previsto por la Constitución para enfrentar crisis graves que no pueden ser conjuradas por medios ordinarios, constituye un mecanismo cuyo objetivo es la protección del régimen constitucional y democrático. Durante su vigencia es preciso proteger los derechos humanos que si bien, excepcionalmente pueden ser limitados, la autoridad no puede suprimirlos ni atentar contra ellos, por tanto, el Estado de excepción no puede ser concebido como un instrumento de violación de derechos humanos, ni utilizado en esa forma como fue común en épocas dictatoriales en varios estados latinoamericanos. En consecuencia, para cumplir el fin de los Estados de excepción, la Constitución prevé la adopción de medidas expresamente señaladas en su texto, así como la posibilidad de limitar únicamente determinados derechos que se encuentran fijados constitucionalmente.

La legitimidad de este mecanismo no solo proviene de su previsión constitucional, sino, fundamentalmente del uso que de este efectúe el presidente o presidenta de la República, con sujeción estricta a los presupuestos constitucionales y de derecho internacional correspondientes, orientados a una utilización objetiva, en circunstancias estrictamente necesarias para afrontar crisis graves, observando el carácter extraordinario que reviste el Estado de excepción, de manera que no se convierta en una forma ordinaria de gestión, a fin de evitar la arbitrariedad.

De otra parte, corresponde a la Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones, realizar un control de constitucionalidad objetivo, aún de oficio, a fin de garantizar la plena vigencia de la Carta fundamental con relación a las facultades especiales que confiere al presidente o presidenta de la República y en torno a la protección de los derechos humanos, dentro de los límites previstos constitucionalmente y en tratados internacionales de derechos humanos.

10. Bibliografía

- Dávalos Muirragui, María. “Estados de excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada?” *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Despouy, Leandro. *Los derechos humanos y estados de excepción*. México. Universidad Autónoma de México. Internet. www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?
- _____. “Informe del relator especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y estados de excepción”.
- García-Sayán, Diego, ed. *Estados de emergencia en la Región Andina*. Lima, Comisión Andina de Juristas, Graficas Bellido, 1987.
- Hernández Galindo, José Gregorio. *Poder y Constitución*. Bogotá, Legis, s/a.
- Iturralde, Manuel. “Estado de Derecho vs. Estado de Emergencia”. *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Colombia, Universidad de los Andes, 2005.
- Meléndez, Florentín. *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*. San Salvador, Criterio, 1999.
- Pérez Tremps, Pablo. “La suspensión en los derechos fundamentales”. *Derecho Constitucional*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- Reales Gutiérrez, Clara. “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”. *Teoría constitucional y políticas públicas*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Normativa

- CIDH, Resolución sobre la Protección de Derechos Humanos en relación con la suspensión de garantías constitucionales o Estados de sitio, 1967.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Constitución Política del Ecuador de 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,
2009.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad*

Johanna Romero Larco**

1. Introducción

El análisis del control concreto de constitucionalidad que ahora tratamos merece un acercamiento que no solo pretenda definir qué se debe entender por un control concreto, sino que además logre ubicar en qué procesos constitucionales se lo identifica dentro del sistema constitucional ecuatoriano. El planteamiento que se desarrolla a continuación está elaborado bajo la premisa de que el control concreto de constitucionalidad en el Ecuador está plasmado en la denominada “consulta de constitucionalidad” (art. 428 de la Constitución).

Conforme lo analizaremos más adelante, el control concreto en el caso ecuatoriano ha merecido gran debate en la actualidad,¹ no solo por las complejidades del mismo, sino porque además aún no se encuentra totalmente clarificado en el foro jurídico ecuatoriano el alcance que este supone, lo cual dificulta sentar reglas claras sobre el mismo.

El debate originado encierra posturas absolutamente opuestas, en tanto, una postura sostiene que la facultad de ejercer control concreto es exclusiva de la Corte Constitucional, y por tanto excluyente de cualquier otro órgano; una segunda postura sostiene que la posibilidad de ejercer el

* Este artículo es un resumen del primer capítulo de la tesis de maestría en Derecho Constitucional que la autora se encuentra desarrollando.

** Investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

1 Varios juristas ecuatorianos consideran que la modalidad de control de constitucionalidad que implementa la Constitución de Montecristi conserva el sistema difuso de control de la constitucionalidad; en tanto que para otros, el cambio es rotundo, especialmente en lo que a las facultades de los jueces ordinarios se refiere.

control concreto de constitucionalidad, por el propio principio de aplicación directa de la Constitución (arts. 11, numeral 3 y 426 de la Constitución)² está reconocida además a los órganos jurisdiccionales.

Es preciso tener presente además que entrar al análisis del control concreto de constitucionalidad requiere a su vez determinar, qué modelo³ o sistema⁴ de control de constitucionalidad se encuentra instaurado en el Ecuador bajo la Constitución de 2008, o cuáles son los rasgos de este sistema, debiendo para ello determinar cuáles son estos modelos o sistemas que desde la doctrina se han identificado.

2. Los modelos de control de constitucionalidad

La mayoría de tratadistas que abordan el tema de los tipos o modelos de control constitucional, a pesar de tomar puntos de partida distintos según su análisis de estudio, en su mayoría coinciden que los modelos originarios son el europeo y el americano,⁵ a los cuales se suman pares dependientes como el control concentrado-abstracto y el control difuso-concreto, respectivamente.

Una nueva corriente de autores, se ha expresado por la convergencia de estos dos sistemas. Entre estos, García Belaunde, para quien el acercamiento de estos modelos ha suscitado la aparición de nuevos modelos, como lo son el *mixto* y el *paralelo*.⁶ Francisco Fernández Segado, aunque

2 Constitución del Ecuador de 2008, Art. 11, numeral 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...”. Art. 426: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. ½½ Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente...”.

3 Término utilizado por Domingo García Belaunde en su libro *Derecho procesal constitucional*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Lima, Marsol, 1998.

4 Término utilizado por Francisco Fernández Segado en “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”. *La justicia constitucional en Bolivia, 1998-2003*. La Paz, Tribunal Constitucional, 2003.

5 Algunos autores incluyen además el modelo político francés, no obstante por tratarse de un “control” previo no consideramos trascendental traerlo a colación por el momento.

6 El sistema mixto caracterizado por la fusión armónica que se genera de los dos sistemas originarios (americano y europeo), en tanto que el sistema paralelo se caracteriza por cuanto en un mismo ordenamiento jurídico coexisten los dos modelos sin fusionarse. Véase Domingo García Belaunde, *op. cit.*

en similar posición respecto a la convergencia de los sistemas tradicionales plantea en cambio el surgimiento de un tercer sistema, al cual denomina *híbrido*, como resultado de la combinación de matices y posiciones de sistemas opuestos.

Tanto los autores señalados, como otros varios, afirman que el análisis de un sistema determinado de control de constitucionalidad, que no toma en cuenta la tendiente convergencia de los mismos, puede tender a no lograr reflejar las particularidades y características propias de cada sistema.

2.1. La convergencia de los sistemas

Como se indicó, el análisis del control de constitucionalidad ha merecido varios acercamientos que generalmente han partido de la diferencia entre los sistemas europeo y americano, o también llamados sistemas jurídicos *civil law* y *common law*. Esta clasificación tradicional y bipolar de los sistemas de control constitucional determinó a su vez, que se introduzcan en estos dos sistemas “dicotómicos”, una subclasificación que obedeciera al tipo de órgano que ejerce el control (concentrado o difuso), así como al tipo de control que se ejerce (abstracto, concreto).

Se asumía por tanto y de manera indiscutible que el sistema americano suponía un control concreto y difuso, en tanto que al sistema europeo-kelseniano le corresponde un control abstracto y concentrado, caracterizaciones que encontraban asidero en razones o fundamentos de carácter histórico-políticas e ideológicas particulares, pero además con sustento en postulados teóricos escasos o débiles que ocasionaron la relativización y convergencia actual.

Tal convergencia que no es sino el producto de las nuevas atribuciones o facultades asumidas por los órganos constitucionales, que han dado lugar a lo que Fernández Segado ha denominado la “obsolescencia de la clásica polaridad”, ha generado a su vez el diálogo entre órganos constitucionales y órganos jurisdiccionales, con lo cual, nuevamente la línea divisoria entre uno y otro se torna más tenue. La convergencia supone la combinación de elementos o características propias del sistema difuso y del sistema concentrado, dando lugar a un momento en que los sistemas dejan de ser puros.

Precisamente, uno de los procesos constitucionales que han dado lugar a la obsolescencia de los sistemas tradicionales, según veremos más adelante son los juicios incidentales.⁷

2.2. Los cuatro conceptos clave

Teniendo claro entonces que existe una convergencia constante de los sistemas tradicionales es importante analizar los sistemas de control constitucional ya no retomando la clasificación bipolar, sino desintegrando cada elemento y elaborando un análisis individual de estos. En esta medida y como se indicó en líneas anteriores, adentrarse en analizar el control concreto de constitucionalidad, implica que necesariamente hagamos una breve aproximación de los distintos tipos de control de constitucionalidad, debiendo tener presente que cada uno de ellos obedece a un análisis teórico diverso (según el tipo de órgano que realiza el control y según el tipo de control que se realiza).

Alessandro Pizzorusso en este propósito de diferenciar el control concreto, abstracto, difuso y concentrado, hace las siguientes aclaraciones.

Cuando de control *difuso* se habla, nos referimos al control que es ejercido por una pluralidad de jueces, quienes deben establecer exclusivamente para la decisión de la cuestión principal, si una determinada disposición legislativa es o no es conforme a la Constitución.⁸

En oposición al control difuso está el control *concentrado*, al cual Pizzorusso caracteriza como aquel cuyo control se confía exclusivamente a un juez u órgano que le corresponde la decisión de un asunto constitucional en el ámbito de un juicio, de tal forma que su objeto es determinar la constitucionalidad de una norma, con efectos vinculantes para todos. Este control se puede originar en dos escenarios, es decir, puede tener dos puntos de origen. Un primero, que es autónomo de cualquier otro juicio,

7 Sobre los demás puntos que dan lugar a la convergencia de los sistemas, revisar Francisco Fernández Segado, *op. cit.*

8 Pizzorusso, Alessandro. "La justicia constitucional italiana entre modelo difuso y modelo concreto". *Fundamentos n.º 4. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*. España, 2006, pp. 249-250. Internet. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2060304>.

y un segundo que surge como continuación a la remisión de la “cuestión de inconstitucionalidad” por parte de uno o más jueces que deben pronunciarse sobre un asunto diferente, y del cual la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad resulta relevante y, por tanto, prejudicial.⁹ Este último escenario nos ubica ante la figura del control incidental en sentido estricto, al cual nos referiremos más adelante.

Paralelamente encontramos el control *concreto*, el cual, en contraposición al abstracto, obedece principalmente a una clasificación en función de la aplicación que la norma a ser analizada debe recibir o ha recibido en un supuesto de hecho determinado, y en virtud del tipo de análisis que sobre tal norma se elabore. En tales casos, el análisis de constitucionalidad le puede corresponder, según el sistema en que se encuentre, al *mismo juez* que está conociendo del caso *sub judice*, lo que daría lugar a un control concreto pero difuso, o en su defecto a un *juez diferente*, cuya competencia deriva del juez ordinario, lo que supondría un control también concreto pero además concentrado.¹⁰

El control *abstracto*, mientras tanto, implica un control que es independiente o se aparta de la aplicación de la disposición controlada en un determinado caso, sin que por ello se descarte la posibilidad de que sobre este control se elaboren una o varias referencias a potenciales situaciones de aplicación de la disposición o norma controlada, es decir una suerte de situaciones hipotéticas. Por consiguiente, se podrá ubicar cualquier supuesto concreto que pueda considerarse comprendido en las formulaciones abstractas previstas en la norma, pero a manera de hipótesis.

Pizzorusso, en consideración a lo arriba manifestado, concluye que en el plano procedimental, la diferencia de los sistemas tradicionales, se ubica en la *cuestión de inconstitucionalidad*,¹¹ que en el sistema americano constituye una cuestión prejudicial, pero cuya decisión es meramente instrumental respecto a la decisión de fondo del caso, da lugar al tradicional

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 Como una breve referencia, pues más adelante abordaremos este tema con mayor profundidad, podemos señalar que la cuestión de constitucionalidad supone la remisión, que un juez ordinario hace a un órgano con jurisdicción constitucional, de una consulta de constitucionalidad respecto a una interpretación realizada por el juez ordinario a partir de una norma legal, de tal forma que sea el órgano con jurisdicción constitucional quien resuelva la constitucionalidad o no de la interpretación.

sistema *difuso*. En tanto, para el sistema europeo la decisión de la cuestión de inconstitucionalidad da lugar a un proceso distinto de aquel en el que desplegará sus efectos, de tal forma que este constituye el único objeto concreto de la decisión, lo que viene a ser el sistema *concentrado*.¹² Siendo así, en el sistema europeo la cuestión de inconstitucionalidad es incidental como en el sistema difuso, pero además prejudicial.

En consecuencia, la cuestión de inconstitucionalidad viene a marcar el punto de convergencia entre el sistema americano y el europeo por los elementos que de cada uno toma, pero es además el punto de deflexión a partir de la dirección que tal cuestión de inconstitucionalidad tome para su resolución. Es decir, si la solución de la cuestión se mantiene en el propio juez del cual surgió, entonces nos encontramos ante un sistema difuso; en tanto que si la dirección que la cuestión toma es dirigida a un órgano diferente de aquel en el que se originó, entonces el sistema será concentrado.

Hasta aquí el autor se refiere a una distinción entre control concentrado y difuso, en razón de la cuestión de inconstitucionalidad, sin denotar aproximación alguna; no obstante, en cuanto añade que en los casos de control concentrado, cuando la iniciativa del control se origina en un juez ordinario que dentro de un proceso dude sobre la constitucionalidad de una norma que deba aplicar y pasa a consultar al órgano constitucional, la línea delimitante o de separación entre los dos modelos se convierte en el vínculo de lo que inicialmente es un quiebre entre órganos judiciales y órgano constitucional.

Es decir que para el autor, si bien en un inicio las diferencias fueron muy marcadas (control concentrado-control difuso), será más tarde con el surgimiento del juicio incidental a propósito de las nuevas atribuciones que los tribunales o cortes constitucionales han asumido, que tales diferencias se vayan tornado cada vez más tenues, de tal forma que, justicia ordinaria y justicia constitucional, encontrarán ese vínculo que los conecte en la práctica constitucional. En tal virtud, lo que para Pizzorusso constituyó en inicio el punto de desencuentro entre control difuso y control concentrado, puede además significar el punto de encuentro entre control concreto y control abstracto, en razón del denominado *control incidental en sentido estricto*.

12 Alessandro Pizzorusso, *op. cit.*, pp. 243-246.

3. El control concreto de constitucionalidad

Ahora bien, volviendo al análisis del control concreto de constitucionalidad, podemos señalar entonces que este supone una relación exclusiva o preponderante con la aplicación de la norma a un concreto supuesto de hecho, de ahí precisamente que el control concreto de constitucionalidad, se acerca principalmente a la actividad del juez¹³ que debe establecer las consecuencias de su decisión dentro del caso llevado a su conocimiento.¹⁴ En palabras de Zúñiga Urbina el control concreto de constitucionalidad supone aquel “examen de constitucionalidad de la ley en el momento en el que se aplica a un caso concreto...”¹⁵

Si bien una definición como esta no la encontramos en la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) sí lo hace, en tanto califica al control concreto de constitucionalidad como aquel cuya finalidad es “garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.”¹⁶

De la lectura de los párrafos anteriores (doctrina y ley), se observa que entre ambos existe un denominador común, cual es la *aplicación*. Consecuentemente podemos concluir que este tipo de control, no es sino el juicio o examen de constitucionalidad que una jueza o juez (ordinario o constitucional), elabora respecto de una norma que va a ser aplicada en un caso, cuya decisión le corresponderá —según sea el caso— al propio juez que conoce el juicio en el que se origina, o a uno diferente de este, al que lo remite para su decisión. En definitiva, este tipo de control constituye aquella posibilidad de verificar en un caso en concreto, es decir, en su aplicación la compatibilidad de la norma infraconstitucional con la Constitución, de ahí que el examen de constitucionalidad no se da en abstracto, sino que se origina en la aplicación propia de la norma positiva dentro de un proceso judicial.

13 En oposición al control abstracto el cual atiende a la actuación del legislador.

14 Alessandro Pizzorusso, *op. cit.*, pp. 242-246.

15 Zúñiga Urbina, Francisco. “Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”. *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Chile) 2, Universidad de Talca (2004): 217 ss. Internet. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82020109.pdf>.

16 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro oficial n.º 52 del 22 octubre 2009.

Es importante recordar que si bien el control concreto encuentra su origen en el sistema norteamericano de *judicial review*, su equiparación con el concepto de control difuso —como lo indicamos anteriormente— no es determinante en la actualidad, para lo cual basta observar la ingeniería del control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4. El control incidental de constitucionalidad

Visto hasta aquí, encontramos que una forma de expresión en la actualidad del control concreto es por medio del control incidental mediante la figura de la cuestión de inconstitucionalidad, que para el caso ecuatoriano es —consideramos— quizá su única expresión.

Este control incidental dentro del control concentrado, a diferencia de lo que sucede en el control de tipo americano que es asimismo incidental, se diferencia por el elemento prejudicial. Mientras en el control incidental del modelo americano, la constitucionalidad de una norma, se resuelve exclusivamente dentro del propio proceso ordinario (mediante un mismo juez), en el control incidental de carácter concentrado, se desarrollan dos procesos distintos, uno ordinario y otro constitucional que se hallan unidos por la relación de prejudicialidad.¹⁷

Bajo esta perspectiva, la prejudicialidad comprende aquellas cuestiones que deben ser resueltas por otro órgano jurisdiccional, es decir, las situaciones que surgen de un proceso principal y que por su heterogeneidad material causan en principio la incompetencia del órgano que conoce de la controversia.¹⁸ En consecuencia, es lógico suponer que nos encontramos ante un control incidental de constitucionalidad, cuando se establece que en cualquier proceso en el que una norma sea objeto de cuestionamiento respecto de su constitucionalidad por parte de un juez ordinario, tal cuestionamiento deba ser sometido a consulta ante el órgano constitucional. Ante esta situación, la consulta al órgano constitucional viene a constituirse en una cuestión previa a la resolución de fondo y que,

17 Blasco Soto, María del Carmen. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A., 1995, pp. 110-111. Sobre este asunto ahondaremos más adelante.

18 *Ibid.*, p. 170.

por su naturaleza, constituye objeto independiente y principal en el proceso de análisis de la constitucionalidad de la norma.

En definitiva, el control incidental de constitucionalidad se presenta en dos escenarios diferentes —no compatibles o convergentes— pero siempre como antesala al control concreto. Por un lado, aquella posibilidad en la que un juez en conocimiento de una causa, considera que la norma que debe ser aplicada en el caso en el cual se encuentra resolviendo, padece de inconstitucionalidad, en cuyo caso le acompaña la facultad —constitucional o legal— de inaplicar la norma legal para dar lugar a la aplicación directa de la Constitución, bajo el argumento de que la misma es contraria a la norma suprema. Esta situación constituye lo que la doctrina denomina como la “acción de inaplicación” o la “excepción de inconstitucionalidad”. No obstante, los efectos de tal decisión judicial están dirigidos exclusivamente para la causa en la que se origina. En este caso, el sistema que opera es un sistema de control concreto pero además de control difuso.

El segundo escenario surge de lo que la doctrina llama la “cuestión de inconstitucionalidad”, que no es sino aquella que se presenta cuando asimismo dentro de un caso en concreto, la jueza o juez que está en conocimiento de una causa, considera que la norma que va o debe aplicarse es contraria a la Constitución, ante lo cual le corresponde suspender la tramitación de la causa y elevar en consulta al organismo constitucional, para que sea este quien lo resuelva. Por tanto, el control de constitucionalidad, tiene su fase inicial en el juez a quo y una fase concluyente en el Tribunal o Corte Constitucional, por lo que se trataría de un control concentrado pero también concreto.

En definitiva, estos dos escenarios que conllevan un control concreto de constitucionalidad, con efectos, procesos y actores diversos, contienen un factor común, cual es la presencia de un juez a quo de cuyo análisis —duda— nace el examen de constitucionalidad de una norma. Para Calamandrei, el juez a quo en la cuestión de inconstitucionalidad hace la función de un “portero” de la Corte Constitucional, esto a propósito de que para llegar a la Corte Constitucional es preciso que la cuestión pase a través de la escala del juicio ordinario, es decir que nazca como cuestión de aplicabilidad a un caso concreto o singular.¹⁹

19 Francisco Zúñiga Urbina, *op. cit.*, p. 219.

5. La cuestión de inconstitucionalidad

Corresponde ahora elaborar un análisis de los presupuestos teóricos que introduce la cuestión de inconstitucionalidad. Según Blasco Soto, la cuestión de inconstitucionalidad o llamado también control incidental, obedece a una naturaleza plural, por ser al mismo tiempo *subjetiva* y *objetiva*. Es *objetiva* por cuanto: i) asegura la primacía de la Constitución manteniendo la actividad del legislador dentro del ordenamiento jurídico; y, ii) declara la validez de una norma jurídica abstracta y general controlando al órgano del cual se origina el acto objeto del proceso. Es *subjetiva*, pues, i) permite que los titulares de los derechos debatidos, encuentren un medio de defensa frente a la aplicación inconstitucional de la norma, demandando una aplicación constitucionalmente correcta de un precepto (que de fondo supone precautelar el derecho a la tutela judicial efectiva), y principalmente porque ii) refleja y recoge la aplicación concreta que la norma va a recibir. Justamente por ello es que no se trata de un juicio abstracto, hipotético o eventual sobre la constitucionalidad de una ley, sino un juicio de la ley pero en su aplicación específica por parte del juez en un caso en concreto.²⁰

Es en este último elemento en donde la diferencia entre disposición y norma toma relevancia. Luis Prieto Sanchís al abordar el asunto referente a la interpretación afirma que la distinción entre normas y disposiciones es el siguiente. El objeto de una interpretación, es decir, lo que se interpreta es siempre un texto, un enunciado o conjunto de enunciados. La norma no es un objeto de interpretación sino el resultado de la misma, siendo por lo tanto que la norma es el significado que se da al texto (que puede ser una o varias disposiciones legales) mediante la interpretación, logrando así la separación de la actividad frente al resultado (interpretar e interpretación).²¹ Trasladado esto a la cuestión de inconstitucionalidad podemos señalar que el objeto de la consulta por parte de un juez al órgano constitucional, es respecto de una norma (interpretación) mas no de

20 María del Carmen Blasco Soto, *op. cit.*, pp. 98-100.

21 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 226. Ver también Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, Marcial Pons UNAM, 2010.

una disposición, pues, de no ser así el control de constitucionalidad sería equivalente al de una acción de inconstitucionalidad.

Volviendo a lo anterior. La doble o plural naturaleza que encierra la cuestión de inconstitucionalidad es corolario de la coexistencia de un doble interés. asimismo subjetivo y objetivo que son correlativos a esta naturaleza. El interés *objetivo* busca la supremacía de la Constitución, y como tal la depuración del ordenamiento jurídico, mientras que el interés *subjetivo* propugna la tutela de los intereses individuales (del juez y las partes), principalmente de la tutela judicial efectiva mediante la no aplicación de normas contrarias a la Carta fundamental. Se debe, sin embargo, tener presente que cuando hablamos de intereses no hacemos referencia a las pretensiones de las partes en el juicio a quo.

Siendo el carácter e interés subjetivo el que configura la naturaleza misma de la cuestión de inconstitucionalidad, haremos una breve pausa en ese punto particular, sin que por ello entendamos que se está restando importancia al carácter objetivo que esta guarda, empero, si de lo que tratamos es de un tipo de “control”, es elemental suponer que tal denominación devenga de un carácter objetivo, ya explicado.

La *subjetividad*, así entendida, se produce por la conexión que llega a tener la decisión que adopte la Corte Constitucional y los derechos debatidos en el proceso. Este nexo tiene origen en dos elementos que están íntimamente relacionados. En primer lugar, por el carácter *prejudicial* que caracteriza a la cuestión de inconstitucionalidad. La prejudicialidad implica aquello que constituyendo antecedente lógico de un juicio ordinario, puede dar lugar a un proceso independiente del principal, es decir, puede ser objeto de un proceso autónomo, requiriendo para su decisión la aplicación de normas jurídicas sustantivas heterogéneas.²² La subjetivización de la cuestión implica en tal sentido que el nacimiento de esta suponga la existencia de un litigio previo, que activa la competencia del órgano constitucional.

En segundo lugar, la subjetividad obedece al carácter *concreto*, siendo este elemento el de mayor relevancia. La concretización implica que el planteamiento de la inconstitucionalidad de la ley surja precisamente de su

22 María del Carmen Blasco Soto, *op. cit.*, p. 108.

aplicación, mas no de un análisis abstracto por parte del órgano judicial, sino que este extrae una regla de la disposición cuestionada y la eleva a la Corte Constitucional para que sea esta quien decida en última instancia.²³

Precisamente por esta concretización que significa la cuestión de inconstitucionalidad es que se encuentran entremezclados en la cuestión los intereses (no pretensiones) de las partes y del juez del juicio a quo;²⁴ intereses que principalmente responden a la no aplicación en el proceso de una norma inconstitucional, y sus consecuentes efectos vulneratorios, y secundariamente la depuración del ordenamiento jurídico. Por tanto, los intereses de las partes y el juez que promueve la cuestión resultan ser coincidentes y extensivos incluso hasta la decisión del órgano constitucional.

Por estar condicionado a la existencia de un litigio, el planteamiento por parte del juez ordinario no es resultado de una valoración abstracta y general, sino de la aplicación de ese enunciado normativo en un caso concreto, justamente porque la facultad de realizar un control abstracto de las normas, no corresponde a los órganos judiciales sino a la Corte Constitucional.²⁵

En consecuencia, al suponer la cuestión de inconstitucionalidad una forma de control concreto de constitucionalidad, la remisión por parte del juez a los hechos concretos en los cuales tiene lugar la norma presuntamente vulneratoria, adquiere vital importancia. De darse lo contrario, es decir, si el juez o jueza se aparta de los hechos, estaríamos suponiendo sino una sustitución, cuando menos una equiparación de la cuestión de inconstitucionalidad con la acción de inconstitucionalidad, cuya formulación en la vigente Constitución de 2008 deriva de una acción popular. Por consiguiente, la remisión a los hechos por parte del órgano jurisdiccional consultante no solo es un requisito procesal, sino constituye la naturaleza misma de esta cuestión, que a su vez posibilita al juez ordinario a marcar el espectro de análisis a la propia Corte Constitucional, en tanto

23 Manuel García Pelayo señala en este sentido que “lo abstracto vive en lo concreto, y lo concreto es la específica articulación en un caso de notas abstractas”, citado por 190 María del Carmen Blasco Soto, *op. cit.*, p. 113.

24 Para algunos doctrinarios, en la cuestión de inconstitucionalidad los intereses toman lugar hasta el planteamiento de la cuestión y desaparecen al momento de decisión de la cuestión. A ello, Blasco Soto ha expresado que los intereses persisten incluso hasta el momento mismo en que se toma la decisión. Ver María del Carmen Blasco Soto, *op. cit.*, p. 110.

25 María del Carmen Blasco Soto, *op. cit.*, p. 108.

esta última no puede elaborar un análisis más allá de la propia consulta planteada.²⁶

Tal ha sido la importancia que la doctrina atribuye a la concreción, que Pizzoruso —citado por Blasco Soto— ya lo calificó como aquel elemento que caracteriza profundamente a la cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto la decisión del órgano constitucional (Tribunal o Corte Constitucional) “está ligada a un concreto supuesto de hecho en el ámbito del cual la ley declarada inconstitucional había encontrado o se pretendía que encontrase aplicación.”²⁷

Consecuencia del carácter prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad surge inmediatamente el factor o carácter devolutivo. La cuestión de inconstitucionalidad es prejudicial de carácter devolutivo por las dos caras que esta encierra: una de origen, en tanto supone un nexo del proceso *a quo* con el proceso constitucional y como tal su inicio; y otro, en los efectos de la sentencia que el proceso constitucional autónomo genera sobre el proceso *a quo*, constituyendo el punto de retorno.

Hasta aquí observamos que la cuestión de inconstitucionalidad posee un carácter incidental, subjetivo, prejudicial, de concretización y devolutivo; todas estas características dependientes una de las otras. Blasco Soto suma otros elementos importantes como son el carácter *previo, suspensivo y autónomo*.

6. La consulta o cuestión de inconstitucionalidad en Ecuador

En Ecuador, la cuestión de inconstitucionalidad explicada en los párrafos anteriores, se concretiza en la denominada consulta de constitucionalidad. El artículo 428 de la Constitución establece la consulta de constitucionalidad en los siguientes términos:

Art. 428.- 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

26 Como veremos más adelante, la regulación prevista en la LOGJCC resulta contraria a esta premisa, por lo que los efectos de las sentencias de la Corte a propósito de la cuestión de inconstitucionalidad la desnaturalizan, al suponer que en tal presupuesto es posible elaborar un control abstracto de constitucionalidad.

27 *Ibíd.*

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. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.²⁸

De la disposición constitucional transcrita se observan los siguientes elementos:

- i. La consideración de que un juez concidere que una norma es contraria a la Constitución, bien sea por su propio criterio y análisis o por la solicitud de una de las partes del proceso;
- ii. La suspensión de la tramitación de la causa cuando concurra la consideración sobre la inconstitucionalidad; y,
- iii. Remisión de la consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional, para que sea ésta quien la resuelva.

Para sostener que la disposición contenida en el artículo 428 de la Constitución, consagra la cuestión de inconstitucionalidad, cotejaremos las características teóricas antes referidas a fin de determinar si tal disposición se enmarca o no en la denominada institución.

La cuestión de inconstitucionalidad hemos dicho, recoge los siguientes efectos: devolutivo, previo, suspensivo y autónomo. Si trasladamos tales elementos a la consulta de constitucionalidad (art. 428, Constitución) observamos que la norma constitucional establece que todo juez que considere que una norma viola el texto constitucional, deberá consultar a un órgano diferente a este —el constitucional— sobre la constitucionalidad de la norma (*autonomía*); decisión esta última que es *previa* a la resolución del juicio inicial que ha quedado *suspendido* mientras se resuelve el proceso prejudicial, y sobre la que producirá efectos *devolutivos*.

En síntesis, la consulta de constitucionalidad contenida en el artículo 428 de la Constitución, en tanto faculta a los jueces a plantear consultas a la Corte Constitucional respecto de aquellas normas que consideren contrarias a la Constitución, luego de haber suspendido la tramitación de

28 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 428.

la causa en la que correspondía la aplicación de la norma consultada, se ajusta a lo que en párrafos anteriores hicimos referencia, respecto del control incidental prejudicial. Por consiguiente, la consulta de constitucionalidad es un tipo de control concreto de constitucionalidad incidental y prejudicial.

Del desarrollo legislativo que la consulta de constitucionalidad ha supuesto que en la LOGJCC, en los artículos 141, 142 y 143, se retome aparentemente la misma dinámica de la Constitución para el proceso de consulta de constitucionalidad; no obstante, como lo analizamos a continuación, la norma legal incluye varias particularidades que pueden incluso llegar a introducir contradicciones con la Constitución.

En la LOGJCC, la consulta de constitucionalidad está regulada bajo las siguientes formulaciones:

Art. 141.- Finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad.- El control concreto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de 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, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.²⁹

29 El artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional curiosamente tiene un contenido idéntico al artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Al analizar la norma legal encontramos lo siguiente:

Los incisos segundo del artículo 141 y primero del artículo 142 de la LOGJCC, aparentemente intentan retomar el principio de aplicación directa, sin embargo los mismos caen en contradicción, por lo siguiente:

El artículo 141 y el artículo 142 aluden al principio de aplicación directa de la Constitución en el supuesto por el cual en el ordenamiento jurídico no exista norma legal alguna que regule una situación jurídica determinada (vacío legal). La norma dispone “sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en otras normas...” con lo cual dispone que la aplicación directa de la Constitución procede (para los órganos jurisdiccionales) en tanto no exista una norma legal en el ordenamiento que desarrolle un elemento constitucional. Por tanto, cualquier otra modalidad de aplicación directa de la Constitución por parte de un juez ordinario, como lo es frente a las eventuales contradicciones de una norma legal con la Constitución, la inaplicación de la primera, no es atribuible al órgano judicial, sino que corresponde a la Corte Constitucional vía consulta de constitucionalidad declarar o no su inconstitucionalidad. Ello, sin embargo, no significa que no rige el principio aplicación directa cuando existen normas que contravengan la Constitución; lo que sucede es que la potestad de aplicar la Constitución ante tal supuesto constituye una facultad que a partir del órgano judicial se transfiere a la Corte Constitucional, para que sea esta, quien aplicando directamente la norma suprema, declare si una norma es o no constitucional.

Un segundo asunto igualmente problemático se presenta respecto del artículo 142 de la LOGJCC, en tanto determina lo siguiente: “En consecuencia” (de lo anterior, es decir, cuando si existe norma³⁰) el juez *solo si tiene duda razonable y motivada* consultará a la Corte Constitucional. La norma legal, diferente con la Constitución ya que se refiere exclusivamente a la *duda*, mas no a un supuesto más amplio como lo es una *consideración*; esto a primera vista puede parecer equivalente, no obstante, cuando ello se traduce al campo práctico tal equivalencia se ve desvirtuada.

Si acudimos al significado mismo de la locución *considerar*, encontramos que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE)

30 La expresión *en consecuencia*, además de la interpretación dada en este punto puede también significar o referirse a un *siguiente paso*.

al respecto señala: “1. Pensar, meditar, reflexionar algo con atención y cuidado. 2. Tratar a alguien con urbanidad o respeto. 3. Juzgar, estimar.”³¹ En lo que nos interesa ahora tratar, nos remitimos a la primera (1) y última (3) definición para abordar la explicación pertinente. La definición transcrita es clara en indicar que una consideración supone un análisis, una estimación respecto de algo que es materia de juzgamiento, es decir, puede incluir tanto una duda como una certeza.

Por otra parte, la expresión “duda” incluye: “1. Tener el ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones y juicios contradictorios, sin decidirse por unos o por otros. 2. Desconfiar, sospechar de alguien o algo. 3. Dar poco crédito a una información que se oye. 4. Temer.”³² Esta definición supone que en quien se origine la duda, se haya adoptado una posición respecto de algo que está siendo analizado, como una norma. Sin embargo, tal posición no es definitiva, es decir, no existe un posicionamiento firme sobre lo que sí es, no así sobre lo que no es, en otras palabras una posición de que una norma *no es* algo que inicialmente se presume, como por ejemplo ser constitucional.

En definitiva, la *consideración* puede suponer tanto una duda cuanto su opuesto, es decir una certeza. Lo anterior nos conduce a pensar entonces que la norma legal recogida en la LOGJCC, reduce o restringe la posibilidad de la consulta de los jueces ordinarios, solo para aquellos casos en los cuales el mismo tenga dudas.³³

Frente a la formulación elaborada por el legislador y la restricción de la misma frente a la Constitución en torno a la consulta de constitucionalidad, ha tomado espacio un sector de la doctrina señalando que esta regulación normativa supone un intento, para que mediante la misma norma legal se logre salvar o “arreglar” la contradicción que guarda la misma Constitución (arts. 426, 11, numeral 3, y 428).³⁴ Tal intento, según este sector de la doctrina, encuentra sustento en el siguiente

31 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Internet. www.rae.es. Acceso: 23 abril 2011.

32 *Ibid.*

33 Sobre la categorización de “duda” como un problema de delimitación nos referiremos más adelante.

34 Los artículos 11, numeral 3, y 426 recogen el principio de aplicación directa de la Constitución, en tanto que el artículo 428 la consulta de un juez a la Corte Constitucional.

argumento. “Si bien es cierto que la Corte Constitucional es el órgano de cierre en materia constitucional, también es cierto que la propia supremacía de la Carta Política exige su protección por todo el sistema judicial y no solo por la Corte”.³⁵ Tras este argumento con posterioridad concluirán que la *duda* y su consecuente consulta, a la cual hace mención la ley, en tanto dice “*solo si*” (es decir *siempre que...* o *únicamente*), implica además un opuesto, cual es la certeza y la consecuente aplicación de la Constitución, y como tal inaplicación de la norma legal.

Una interpretación de esta naturaleza resulta llamativa, toda vez que ni la ley ni la Constitución hacen mención o facultan de forma alguna a un juez a inaplicar una norma legal.³⁶ La interpretación elaborada se sustenta principalmente en el principio constitucional de aplicación directa de la Constitución (artículos 426 y 11, numeral 3, Constitución), por lo que es importante ahora delimitar aquellos escenarios en los cuales el principio de aplicación directa de la Constitución toma lugar.

Partimos señalando que la aplicación directa de la Constitución tiene lugar en tres escenarios de actuación. Un primer escenario es aquel en el que existe una norma legal que desarrolla los contenidos constitucionales, en tal caso, la aplicación directa de la Constitución tiene lugar por la propia aplicación de la norma legal vigente. Decimos entonces que hay aplicación directa de la Constitución, cuando hay aplicación de la propia ley.

Un segundo escenario es aquel en el que no existiendo normativa secundaria que desarrolle los contenidos de un derecho constitucional, se puede aplicar directamente las disposiciones constitucionales. En este escenario la aplicación directa toma partida de manera inmediata, es decir, en virtud de que la normativa secundaria no está desarrollada, sí existen directrices o principios constitucionales que pueden ser aplicables al caso. En este segundo supuesto, las formulaciones elaboradas en la

35 Escobar García, Claudia. “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” *La Constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 338-342.

36 Aunque este es el punto medular de posible contradicción de la Constitución, consideramos que en tanto la Constitución no reconozca la inaplicación a los órganos jurisdiccionales, no es posible elaborar una interpretación de este tipo a partir de la ley.

Constitución en torno a la aplicación directa de la Constitución, es en sentido estricto (arts. 11, numeral 3, y 426).³⁷

Finalmente, existe un último escenario en el cual encaja el tema que ahora abordamos, es aquel en el que existiendo una norma legal, la misma es contraria a la Constitución. Ante tal supuesto, no decimos de manera alguna que no existe aplicación directa. En este caso tiene lugar una suerte de paso intermedio que es el de la consulta de constitucionalidad, por parte del propio juez, quien delega la decisión del asunto a un órgano especializado, que para el caso ecuatoriano es la Corte Constitucional, quien será la encargada de, en virtud del principio, no solo de la aplicación directa de la Constitución, sino de la propia supremacía constitucional al determinar si una norma es o no inconstitucional.³⁸

37 La aplicación directa en este segundo escenario, sin embargo, no supone un mero enunciado al texto constitucional, sino una elaboración interpretativa de la disposición constitucional.

38 En este punto es preciso dejar cuando menos señalado lo siguiente. La Disposición derogatoria General que contiene la Constitución, establece: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda *norma contraria* a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.” (Énfasis añadido.)

Sobre este asunto corresponde hacer algunas puntualizaciones. La disposición indica “normas contrarias a la Constitución”. En primer lugar, se refiere a *normas*. En sentido estricto tal expresión implica las interpretaciones efectuadas por un operador jurídico autorizado para ello, sobre una disposición legal, para dar como resultado una norma. A su vez indica que la norma debe ser *contraria a la Constitución*, lo cual como hemos de suponer implica un examen de constitucionalidad, en donde se coteja la norma con la Constitución. Estos dos elementos, *interpretación y examen de constitucionalidad*, si bien pueden ser llevados a cabo por cualquier autoridad, la decisión última y como tal obligatoria, es decir, la determinación específica que la norma es contraria a la Constitución solo le puede corresponder a la máxima autoridad, que para nuestro caso es la Corte Constitucional.

Suponer que la decisión sobre si la norma es o no contraria a la Constitución está en manos de cada uno de los operadores judiciales, significaría que tales, lo pueden hacer solo para casos concretos, lo cual como suponemos lógico, no es el objetivo de la disposición derogatoria, pues la misma pretende *eliminar*, los textos legales que contravengan la Constitución. Este asunto si bien implica un análisis mucho más extenso que no es posible concluirlo en un artículo, podría ser de alguna manera planteado además con respecto a la inseguridad jurídica que una posibilidad como estas genera, en tanto entendemos que eliminar toda norma contraria a la Constitución (a veces códigos enteros) por la consideración de un juez, generaría vacíos jurídicos aún más preocupantes, cuando es dable que este mismo juez elabore interpretaciones conforme que disuelvan la posible contradicción. Precisamente la doctrina ha señalado que la constitucionalización del ordenamiento jurídico supone la “interpretación conforme” de las normas vigentes. Ver Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

En este último escenario de aplicación directa, por consiguiente, se formula una regla de excepcionalidad dirigida a los órganos jurisdiccionales. El contenido de la regla es que, ante una eventual norma legal que se presume contraria a la Constitución, el juez no está facultado para resolver tal asunto, sino un órgano superior y constitucionalmente facultado, como la Corte Constitucional. Este escenario de la aplicación directa de la Constitución es por tanto una regla de concreción de competencia en torno a quién deberá hacer la aplicación directa de la Constitución, esto en virtud de que entra en juego otro principio constitucional, el principio *pro legislatore*.

Un último elemento que abordamos en el contexto de las normas contenidas en la LOGJCC, tiene que ver con lo siguiente. Cuando la norma legal señala que solo si el juez tuviera duda de *que una norma es contraria a la Constitución*, consulte a la Corte Constitucional. La expresión “contraria a la Constitución”, declara implícitamente *inconstitucional*, por tanto la norma legal se traduciría en lo siguiente: *solo si un juez tuviere dudas de que una norma es inconstitucional consultará a la Corte Constitucional*. Al parecer nada extraño trae el enunciado, sin embargo, nos preguntamos: ¿cómo es posible pensar que un juez pueda dudar y consultar a la Corte Constitucional, respecto de la inconstitucionalidad de una norma? De lo que sí se puede dudar es de la constitucionalidad de una norma, pues lo contrario sería pensar que se parte del supuesto de que toda norma es inconstitucional, contradiciendo así el propio principio de presunción de constitucionalidad de la ley o principio *pro legislatore*. Peor aún es pensar que una autoridad judicial teniendo dudas de que una norma sea inconstitucional, es decir, que considera que la norma puede ser constitucional, consulte a la Corte. Nos preguntamos entonces ¿de qué va a consultar un juez si tiene duda de que la norma es inconstitucional, sino de lo contrario, es decir, de la constitucionalidad; qué tan lógico es suponer que un juez consulte de la constitucionalidad de una norma al órgano constitucional cuando se supone que opera el principio *pro legislatore*?

Volviendo ahora al tema principal, encontramos que tanto la elaboración normativa, cuanto la interpretación doctrinal presentada, en primer lugar contradicen la propia Constitución, cuando debe ser esta como norma suprema, la que dé las directrices a cualquier desarrollo legislativo

e incluso una elaboración o interpretación doctrinal, de tal forma que ni una ni otra podrán rebasar los parámetros establecidos por el constituyente.

Si la Constitución ha fijado un procedimiento claro y específico respecto del actuar de los jueces ante una posible contradicción de la norma con la Constitución, no es posible que una norma legal pretenda restringir una regla tan clara como la que manda el artículo 428.

El problema quizás ahora es analizar si la disposición constitucional que sostiene la consulta de constitucionalidad de los jueces es o no compatible con aquella que contiene la aplicación directa de la Constitución (arts. 11, numeral 3, y 426). Esta interrogante nos conduce al asunto relativo a las reglas y los principios.³⁹ La aplicación directa de la Constitución, como no puede ser de otra forma constituye un principio, es decir un mandato de optimización, una directriz. La disposición constitucional que contiene la consulta de constitucionalidad supone en tanto, una regla, es decir un mandato de cumplimiento obligatorio, que además deriva del principio *pro legislatore*. Los principios como sabemos se cumplen en mayor o menor medida, mientras que las reglas se cumplen o no, agotándose en sí mismos.

En este orden de ideas, si entendemos que la aplicación directa es un principio y la consulta de constitucionalidad es una regla, es esta regla la que reduce constitucionalmente al principio. Una reducción por lo tanto debe dar cabida a que otra sección del principio de aplicación directa sí se cumpla, pues como lo indicamos al ser un principio el mismo se cumple en mayor o menor medida. Es decir, el principio de aplicación directa no procede inicialmente cuando un juez en un proceso considere que una norma es contraria a la Constitución, porque en tal supuesto debe consultar. Con lo cual la Constitución asigna un peso mayor al principio que está detrás de esta consulta, es decir del principio *pro legislatore*. Sin embargo, sí deberá proceder la aplicación directa en otros supuestos (vacío legal, y aplicación legal), pues de no ser así, el principio de aplicación directa no se cumpliría en absoluto.

39 Sobre la distinción entre principios y reglas, consultar Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2006; también del mismo autor: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; así mismo: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Un asunto sobre el cual sí encontramos una dificultad, y frente al cual expresamos una mayor crítica, es en razón de la posibilidad que cualquier otra autoridad o funcionario público, diferente a un juez, sí podría aplicar directamente la Constitución, no solo cuando no existe ley, sino incluso cuando existe contradicción, esto por cuanto, el artículo 428 se presenta como una regla que solo se refiere a los jueces. La solución que ahora planteamos ante una incongruencia de esta naturaleza, que recalcamos no consta textualmente en la Constitución, pero que a propósito de una interpretación extensiva podemos extraer es la siguiente: si una autoridad administrativa —diferente a un juez— encuentra una contradicción de una norma infraconstitucional con la Constitución, entonces este, en tanto sea posible, procurará elaborar en esta norma infra-constitucional una interpretación acorde a la Constitución.

7. Los efectos de la sentencia

En torno a los efectos que se generan del *fallo* del órgano constitucional es preciso hacer algunas consideraciones.

La decisión de la Corte Constitucional, en los casos de consulta de constitucionalidad de los jueces, si bien es fruto de un proceso subjetivo, y como tal concreto, ello no implica que la decisión que emita sea en función de los intereses subjetivos de las partes, es decir la Corte Constitucional no viene a resolver el objeto principal del juicio *a quo*. La Corte Constitucional si bien debe su activación a tales intereses, su decisión no apunta a dar solución a las pretensiones que sustentan el juicio inicial. A la Corte Constitucional lo que le corresponde es dar solución a la consideración (duda-certeza) que sobre una norma legal ha derivado, sin que ello implique que su decisión sea concretamente del caso del cual se origina. Por tanto, el juez constitucional soluciona en concreto, en tanto resuelve sobre la constitucionalidad de la interpretación dada por el juez de un texto normativo, y del cual hace su consulta. Por consiguiente, la Corte Constitucional resuelve la constitucionalidad de una norma, mas no de una disposición normativa.

Por regla general, la decisión que adopta la Corte Constitucional de las consultas realizadas por los jueces, a pesar de constituir un control concreto, sus efectos sin embargo son *erga omnes*, de tal forma que si se

resuelve declarando que la norma o interpretación realizada por el juez es inconstitucional, tal declaración será obligatoria para todos y por tanto aplicable para todos los casos que se generen con posterioridad, bajo las mismas circunstancias —supuestos fácticos— del juicio inicial.

En otras palabras, si bien la característica de este tipo de control es incidental y subjetivo, en tanto atiende a los intereses de las partes involucradas de no aplicar una norma inconstitucional, ello no descarta el hecho que, la decisión que adopte la Corte Constitucional genere efectos para todos los casos similares a estos, y entre ellos el juicio inicial del cual se origina la consulta. Lo contrario (efectos *inter partes*) significaría pensar que la Corte Constitucional resuelve ahora sí las pretensiones de las partes del juicio inicial.

De lo anterior resta añadir lo siguiente: si el control que supone la consulta o cuestión de inconstitucionalidad es un control de tipo concreto, en razón de la aplicación que una determinada norma, de la cual se duda respecto de su constitucionalidad, tiene dentro de un proceso; lo lógico además es de suponer que los efectos asimismo serán de carácter concreto, esto es, en atención a la aplicación de una norma a un hecho fáctico —independientemente del cual se origina—, situación esta que se encuentra recogida en la ley en el artículo 143, numeral 2. No obstante, la LOGJCC introduce una particularidad que analizamos a continuación.

Art. 143.- Efectos del fallo.- El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:

1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.

La norma legal transcrita incluye dos posibilidades dentro de un mismo supuesto —consulta de constitucionalidad— que pueden o no resultar coincidentes, según criterio de la propia Corte.

El supuesto contenido en el numeral 2 del artículo referido, formula dos situaciones. Cuando la Corte Constitucional decida sobre la *aplicación* de la disposición legal, es decir sobre la interpretación realizada por el juez en el caso que se encuentra resolviendo, los efectos que producen la sentencia de la Corte, serán por un lado, *erga omnes*, en tanto obliga a todos jueces que deban resolver a futuro en casos análogos al consultado, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional; precisamente por ello determina la ley que una decisión en este sentido, deberá imperativamente contener “con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión...”.

Como es lógico de suponer, si la decisión en un juicio incidental tiende a resolver un problema de inconstitucionalidad en la aplicación misma de la disposición, es decir, de una interpretación extraída de la norma como producto de su eventual aplicación a un hecho fáctico determinado, por presumiblemente violar derechos o la propia Constitución, la decisión de la Corte debe ser en atención a ello, es decir, bien sea declarando que la interpretación consultada es inconstitucional y como tal prohibiendo una aplicación de este tipo, o en su defecto negando que la interpretación consultada sea inconstitucional.

Todo lo anterior tiene coherencia con la naturaleza misma de este tipo de procesos, es decir, el análisis de constitucionalidad de la aplicación de una disposición legal. Por lo tanto, un supuesto que incluya efectos diversos a estos no haría otra cosa sino sobrepasar la naturaleza del juicio incidental. Precisamente, un supuesto que cae en lo señalado es el numeral 1 del artículo 143.

El numeral 1 incluye asimismo dos situaciones —la segunda producto de la primera— de las cuales consideramos vale hacer algunas observaciones. En primer lugar la norma da lugar a que la Corte pueda como consecuencia de una consulta de constitucionalidad elaborar un examen de constitucionalidad de la disposición, es decir de un articulado o texto específico, no así de la interpretación consultada, cuyos efectos son asimismo *erga omnes*. Por lo tanto, se amplía el campo de análisis del cual deriva la competencia de la Corte, ello en tanto va más allá de la interpretación que ha sido elevada en consulta.

Consecuencia de lo anterior, señala la propia norma, la sentencia tendrá los mismos efectos que una sentencia de control abstracto de constitucionalidad. Por tanto, el efecto inmediato de tal sentencia ya no es eliminar

una interpretación, sino eliminar o extinguir la norma misma del ordenamiento jurídico. Esto puede considerarse de poca preocupación, sin embargo, de un análisis de mayor profundidad observamos que no es así.

Como se indicó en su momento, la competencia de la Corte Constitucional en los casos de control concreto —consulta— surge en mención a un solo supuesto de hecho, lo cual como es lógico, no es la única interpretación o el único hecho que podrá contener una norma. Por tanto, eliminar una norma en consideración a que la misma viola o está en contra de la Constitución, con sustento en un solo supuesto fáctico, desvirtúa sustancialmente el control abstracto y la cuestión de inconstitucionalidad, pues atribuye un control oficioso de la Corte, en virtud posiblemente del control integral, del cual tenemos muchas objeciones.

No es lo mismo decir que los efectos de la sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad son *erga omnes* a partir de un control concreto, en razón de que toda persona está obligada a interpretar o aplicar una determinada disposición legal, según como la Corte Constitucional lo ha establecido; que decir que los efectos *erga omnes*, a partir de un control abstracto, son obligatorios para todas las personas por cuanto la norma rebatida ha sido eliminada del ordenamiento jurídico.

Con estas aclaraciones, podemos concluir lo siguiente. Los efectos del *fallo*⁴⁰ dentro de una consulta de constitucionalidad siempre serán *erga omnes* en cuanto resultan vinculantes y obligatorios para todos los casos análogos posteriores y, por tanto, obligatorio para todo juez interpretar la norma en el sentido que lo ha determinado la Corte, no obstante por la prejudicialidad que esta supone los efectos son también *inter partes*, en el proceso a quo. Sin embargo, según la ley, tales efectos a más de ser *erga omnes*, conducen a la extinción de la norma, lo cual constituye una extralimitación del control concreto de constitucionalidad.

40 No abordaremos en esta ocasión el problema sobre la denominación “fallo”, sin embargo, consideramos importante dejar sentado la importancia de diferenciar el fallo o sentencia del dictamen, el primero de ellos como una decisión del juez en la resolución de un caso concreto. La cuestión de inconstitucionalidad, reiteramos, no decide sobre el caso concreto, a pesar de ser un control concreto de naturaleza subjetiva, su decisión es concreta en tanto resuelve la constitucionalidad de una norma en un caso concreto. Por tanto determinar que lo que decide la Corte ante la consulta de constitucionalidad de un juez es un fallo, no es coherente —nuevamente— a la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad.

8. Algunos elementos procesales

Los elementos hasta aquí analizados dan algunas pautas respecto a la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad. No obstante restan algunos puntos procesales que requieren una breve aproximación, y sobre los cuales ni el reglamento, ni la ley, ni la Constitución traen una respuesta clara.

Las disposiciones tanto legales cuanto constitucional en las que se encuentra desarrollado la Consulta de Constitucionalidad, nada dicen por ejemplo, respecto de la forma o contenido que la consulta del juez debe poseer a la hora de presentarla a la Corte Constitucional. Siendo este un asunto vital (pues como se indicó con anterioridad de ello depende la delimitación del ámbito de análisis que el juez le permita a la Corte Constitucional) cabe determinar los elementos más importantes, debiendo acudir para ello a la legislación española, con la cual se guarda una fuerte similitud en lo que al control concreto de constitucionalidad se refiere.⁴¹

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, en los artículos 35, 36 y 37,⁴² y la propia Constitución española en el artículo 163 introducen la institución de la cuestión de constitucionalidad, con algunos elementos que estimamos importantes para nuestro análisis.

Respecto a la forma de presentar el auto para la consulta, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español establece que la misma deberá indicar, entre otros: i) la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona; ii) el precepto constitucional que se supone infringido; iii) la justificación sobre en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión; iv) los testimonios y alegaciones efectuadas por las partes y el Ministerio Público para el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad.

Con relación al primer elemento —*norma cuya constitucionalidad se cuestiona*— es necesario volver sobre lo siguiente. La cuestión de constitucionalidad implica la confrontación norma-Constitución, por lo que

41 Acudir a la legislación española pretende, ante el vacío legal existente, orientar a los operadores jurídicos en su proceder frente a la consulta de constitucionalidad, por lo que esta indicación no intenta en forma alguna sustituir las regulaciones legales que con posterioridad elabore el legislador.

42 Ley 2/1979 del 3 de octubre.

no solo basta mencionar la disposición legal, sino que por la naturaleza misma de la cuestión de inconstitucionalidad, resulta aún de mayor relevancia la *norma* que el juez ha extraído del texto legal aplicable en el proceso que se encuentra conociendo. Consiguientemente, si la norma es el producto de una interpretación, es importante determinar con claridad los hechos frente a los cuales se ha confrontado el texto legal, de tal suerte que sean estos elementos (hechos, norma y disposición) los que hagan de frontera de análisis a la Corte Constitucional.

De igual manera la Constitución, ley o reglamento nada dicen respecto del tipo de normas susceptibles de consulta ante la Corte Constitucional, es importante nuevamente volver al derecho comparado y en especial a la Ley del Tribunal Constitucional Español y a la propia Constitución española,⁴³ a fin de encontrar en esta alguna orientación. Las normas referidas son claras en señalar dos aspectos respecto de las normas sobre las cuales se plantea la consulta:

- i) que la mismas sean aplicables al caso, y;
- ii) que sea una norma de cuya validez dependa el fallo.

Estas dos características resultan importantes en tanto evitan que la consulta de constitucionalidad dilate indebida e innecesariamente los procesos, ya que la norma materia de consulta debe ser de aquellas sobre la cual depende la decisión del caso. Este punto debería no solo ser analizado por la Corte Constitucional a la hora de determinar la admisión de la consulta, sino debe partir desde el propio juez, no solo cuando sea de este de quien origine la consulta sino incluso cuando sean las partes quien la planteen,⁴⁴ lo cual supone que el juez consultante determine de forma argumentada la pertinencia o no de la consulta. Lo anterior tiene coherencia en tanto no se justificaría la suspensión de un proceso por una cuestión que no resulte trascendental para su resolución.

43 Constitución española, artículo 163. Cuando un órgano judicial considera, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

44 Según el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana y el artículo 142 de la LOGJCC la consulta puede ser de oficio o a petición de parte.

El segundo elemento, *precepto constitucional que se presume infringido*, es asimismo importante que el juez lo precise pues, por tratarse de un proceso de control de constitucionalidad es éste el parámetro de análisis que la Corte debe acoger a la hora de examinar la constitucionalidad de la norma.⁴⁵

El elemento final, la *justificación que el proceso depende de la validez de la norma en cuestión*, es concordante con el primer requisito, sin embargo en este punto toma importancia el ejercicio argumentativo que el juez elabore para plantear la consulta a la Corte Constitucional.

Resta ahora señalar que todo lo referido en este acápite son asuntos que la ley ha dejado sin resolver y que merecen que sean aclarados, pues es precisamente en estos asuntos en donde se revelan las dificultades que la cuestión de inconstitucionalidad supone.

45 Aunque la LOGJCC —de manera muy cuestionable— faculta a la Corte Constitucional para que pueda efectuar un control integral, para lo cual puede contrarrestar la norma consultada frente a disposiciones constitucionales no invocados por el juez en su consulta.

9. Bibliografía

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2006.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- Blasco Soto, María del Carmen. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A., 1995.
- Carbonell, Miguel, ed. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Escobar García, Claudia. “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” *La Constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Fernández Segado, Francisco. “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”. *La justicia constitucional en Bolivia, 1998-2003*. La Paz, Tribunal Constitucional, 2003.
- García Belaunde, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Marsol, 1998.
- Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, Marcial Pons, UNAM, 2010.
- Pizzorusso, Alessandro. “La justicia constitucional italiana entre modelo difuso y modelo concreto”. *Fundamentos n.º 4. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público*. España, 2006. Internet. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oiart?codigo=2060304>.

Sentencias constitucionales: tipos y efectos

Fabián Soto Cordero*

1. Introducción

En el nuevo modelo constitucional que ha adoptado el Ecuador por mandato popular, debe tomarse en cuenta el rol que desempeña la Corte Constitucional, como máximo guardián e intérprete de la Constitución. En este sentido, se puede afirmar que las resoluciones emitidas en la jurisdicción constitucional en materia de control constitucional revisten gran importancia, puesto que por medio de ellas se puede modificar el ordenamiento jurídico, dar concreción a las cláusulas de la Constitución, así como señalar y establecer precedentes jurisprudenciales de obligado cumplimiento en casos análogos.

En efecto, a partir de una interpretación de las normas establecidas por la Constitución, así como la interpretación de las leyes desde y conforme con la Constitución, la jurisdicción constitucional puede anular las leyes, decretos o resoluciones, o puede mantenerlas vigentes, logrando una interpretación acorde con la Constitución. También puede sustituir una norma por otra, o adherir a la disposición legal una norma cuya omisión la hacía incompatible con la Constitución.

En la doctrina se discute ampliamente sobre la capacidad del máximo juez constitucional de adecuar o “modular” las sentencias constitucionales frente a situaciones excepcionales donde una respuesta clásica daría resultados contraproducentes.¹ Si bien se llega a aceptar que la modulación

* Capacitador del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

1 Escobar Gil, Rodrigo. “La modulación de las sentencias de control constitucional”. *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional, 2007, p. 236.

podría ser parte de la acción de los tribunales constitucionales en materia de revisión de “tutela”, “amparo” o “protección”, no queda duda de que se produce sobre todo en el campo del control de constitucionalidad de las leyes, al cual nos vamos a referir a continuación.²

Debemos entonces remitirnos a la doctrina, que nos muestra una tipología de las sentencias constitucionales emitidas por los tribunales y cortes constitucionales en el control constitucional. Clásicamente se distingue las sentencias estimatorias que son aquellas que aceptan “la postulación que impugna la constitucionalidad de un precepto”, y las sentencias desestimatorias que, en cambio, “rechazan el acuse de inconstitucionalidad”.³

Mientras, algunos de los fallos de la Corte Constitucional constituyen sentencias distintas, tanto por sus implicaciones jurídicas como por su trascendencia, así, en ciertos casos, en aras de conservar en lo posible la vigencia y validez de las normas infraconstitucionales ya sea por el principio de “cortesía constitucional” o para evitar vacíos normativos que pueden ser muy costosos a nivel social, el juez constitucional puede dictar una sentencia parcialmente estimatoria o desestimatoria, lo que da nacimiento a un grupo de sentencias denominadas atípicas, en cuyo estudio abordaremos teniendo como principal referencia a Néstor Pedro Sagüés.

2. Tipos de sentencias constitucionales

2.1. Sentencias interpretativas

Antes de iniciar con el desarrollo de este tema, es importante recordar la distinción que la Teoría del Derecho hace entre disposición normativa y norma.⁴ Así, mientras que por “disposición” debe entenderse al enunciado lingüístico de un precepto legal, esto es, las letras y frases que integran un dispositivo legal; por “norma”, en cambio, se entiende el sentido o los

2 *Ibid.*

3 Sagüés, Néstor Pedro. “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”. *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional, 2008, p. 72.

4 De la Vega, Augusto Martín. *La Sentencia Constitucional en Italia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 215.

sentidos interpretativos que de dicho enunciado lingüístico se puedan derivar.⁵ Según Prieto Sanchís, en ese sentido, a un enunciado o disposición normativa le pueden corresponder varios significados o normas.⁶

Teniendo esto en consideración, los “Tribunales Constitucionales” con el fin de evitar vacíos y lagunas en el ordenamiento jurídico producto de la eliminación de una disposición, desarrollan las denominadas *sentencias interpretativas* que actúan sobre el contenido normativo de un precepto legal, sobre el cual es posible más de una interpretación. De todas estas interpretaciones, solo una o algunas serán acordes a la Constitución.⁷

En tal sentido, las sentencias interpretativas son aquellas que no anulan el precepto impugnado en la medida que sea posible una interpretación conforme a la Constitución, acomodando las respuestas normativas que los poderes públicos en general y el legislador en particular dan en cada momento frente a los requerimientos sociales, a los principios y valores constitucionales, interpretados no como un orden estático, sino flexible y evolutivo.⁸ Se distinguen dos tipos de sentencias interpretativas: las estimativas y las desestimativas.

2.1.1. Sentencias interpretativas estimativas

Las sentencias estimativas declaran la inconstitucionalidad de una determinada interpretación (norma), pero no del texto (precepto). Esta situación se produce cuando no es el texto legal el que contraría a la Constitución, sino que es su interpretación (norma) errónea o la aplicación indebida, la que entra en conflicto con la Constitución; es decir, la norma producto de la interpretación contrasta con los valores y principios que motivan la Constitución.⁹

5 Olano García, Hernán Alejandro. “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”. *Universitas*. Bogotá, 2004, p. 574.

6 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Trotta, 2007, p. 50.

7 Augusto Martín de la Vega, *op. cit.*, p. 102.

8 Fernández Segado, Francisco. “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”. México, Editorial Porrúa, 2008, pp. 115-116.

9 Augusto Martín de la Vega, *op. cit.*, p. 164.

Es así que la sentencia interpretativa estimatoria declara la inconstitucionalidad de la norma que se deriva de la interpretación errónea o de la aplicación indebida del texto legal, porque esta entra en clara contravención con la Constitución.¹⁰

Asimismo, la sentencia interpretativa estimatoria puede declarar que una norma (interpretación) es inconstitucional porque su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma o precepto del ordenamiento, o bien porque su aplicación desata una violación indirecta al bloque de constitucionalidad.¹¹ En este caso, la sentencia interpretativa estimatoria no declara la inconstitucionalidad de una norma por contraponerse a la Constitución, sino por los efectos, ya que su aplicación altera la constitucionalidad.

2.1.2. Sentencias interpretativas desestimatorias

En las sentencias interpretativas desestimatorias, la impugnación de constitucionalidad planteada será declarada infundada a condición de que la norma impugnada sea interpretada en el modo indicado; es decir, mediante estas sentencias se desestima la inconstitucionalidad, estableciendo una interpretación del texto legal conforme a la Constitución. En este sentido, se sostiene que es posible atribuir a la disposición impugnada un significado normativo diferente al que dio motivo a la impugnación, optando por el que considera compatible con la Constitución.¹²

Es decir, el Juez Constitucional niega que haya inconstitucionalidad en el precepto impugnado, sustentándose en la base de una interpretación conforme a la Constitución, indicando cómo se debe interpretar obligatoriamente el precepto de manera tal que no colisione con la Constitución, a la vez que desecha las interpretaciones alternativas.¹³

10 Gonzales Méndez, Luis F. “Las Sentencias Atípicas del Tribunal Constitucional”. Internet. <http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/18%20articulo%20-%20Sentencias%20Atipicas%20del%20TC.pdf>. Acceso: febrero 2011.

11 Augusto Martín de la Vega, *op. cit.*, p. 170.

12 *Ibid.*, 101.

13 Luis F. Gonzales Méndez, *op. cit.*, p. 11.

2.2. Sentencias manipulativas

Teóricamente, la posibilidad de la Corte Constitucional de “manipular” —entendida como maniobrar u operar— la ley por medio de sus sentencias, parte de la distinción entre disposición y norma ya enunciada con anterioridad.

La sentencia manipulativa es empleada con el fin de no crear un vacío legislativo cuando la disposición impugnada adolece de inconstitucionalidad. Por eso, la Corte Constitucional opta por no expulsar la ley del ordenamiento, si es que esta ley, después de ser “manipulada”, puede ser entendida conforme a la Constitución, y así evita generar mayor inconstitucionalidad con la separación de esta del ordenamiento jurídico. En este sentido, la Corte Constitucional manipula los sentidos interpretativos que de esa disposición se pueda extraer.¹⁴

En general, las sentencias manipulativas están conformadas por “aquellas que intervienen sobre una parte de la norma: inconstitucionalidad parcial (sentencias sustractivas); aquellas que añaden algo a una disposición (sentencias aditivas), o bien aquellas que sustituyen una disposición (sentencias sustitutivas)”.¹⁵

Este tipo de sentencias se manifiestan cuando el precepto legal, materia de impugnación, no permite una interpretación conforme a la Constitución y se pueda así salvar su constitucionalidad tal como sucede con las sentencias interpretativas. Sin embargo, por no ser conveniente su expulsión del ordenamiento jurídico, es que el órgano encargado del control de la constitucionalidad opta por “adaptar” el precepto impugnado a los principios y valores que sustentan la Constitución,¹⁶ dándole un contenido normativo cambiante y manteniendo el texto como “una suerte de cáscara o estuche”,¹⁷ o bien “manipulando el texto de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo a fin de que resulte compatible con la Constitución”.¹⁸

14 *Ibid.*, p. 576.

15 Groppi, Tania. “¿Hacia una justicia constitucional dúctil?” Internet. <http://juridicas.unam.mx/publica/reu/boletin/cont/107/art/art2.htm>. Acceso: febrero 2011.

16 Hernán Alejandro Olano García, *op. cit.*, p. 575.

17 Néstor Pedro Sagiés, *op. cit.*, p. 75.

18 Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el Derecho*. Lima, 2ª ed. corregida, Palestra, 2005, p. 290.

2.2.2. Sentencias aditivas

La sentencia aditiva o integradora es aquella que cubre un vacío legal o incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación.¹⁹

En este sentido, existen circunstancias en las que el texto legal acusado presenta vacíos normativos que, tal y como se encuentran, generarían una inconstitucionalidad. De aquí surge la necesidad del uso de las sentencias aditivas, que pueden ser dictadas cuando existen omisiones. El texto o la norma impugnada son inconstitucionales, no por lo que dice sino más bien por lo que calla. Su formulación está muy vinculada a la reacción de las cortes constitucionales frente al incumplimiento por parte del legislador con el fin de introducir imprescindibles modificaciones a la legislación.²⁰

En España, se regula el uso de estas sentencias que hace muchos años pertenecen al inventario jurisprudencial del Tribunal Constitucional, estableciendo que cuando este organismo advierta que la “insuficiencia normativa” determina la inconstitucionalidad de una disposición, concederá al legislador un plazo para que realice las modificaciones (adiciones) que correspondan, al término del cual, si estas no se hubiesen practicado, el propio tribunal procederá a subsanar la insuficiencia.²¹

De esta manera, las sentencias constitucionales aditivas se pueden definir como aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la omisión que debió ser prevista por la ley para que esta fuera constitucional.²² En estas sentencias, la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Esto se podría conseguir únicamente incorporando un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios. En estos casos, la Corte Constitucional constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto

19 Palenque, Daniela del Carmen. “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en Bolivia”. Tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Sucre-Bolivia, 2008, p. 35.

20 Gaceta del Tribunal Constitucional n.º 1, Lima, 2006.

21 *Ibid.*

22 Hernán Alejandro Olano García, *op. cit.*, p. 579.

determinados aspectos, que eran necesarios para que la norma se adecuara a la Constitución.²³

Es decir, estas sentencias se emplean cuando la Corte Constitucional advierte que en una determinada disposición, el legislador omitió algo que debió estar presente para que pueda considerarse compatible con la Constitución. La base de esta sentencia radica en que al ser en principio la norma inconstitucional, se emplea con el objeto de no retirarla del ordenamiento jurídico, al declarar la inconstitucionalidad solamente de aquello que se ha omitido incluir.

Entretanto, los tribunales y cortes constitucionales son los supremos garantes de la Constitución, lo que los obliga a vigilar cualquier violación, positiva o negativa, de sus preceptos. Por eso, las sentencias aditivas se caracterizan por ser una herramienta que defiende el bloque de la constitucionalidad cuando en su parte resolutive contiene la declaratoria de que un artículo es inconstitucional “en cuanto no prevé”, “no incluye” o “excluye” algo que debería observar para ser completamente conforme a la Constitución, tratándose entonces de una inconstitucionalidad por defecto, que en ningún momento implica la inconstitucionalidad de inciso alguno del texto.

Así, el fundamento normativo de dichas sentencias, se lo encuentra en los principios *in dubio pro legislatore*; principio de “permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico”, y “declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso” (artículo 76, LOGJCC).

Las decisiones aditivas contienen dos partes diferentes: una de inconstitucionalidad de la norma legal impugnada y otra reconstructiva, con lo que la Corte procede a dotar a esa misma disposición de un contenido diferente, de conformidad con los principios constitucionales. También se da el caso de leyes incompletas que han servido de criterio para que la Corte Constitucional, en su labor de examen de las disposiciones impugnadas, las adecue a los principios y valores de la Carta por intermedio de sus sentencias.²⁴

Para Moreno Millán,²⁵ son tres los fundamentos constitucionales de las sentencias aditivas:

23 *Ibíd.*

24 *Ibíd.*

25 Moreno Millán, Franklin. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*. Bogotá, Editorial Leyer, 2002, p. 65.

1. El carácter normativo de la Constitución;
2. La efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta, y
3. La función jurisdiccional de la Corte.

En ese contexto procede a añadir algo al texto incompleto, para transformarlo plenamente en constitucional. En este sentido, las sentencias aditivas se expiden para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo menor respecto al exigible constitucionalmente.²⁶ En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron y debieron consignar.

Por tanto, la sentencia aditiva evita ocasionar un vacío sobre aquello que si estuvo incluido en la norma, al no eliminar la disposición —que como se encuentra sería inconstitucional— incorporando en ella solamente aquello que se encuentra en un supuesto análogo²⁷ y que fue omitido por el legislador, para tornarla de esta manera en constitucional.

De aquí que las sentencias aditivas se pueden presentar en dos formas: una, que añade una frase o palabras que vuelven dicho precepto en constitucional; y una segunda posibilidad, en la que incluye a un grupo que fue excluido y que se encuentra en una situación equivalente.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario «ampliar» o «extender» su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.²⁸

Es el caso, por ejemplo, de aquellos supuestos en los que se repara la discriminación normativa generada por no haber incluido entre los beneficiarios de una norma a personas que se encuentran en una posición sustancialmente análoga a los que sí lo están.

Al declarar inconstitucional esa omisión de la ley, se extiende el contenido normativo de la disposición impugnada a un supuesto de hecho no previsto

26 Gozáni, Osvaldo Alfredo. “Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*”. México, Editorial Porrúa, 2007, pp. 214-215.

27 Augusto Martín de la Vega, *op. cit.*, p. 244.

28 *Ibid.*, p. 245.

o no contemplado originalmente por el legislador, pero que era preciso que estuviera, a fin de no resultar incompatible con la Constitución.²⁹

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, por medio del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales. Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que, al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la norma cuestionada.³⁰

Las sentencias aditivas son comunes en los siguientes casos:³¹

1. *Cuando se viola el principio de igualdad*, este es un caso frecuente cuando la norma impugnada otorga un tratamiento favorable a una determinada categoría de personas y guarda silencio respecto de otro grupo de sujetos, que sin embargo se encuentran en la misma situación de hecho respecto de la primera. La norma en cuestión entonces es inconstitucional, no por lo que dice, sino más bien por lo que calla, ya que otorga un privilegio a favor de un grupo de personas, sin hacerlo extensivo a todos los demás que se encuentran en la misma situación de hecho que los beneficiados. En este tipo de sentencias los jueces pueden ordenar la equiparación de los sujetos discriminados por la norma impugnada, de manera tal que crean una norma para el caso concreto.
2. Cuando se conculca el principio de irretroactividad de las normas y actos públicos, sentencias típicas en los casos de omisión legislativa, donde la inconstitucionalidad se genera debido a una regulación insuficiente en una materia determinada. Esta situación se puede producir cuando una determinada normativa no estableció,

29 Nogueira Alcalá, Humberto. "Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur". México, Editorial Porrúa, 2004, p. 22.

30 Landa, César. *Tribunal Constitucional y poder judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional*. Lima, 2006, p. 13.

31 Francisco Fernández Segado, *op. cit.*, p. 89.

en sus disposiciones transitorias, un régimen de excepción para aquellas personas, que a su entrada en vigencia, tenían derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una legislación anterior. El juez constitucional en esta hipótesis innova el ordenamiento jurídico preexistente, pues introduce una disposición normativa que respeta el derecho adquirido de los recurrentes.

2.3. Sentencias sustractivas

Las sentencias sustractivas son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.³²

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la extensión del contenido normativo de la norma cuestionada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Las sentencias sustractivas son, en principio, una sentencia del género de estimación parcial. Mediante este tipo de decisiones, los tribunales declaran la inconstitucionalidad de determinada parte de las disposiciones sometidas a control que resultan contrarias a la Constitución, dejando a salvo aquello que, resultando compatible con las exigencias constitucionales, logra cumplir una finalidad en la dirección propuesta por el legislador. En estos casos la disposición comprende dos partes normativas, una de las cuales es declarada inconstitucional. Mediante este tipo de decisiones, el Tribunal o Corte “procede a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente del original”.³³

Las sentencias sustractivas son las que señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte en que” o “en cuanto” prevé o incluye algo contrario a la norma fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad

32 Augusto Martín de la Vega, *op. cit.*, p. 236.

33 César Landa, *op. cit.*, p. 12.

no afecta al texto, pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional por exceso.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada con relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes originalmente previstos. En consecuencia, la sentencia sustractiva restringe el ámbito de aplicación de la norma impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.³⁴

La elaboración de las sentencias sustractivas está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones:³⁵

- a) La operación *ablativa* o de exéresis, que consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada eliminando del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las expresiones impertinentes; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.
- b) La operación *reconstructiva* o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada agregándosele un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

2.4. Sentencias sustitutivas

Este tipo de sentencias se definen como aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la inconstitucionalidad parcial de una ley, y simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido

34 *Ibid.*, p. 13.

35 Luis F. Gonzales Méndez, *op. cit.*, p. 12.

normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.³⁶

El caso de las «sentencias sustitutivas», el precepto legal sigue vigente en cuanto se entienda que no establece «esto», sino «esto otro».³⁷ Este tipo de sentencias como se podrá comprender constituyen las más polémicas del “poder legisferante positivo” de un tribunal constitucional.³⁸

Las sentencias sustitutivas se desarrollaron inicialmente en Italia; estas hacen referencia a aquellos eventos en donde la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una disposición acusada, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica, que tiene raigambre constitucional directa. En cierta medida, estas sentencias son una combinación de sentencia de inconstitucionalidad y sentencia aditiva, ya que anulan el precepto acusado mediante el fallo, con lo cual generan un vacío de regulación, que se llena por medio de un nuevo mandato que la sentencia adiciona o integra al ordenamiento.³⁹

La legitimación de las cortes y tribunales constitucionales han ocasionado molestias respecto de su competencia para llenar vacíos normativos, que en principio deberían corresponder al legislador. Es en la necesidad de subsanar inconstitucionalidades en las normas y disposiciones, y evitar la expulsión de las mismas del ordenamiento jurídico, que estas instancias de control constitucional cumplen este importante papel, considerando que el control de constitucionalidad debe estar siempre sujeto al espíritu y a los valores supremos de la Carta.

Las sentencias sustitutivas tienen la propiedad de constituir decisiones formalmente estimatorias de carácter parcial, pues invalidan un fragmento de la disposición y, al mismo tiempo, tras la declaración de dicha inconstitucionalidad, la disposición deviene reconstruida con la introducción de una norma nueva, esto es, de un sentido que originalmente había sido excluido. Por ello, en el fondo, una sentencia sustitutiva no es otra

36 César Landa, *op. cit.*, p. 14.

37 Garrarena Morales, Ángel. “La Sentencia Constitucional”. Madrid, p. 25. Internet. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1981-11-DC940851&dsID=PDF>.

38 Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 77.

39 Hernán Alejandro Olano García, *op. cit.*, p. 580.

cosa que una combinación de un supuesto de inconstitucionalidad por omisión y una declaración de inconstitucionalidad (parcial) pura y simple.

Las sentencias sustitutivas se caracterizan por contener en su fallo que el precepto es inconstitucional “en cuanto prevé” o señala algo, en lugar de otra cosa que debería prever para ser constitucional.

Estas pueden ser aquellas que introducen nuevas normas en el ordenamiento, la técnica de estas sentencias se expresa mediante la supresión de determinadas palabras o párrafos de un texto, de manera tal que se cambia el contenido normativo del enunciado original. En este tipo de sentencias hay que diferenciar las sentencias de inconstitucionalidad parcial, las cuales declaran la invalidez de una proposición que constituye por sí misma un precepto separable, aunque esté incluida en un artículo que contiene otras proposiciones no afectadas por la declaratoria de nulidad.

La característica de este subtipo de sentencias sustitutivas radica en que el juez constitucional con su decisión crea normas que sustituyen las que declara inconstitucionales, ya porque el texto original adquiere otro sentido con las palabras o párrafos que anuló; o ya porque el juez constitucional introduce una nueva normativa.⁴⁰

Puede darse el caso en que estas sentencias ponen en vigencia normas derogadas, cuando el juez constitucional se ve obligado a poner en vigencia, aunque sea de manera transitoria, la legislación derogada por la norma declarada inconstitucional. Caso contrario se crearía un vacío legislativo que podría producir graves dislocaciones de la seguridad jurídica, la justicia o la paz sociales. Esta modalidad de sentencias se acompaña por lo general con una sentencia exhortativa, en la que el legislador deberá llenar el vacío dejado en el ordenamiento por las normas anuladas.⁴¹

2.5. Sentencias exhortativas

Las sentencias exhortativas son el resultado de la constatación de situaciones, aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para

40 Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 96.

41 Osvaldo Alfredo Gozaini, *op. cit.*, p. 216.

alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, esta aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva. Bajo esta denominación de sentencias exhortativas, puede agruparse un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional; de no hacerlo así, el legislador podría pedir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada.⁴²

Asimismo, se definen como aquellas que buscan lograr que se cumpla con lo dispuesto en la Constitución, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de un acto, norma o resolución y la imposición de un término perentorio, para que el órgano del poder público competente (el legislador) llene el vacío o la norma, o resuelva el conflicto por la declaratoria de inconstitucionalidad.⁴³

En el derecho comparado se admiten varias modalidades, primero el simple consejo al legislador, aunque plantea el problema acerca de que el órgano legislativo pueda ser renuente a cumplir con el consejo del juez. Para evitar este problema, existen dos variantes:⁴⁴

1. En Italia, la Corte Constitucional elaboró la figura de la “doppia pronuncia”, esto es, se fija un plazo para que el Poder Legislativo actúe y una vez vencido, se dicta sentencia declarando la inconstitucionalidad;
2. En Alemania y Austria, también se fija un plazo, pero difiere en el sentido de que una vez fenecido, la norma queda automáticamente derogada

Según la doctrina, las sentencias exhortativas pueden contener variaciones considerables respecto de la forma y fondo de la sentencia, resumidas de la siguiente manera:⁴⁵

42 Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 97.

43 Daniela del Carmen Palenque, *op. cit.*, p. 35.

44 Robledo, Miguel. *Las sentencias constitucionales atípicas en los procesos colectivos*. Madrid, 2010, p. 14.

45 Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 194.

- a) Sentencia exhortativa “de delegación”; mediante la cual se declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué puntos debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución, operando como una especie de “base” de la legislación que deberá solventar el Legislativo.
- b) Sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple”; mediante la cual la Corte Constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida por los efectos desfavorables que podría conllevar, pero impone al Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la Constitución.
- c) Sentencia exhortativa por “constitucionalidad precaria”; en donde el juez constitucional estima que una norma es “todavía” constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede dar también pautas de contenido.

Estas sentencias limitan la libertad de configuración del orden jurídico que desarrolla el legislador, ya que advierten la existencia de una situación jurídica que no es aún de inconstitucionalidad si actúa diligentemente el legislador para cubrir el eventual Estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida producto del desarrollo o evolución científico o técnico, que exige una adecuación a la nueva realidad. Y, en algunos casos, las sentencias exhortativas llevan también aparejadas lo que la doctrina denomina *bloqueo de aplicación*, consistente en que la norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regulan las respectivas situaciones.⁴⁶

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha

46 Hernán Alejandro Olano García, *op. cit.*, p. 581.

expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada. Debe señalarse, por otro lado, que la exhortación puede concluir en:

- a) La expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución;
- b) En la conclusión *in totum* de la etapa suspensiva, y por ende, aplicación plena de los alcances de la sentencia. Dicha situación se da cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia;
- c) En la expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *strictu sensu*, que se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la Constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica.

En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.⁴⁷

Mediante ellas los jueces constitucionales evitan declarar la inconstitucionalidad de la ley, y exhortan al Legislativo para que realice las modificaciones necesarias a efectos de salvar ciertas inconstitucionalidades, con la finalidad de que éstas sean tomadas en cuenta en una posterior reglamentación de la materia.⁴⁸

En Alemania, su utilización surgió vinculada a una modalidad de sentencia denominada “todavía constitucional” (*noch vereinbar*), mediante la cual el Tribunal Federal Alemán declaraba que la disposición impugnada

47 César Landa, *op. cit.*, p. 13.

48 Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 88.

aún no se declaraba inconstitucional, pero que en un futuro inmediato podía serlo, si es que el legislador no cumplía con introducir las modificaciones exhortadas por éste.

Se trata de una declaración de constitucionalidad de la ley “provisoria” o “temporal”, que de no mediar una reforma, puede devenir en una declaración de inconstitucionalidad “definitiva”.⁴⁹

A diferencia de las sentencias interpretativas, mediante las cuales el Tribunal elimina los sentidos interpretativos incompatibles con la Constitución, en esta clase de sentencias los efectos todavía no inconstitucionales permanecen integrados a la norma original.⁵⁰

3. Efectos de las sentencias

Para finalizar este artículo, me referiré a los efectos de las sentencias, cuyo efecto es objeto de especial análisis, pues como he mencionado, pueden modificar el ordenamiento jurídico de diversas maneras. Por eso, la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales es un tema que será de particular revisión.

En este sentido, la Constitución determina la base sobre la que la Corte, como máximo guardián e intérprete de la Constitución, señala en la propia sentencia sus efectos, en resguardo del sistema de los principios constitucionales. Es decir, se trata de una consecuencia de la labor de control de constitucionalidad para dar solución a tensiones valorativas con el texto constitucional.

Ahora bien, acercándonos a la doctrina, uno de los principales efectos de las sentencias constitucionales está relacionado con su cumplimiento o acatamiento por parte de los órganos del poder público y personas particulares.⁵¹

49 Gaceta del Tribunal Constitucional n.º 1, Lima 2006.

50 *Ibid.*

51 Rivera Santiváñez, José. “Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno”. *Estudios constitucionales*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006, p. 594.

Los efectos que surten las sentencias constitucionales cuando declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal sometida al control de constitucionalidad, generalmente se presentan con el efecto *erga omnes*, en el modelo europeo y el *inter partes* en el modelo americano. En el modelo kelseniano, las sentencias estimativas que declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada tienen un alcance general o *erga omnes*, cuyo efecto inmediato es derogatorio. Es importante señalar que algunas sentencias emitidas en el modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad tienen el alcance *inter partes*; dichas sentencias son las que generalmente se emiten en las acciones de garantías jurisdiccionales; ello significa que la decisión adoptada solo obliga a las partes que intervienen en el respectivo proceso constitucional.

Al presente, las sentencias de control constitucional que desestiman el acuse de inconstitucionalidad, escapan del efecto *erga omnes* pues en caso de desestimarse el recurso y declararse la constitucionalidad de la disposición legal, en el futuro esa disposición legal podrá ser cuestionada o impugnada. Es decir, el efecto de la sentencia en cuestión será sólo para el caso concreto, de manera que esa sentencia no impide plantear otro recurso en el futuro, pues debe tomarse en cuenta que puede producirse una inconstitucionalidad sobreviniente.⁵²

Las razones por las que estas sentencias desestimatorias escapan del efecto *erga omnes* responde a tres principales escenarios enteramente razonables.⁵³ La primera, por una supuesta reforma constitucional, que puede ocasionar una inconstitucionalidad posterior, sobre aquella norma que inicialmente fue compatible con las normas constitucionales.

La segunda, en razón de que un cambio de criterios en la interpretación de la Corte, cambie la interpretación que dio paso a la declaración de constitucionalidad de la disposición impugnada. Y una tercera que se puede presentar en tanto otra sentencia de la misma Corte puede modificar la norma o el sentido interpretativo de la misma y cambiarla debido al carácter evolutivo de la interpretación, que obliga a tener en cuenta la transformación tanto de la realidad social, como de nuevas disposiciones promulgadas por el órgano legislativo.

52 *Ibid.*, p. 596.

53 *Ibid.*, pp. 597-598.

Por regla general la decisión de declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, constituye una anulación pro futuro, lo que implica que la decisión no tiene efecto retroactivo.⁵⁴

Esa regla tiene su fundamento en la necesidad de preservar el principio fundamental de la seguridad jurídica, así como la protección de los derechos adquiridos, en este orden los procesos constitucionales se rigen también por el principio de presunción de constitucionalidad de las disposiciones legales.

Siguiendo la doctrina del derecho procesal constitucional, así como la jurisprudencia constitucional sobre la materia, se pueden identificar diversos tipos de sentencias constitucionales en cuanto a los efectos en el tiempo, conforme se describen a continuación:⁵⁵

Sentencias con efecto inmediato. Son aquellas sentencias cuya aplicación es inmediata a partir de su publicación en el órgano oficial del Estado previsto por ley, pero el efecto es a futuro y no retroactivo, es decir, no permite revisar sentencias pasadas en calidad de cosa juzgada en las que se hubiese aplicado la disposición legal acusada.

Sentencias con efectos retroactivos. Este tipo de sentencia responde a la concepción de que la inconstitucionalidad se asimila a la nulidad, pues se considera que todo acto, resolución o disposición que contraviene a las normas de la Constitución es nula, de manera que el Tribunal Constitucional no declara la nulidad de la disposición legal impugnada sino establece la nulidad preexistente. En consecuencia, la sentencia con efecto retroactivo es aquélla a través de la cual el Tribunal Constitucional, al constatar que la disposición legal acusada es contraria a las normas de la Constitución, la declara inconstitucional y retrotrae las cosas a la situación inicial, es decir, al estado anterior a la aprobación de la ley acusada.

Sentencias con efectos diferidos. Son aquellas que, si bien declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal acusada, no la retiran ni anulan de forma inmediata sino que difieren el efecto de la

54 *Ibid.*, p. 599.

55 *Ibid.*, pp. 602-606.

decisión por determinado plazo, dentro del cual el legislativo podrá proceder a modificar la disposición legal para hacerla compatible con el texto de la Constitución o sustituir por otra disposición legal cuyas normas sean compatibles con la misma. En su defecto, también la decisión del Tribunal podrá establecer la constitucionalidad temporal o provisional de la norma, entre tanto el órgano legislativo la modifique o reemplace con otra cuyas normas sean compatibles con la Constitución.

En resumen, según afirma Miguel Robledo,⁵⁶ los efectos de una sentencia constitucional en un sistema de control concentrado pueden ser:

- a) Retroactivos o no (*ex tunc, ex nunc*);
- b) Afectar a derechos consolidados;
- c) Tener efectos derogatorios o anulatorios;
- d) Cobrar fuerza normativa;
- e) Hacer cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados;
- f) Actuar como una casación constitucional.

Se puede colegir, entonces, que en el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, por consiguiente la invalidez y la inaplicabilidad de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación, y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, esta es una facultad privativa y exclusiva del juez constitucional.⁵⁷

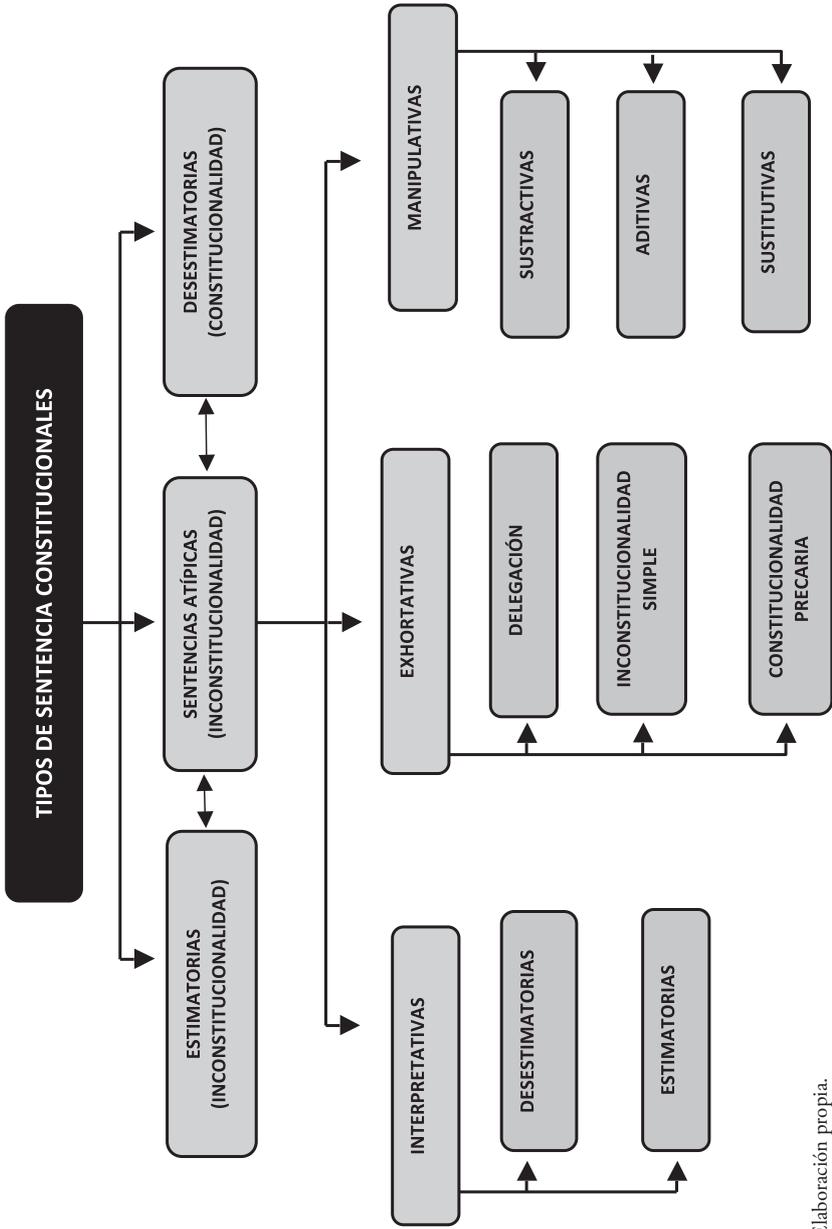
De este modo, las sentencias de la Corte Constitucional se caracterizan por generar tanto efectos *inter partes* como *erga omnes*, y generalmente presentan una estructura binaria, en el sentido de que pueden ser “estimatorias” o “desestimatorias”, según resuelvan de modo favorable o desfavorable al planteo de inconstitucionalidad.⁵⁸ Por el contrario, cuando de

56 Robledo, Miguel. “Las sentencias constitucionales atípicas en los procesos colectivos”. Madrid, 2010, p. 17.

57 Cappelletti, Mauro. *El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes*. México, UNAM, 1976, p. 41.

58 Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 72.

alguna manera pueda salvarse la vigencia de una norma, la sentencia podrá ubicarse en un término medio, al declarar la inconstitucionalidad parcial de una norma, aportando una interpretación diferente y generalmente obligatoria, o a su vez podrá declarar la inconstitucionalidad de una parte de la disposición, ya sea por exceso u omisión en sus enunciados, guardándose para sí la facultad de subsanar dicha inconstitucionalidad. Finalmente, la Corte podrá, en la parte resolutive de su sentencia, delegar al órgano legislativo a enmendar una inminente inconstitucionalidad, señalando un tiempo prudente en el cual se lo haga, en cuyo incumplimiento, la misma Corte será la encargada de hacerlo.



Elaboración propia.

4. Bibliografía

- Cappelletti, Mauro. “El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes”. México, UNAM, 1976.
- De la Vega, Augusto Martín. *La Sentencia Constitucional en Italia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Fernández Segado, Francisco. *El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht*. México, 2008.
- Gaceta del Tribunal Constitucional, 1. Lima, 2006.
- Garrorena Morales, Ángel. “La Sentencia Constitucional”. Madrid, 1981. Internet. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1981-11C940851&dsID=PDF>.
- Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el derecho*. Lima, 2ª ed. Palestra, 2005.
- Gonzales Méndez, Luis. “Las sentencias atípicas del Tribunal Constitucional”. 2008. Internet. <http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/18%20articulo%20-%20Sentencias%20Atipicas%20del%20TC.pdf>.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo. *Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes*. México, Porrúa, 2007.
- Groppi, Tania. “¿Hacia una justicia constitucional dúctil?”. Internet. <http://juridicas.unam.mx/publica/reu/boletin/cont/107/art/art2.htm>; <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.
- Iniesta Delgado, Juan y José Manuel Fernández Salmerón. “Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), 2000.
- Landa, César. *Tribunal Constitucional y poder judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional*. Lima, 2006.
- Moreno Millán, Franklin. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*. Bogotá, Editorial Leyer, 2002.
- Olano García, Hernán Alejandro. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Bogotá, Universitas, 2004.
- Palenque, Daniela del Carmen. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en Bolivia*. Sucre, 2008.

Robledo, Miguel. *Las sentencias constitucionales atípicas en los procesos colectivos*. Madrid, 2010.

Sagüés, Néstor Pedro. *Las sentencias constitucionales exhortativas*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

Colaboradores

Carmen Estrella

Doctora en jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Diplomado y magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Diplomado en derechos humanos y derecho constitucional, Universidad San Francisco de Quito. Especialización en derecho administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. En la actualidad es Asesora Constitucional y Coordinadora del Grupo Técnico de Selección de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *cestrel@hotmail.com*

Juan Francisco Guerrero

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Profesor de derecho constitucional y derecho procesal, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE y de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Correo electrónico: *jfguerrero@dgallegal.com*

Juan Montaña Pinto

Abogado y especialista en derecho público, Universidad Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diploma de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho de la Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente es el Director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

Berenice Pólit Montes de Oca

Doctora en jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Maestría en derecho constitucional, especialización superior en derecho administrativo, y diplomado en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Diplomado en derecho constitucional y derechos fundamentales, Universidad San Francisco de Quito y Universidad Andina Simón Bolívar. Estudios de posgrado en derecho constitucional, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid.

Correo electrónico: *berepolit@hotmail.com*

Johanna Romero Larco

Abogada, Universidad de Cuenca. Diploma superior en derecho constitucional y derechos fundamentales, Universidad de Cuenca. Magíster (c) en derecho con mención en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. En la actualidad es investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *jhoannamelyna@hotmail.com*

Fabián Soto Cordero

Abogado, Universidad Central del Ecuador; especialización superior en derecho constitucional (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. En la actualidad es Capacitador del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *fsoto@cce.gob.ec*

ISBN: 978-9942-07-198-9



9 789942 071989



www.corteconstitucional.gob.ec