



Dunia Martínez Molina
Editora

Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana

Memorias 
de encuentros académicos
Quito-Ecuador

Corte Constitucional para el Período de Transición

Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana

MEMORIAS DE ENCUENTROS ACADÉMICOS n.º 1

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana

Dunia Martínez Molina
Editora

Quito - Ecuador



Martínez Molina, Dunia, ed.

Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana / Dunia Martínez Molina, editora. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Memorias de encuentros académicos, 1)

298 p.; 15x21 cm + CD-ROM

ISBN: 978-9942-07-038-8

Derechos de autor: 036097

1. Derecho constitucional - Ecuador. 2. Historia constitucional - Ecuador. 3. Control de constitucionalidad. I. Título. II. Serie

CDD21: 342.9866. CDU: 342(866). LC: KHK2919.M37 2011. Cutter-Sanborn: M385.

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

Dunia Martínez Molina
Editora

Miguel Romero Flores
Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de Portadas

**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

Imprenta: V&M Gráficas
Quito, Ecuador, abril 2012

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

Presentación	13
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	
Introducción: La Corte Constitucional una consecuencia lógica de la evolución del control constitucional en Ecuador	15
<i>Dunia Martínez Molina</i>	

Capítulo I

Justicia constitucional: la experiencia comparada

CARLOS GAVIRIA	
Colegitimidad democrática y control constitucional	29
HUMBERTO SIERRA PORTO	
Críticas, ventajas y efectos del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento político y en el sistema de fuentes del Derecho	37
Presentación	37
1. Ventajas e inconvenientes de algunos de los principales elementos que configuran el control de constitucionalidad en Colombia	38
1.1. La titularidad de la acción de inconstitucionalidad	38
1.2. La atribución de la Corte Constitucional de decidir el tipo y los efectos en el tiempo de sus decisiones	40

1.3. La excepción de inconstitucionalidad	45
2. El control de constitucionalidad y el sistema de fuentes	48
2.1. Del concepto formal de Constitución a uno material.	
La teoría de los vicios de competencia de	
las enmiendas constitucionales	48
2.2. Del concepto formal de ley a uno material.	
La evasión del control de constitucionalidad por el Ejecutivo . . .	51
3. Conclusiones	56

RODRIGO UPRIMNY

Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y	
justicia constitucional en América Latina	59
1. Una síntesis de los procesos constitucionales	
recientes en América Latina	60
1.1. Las variaciones de la parte dogmática: reconocimiento de	
la diversidad, ampliación y protección de los derechos	61
1.2. Los cambios: mecanismos de participación en la parte	
institucional u orgánica	64
1.3. Unas primeras conclusiones sobre las	
transformaciones constitucionales	68
2. Las críticas a la intromisión judicial en la economía	74
3. La supuesta incapacidad técnica de los jueces constitucionales	79
4. El “populismo” y la insensibilidad de los jueces	
frente a las consecuencias de sus decisiones	82
5. Sobre el supuesto carácter antidemocrático del	
control constitucional de los procesos económicos	86
5.1. La llamada “dificultad contramayoritaria” y	
una defensa democrática del control constitucional	87
5.2. La especificidad del ámbito económico y el problema de	
la “justiciabilidad” de los derechos sociales	94
6. Sobre los riesgos de rigidez constitucional	101
7. Los problemas de inseguridad jurídica	102
8. Los riesgos de desmovilización ciudadana y	
politización de la justicia	104
9. Conclusiones	105
10. Bibliografía	107

Capítulo II

Reflexiones sobre el derecho procesal constitucional

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico 113

1. Introducción. Las sentencias “atípicas” en materia de control de constitucionalidad 113
2. Variables de las sentencias atípicas. Las “interpretativas” 116
3. Sentencias manipulativas “aditivas”, “sustractivas” y “sustitutivas” 119
4. Las sentencias exhortativas (“apelativas” o “con aviso”). Subtipos 124
5. Sentencias escalonadas 129
6. Conclusiones 131
7. Bibliografía 133

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

El código procesal constitucional peruano 135

1. El título preliminar del código 137
2. La protección de los derechos constitucionales en los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data 140
 - 2.1. El proceso de hábeas corpus 143
 - 2.1.1. Los derechos protegidos 143
 - 2.1.2. Las modalidades de hábeas corpus 144
 - 2.1.3. Algunos aspectos procesales 145
 - 2.2. El proceso de amparo 146
 - 2.2.1. El carácter excepcional del amparo 146
 - 2.2.2. Los derechos protegidos por el amparo 148
 - 2.2.3. Medida cautelar y suspensión del acto reclamado 149
 - 2.2.4. Algunos aspectos procesales 150
 - 2.3. El proceso de hábeas data 153
 - 2.3.1. Los derechos protegidos 153
 - 2.3.2. Las entidades que pueden ser emplazadas con el hábeas data 155
 - 2.3.3. Algunos aspectos procesales 156
 - 2.4. El proceso de acción de cumplimiento 157

3.	El control de constitucionalidad y legalidad de las normas: acción popular y de inconstitucionalidad	159
3.1.	El proceso de acción popular	160
3.2.	El proceso de inconstitucionalidad	161
4.	El proceso competencial	163
5.	Reflexión final	166
6.	Bibliografía	167

Capítulo III

De la propuesta a la vigencia.

La justicia constitucional ecuatoriana en perspectiva

AGUSTÍN GRIJALVA JIMÉNEZ

Independencia, acceso y eficiencia

de la justicia constitucional en Ecuador	171
1. Independencia	172
1.1. ¿Qué es independencia?	172
1.2. Importancia política de la independencia de la Corte Constitucional	177
1.3. Independencia judicial y democracia	180
2. Acceso	181
3. Eficiencia	188
4. Bibliografía	190

JUAN MONTAÑA PINTO

La interpretación constitucional:

variaciones de un tema inconcluso	191
1. Introducción	191
2. Aproximación al debate sobre la interpretación de la Constitución	193
2.1. La distinta naturaleza y estructura de las normas constitucionales y su vinculación con la garantía de lo indecible democráticamente	194
2.2. Su vinculación con la eficacia del principio de supremacía de la Constitución	196

2.3. El carácter normativo de la interpretación constitucional	198
2.4. Las funciones que cumple la interpretación constitucional realizada por la Corte Constitucional	204
3. La interpretación constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008	207
4. La interpretación constitucional en la versión de la LOGJCC	217
4.1. Observaciones de forma	217
4.2. La limitación de la interpretación constitucional a la parte orgánica de la Constitución	219
4.3. La legitimación activa	220
4.4. El contenido y trámite de la solicitud de interpretación	221
4.5. El contenido del dictamen	222
4.6. Naturaleza jurídica de los dictámenes interpretativos	223
4.7. La mayoría necesaria para emitir un dictamen interpretativo	225
4.8. El alcance de la interpretación	226
5. Conclusiones	227
6. Bibliografía	231

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

Del amparo a la acción de protección jurisdiccional	233
1. Introducción	233
2. La legitimación activa	237
3. Legitimación pasiva	238
4. El ámbito material del amparo	240
5. Argumentación jurídica	245
6. Reparación	248
7. Cumplimiento	251
8. La competencia material de los jueces y juezas que resuelven el fondo de las violaciones a derechos humanos	254
9. El papel del juzgador	256
10. Conclusiones	264
11. Bibliografía	268

SEBASTIÁN LÓPEZ HIDALGO

El control de constitucionalidad como garantía frente al

Legislativo: una visión crítica y necesaria que

se funda en la argumentación 271

1. Estado de la cuestión 271

2. Introducción 272

3. Límites del ejercicio del control de constitucionalidad 273

3.1. Posición conservadora 273

3.2. Posición progresista 276

3.3. Posición innovadora 279

4. Límites constitucionales a la actividad legislativa 283

5. El contenido esencial en relación con la
teoría conflictivista de los derechos 286

6. Conclusiones 290

7. Bibliografía 292

Colaboradores 295

Presentación

La instauración de la Asamblea Constituyente fue la oportunidad soñada, el momento histórico más trascendente, para la concreción de uno de los ejes fundamentales del nuevo Estado constitucional ecuatoriano, el fortalecimiento de la justicia constitucional que reemplace las obsoletas estructuras institucionales en materia constitucional. El Tribunal Constitucional, de ese entonces, bajo mi Presidencia, no solo que no podía permanecer indiferente, sino que decidió ser participativo y propositivo, por tal motivo realizó el Taller Internacional “Un cambio ineludible: la Corte Constitucional”.

En este contexto el taller, origen de esta publicación, trabajó un trascendente proyecto para servir al país. La idea que nos inspiraba, en consonancia con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, y siempre anclados en la realidad ecuatoriana, era la urgente e ineludible necesidad de crear y consolidar un control judicial de la constitucionalidad en el país, entendido este como una magistratura especializada capaz de poner límites tanto a los poderes fácticos, como al gobierno y a las demás funciones del Estado como fórmula primigenia para garantizar los derechos constitucionales de las personas, los colectivos y de la naturaleza.

Esto no quiere decir que el actual modelo de justicia constitucional, incorporado en la Constitución de Montecristi sea idéntico y corresponda exactamente al desarrollado en el taller internacional —posteriormente entregado como propuesta—, pero sí hay que reconocer que fue uno de sus pilares constitucionales. El modelo final fue el resultado de la combinación de la propuesta del Tribunal Constitucional con los aportes sustanciales, de los asambleístas, así como de algunos profesores universitarios y distintos actores que concurrieron en diferentes momentos a

Montecristi y que mejoraron sustancialmente e hicieron operativas y útiles muchas de las ideas planteadas por nosotros.

Pasados más de cuatro años de la finalización del evento, y casi tres años y medio de vigencia de la Constitución, un lector atento puede verificar la importancia y la influencia que tuvo este encuentro académico en la configuración normativa de la nueva justicia constitucional, pero la Constitución es solamente el comienzo de la lucha. Una vez aprobada por el pueblo y puesta en vigencia la Constitución, la materialización de sus principios y postulados y la transformación institucional y cultural ha sido lenta, difícil. Una nueva lección nos deja este difícil momento: en el Ecuador siempre ha sido y sigue siendo más fácil destruir que construir y proponer. A pesar de los discursos grandilocuentes el pueblo ecuatoriano, particularmente su clase dirigente, no descubre todavía el valor de la institucionalización. Aún así, la importancia del cambio y la urgencia de una justicia constitucional fuerte e independiente en nuestro país ha quedado demostrada por los hechos.

Faltaba, sin embargo, una discusión académica seria y desapasionada sobre el futuro de la democracia constitucional ecuatoriana. Personalmente estoy convencido que los elementos planteados en ese taller tenían y tienen un potencial teórico singular, inexplorado y desaprovechado. Por eso se entiende y se justifica la publicación de este nuevo libro, *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, que no es más que la selección antológica de algunos de los textos, aquellos que tienen mayor enjundia y potencial teórico, que sirvieron para construir la propuesta de nueva justicia constitucional ecuatoriana y de otros que nos hacen reflexionar sobre el camino recorrido. Mas allá de los acontecimientos institucionales y políticos que ha sufrido y sufrirá este proyecto, los estudiantes, los teóricos y los simples interesados en la historia constitucional de nuestro país encontrarán en este nuevo libro, publicado por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte, una fuente importante de información y reflexión sobre nuestro pasado reciente y los grandes desafíos que exige nuestro futuro democrático.

Patricio Pazmiño Freire

Presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición

Introducción: Corte Constitucional una consecuencia lógica de la evolución del control constitucional en Ecuador

Las democracias constitucionales contemporáneas se caracterizan, entre otras cosas, por tener 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 soberanía del legislador¹ y la garantía de los derechos constitucionales. Así mismo, la literatura jurídica especializada identifica dos modalidades de control constitucional (político y judicial), último 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, y por tanto, capaz de someter a las instituciones a los mandatos específicos de la Constitución.

Como se verá en su momento, 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

1 Se utiliza en general la expresión legislador en sentido amplio, como aquel que tiene capacidad normativa sean los miembros de la función legislativa nacional propiamente dichos, los legisladores regionales y locales, o el propio Ejecutivo mediante su facultad de expedir normas reglamentarias con fuerza de ley.

2 Recuérdese que el control concentrado de constitucionalidad fue ideado 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 juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”. *Topos Verlag* (Vaduz), 1982: 197 a 256.

Unidos ejercen y han ejercido sobre nuestro país en los ámbitos político, económico y cultural, respecto de la *judicial review*, en Ecuador, 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.

La versión ecuatoriana del control judicial de constitucionalidad ha derivado en la conformación de un sistema mixto que se encuentra a medio camino entre el sistema difuso y el concentrado, el cual entrega a los jueces ordinarios un control incidental de la constitucionalidad de la aplicación de la ley unido a la existencia de órganos que, aunque realizan una actividad cuasijudicial de vigilancia de la constitucionalidad de las normas, en estricto sentido dependen del Legislativo que tiene la última palabra en materia constitucional.

La pregunta obligada es ¿por qué se da en nuestro país una distancia tal entre norma y realidad?

La respuesta no es sencilla, pero está relacionada con la confluencia de por lo menos dos factores ineludibles y determinantes: en primer lugar, la existencia de un fuerte espíritu formalista en los ecuatorianos, heredado de la tradición colonial ibérica donde las normas “se obedecen pero no se cumplen”; y en segundo término, la difícil, caótica y a veces inexistente estructuración del Estado en Ecuador.

En cuanto a lo primero, a pesar de las manifestaciones normativas enunciadas en infinidad de textos legales y jurídicos, según los cuales España y América eran una sola, expresados en tiempos modernos sobre todo en el texto de la Constitución de Cádiz de 1812,³ en realidad esta no es más que una ficción jurídica y literaria que desde los primeros días de la conquista se mantuvo y se consolidó en dos vías,⁴ a efectos de aparentar unidad y conservar y transferir legitimidad al ejercicio del poder en estos territorios. Una ficción de esta naturaleza no se puede producir y mantener si el terreno, en este caso la cultura dominante, no está abonado por una visión fuertemente formalista de la vida, de la autoridad y de

3 Concepción que en nuestro país es defendida aún hoy por algunos juristas panhispanistas como Juan Larrea Holguín. Sobre el particular, véase Larrea Holguín, Juan. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, vol. 1. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007, p. 1.

4 Esto es tanto por parte de la monarquía española y sus funcionarios peninsulares como sobre todo entre la burocracia y los habitantes de las tierras americanas.

la ética.⁵ En cuanto se refiere al derecho y al mundo jurídico, este formalismo ético desarrollado en nuestra América para eludir la obediencia de la autoridad, se vio complementado y exacerbado con un legalismo y literalismo extremos, donde el objetivo no es tanto la eficacia de la norma cuanto la apariencia de legalidad; visión que se conserva incólume en la cultura jurídica ecuatoriana de hoy, dominada aún por la peor de las versiones del positivismo jurídico.⁶

En lo que incumbe a la traumática estructuración del Estado, este país ha vivido desde su conformación como Estado independiente en lo que algunos autores contemporáneos denominan democracias débiles o de baja intensidad,⁷ caracterizadas por trasplantar o crear formalmente instituciones en apariencia equiparables al modelo democrático liberal, particularmente de separación de funciones públicas, limitación y control del ejercicio arbitrario del poder y garantía formal de los derechos,⁸ sin que estas cumplan en realidad con su objetivo, debido a que no existe ni una convicción política ni mucho menos una cultura jurídica para llevar adelante los procesos de institucionalización. En el caso particular del control constitucional, la frágil institucionalidad del Estado se refleja en que a pesar de la existencia de organismos públicos que tienen atribuida esta misión, sin embargo, no existe, en realidad, una verdadera garantía de la supremacía de la Constitución.

Y esto se ve reflejado claramente en el constitucionalismo histórico del Ecuador que hasta bien tarde carece de un planteamiento institucional o jurídico parecido o similar al control judicial de la Constitución, y

5 En el caso de América Latina en el afianzamiento de este formalismo convergieron paradójicamente tanto las principales culturas indígenas americanas, especialmente las andinas, como la tradición judeocristiana traída por los conquistadores de allende los mares.

6 Aquel positivismo ideológico que llegó al Ecuador de la mano del código civil francés en la adaptación de don Andrés Bello y que pasados casi dos siglos no termina de irse y desaparecer de la cultura de los jueces y operadores de justicia ecuatorianos.

7 Sobre el particular, véase Leibholz, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1971, pp. 15 a 30. Véase también De Cabo Martín, Carlos. *Contra el Consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México, UNAM, 1997, pp. 229 a 235.

8 Véase el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que es el texto clásico que representa el modo liberal de ejercicio del poder y de la relación de este con las personas.

cuando lo instaura, en 1945, las circunstancias políticas, sociales y culturales del momento, hacen que este ensayo de constitucionalización del ordenamiento jurídico sea más retórico y formal 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 o, mejor dicho, podido desarrollar, en tierras ecuatorianas.

En efecto, la preocupación por el modelo de ejercicio y limitación del poder se hace visible, desde muy temprano en la primera Constitución ecuatoriana, la de 1812, la cual recoge un primer esbozo de control político de la constitucionalidad de los actos de las tres funciones del incipiente Estado. Este control, en la fórmula del constituyente quiteño era ejercido por el depositario de la soberanía que era el así llamado “supremo congreso”.⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹

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 tres departamentos en que estaba dividido el nuevo territorio.¹² Respecto de la existencia o no de algún sistema de control de constitucionalidad, nuestra primera Constitución republicana no dice específicamente nada, como

9 Véase la Constitución de 1812, artículo 7.

10 *Ibid.*, artículo 10.

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

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

si 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, desde una visión actual, podrían llegar a constituir guardadas las proporciones un esbozo de sistema de control constitucional en cabeza del titular de la función legislativa: por una parte los artículos 69 y 70 establecen 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. Por otra parte, el artículo 26, numeral 11 del texto fundamental, que establece entre las funciones de los diputados del Congreso, además de expedir y derogar los códigos y las leyes, la interpretación con autoridad de la ley 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 transpolar ideas y conceptos actuales al pasado, y por tanto, consideramos que para estudiar el derecho del pasado no hay que fijarse tanto en las instituciones, en las normas, en caso de que las hubiera, cuanto en lo que pensaban los juristas de esas normas e instituciones,¹³ 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. Particularmente, qué entendían los juristas de la época por interpretación de la Constitución y de la ley. Lo que sí 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

13 Una perspectiva metodológica de esta naturaleza que se ocupa de la historia de las mentalidades jurídicas en lugar de la historia de las instituciones la encontramos por ejemplo en la obra del historiador del derecho español Jesús Vallejo o del medievalista italiano Paolo Grossi. Sobre el particular véase Vallejo, J. *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 15 a 31.

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,¹⁴ sin que por otra parte las constituciones o la ley criminal establecieran el procedimiento o la forma de ejercer la acción.

Debemos esperar a 1869,¹⁵ a la Constitución garciana, 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,¹⁶ así como la de decidir definitivamente sobre la objeción de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la República;¹⁷ control judicial de constitucionalidad complementado con el establecimiento definitivo de la facultad de interpretación auténtica de la Constitución cuando en el artículo 114 establece que solamente 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 quedarse mudo 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

14 Véase, por ejemplo, el artículo 119 de la Constitución política de 1861.

15 Véase artículo 114 de la Constitución política de 1869

16 Larrea Holguín, Juan. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, vol. 1. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 10.

17 Véase artículo 43 de la Constitución de 1869.

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”.

Sin embargo, un 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. Concretamente el artículo 161 establecía que la Constitución es la ley suprema de la República y que no tenían ningún valor las leyes, decretos y demás normas infraconstitucionales que se opusieren 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, aunque esta disposición esté morigerada por la prohibición de la aplicación directa de la Constitución.¹⁸

Pero un sistema de *judicial review* en su entendimiento clásico no se inicia en el Ecuador sino hasta 1945, cuando la Constitución progresista de ese año, siguiendo el ejemplo de los principales países europeos (recién salidos de la tragedia totalitaria fascista), creó el Tribunal de Garantías Constitucionales¹⁹ que fue eliminado poco después en la Constitución de 1946 y reimplantado en las Constituciones de 1967²⁰ y 1979²¹ como un órgano consultivo dependiente de la función legislativa, sin que efectivamente funcionara como instancia de control judicial de la Constitucionalidad de la ley. Tan solo en 1996, cuando se crea el Tribunal

18 Véase artículo 161 de la Constitución de 1929.

19 El artículo 159 de la Constitución de 1945 crea el Tribunal de Garantías Constitucionales. El artículo 160, por su parte, establece cuáles son las atribuciones o competencias de los miembros de este tribunal entre las que 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, y 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 cual debía decidir en un plazo de 45 días.

20 Véase el artículo 219 de la Constitución de 1967.

21 Véanse los artículos 140 ss. de la Constitución de 1979.

Constitucional,²² y comienza un lento y tortuoso proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y por lo tanto de judicialización del control constitucional, proceso que hace parte esencial del modelo jurídico propuesto por la Constitución de 2008, y que aún no culmina, porque a pesar de la inequívoca voluntad constituyente, es todavía pronto para hablar de un ejercicio pleno y eficaz de tales facultades y de la apropiación de sus ventajas por parte de la ciudadanía.

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 latinoamericano²³ que siguió vigente a rajatabla hasta hace muy poco, 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.

Aún así, exhibiendo una confianza inusitada para nuestro medio²⁴ en las potencialidades del derecho como instrumento de transformación y liberación, en su discurso de posesión, el hoy presidente Rafael Correa planteó, como uno de los ejes estratégicos de su recién iniciado gobierno, la necesidad de producir en el país una revolución constitucional que, en palabras suyas, consistiría en una transformación profunda y democrática de la institucionalidad anterior secuestrada por la corrupción, la voracidad política, y la politización de la justicia y de los órganos de control. Planteó además que el mecanismo para lograr ese cambio por el que habían votado la inmensa mayoría de los ecuatorianos era la convocatoria a una Asamblea Constituyente de plenos poderes que instrumentara el desbloqueo institucional, político, económico y social en que vivía el país.²⁵

22 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.

23 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.

24 Y que de paso no se ha vuelto a dar en el Presidente ni en ningún vocero del gobierno.

25 Correa Delgado, Rafael. "Discurso de Posesión". Quito, 15 de enero de 2007, pp. 3 y 4.

Realizada la convocatoria y pasados los difíciles momentos del boicot inicial de la clase política tradicional,²⁶ la situación se normalizó y el proceso fluyó sin mayores inconvenientes hasta la consulta del 15 de abril y las elecciones para escoger a los asambleístas constituyentes del 30 de septiembre de 2007. Finalmente, el 30 de noviembre el presidente Correa inauguró las sesiones de la Asamblea en Montecristi y comenzó a escribirse, en medio de un intenso debate nacional, la nueva historia constitucional del país y, en lo que interesa en este libro, la “Genealogía de la nueva justicia constitucional ecuatoriana”.

En ese contexto, por uno o dos meses antes de las deliberaciones de la Asamblea, los entonces miembros del Tribunal Constitucional organizaron un taller internacional donde se invitó a los mejores constitucionalistas ecuatorianos y extranjeros para discutir las bases de un proyecto de nueva justicia constitucional para nuestro país, el mismo que una vez discutido se presentó a consideración de los asambleístas constituyentes.

En lo fundamental, la discusión giraba acerca de cómo diseñar una nueva justicia constitucional que tomara en consideración la historia política y constitucional del país —a la que se ha hecho referencia en párrafos anteriores—, y al mismo tiempo tuviera la potencia y la novedad para transformar la cultura jurídica ecuatoriana y lograr la constitucionalización real de la práctica jurídica y de la vida cotidiana de quienes vivimos en Ecuador. En el centro de ese debate estaba la idea de crear una nueva y poderosa Corte Constitucional en la que se veía la encarnación del nuevo modelo de Estado y de la nueva justicia en el país. Particularmente, entre los invitados ecuatorianos a esa reunión académica se discutía sobre la mejor forma de dar legitimidad a unos jueces, los jueces constitucionales y a una justicia (la justicia constitucional), que tradicionalmente ha sido denostada como símbolo de un elitismo jurídico y ejecutora material de la muerte de la democracia en los estados constitucionales contemporáneos.²⁷

26 Como recordarán este enfrentamiento político incluyó un polémico incidente donde el antiguo Congreso de la República se enfrentó con el Tribunal Supremo Electoral por haber convocado al referéndum sin su aprobación, con el resultado final de la destitución de los 57 legisladores.

27 Esta posición crítica es defendida por muchos juristas contrarios a la justicia constitucional entre los que se destacan en América Latina Roberto Gargarella y Ricardo Sanín. Véase Gargarella, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno*. Quito, Corte Constitucional/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) 1996; también Sanín, Ricardo. *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá, De Palma, Librería Jurídica Ibáñez, 2009.

El resultado de esas deliberaciones fue recogido en un libro que se publicó a finales del año 2008²⁸ y que sirvió de base para la redacción del documento que el Tribunal Constitucional presentó a la Asamblea Constituyente. Este documento sobre la nueva justicia constitucional estaba estructurado en dos planos complementarios: uno institucional, referido a la posición y función de la justicia constitucional en el contexto del nuevo Estado ecuatoriano, y uno técnico-jurídico-procesal referido a las necesidades concretas de mejoramiento de la justicia constitucional ecuatoriana en términos teóricos, de eficiencia y de acceso.

En el ámbito institucional las ideas fuerza eran las siguientes: a) la necesidad de garantizar constitucionalmente la independencia administrativa, financiera y de opinión de la justicia constitucional en general y de la Corte Constitucional, en particular; b) la necesidad de garantizar normativa e institucionalmente la naturaleza dual, jurídico-política, de la justicia constitucional y de sus órganos; c) la necesidad de establecer un mecanismo de designación de los jueces constitucionales que garantizara a la vez participación ciudadana, idoneidad técnica de los candidatos; sentido político y calidad ética de los escogidos; d) la necesidad de establecer un período de funciones suficientemente largo; e) la urgencia de eliminar el juicio político a los jueces constitucionales, mecanismo que en el pasado impidió la independencia e institucionalización de la justicia constitucional.

En el plano técnico-jurídico y procesal, a partir del encuentro, el Tribunal Constitucional pudo generar algunos consensos para la discusión de los asambleístas cuyos ejes articuladores eran los siguientes: a) la necesidad de transformar y fortalecer el control judicial de la constitucionalidad de la ley mediante el establecimiento de una acción pública de inconstitucionalidad; b) el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión; c) la modificación del sistema de control difuso de constitucionalidad, incorporando la obligación de la suspensión del proceso mientras el Tribunal o Corte Constitucional decide definitivamente sobre la inconstitucionalidad de la norma o de su aplicación; d) la necesidad de transformar el antiguo Tribunal Constitucional de juez de instancia en materia de garantías a Tribunal de cierre, por medio del establecimiento de un sistema de selección y revisión de sentencias; e) el establecimiento

28 Tribunal Constitucional del Ecuador. *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, noviembre 2008.

del amparo contra sentencias y decisiones judiciales para proteger los derechos constitucionales y, particularmente, el debido proceso; e) la urgencia de que proceda y se reconozca el amparo contra particulares; f) la importancia de establecer mecanismos y acciones encaminadas a garantizar el cumplimiento estricto de las decisiones de la justicia constitucional, entre otras.

En este contexto, con el objetivo de conocer, evocar y mantener presentes —como fuentes de consulta y estudio— estos importantes aportes y parte de nuestra historia constitucional, tenemos el inmenso agrado de editar el primer libro de la serie “Memorias de Encuentros Académicos”, en la que se publicarán las más importantes contribuciones que, en el marco de seminarios, conferencias, etc., organizados por la Corte Constitucional, comparten los expositores nacionales e internacionales.

También es necesario explicar la estructura formal del libro. En primer lugar, se debe advertir que este conserva la propuesta presentada por el entonces Tribunal Constitucional a la Asamblea Constituyente, que profundizó en el plano institucional y en el teórico-jurídico-procesal de la justicia constitucional. En esta edición se incorpora como valor agregado un capítulo final de reflexiones y valoración de los resultados, avances y retos de la justicia constitucional ecuatoriana en la práctica, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008.

Entonces, este libro está estructurado en tres grandes capítulos. El primero, denominado “Justicia constitucional: la experiencia comparada”, pretende ser una especie de introducción teórica general sobre la cuestión del control constitucional en las democracias constitucionales contemporáneas, a partir de una perspectiva regional; incorpora reflexiones sobre algunos de los temas más trascendentes y controvertidos de la doctrina constitucional contemporánea: una reveladora visión de la siempre difícil y traumática relación entre control constitucional y democracia (Carlos Gaviria); una reflexión teórica y práctica a la vez sobre los efectos concretos del control constitucional en el sistema de fuentes del derecho (Humberto Sierra); un texto académico que aborda la difícil relación entre la justicia constitucional y el gobierno en el marco de la interpretación del sistema económico constitucional (Rodrigo Uprimny).

El segundo capítulo, “Reflexiones sobre el derecho procesal constitucional”, presenta consideraciones muy pertinentes sobre dos cuestiones de palpante actualidad para los interesados en la justicia constitucional: el

problema del valor jurídico y alcance de las sentencias constitucionales como fuentes del derecho con particular énfasis en las sentencias atípicas (Néstor Pedro Sagüés), y una visión analítica y a la vez crítica de lo que ha significado el código procesal constitucional peruano para la superación del régimen autoritario fujimorista en el Perú (Francisco Eguiguren Praeli).

Finalmente, el tercer capítulo titulado “De la propuesta a la vigencia. La justicia constitucional ecuatoriana en perspectiva” pretende reflejar, pasados ya casi cuatro años de la vigencia de la Constitución, el difícil tránsito que existe entre la norma y la realidad, en este caso entre el modelo de justicia constitucional planteado por la Constitución y su desarrollo en la realidad jurídica del Ecuador de hoy: un interesante estudio, cada vez más vigente, sobre la importancia de garantizar la independencia funcional y el acceso a la justicia constitucional como elementos de legitimidad de la justicia constitucional y particularmente de su máxima instancia, la Corte Constitucional (Agustín Grijalva Jiménez); un descarnado examen del proceso de interpretación constitucional y de las dificultades y retos de su transformación en acción constitucional autónoma, así como de su traducción legal (Juan Montaña Pinto); una muy sugerente visión crítica del tránsito, ocurrido en el ordenamiento constitucional ecuatoriano entre el antiguo recurso de amparo y la actual acción de protección (Ramiro Ávila Santamaría); y una visión profundamente crítica del papel que cumple la justicia constitucional como garantía de los derechos de las minorías frente al papel de la función legislativa (Sebastián López Hidalgo).

Espero, en definitiva, que este libro provoque el debate y la reflexión para el cambio de la justicia constitucional ecuatoriana. La invitación está formulada y en manos de todos la responsabilidad.

Dunia Martínez Molina *

Editora

* Doctora en jurisprudencia por la Universidad del Azuay. Magíster en derecho económico y estudios doctorales en derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en la cual también es docente en la especialización superior en derecho constitucional. Profesora invitada de la Universidad de las Américas (UDLA), Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) y de la Universidad Internacional SEK. Actualmente, coordinadora de publicaciones del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Capítulo I

Justicia constitucional: la experiencia comparada

Colegitimidad democrática y control constitucional*

Carlos Gaviria**

En primer lugar, quiero dar un agradecimiento muy especial por haberme extendido esta invitación para hacer una reflexión sobre un tema tan importante como el que nos convoca.

Reflexionaré sobre la colegitimidad democrática, fundamentalmente, partiendo de la experiencia de mi país (Colombia), pero con la convicción de que muchas de las reflexiones que hago sobre mi país, son extensibles a muchos países latinoamericanos que se encuentran en situaciones similares.

Lo primero que debo decir es esto. La Constitución colombiana de 1991 se dictó a instancias de la opinión de los más diversos sectores en Colombia que venían pidiendo, insistentemente, una reforma constitucional. Esta reforma constitucional se ensayó por el mecanismo ordinario contemplado en la Constitución de 1886, es decir, un acto legislativo producido por el Congreso de la República, pero fracasó.

Yo creo que uno de los motivos del fracaso consistió en que el Congreso mismo debía reformarla, y el Congreso ha sido renuente a esta reforma. Sin embargo no cesó la solicitud de que se reformara la Constitución, a tal punto que se produjo un movimiento conocido en Colombia como el *Movimiento de la Séptima Papeleta*, promovido, especialmente, por sectores

* Intervención del doctor Gaviria en el Taller Internacional “Un cambio ineludible: la Corte Constitucional”, realizado en noviembre de 2007.

** Doctor en derecho y ciencias políticas por la Universidad de Antioquia. Estudiante especial de la Universidad de Harvard en las áreas de jurisprudencia, derecho constitucional y teoría política. Exsenador y expresidente de la Corte Constitucional de Colombia. Candidato a las elecciones presidenciales para el período 2006-2010.

estudiantiles para que se convocara una Asamblea que hiciera esta reforma constitucional. El presidente de ese entonces, doctor César Gaviria, dictó un Decreto de estado de sitio que, para quienes no están al tanto de la terminología constitucional colombiana, equivale a un Estado de excepción que se decretaba cuando había especiales circunstancias perturbadoras del orden y era necesario, entonces, atender a estas circunstancias mediante decretos extraordinarios dictados por el Presidente de la República.

Esos decretos tenían la vocación de transitoriedad, porque tenían un tiempo limitado de existencia y cuando el Estado de sitio se levantaba, dejaban de regir. Sin embargo, parece paradójico que mediante uno de esos decretos se convocara a la elección de una Asamblea Constitucional con el objeto de reformar la Constitución. Ese decreto fue bastante discutido puesto que ese mecanismo, desde luego no era ortodoxo, pero fue sometido al análisis de la Corte Suprema que en ese momento ejercía la jurisdicción constitucional y dicha Corte, por un estrecho margen, lo declaró exequible, es decir, constitucional.

Se trató de reformar algunos aspectos de la Constitución, entre otros, los relacionados con la administración de justicia y con la descentralización y algunos otros temas más. Sin embargo, la dinámica de los hechos dispuso otra cosa. Esta Asamblea se convirtió en una Asamblea Constitucional. ¿Por qué? Porque el encargo que tenía era reformar la Constitución del 86, pero devino en la Asamblea Constituyente y expidió una nueva Constitución: la Constitución de 1991.

Vale la pena preguntarse, ¿por qué sucedió así? Si pensamos en esa solicitud insistente de tantos sectores de la opinión colombiana para que hubiera una reforma constitucional, no es difícil hacer una conjetura a qué obedecía. Lo que convocaba a los colombianos a hacer esa solicitud, era el deseo de paz. Nosotros vivimos una suerte de anomia; somos víctimas de una violencia abrumadora que padecemos desde hace muchos años, y la carencia de ese bien nos llevó a esto.

Creo que el constituyente colombiano de 1991 entendió bien su misión. Yo he expresado la acción del constituyente colombiano de esta manera: hizo un diagnóstico hobbesiano sobre la sociedad colombiana. Estamos en un estado de naturaleza de guerra de todos contra todos, pero sorpresivamente, y a mi juicio, con un gran tino, lo que propuso no fue lo que se hubiese propuesto dentro de esa línea de la filosofía hobbesiana:

un gobierno fuerte, dictatorial, autoritario, sino al revés. Yo creo que el constituyente colombiano, lo que hizo fue pensar sobre las causas que nos ha llevado a vivir como vivimos, y a decirse, entonces ensayemos caminos que no hemos ensayado.

El constituyente colombiano de 1991 se propuso crear una democracia en Colombia, que es lo que no hemos tenido y se propuso, entonces, introducir en la Carta, por una parte, instituciones de la democracia representativa, de la democracia directa e incrementar el catálogo de los llamados derechos de primera generación: derechos personales, individuales y de libertades públicas, e incorporar, por primera vez en la historia de nuestro constitucionalismo, los derechos económicos, sociales y culturales, pese a que desde el artículo primero se dice que Colombia es un Estado social de derecho. Además, dispuso y diseñó mecanismos idóneos para hacer efectivos esos derechos, porque en Colombia existe una tradición, de acuerdo con la cual nuestros textos son casi perfectos, pero la práctica está a años luz de los textos.

Yo creo que en Colombia se cumple de manera cabal lo que los federalistas jurídicos norteamericanos han señalado en el sentido de que hay una brecha insalvable entre el derecho en el papel y el derecho en la acción. A mi juicio, ese fue un acierto del constituyente colombiano de 1991. ¿Por qué? Siempre he dicho que en Colombia no existe una democracia, y esto me lo han cobrado muy caro muchos politólogos y columnistas de opinión, porque yo he señalado que en Colombia lo que ha existido es una estrategia sutil para simular democracia, sin que haya verdadera democracia. Les citaré algunos ejemplos para que ustedes juzguen si mi afirmación es muy aventurada.

Desde hace tiempo, en Colombia ha habido grupos armados al margen de la ley, y hay que preguntarse cuál es el origen de esos grupos armados al margen de la ley. Por otra parte, recientemente, alguno de los comandantes de un grupo paramilitar hizo la afirmación de que en el Congreso colombiano ellos tenían una representación superior al 30 por ciento, y esto se ha venido comprobando cuando la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía —que han asumido en serio su tarea de investigación y de juzgamiento— han sindicado a alrededor de unos 70 congresistas de pertenecer a los grupos paramilitares y ya hay más o menos entre 15 y 20 privados de su libertad por esa razón. Uno se pregunta: ¿Será esto una

democracia? ¿Serán auténticos representantes populares aquellos que llegan justamente apoyados por los grupos paramilitares?

En Colombia la compra y venta de votos es una costumbre. Hay especialmente regiones donde eso es así. En la campaña política, alguna señora en la Costa Atlántica me decía: “Aquí no hay gente que compre y venda el voto, aquí el voto se compra y se vende. Yo generalmente voto por una candidata que me gusta mucho, porque me trae la plata a la casa”. A nadie se le puede pasar por la mente, que esto sea una democracia y que las personas que lleguen a las corporaciones, sean auténticas representantes populares.

Además, en Colombia se vive una situación que también es conocida por un sector inmenso de la población (hay discusión porque el gobierno actual es especialista en manipular cifras): un 50 y 60 por ciento está en estado de pobreza y más o menos entre el 15 y el 20 por ciento en estado de miseria. Somos el tercer país más inequitativo del continente y el noveno país más inequitativo del mundo. Entonces, uno dice: ¿Esto será una democracia? Si la democracia es el gobierno del pueblo, ¿puede ser de un pueblo que se encuentra sumido en la exclusión, en la segregación? Si sus necesidades básicas están insatisfechas, si la democracia es el gobierno de la mayoría, ¿eso es factible? No parece, pero como de allí se consiguen beneficios para el Estado que se proclama democrático, que busca ser tratado de una cierta manera en la comunidad internacional, entonces nos hemos vuelto especialistas en simular democracia.

El propósito del constituyente ha venido frustrándose por varias razones: en primer lugar, porque ninguno de los presidentes subsiguientes a la expedición de la Constitución de 1991 se ha apropiado de ese propósito, ha hecho suya la Constitución, no se ha propuesto materializarla y otro tanto ha ocurrido con el Congreso. Pensemos en un Congreso que ha sido elegido de la manera que les digo. Yo he sido elegido congresista y mucha gente me dice: “Pero ¿cómo dice usted que en Colombia no hay democracia si usted fue un magistrado de la Corte y además usted fue congresista?” Hay espacios democráticos, no podemos negarlo. Esos espacios democráticos, naturalmente, sirven al propósito de presentar a Colombia como una democracia, pero dista bastante de ser una verdadera democracia.

Creo, justamente, que el constituyente colombiano de 1991 quiso construir una democracia en Colombia, plasmando ese Estado social de

derecho, pero ¿qué ha ocurrido?, y aquí viene el tema propiamente que se me ha propuesto. Ni los presidentes ni los congresos que subsiguieron a la Constitución del 91, se han hecho cargo de las metas y propósitos del constituyente del 91 y, sorprendentemente, ha sido la Corte Constitucional la que ha logrado avances significativos tanto en la defensa de los derechos individuales y de las libertades públicas, como en la materialización —en lo posible— del Estado social de derecho.

Muchas de las decisiones que tomamos siendo magistrados han sido criticadas y lo han sido desde esa perspectiva; se aduce que esas decisiones no las debe tomar una Corte ya que esas decisiones son propias de un Congreso. ¿Por qué? Porque eso parece lo democrático, que sea el Congreso el que tome esas decisiones. Les cito algunas. Yo fui ponente, por ejemplo, de una sentencia bastante controvertida, de la que no solo no me arrepiento, sino que me enorgullezco: de la sentencia que despenalizó el consumo de la dosis mínima de la droga en Colombia, protegiendo la autonomía de la persona, como está consignado en el artículo 16 de nuestra Constitución bajo el rubro de libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, propuse y con éxito, la despenalización del homicidio piadoso consentido, permitiendo la eutanasia activa bajo algunas circunstancias, igualmente, defendiendo la autonomía de las personas y su derecho a determinar hasta cuándo su vida ha de durar.

No solo eso, sino que en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la Corte empezó a tomar ciertas decisiones que produjeron urticaria en el país. ¿Por qué? Justamente por esta costumbre, por ese hábito nuestro tan difícil de desarraigar y yo creo que, además, bastante útil para quienes pretenden preservar un statu quo como el que tenemos, de acuerdo con el cual, la Corte no puede interferir en decisiones administrativas, ordenar gastos presupuestales, etc., y por tanto, el derecho a la salud se quedará solo en lo escrito. La Corte Constitucional comenzó a hacer un ejercicio consistente en vincular, en determinadas circunstancias, el derecho a la salud con el derecho a la vida. En determinadas circunstancias, si una persona no recibe un tratamiento clínico o quirúrgico que necesita, de allí se sigue su muerte y, por tanto, como nadie discute que la vida es un derecho fundamental, entonces, para proteger la vida de la persona se ordenaba un tratamiento quirúrgico o un tratamiento clínico.

Lo mismo sucede con otros derechos económicos, sociales y culturales, como por ejemplo el derecho a la educación. Sobre estos derechos voy a detenerme un poco, porque en Colombia hay una gran iniquidad en la distribución de los bienes sociales y entre ellos la educación. La educación a la que tiene acceso un niño campesino pobre es muy diferente de aquella educación a la que tiene acceso un niño de familias pudientes y urbanas y, por tanto, la situación que tenemos de pobreza, de miseria, de exclusión, se reproduce, por razones obvias, porque la persona que tiene acceso a una buena educación puede aspirar a un cargo importante y bien remunerado, mientras que el niño que no tiene acceso a esa educación está condenado, para toda la vida, a vivir en la pobreza y en la miseria.

La Corte empezó a sacar partido de algo que la Constitución nuestra, como creo que las constituciones latinoamericanas recientemente aprobadas consagran, y que es el fundamento del Estado colombiano: la protección de la dignidad humana. Si el fundamento del Estado que explica y justifica su razón de ser, es la protección de la dignidad humana, la Corte fue elaborando de una manera creativa muchas jurisprudencias, muchas doctrinas acerca de la protección de la dignidad humana. Por ejemplo, con respecto al mínimo vital. Como los derechos económicos, sociales y culturales (mal llamados derechos de segunda o de tercera generación, y que a mi juicio sería más propio llamar derechos que corresponden a un paradigma más avanzado de la dignidad humana), comenzó la Corte a conceder tutelas, es decir amparos de esos derechos, cuando se demostraba que de no satisfacerse una necesidad implícita del ejercicio de ese derecho, la dignidad de la persona quedaba en riesgo, no solo en riesgo sino que quedaba lesionada. Entonces, la Corte fue elaborando una doctrina del mínimo vital. El mínimo vital es aquella satisfacción de ciertas necesidades básicas a la que toda persona debe tener derecho para ser tratada con dignidad y, por tanto, empezó a dar vigencia a los derechos económicos, sociales y culturales. No desconozco, desde luego, el debate acerca de para que esos derechos sean reconocidos como tales y para precisar las condiciones bajo las cuales debe proceder su reconocimiento, debe mediar la instancia legislativa.

¿Pero qué ocurría? Uno se hace cargo de que esta es una democracia y, por tanto, el Congreso de la República está interesado en materializar la

Constitución, por lo tanto no vamos a interferir en una esfera que es propia del Congreso. Pero si sabemos cómo funciona el Congreso y cómo el Congreso no ha tenido un compromiso similar al de la Corte Constitucional con la vigencia de la Constitución de 1991, y algo más, tomando en consideración que el propósito de esa Constitución es el logro de la paz. Entre otras cosas, no hemos logrado esa paz, porque los gobiernos siguientes a la expedición de esa Constitución, no solo no se han comprometido con ella, sino que han introducido reformas fracturándole vértebras esenciales a dicha Constitución, tanto en materia de los derechos públicos y los derechos individuales como en materia de los derechos económicos, sociales y culturales.

¿Por qué hace la Corte Constitucional lo que hace? Yo creo que por una necesidad imperiosa. Si en realidad de lo que se trata es de construir una democracia, es evidente que no puede existir una democracia cuando la gente sigue siendo marginada de los beneficios sociales, en la medida en que en Colombia ha estado marginada.

Para construir una democracia y, precisamente, para que haya un Congreso, para que existan instituciones representativas fiables desde el punto de vista democrático, es necesario que ciertas condiciones se cumplan, entre otras, que haya ciudadanía y para que haya ciudadanía es necesario que las personas tengan acceso a la educación. No es posible que una persona sea ciudadana si no tiene clara cuál es su ubicación en el mundo, y si no está, inclusive, en condiciones de defender su ubicación ideológica. Para eso es necesario que el derecho a la educación empiece a materializarse, que el derecho a la salud, el derecho a la vivienda digna se materialicen, justamente, porque si nosotros nos atenemos a lo que pudiéramos llamar el propósito del establecimiento en Colombia, es que la gente se mantenga marginada de la buena educación, marginada de la salud, que no haya ciudadanos... porque, entre otras cosas, no sería concebible que si en Colombia hubiera ciudadanos conscientes en este momento, no estaría ocurriendo lo que está ocurriendo: una opinión altamente manipulada, amplios sectores de la opinión manipulados, que no derivan beneficios del ejercicio del poder; sin embargo, adhieren a una determinada propuesta que los perjudica. Naturalmente, para mantener ese tipo de propuestas es necesario mantener a la gente al margen de la satisfacción de sus necesidades esenciales.

De manera que, si nosotros vamos a justificar los procederes de la Corte Constitucional podemos decir esto: si el constituyente originario es el depositario de la voluntad popular y si ese constituyente le dio a la Corte las facultades que le dio, y en función de los fines que los consignó y con el propósito fundamental de conseguir la paz, a los jueces les corresponde aplicar la justicia constitucional, tanto por la vía de la acción de inconstitucionalidad como por la vía de amparo, por la vía de la tutela. Amparar esos derechos con el objeto de contribuir a que Colombia sea una sociedad democrática, una sociedad equitativa, una sociedad decente, donde, por fin, la paz pueda tener lugar, a la manera de sociedades donde la situación es distinta, en donde la democracia se aproxima a una vigencia plena. La democracia, de todos modos, es una utopía, en el sentido de que es difícil señalar una sociedad donde el ideal democrático tenga una vigencia plena, pero sí hay sociedades que se acercan bastante a ese ideal democrático. Nosotros estamos bastante alejados de ese ideal, y por tanto, el ideal de la paz y el ideal de la democracia en Colombia van de la mano, y la Corte Constitucional lo que ha hecho, no es usurpar la legitimidad al Congreso sino cumplir una función que le atribuyó el constituyente y en función de los propósitos que este tenía en mente.

Críticas, ventajas y efectos del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento político y en el sistema de fuentes del derecho

Humberto Sierra Porto*

Presentación

Este artículo tiene como objeto exponer algunos de los principales aspectos de la experiencia colombiana en materia de justicia constitucional y sus efectos en el sistema de fuentes.

La experiencia de más de quince años de trabajo de la Corte Constitucional colombiana muestra que esta institución se ha convertido en un órgano esencial en la configuración del sistema democrático colombiano, en tanto ejerce funciones y competencias esenciales para que se realicen y concreten los valores y objetivos del poder constituyente, la defensa de la Constitución, apego a procedimientos democráticos, a la defensa y garantía de los derechos fundamentales, son propósitos que en el ordenamiento colombiano requieren necesariamente de la intervención de la Corte Constitucional mediante el ejercicio de sus principales funciones: control de constitucionalidad y revisión de las sentencias de tutela.

Esta intervención estará orientada a exponer con carácter ilustrativo dos grandes temas: (I) las ventajas e inconvenientes de algunos de los principales elementos que configuran el control de constitucionalidad en Colombia; (II) control de constitucionalidad y el sistema de fuentes, más

* Doctor en derecho público, ciencia política y filosofía jurídica, Universidad Autónoma de Madrid; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.

exactamente me referiré a las mutaciones de los conceptos de Constitución y ley que con ocasión de la jurisprudencia de la Corte se han operado en el ordenamiento colombiano, y (III) finalizaremos haciendo unos breves comentarios a manera de conclusión sobre los aspectos que deben ser considerados al momento de configurar las competencias de la Corte Constitucional.

1. Ventajas e inconvenientes de algunos de los principales elementos que configuran el control de constitucionalidad en Colombia

1.1. La titularidad de la acción de inconstitucionalidad

En Colombia se optó por la configuración pública de la acción de inconstitucionalidad. El derecho de acción es un derecho de naturaleza eminentemente política en los términos del artículo 40 de la Constitución que señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación y ejercicio y control del poder político”; fácilmente se concluye que la legitimación activa para iniciar juicios de esta naturaleza le corresponde a las personas naturales¹ que gozan de ciudadanía.² En el ordenamiento colombiano cualquier servidor público resulta habilitado por la ley para accionar por medio de esta demanda, incluso, los mismos magistrados del Tribunal Constitucional pueden solicitar por esta vía, la declaratoria de inexecutable de una norma jurídica.

Solo los extranjeros y las personas naturales carecen de legitimidad para presentar demandas de inconstitucionalidad. Si bien no están habilitados para presentar demandas como persona jurídica, el Congreso, un número de congresistas, un partido político, el defensor del pueblo, el procurador general de la nación, los departamentos o municipios, igualmente pueden hacerlo si su representante legal lo hace en su condición de ciudadano. No obstante esta sutileza, para efectos prácticos basta con que se reúna la condición de ciudadano colombiano para que se dé inicio al

1 Aclárese que en los casos que el actor sea una persona jurídica, esta solo podrá intervenir por intermedio de mandatario judicial que cumpla los requisitos aludidos.

2 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-003/93.

proceso de *constitucionalidad*. La titularidad generalizada mediante acción pública tiene como principales consecuencias las siguientes:

(I) Mayor actividad y controles. Los procesos de constitucionalidad son ordinarios en el sentido de que regularmente se está conociendo de la constitucionalidad de las leyes mediante este tipo de procesos. La frecuencia con que se acude a este proceso hace que exista una gran actividad de la Corte en materia de control de constitucionalidad. La mayor o menor actividad de la Corte en materia de constitucionalidad depende de la amplitud o restricciones que se imponga a los sujetos titulares de la acción de constitucionalidad.

(II) Inseguridad jurídica, o por lo menos un replanteamiento de la manera tradicional de entender este principio. La certeza plena del contenido de las leyes no se logra únicamente con la expedición de estas por el Congreso, solo se produce una plena certeza luego de que la Corte Constitucional hace el control sobre estas. La acción pública junto con la existencia de un sistema de caducidad laxo, hace que en Colombia se puedan demandar por vicios de fondo o materiales leyes del siglo antepasado y del pasado. La caducidad solo está establecida constitucionalmente para los vicios de forma o procedimentales.

Los límites para fijar el contenido de las leyes se logran mediante tres alternativas principales: con la restricción de los *sujetos legitimados* para interponer acciones; con la fijación de *plazos de caducidad* para interponer la acción, tanto por vicios materiales como formales y, finalmente, con un régimen severo de *efectos de cosa juzgada*. En mi país se han configurado de manera amplia estos elementos, lo que genera un importante grado de inestabilidad en el contenido de las leyes.

(III) Control de constitucionalidad como etapa conclusiva del procedimiento legislativo. Las leyes que hacen parte de la agenda gubernamental, son objeto de numerosas demandas que tienen un *doble objeto*: por una parte fijar con la cosa juzgada el contenido de la ley, esto es, que se sepa con claridad y certeza si la norma aprobada es válida y si lo es con qué texto o con qué significado, pues mediante sentencias modulativas o interpretativas se puede modificar el contenido original de la ley. Por otra

parte, en muchas ocasiones las demandas pretenden trasladar al plano judicial el debate político. Los temas de conveniencia, racionalidad, proporcionalidad de la ley —propios de la naturaleza del debate político-partidista— se articulan jurídicamente en el proceso de constitucionalidad y se pretende que con juicios de validez se decida sobre la orientación de políticas legislativas. Las inhibiciones y las inadmisiones están a la orden del día y no son pocas las dificultades para compatibilizar la acción pública, democrática y ausente de formalidades o técnicas complejas de interposición de recursos y acciones con la necesaria delimitación de los conflictos jurídicos propios de un control de validez como le corresponde al control que realiza la Corte Constitucional.

(IV) Legitimidad. La mayor actividad en materia de control de constitucionalidad en un estado democrático imperfecto, esto es, donde existe un alto grado de desconfianza en la actividad del Parlamento como órgano que representa la voluntad popular, hace que la implementación de un control de constitucionalidad activo y frecuente mejore el nivel de aceptación y cumplimiento de las leyes por parte de la ciudadanía. Esta entiende que además del consenso político existe una corrección de validez, de conformidad con el ideario constitucional.

1.2. La atribución de la Corte Constitucional de decidir el tipo y los efectos en el tiempo de sus decisiones

Un aspecto clave para comprender los alcances de las competencias de la Corte Constitucional colombiana reside en la potestad que esta tiene en materia de escoger la modalidad de la sentencia que sea más adecuada para decidir sobre la constitucionalidad de una ley que esté bajo su estudio; así como, la discrecionalidad de la Corte para asignar los efectos en el tiempo de sus decisiones.

A la Corte Constitucional colombiana con fundamento en la Constitución (art. 240) “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, y para esto se establece el ámbito de su competencia en esa misma norma (acción de constitucionalidad contra leyes, reformas constitucionales, referendos, etc.). Esta competencia puede ser entendida de

dos formas: una *estricta*, según la cual las funciones en materia de control de constitucionalidad debe seguir el principio de legalidad de manera tal que las competencias y el alcance de estas debe estar ajustado rigurosamente al texto de las leyes que desarrollen esta atribución. Por otra parte, se ha entendido que para el logro de esta función “*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*” debe acoger el principio de legalidad *flexible* o principio de juridicidad, de manera tal que en caso de ausencia de norma legal expresa, la Corte puede tomar decisiones que se ajusten a ese cometido. Es esta segunda alternativa hermenéutica la que sigue mayoritariamente nuestra Corporación y se concreta en que no es necesario que exista de forma expresa un reglamento o una ley que autorice a la Corte para que declare la inconstitucionalidad de palabras en un artículo, o que realice una sentencia interpretativa o una aditiva. No es necesario que se diga expresamente los supuestos en donde se puede declarar una inconstitucionalidad con efectos retroactivos, o cuando se debe diferir el efecto, o si la decisión de diferir los efectos debe hacerse en un plazo de seis meses o un año, o cualquier otro plazo.

En la amplitud y discrecionalidad de la Corte para elaborar sus sentencias y principalmente la parte resolutive, debemos separar lo relativo a la modalidad de las sentencias, de lo atinente a los efectos en el tiempo. Veamos el primer orden de temas: las *modalidades de sentencias*.

(i) La amplia potestad de la Corte para utilizar la clase de sentencia que requiera para hacer que la ley objeto de estudio se ajuste de la mejor manera al texto constitucional conduce a que se pueda optar no solo entre una de constitucionalidad o de inconstitucionalidad simple, sino también que se pueda acudir a las sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada, indicando qué interpretación es válida y cuál no, llegando incluso a disponer del texto mediante las denominadas sentencias manipulativas. La Corte posee un amplio margen de competencias para hacer que la ley se ajuste al ordenamiento constitucional. Se trata de entender o comprender de manera amplia el principio de *in dubio pro legislatoris*, o si se quiere de “interpretación constitucional de la ley”.

La clasificación de las sentencias es un tema que admite variados criterios y que expresa una diferencia marcada, de manera que es difícil encontrar dos textos de derecho constitucional que coincidan con la tipología de

las sentencias, a pesar, incluso, de que coincidan en los elementos teóricos. Sin embargo, y con propósitos meramente indicativos de la discrecionalidad de nuestra Corte para elaborar la parte resolutive de sus sentencias, mostraremos algunas de las modalidades más frecuentes.³

Hay un grupo de sentencias que han sido clasificadas teniendo en cuenta el contenido mismo del fallo: aquí encontramos *las sentencias interpretativas*, manipulativas, integradoras aditivas o sustitutivas. Del primer grupo, las sentencias interpretativas, se producen cuando quiera que se limite su aplicación a ciertos eventos, lo que significa que no se aplica en algunos casos o no se atiende alguna consecuencia. En conclusión, se expulsa del ordenamiento una interpretación de la disposición pero se mantiene la eficacia normativa de la misma. Tienen, las sentencias interpretativas, dos claros fundamentos teóricos: (1) el principio de conservación del derecho, es decir, se trata de un postulado de respeto al legislador y a la labor de producción a él encomendada, y (2) el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, en la medida que la totalidad del ordenamiento debe estar irradiado por esta. Las sentencias interpretativas son sentencias de inconstitucionalidad de normas, de interpretaciones, el texto o disposición no se modifica.

Las sentencias manipulativas responden a la condición original de los tribunales constitucionales como legisladores negativos, pero no se limitan a expulsar la totalidad del precepto constitutivo de un artículo, o de la ley en su conjunto, sino que en estos eventos la Corte declara la inexecutable de una norma en forma parcial, o incluso únicamente se decide expulsar del ordenamiento alguna norma o alguna palabra, que en consideración de la Corte resulta contraria a la Constitución. El resultado es un texto legal diferente al original, el que la Corte decide que debe quedar luego de un estudio de constitucionalidad. La decisión no es de inconstitucionalidad simple, expulsar todo el texto entendido como unidad, sino que se corrige mediante supresiones.

Finalmente, en materia de tipología las más controvertidas son las sentencias que deciden cargos de inconstitucionalidad por omisión, las denominadas *sentencias aditivas*. En estas el Tribunal advierte una regulación

3 En materia de extensión de los efectos normativos (*erga omnes, inter partes*) no hay opción todos son *erga omnes*. En los efectos de las sentencias de tutela si es posible disponer del alcance de los efectos normativos.

legislativa incompleta que la hace inconstitucional, lo cual hace que con un fallo integrador sane el vicio. Aquí, la Corte no “elimina”, sino por el contrario, expande el contenido normativo de una disposición. Se presenta este tipo de sentencias habitualmente, en aquellos casos en que se advierte una inconstitucionalidad por omisión.⁴ La norma como tal debe ser inconstitucional, no por lo que dice, por el contenido de su texto, sino precisamente por lo que omite. La no regulación de ciertos supuestos genera (normalmente) una infracción del principio de igualdad. La sentencia aditiva corrige esta omisión estableciendo que la norma debe ser comprendida de manera tal, que además del supuesto expresado en el texto, incluya otro u otros que no se deducen del contenido de la misma.⁵ La frecuencia con que se presentan demandas que afirman omisión legislativa relativa, pone de manifiesto la importancia de esta figura y la necesidad de limitar su utilización por parte de la Corte.

Estos tipos de sentencias no son excepcionales en el trabajo ordinario de la Corte Constitucional, son frecuentes y generan con cierta regularidad críticas. Se afirma que la Corte excede sus competencias, que la “Corte legisla”, que se está desconociendo el principio democrático, que se está usurpando competencias y decisiones que solo le corresponden al Congreso como órgano representativo de la voluntad popular. Aquí el centro de la

4 Con relación al tema de la omisión legislativa, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-185 de 2002 “De manera general, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que también la inactividad del legislador, en lo que corresponde al cumplimiento y desarrollo de la función legislativa, puede afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, la presunta infracción a la Carta proviene, no del derecho positivo preexistente —fruto de la acción legislativa ordinaria o especial— como es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer. No obstante lo anterior, en procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, y de precisar lo que constituye el propio ámbito de competencia funcional de este tribunal, la misma jurisprudencia ha aceptado que no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional”.

5 Los requisitos que deben aparecer para que se configure la omisión legislativa han sido señalados de manera general por la jurisprudencia de la misma Corte, según la cual los cargos que motivan la demanda de inconstitucionalidad son: (I) que se encuentren dirigidos contra una norma en concreto; (II) que excluya de sus consecuencias casos que deben estar subsumidos en un mismo presupuesto fáctico; (III) que esa exclusión no tiene una justificación razonable, objetiva y suficiente; (IV) por tanto, en virtud de los puntos anteriores, el derecho a la igualdad de trato ha sufrido una vulneración, y (V) que con la omisión, el legislador incumplió alguno de sus deberes constitucionales.

discusión está en el alcance de las competencias de los poderes constituidos, pero también en la legitimidad de cada una de las instituciones.

Esta potestad o posibilidad en la actuación por parte de la Corte Constitucional, por otra parte tiene virtudes, ventajas que son evidentes y que permiten un importante grado de eficacia en el funcionamiento del Estado. Las distintas modalidades de sentencias y efectos temporales permiten corregir inmediatamente normas que usualmente deberían ser expulsadas sin más del ordenamiento.

(ii). En materia de *efectos temporales* la regla general que se sigue en el ordenamiento es simple. Por regla general, los efectos temporales de las sentencias serán hacia el futuro, tendrán un efecto *ex nunc*, se entenderá que la sentencia tiene efectos de ley derogatoria, por excepción, que debe ser realizada de manera expresa en el texto de la parte resolutive. La Corte Constitucional puede asignar un efecto temporal diferente al general, expresamente otorgar efectos *ex nunc*, hacia el pasado, o con efecto retroactivo, e incluso también de manera excepcional y expresa puede asignar efectos diferidos, esto es, de inconstitucionalidad que no conlleva efectos de exclusión inmediatos, sino que está condicionada al paso del tiempo o de circunstancias puntuales.

Desde que se inicia el control de constitucionalidad en Colombia, con la aparición del control de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema de Justicia los efectos temporales han sido hacia el futuro, *ex nunc*. La declaración de “inexequibilidad” o inconstitucionalidad se ha entendido que solo opera a partir de la expedición de la sentencia, de manera tal que la declaración de invalidez de la ley, debe respetar la seguridad jurídica que se produce con la expedición de la ley. La ley entendida como norma producida por los representantes de la voluntad popular se entiende que goza de una presunción de validez, de corrección que es producto de una correcta interpretación de la Constitución de manera que la declaración de inconstitucionalidad es un hecho excepcional que, como tal, no puede conllevar un trauma adicional para la estabilidad del ordenamiento: la seguridad jurídica es un principio constitucional (art. 1) necesario y que debe protegerse para que las relaciones sociales se desenvuelvan de manera fluida y estable. La invalidez del derecho es excepcional, una excepción cuyos efectos deben atenuarse hasta donde sea posible,

por esto se entiende, se asignan como regla general, efectos *ex nunc*, de manera que la ley produce efectos hasta la fecha en que decida que la invalidez y la declaración de inconstitucionalidad no afecta las situaciones jurídicas nacidas en el lapso del tiempo en el que estuvo vigente la ley inconstitucional. Los actos, hechos y situaciones o relaciones jurídicas que se inician en esta etapa de vigencia de la ley inconstitucional se rigen, se regulan por la ley inconstitucional.

Las *consecuencias* más importantes del régimen de efectos en el tiempo de las sentencias (regla general efecto *ex nunc*, excepcionalmente el efecto *ex tunc* o el efecto *diferido*) son dos, una de naturaleza política y otra relativa a la vigencia de la norma. El régimen de efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad produce un fenómeno consistente en que las leyes declaradas inconstitucionales —no obstante esta declaración en sentencia— siguen vigentes, produciendo efecto para las situaciones, relaciones, o hechos producidos y agotados antes de la fecha de la declaración de inconstitucionalidad. Dicho de otra forma, el efecto *ex nunc* no impide que estas sigan produciendo efectos mediante una vigencia de carácter ultraactivo.

La ultraactividad de las leyes declaradas inconstitucionales con efecto *ex nunc* genera una dinámica legislativa perversa, que produce una distorsión en la elaboración de las leyes determinada por el alcance del control que se expresa en la utilización frecuente de leyes manifiestamente inconstitucionales de las que se espera que produzcan, no obstante, efectos. Existe una tendencia a abusar de la Constitución, expedir leyes que sin embargo sean declaradas inconstitucionales en el futuro, producen su efecto con la simple entrada en vigencia, y pese a los controles, pues se prevé un efecto hacia el futuro como regla general.

1.3. La excepción de inconstitucionalidad

La presunción de validez de la ley en el ordenamiento colombiano tiene un aspecto problemático en la dicción del artículo 4 de la Constitución: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Este precepto es el fundamento de lo que parte

de la doctrina y jurisprudencia colombianas denominan como la *excepción de inconstitucionalidad*, o control de constitucionalidad por vía de excepción. En la opinión pública colombiana, y principalmente en la cultura jurídica, existe un amplio consenso de la conveniencia de esta institución. Se considera un mecanismo extremo, pero necesario que evita la aplicación de leyes manifiestamente inconstitucionales. La excepción de inconstitucionalidad se explica esencialmente como un mecanismo que expresa la deslegitimación de las instituciones de democracia representativa, del Congreso de la república. Se trata de una figura en la cual la voluntad del pueblo expresada por intermediación del Congreso con la forma de ley puede ser cuestionada por cualquier operador jurídico, se trata de una negación del principio de presunción de validez de la ley.

La excepción de inconstitucionalidad significa que cualquier operador jurídico, juez o funcionario público, en virtud de su facultad jurisdiccional, puede establecer si el contenido o el procedimiento que siguió una ley es contrario a la Constitución, y cuando llegue a esta conclusión debe dejar de aplicar la ley, considerada por él inconstitucional, al caso concreto. Es importante anotar que se trata de leyes sobre cuya constitucionalidad no se ha expresado previamente la Corte Constitucional. Se trata de un juicio de constitucionalidad que puede realizar cualquier funcionario judicial (cualquiera sea su categoría), en el que, de oficio o a petición de parte, decide si la norma legal aplicable al caso *sub iudice* es constitucional o no. En caso de que la estime inconstitucional deja de aplicarla. La inaplicación de la ley es una decisión que opera *ad intra* del litigio, no tiene efectos frente a terceros y, en caso de que la resolución sea susceptible de recursos, esta excepción no vincula a quienes los resuelvan. La ley conserva su fuerza obligatoria, su validez, en todos los demás supuestos. Como se puede observar, *prima facie*, la existencia de este mecanismo de control genera una importante quiebra de la presunción de validez de la ley.

Los inconvenientes que presenta aceptar la acción de inconstitucionalidad por vía de excepción son de diversa índole y todos de gran magnitud. Veamos cada uno de estos. *a) La presunción de validez de la ley*, pues, la aplicación de esta institución supone, en principio, la negación de la necesaria presunción de validez de la ley, de corrección del trabajo legislativo como consecuencia lógica del principio democrático. *b) El principio de legalidad*, la excepción de inconstitucionalidad es incompatible con

el mandato del artículo 230 constitucional, que establece la sumisión de los jueces a la ley, al *imperio de la ley*, en la medida en que supone la posibilidad de inaplicar las leyes que considere inconstitucionales. El sometimiento al imperio de la ley, como habíamos visto, impone el acatamiento de las disposiciones legales, independientemente de que el juez las considere ajustadas a la Constitución o no. El juez al inaplicar una ley está desconociendo el principio de legalidad. *c) La seguridad jurídica*, íntimamente relacionada con lo anterior, está el riesgo de la excepción de inconstitucionalidad para la seguridad jurídica, en tanto existe una duplicación del sistema de control de constitucionalidad de la ley, y significa que, eventualmente, cualquier juez podría decidir que una norma legal no es constitucional, los ciudadanos no tienen certeza de la aplicación de los preceptos legales, habida cuenta de que en el sistema colombiano no existe un sistema de *stare decisis*, como en los sistemas anglosajones. *d) Derecho a la igualdad*, aquí el problema consiste en que ante un mismo supuesto los jueces pueden optar por prescindir de una o varias leyes por entender que les faculta para ello la Constitución, de tal forma que la desigualdad está en que ante supuestos iguales, o sustancialmente similares, a unos se les juzgaría con unas normas y a otros con otras.

Lo clave en este punto consiste en expresar que se piensa que todos los inconvenientes se pueden superar si se opta de manera inequívoca por un sistema concentrado de control de constitucionalidad, que incluya además del control directo o abstracto otro *concreto*, una especie de cuestión de constitucionalidad, que si bien se genere para resolver casos concretos sea decidido en últimas por la Corte Constitucional. La cuestión de constitucionalidad consiste en dar la posibilidad a que el juez que tiene ante sí una ley de dudosa constitucionalidad, bien sea a petición de parte o de oficio, pueda elevar al Tribunal Constitucional una pregunta: “cuestión” sobre la validez, de la norma legal que debe utilizar para dictar sentencia. En la “cuestión” el control de constitucionalidad se realiza con motivo y en el seno de un litigio o proceso ordinario; se trata de un control concreto, en el que el estudio de la constitucionalidad de la norma es condicionado por el proceso ordinario, es decir, solamente puede examinarse la constitucionalidad de aquellos preceptos que sean relevantes en ese proceso. En estos ordenamientos, la hipotética contradicción entre supremacía constitucional y vinculación a la ley es solucionada mediante el control indirecto, así como por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

Ante la inexistencia de la cuestión de inconstitucionalidad en el sistema colombiano, el vacío o el silencio de la Constitución en el supuesto del juez que se encuentra con una ley inconstitucional es “solucionado” por parte de la doctrina y de la jurisprudencia argumentando la existencia de la excepción de constitucionalidad, es decir, de la posibilidad de inaplicar la ley para el caso concreto. En nuestra opinión, la forma correcta de subsanar los problemas derivados de la consideración, en un proceso, de una ley manifiestamente contraria a la Constitución no es la inaplicación: en primer lugar porque, como hemos visto, son muchos los inconvenientes, los problemas que presenta la generalización de un sistema de control de constitucionalidad difuso en un sistema de derecho romano como el colombiano, en el que no existen los mecanismos de corrección (de unificación) propios de la cultura jurídica anglosajona, y porque la existencia de un órgano de justicia constitucional concentrada y el mandato de sometimiento de los jueces al imperio de la ley no dan cabida en la normativa constitucional a la inaplicación de la misma. En segundo lugar, porque la propia Constitución establece mecanismos alternativos a la cuestión de inconstitucionalidad que permiten la supremacía de la Constitución sin que se desconozca la sujeción de los jueces al imperio de la ley.

2. El control de constitucionalidad y el sistema de fuentes

2.1. Del concepto formal de Constitución a uno material. La teoría de los vicios de competencia de las enmiendas constitucionales

La comprensión del concepto de Constitución es el punto de partida del sistema de control de constitucionalidad de todo Estado constitucional, y, por supuesto, lo es en el caso colombiano. El concepto de *constitución formal* es el punto de partida, o por lo menos lo fue, en la redacción de la Constitución de 1991. La Constitución como documento concreto, expresa e íntegramente aprobado como tal, que es jerárquicamente superior a todas las demás fuentes y cuya modificación requiere de un procedimiento más agravado que la ley, que goza de rigidez respecto de las demás fuentes del ordenamiento, está siendo objeto de un serio

replanteamiento que se ha visto reflejado en recientes fallos de nuestra Corte Constitucional.

Las frecuentes reformas constitucionales más de 20 en los últimos quince años, y las numerosas propuestas de una reforma presentadas por los distintos gobiernos y grupos de congresistas, han puesto de manifiesto que el contenido de la Constitución colombiana es un tema inacabado. Que no existe un consenso definitivo sobre cuáles son las reglas mínimas que conforman el pacto social en el que se funda la sociedad colombiana.

La adolescencia por la que transcurre nuestra vida política hace que los contenidos constitucionales sean objeto de constante cuestionamiento y de frecuentes reformas, lo que genera una especie de inestabilidad política. Por otra parte, la extensión de nuestro texto constitucional y la amplia temática que contiene hace que la temática constitucional esté expuesta a cambios frecuentes. Cada variación en la ideología de los movimientos o partidos que integran las mayorías parlamentarias ocasiona la posibilidad de modificaciones constitucionales. La historia reciente nos muestra que todos los gobiernos sin excepción inician su período con unas propuestas de reforma constitucional.

La ausencia de acuerdo sobre cuál es el definitivo contenido constitucional y la gran extensión o cantidad de artículos de la Constitución, además de que son reflejo o expresión de un deficiente consenso social sobre las mismas, requiere unos cauces institucionales adecuados. Adecuados significa que deben ser capaces de permitir un cierto grado de flexibilidad, esto es que si bien existe una rigidez frente al resto de fuentes del derecho, el texto constitucional no sea tan rígido que se petrifique que no pueda ser modificado de manera institucional. Hay que tener presente que la Constitución de 1991 se produjo como reacción a la rigidez de la Constitución de 1886.

Pero además de evitar excesos de rigidez constitucional, los cauces o mecanismos de reforma constitucional, deben tener límites, formales que impidan que las fuerzas que de manera coyuntural obtengan las mayorías parlamentarias hagan de la Constitución un botín electoral. La historia constitucional colombiana nos muestra que hasta 1991, las constituciones anteriores fueron siempre el documento donde se expresaba la ideología y los objetivos del partido político vencedor de la guerra civil respectiva. La tensión entre estos aspectos; así como la reducción de la rigidez y que la

Constitución sea un documento de consenso y no de imposición ha hecho que entre en crisis el concepto formal de Constitución.

La jurisprudencia de la Corte ha realizado varios fallos en los que se puede apreciar cómo se está transformando o, si se quiere técnicamente, mutando el concepto de Constitución en material. El parámetro de comparación de las reformas constitucionales son principios, valores, que trascienden a lo expresamente escrito en la Constitución. Se habla de *núcleo esencial* de la Constitución, de *esencia* de la Constitución, *eje central*, *estructura*, *alma*, *espíritu* de la Constitución como conceptos que no pueden ser transgredidos por los órganos titulares del poder de reforma constitucional.

La Constitución colombiana de 1991 ha dejado de obedecer a un concepto formal. En ella se distingue un contenido material que no puede ser infringido ni modificado y cuyo definitivo custodio y definidor es la Corte mediante su jurisprudencia. En cambio, la Constitución formal puede ser modificada. Esta tendencia jurisprudencial no es simplemente eso, una petición y orientación de hermenéutica en el ejercicio del control de constitucionalidad, es como hemos indicado, expresión de una comprensión del pacto constitucional que impida que partidos o tendencias coyunturales que tengan suficientes mayorías puedan imponer reglas de juego que atenten contra sectores políticos minoritarios e incluso que puedan desconocer derechos fundamentales del concepto de Estado constitucional y democrático de derecho.

Las consecuencias de una postura jurisprudencial que admite o que puede admitir un concepto material de Constitución son evidentes y en algunos casos pueden ser peligrosas. El germen de destrucción del sistema democrático deja de estar en la democracia misma, y aparece en su guardia la Corte Constitucional. La adopción definitiva de un concepto material que permita decir qué temas pueden estar o no en la Constitución a los titulares del poder de reforma, supone una atenuación del principio democrático y la afirmación de elementos propios de un sistema político que basa su soberanía en elementos aristocráticos. En contextos como este adquiere toda su dimensión e importancia la teoría del autocontrol de la imposición de trámites por el mismo tribunal constitucional.

Ahora bien esta tendencia a asumir un concepto material de Constitución no es susceptible de una valoración negativa per se. Si bien desde una lógica académica una constitución material aparece como una

especie superada por la aparición de constituciones escritas, que de esta forma dan seguridad sobre las potestades estatales y las garantías de los derechos, las circunstancias propias de cada sociedad determinan que lo esencial del derecho constitucional es garantizar estabilidad en unas reglas de juego político y la protección de derechos fundamentales, y si este objetivo no puede en un caso concreto ser garantizado con una Constitución formal, será perfectamente válido que se acoja un concepto de Constitución diferente en el que la Corte Constitucional sea garante y definidora de los contenidos esenciales, de manera que no “todo” pueda ser materia constitucional, y, por otra parte, la Constitución sea norma de consenso y no instrumento para imponer políticas coyunturales del gobierno de turno.

2.2. Del concepto formal de ley a uno material. La evasión del control de constitucionalidad por el Ejecutivo

El concepto formal de ley ha sido el acogido en nuestra cultura jurídica, tema que había sido pacífico, pero que en los últimos años ha venido siendo objeto de grandes discusiones.⁶ Hoy el ámbito de competencias de la Corte está ampliándose con la admisión en ciertos casos de un concepto material de ley, como el supuesto para determinar el alcance del control de constitucionalidad.

Ley es la norma que con ese nombre es elaborada por el Congreso de la República mediante el procedimiento legislativo. La forma consistente en el título y el procedimiento, elementos que nos permiten distinguir ley de los reglamentos, o actos administrativos.⁷ Para saber cuándo una norma es ley basta identificar el título “ley de la República” y que haya sido aprobada por el Congreso mediante el procedimiento legislativo. No es necesario verificar el contenido.

6 Sierra Porto, Humberto A. *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana*. Universidad Externado de Colombia, p. 63.

7 Ha venido diciendo el Consejo de Estado, sobre el extensivo alcance del vocablo ley, desde el año 1944, al proferirse la sentencia de 4 de diciembre de ese mismo año que: “porque el significado de la ley no se reduce al acto que expide el Congreso Nacional con este nombre, sino que comprende todos los preceptos de las autoridades y corporaciones que tienen la facultad de citar normas, sobre determinadas materias, como los reglamentos que expide el Gobierno, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Consejos, etc.”

En materia de control de validez la regla es sencilla, o por lo menos lo era. La Corte Constitucional conoce del control de constitucionalidad de las leyes, el resto de normas que produce el Estado le corresponde al Consejo de Estado, a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Debido a ciertas prácticas del Congreso y el Gobierno dirigidas a tomar decisiones que afectan derechos fundamentales, o la estructura del Estado (y que deberían estar contenidas en la ley) mediante la forma de actos administrativos o reglamentos, la Corte ha impedido que se evada el control de constitucionalidad, que haya una elusión constitucional, con la modificación del concepto formal en uno material de ley.

La dinámica de relaciones entre el gobierno-legislador y Corte Constitucional ha generado que el concepto formal de ley se vea menguado y exista una tendencia evolutiva a una comprensión material de esta. El fenómeno es interesante, con la Constitución de 1991 se dio plena eficacia al valor jurídico o normativo de la Constitución, de manera tal que se ha realizado un completo y exhaustivo control material y formal de las normas legales. Las aplicaciones del principio de interpretación constitucional de la ley ha hecho que sean comunes las sentencias interpretativas e integradoras en todas sus modificaciones. El control de constitucionalidad del procedimiento legislativo con tendencias hermenéuticas estrictas o de comprensión de requisitos legales solo cuando tienen entidad sustancial la devolución de leyes al Congreso para su corrección, la posibilidad de declarar efectos *ex nunc*, *ex tunc* e incluso diferidos, ha hecho que la actividad legislativa dentro de un tradicional presidencialismo voluntarista sea una disciplina cada vez más sistematizada, cada vez más técnica y, por supuesto, cada vez más exigente. Todo esto hace que en ocasiones se pretenda eludir o evadir el control de constitucionalidad por parte de los titulares de la potestad legislativa, y esto se ha intentado con varias técnicas o modalidades. La posibilidad de declaración de inconstitucionalidad sumada a la tendencia consustancial a todos los poderes, en este caso del Ejecutivo y del Legislativo, a evitar límites, a no tener controles ha generado una práctica en aumento por parte de estos órganos a disponer de las formas para evadir los controles de constitucionalidad.

Este comportamiento se expresa de varias formas. Una primera que es paradigmática, con la elaboración de *decretos de corrección de yerros* con la

publicación de la ley que tienen como contenido no correcciones, sino adiciones o modificaciones de la ley. Expide normas de contenido legal mediante decretos, es decir, el contenido que debe estar en normas con forma de ley, los introduce en forma diferente, en este caso en reglamentos o actos administrativos. La consecuencia de tomar decisiones, que en principio no podrían ser controladas por la Corte Constitucional. En nuestro país los actos administrativos son controlados por el Consejo de Estado. El proceso de control de constitucionalidad ante la Corte tiene una duración no superior a seis meses, el de la justicia contenciosa administrativa puede tardar varios años. Esta situación ha sido resuelta mediante la asunción de competencias para conocer en procesos de control de constitucionalidad de los decretos yerro.

Ejemplo de esta lógica de actuación de evasión de control también se puede apreciar en la elaboración de *tipos de ley*. Las leyes estatutarias, normas que requieren un procedimiento más agravado que el de las leyes ordinarias, con mayorías superiores y con límites temporales para su aprobación más estricta, además tienen un control previo, integral y definitivo, que supone, entre otros casos, que no puede entrar en vigencia hasta que no se haya pronunciado la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de esta. La manera de evitar o menguar el control está en elaborar la norma sobre los contenidos del artículo 152 que deben ser tramitados, siguiendo el procedimiento ordinario. Se titulan como leyes ordinarias y se sigue un procedimiento menos agravado, pero lo que es más importante: una vez aprobadas entran inmediatamente en vigencia y su control es rogado y a posteriori. Si bien de momento, en estos supuestos la Corte se ha limitado a realizar un control posterior y declarar cuando corresponde, la inconstitucionalidad de los temas estatutarios con trámite ordinario. Decretos que contienen temas propios de leyes estatutarias se les está exigiendo un control idéntico al de las leyes que regulan estas materias.

La jurisprudencia ha interpretado su competencia de proteger la integridad de la Constitución mediante el ejercicio de una especie de *vis expansiva* y existe una tendencia a asumir competencias, y a modificar las competencias de la forma como se ejerce el control de constitucionalidad. Dos ejemplos de esta *vis expansiva* se encuentra en las sentencias que deciden la constitucionalidad del reglamento del Consejo Nacional Electoral

y del Decreto-Ley que reglamentaba el sistema acusatorio: en ambos casos se trataba de categorías que si bien formalmente debían ser controladas de una forma, por su contenido material fueron objeto de un procedimiento de control diferente. En el caso del reglamento se trataba de una disposición que formalmente, por tener la forma de reglamento, debía ser competencia de control por el Consejo de Estado; sin embargo, por referirse a reglas sobre el sistema jurídico electoral que directamente reglamentaban el sistema electoral (materia propia de ley estatutaria) se determinó que por tener contenido estatutario y tener fundamento en una reforma constitucional que concedía la delegación al Consejo Nacional Electoral, eran normas legales que debían ser controladas por la Corte. La forma no fue el concepto determinante para resolver el control constitucional.

El alcance del control de constitucionalidad está siendo determinado más por criterio de contenido que de la forma (título y procedimiento, esencial) lo que está suponiendo una mutación del concepto de ley y del control de constitucionalidad. Cambio que, en últimas, es expresión de las relaciones entre poderes, y como forma de evitar que mediante formulaciones se desconozca un aspecto esencial del constitucionalismo: limitar al poder y en este caso concreto no vaciar de contenido las competencias de control de constitucionalidad de las leyes.

Aquí precisamente está el punto de inflexión y la orientación evolutiva que está concretando una tendencia unificadora del derecho en Colombia, en la que la jurisprudencia constitucional pretende reducir márgenes de inseguridad jurídica y alcanzar la efectiva aplicación del ideario constitucional, coherencia y articulación del océano de normas jurídicas en las que nos movemos, tendientes a unificar las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa. Esta es la lógica evolutiva del derecho en el sistema político constitucional, proceso difícil porque, por una parte, se debe (es necesario) delimitar los ámbitos de competencia y actuación de la justicia ordinaria y contencioso administrativa y, por otra, hacer que el sistema jurídico sea entendido y aplicado como ordenamiento jurídico. Esto es posible en torno a la comprensión unificada del derecho conforme a la Constitución.

Un aspecto clave para comprender esta dinámica de nuestro ordenamiento, cada vez más común, lo constituyen las demandas de inconstitucionalidad de normas jurídicas, es decir, de interpretación de la ley. La

justicia constitucional colombiana siempre ha admitido la posibilidad de aplicar el principio de interpretación constitucional de la ley y de la conservación del derecho, de manera tal que si bien las demandas consisten en cuestionar preceptos o disposiciones legales, cuando en desarrollo del estudio de constitucionalidad se establezca que existen interpretaciones de la ley que pueden ser conformes a la Constitución, la Corte debe preservar la integridad del precepto de la voluntad del Congreso mediante la declaración de una constitucionalidad condicionada. La teoría de las sentencias interpretativas es la expresión de una declaración de inconstitucionalidad de interpretaciones legales.

Esta posibilidad dentro del ejercicio del control de constitucionalidad ha generado una creciente tendencia a demandar actos administrativos, decisiones que hacen parte de fuentes diferentes a la ley, e incluso a demandar líneas jurisprudenciales de la justicia contencioso administrativa u ordinaria. Se demanda formalmente una ley, pero con el propósito de que se produzca una declaración de inconstitucionalidad de una o varias interpretaciones, se pretende una sentencia de inconstitucionalidad condicionada. Se pretende utilizar la jurisdicción para definir temas que en principio deben ser resueltos por otras jurisdicciones. La Corte intenta evitar esta confusión, cuya expresión es la gran cantidad de sentencias inhibitorias que con las inadmisiones de demandas se vienen produciendo durante los últimos años.

El hecho de que los procesos de control de constitucionalidad sean comparativamente más rápidos que los de la justicia ordinaria o contenciosa, hace que sea atractivo intentar la vía de un pronunciamiento de la Corte Constitucional. Por otra parte, la posibilidad de corregir la inconstitucionalidad de las leyes mediante las sentencias interpretativas ha determinado que la Corte entre en conflicto con las demás jurisdicciones, en temas tan sensibles como la competencia para decidir sobre reglamentos al alcance de las demandas de nulidad contra actos administrativos de carácter particular, teoría de los móviles y los fines. La mesada pensional con la Corte Suprema.

Esta dinámica de conflicto entre las distintas jurisdicciones es inevitable en el diseño constitucional de competencias, previsto en la Constitución de 1991.

Este “choque de trenes”, ocasionado por el control constitucional de normas legales, de interpretaciones legales, también tiene como origen en la formación de sistematizar y dar coherencia al ordenamiento jurídico a la totalidad de las normas jurídicas que rigen en el estado colombiano. No es excepcional encontrarnos con problemas de coherencia legislativa: se expiden leyes de dudosa compatibilidad y coherencia con políticas legislativas vigentes; existen frecuentes antinomias; hay confusiones originadas en la redacción de leyes; existen políticas contradictorias. En general el derecho positivo es redactado con vacíos, contradicciones internas, que deben ser resueltas de manera definitiva y unificada. Las imprecisiones de la ley y de la Constitución, que cumplen unos objetivos políticos, que encuentran explicación en objetivos y finalidades no explícitas del sistema político, son procesados o llenados por la Corte Constitucional.

3. Conclusiones*

Los elementos estructurantes del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento colombiano y las peculiaridades del sistema de fuentes son muchos. Aquí no es posible, por razones de tiempo y de interés práctico, hacer siquiera un inventario de estos. Sin embargo, a manera de conclusiones debemos hacer mención a las que, en nuestra opinión, son extensivas para Ecuador.

1. El reconocimiento de titularidad de la acción pública de constitucionalidad. La opción por un sistema restringido o una acción pública es esencial según el papel que se quiera otorgar a la Corte Constitucional. *Una acción pública* genera más trabajo, que se traduce en mayores competencias y un mayor protagonismo. También permite, en contextos de desconfianza en el poder legislativo, legitimar la labor del Estado y un mejor grado de eficacia y cumplimiento de la ley.

Como inconveniente principal está un cierto grado de inseguridad jurídica y eventuales conflictos con el Congreso.

* **Nota de la editora.** Estas conclusiones fueron parte de los aportes que realizó el autor en el Taller Internacional “Un cambio ineludible: la Corte Constitucional”. Todos estos elementos estructurales del sistema de control de constitucionalidad fueron, de cierta forma, acogidos por los asambleístas para la elaboración de la Constitución ecuatoriana vigente.

2. La ampliación de competencias. En sociedades políticamente complejas y conflictivas, como la ecuatoriana y colombiana, donde el poder legislativo está muy deslegitimado, es necesario contar con una justicia constitucional fuerte y autónoma para garantizar los derechos de las personas.

3. Amplitud en cuanto a modalidades de sentencias, necesarias para cumplir con la función de guardar la supremacía e integridad de la Constitución. Esta potestad facilita la toma de decisiones y hace más ágil la vigencia de la ley.

4. En materia de efectos en el tiempo de las sentencias, se deberá ponderar si se da prevalencia a la *seguridad jurídica* y se establece un sistema general de efectos hacia el futuro, con los inconvenientes de la experiencia colombiana de ultraactividad de leyes declaradas inconstitucionales y prácticas de elusión constitucional por el Congreso. O se privilegia la *depuración y coherencia* del sistema constitucional con un efecto hacia el pasado, como regla general, teniendo en este caso que resolver los problemas de seguridad jurídica comunes en entornos como los nuestros, donde la actividad legislativa carece de un apoyo técnico serio y capaz de estudiar adecuadamente la validez de las leyes.

Parece ser lo más adecuado que la Corte Constitucional se reserve — de manera excepcional— alterar la regla de efectos en el tiempo según las circunstancias del caso.

5. El sistema de control de constitucionalidad difuso, ejercido por cualquier operador jurídico mediante la posibilidad de *excepcionar la aplicación de las leyes*, es poco recomendable por las consecuencias adversas para la plena vigencia del principio de igualdad, seguridad jurídica, presunción de validez de la ley, entre otros. La homogénea aplicación de la ley hace conveniente que se establezca un sistema concentrado de control de constitucionalidad de la ley que combine la acción directa con un sistema que asimile a la cuestión de constitucionalidad.

6. Hay que estar atentos con la definición que se hace en la Constitución de las competencias de la Corte Constitucional y de otros órganos judiciales. Se debe reservar a la Corte la resolución de conflictos entre órganos

constitucionales, incluyendo los conflictos en que ella se vea involucrada, de lo contrario el desgaste institucional es muy costoso para el país.

Igualmente, y sin perjuicio de previsiones normativas, se deben establecer mecanismos de autocontrol para evitar que la justicia constitucional desplace y sustituya a las demás jurisdicciones.

7. En países como los nuestros, donde aún no existe un consenso definitivo sobre cuál debe ser el contenido constitucional, a pesar de tener constituciones vigentes, la existencia de una Corte Constitucional fuerte, capaz de preservar los elementos esenciales mínimos que no pueden ser eliminados o transformados por la mayoría parlamentaria coyuntural o el gobierno de turno, suple con efectos positivos la ausencia de rigidez y estabilidad constitucional.

Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina

Rodrigo Uprimny Yepes*

Este texto intenta desarrollar algunas tesis básicas. De un lado, que en los últimos años, el tema de la economía y en especial el de los derechos sociales, ha entrado con fuerza en el debate constitucional, en especial en América Latina, debido a la tendencia de las últimas reformas constitucionales en la región a adoptar textos generosos en derechos, acompañados de garantías judiciales para hacer efectivos tales derechos. De otro lado, que esa evolución no deja de ser polémica pues existen posiciones en contra de ese involucramiento de la justicia constitucional en la economía y en la protección de los derechos sociales. Y que esas críticas deben ser tomadas en serio, pero no deben conducir a una sustracción del control constitucional de la economía, sino a un diseño prudente y adecuado de la justicia constitucional en este campo.

Para desarrollar estos puntos, el artículo comienza por recordar ciertos rasgos de las reformas constitucionales recientes y nuevas constituciones promulgadas en América Latina, lo cual permitirá sustentar la tesis de que existe una tendencia a conferir a la justicia constitucional responsabilidades en el control constitucional de la economía y en la protección de los derechos sociales. Luego recordaré algunas de las críticas al

* Doctor en economía política por la Université de Picardie Jules Verne en Amiens, Francia; magíster en economía del desarrollo por la Université de Paris I Pantheon-Sorbonne; especialista en sociología jurídica por la Université de Paris II. Diploma de posgrado en resolución de conflictos por la Universidad de Uppsala (Suecia). Profesor e investigador de las universidades de Grenoble (Francia), American University de Washington (EE. UU.), Universidad de Los Andes en Bogotá y Universidad Nacional de Colombia. Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

involucramiento de la justicia constitucional en este campo, para intentar responder a cada una de esas críticas y llegar así a algunas breves conclusiones.

1. Una síntesis de los procesos constitucionales recientes en América Latina¹

Desde mediados de los años ochenta, a partir de la Constitución de Brasil de 1988, y en especial en los años noventa, en América Latina se inicia un intenso período de cambios constitucionales en casi todos los países; se adoptan nuevas constituciones o se introducen reformas muy importantes.²

Es obvio que existen diferencias muy importantes entre los cambios constitucionales en los distintos países. Sin embargo, a pesar de estas diferencias nacionales, esta oleada de reformas y nuevas constituciones en América Latina tiene algunos rasgos comunes, que podemos reagrupar en aquellos más relativos a la llamada “parte dogmática” de la Constitución y otros más vinculados a la llamada “parte orgánica”, por recordar esa vieja, discutible, pero pedagógica distinción de algunos enfoques tradicionales del derecho constitucional. Según esa distinción, la parte dogmática de una Constitución hace referencia a aquellos apartados del texto constitucional que definen los principios ideológicos que orientan al Estado y que establecen los derechos y deberes de las personas. Por su lado, la parte orgánica es aquella que precisa cuáles son los principales órganos del Estado y cuáles son sus atribuciones. Finalmente, un poco entre las dos, se encuentran los mecanismos de participación ciudadana y la regulación constitucional de los partidos, que son al mismo tiempo una expresión de los derechos políticos (y por ello algunos autores la vinculan a la parte dogmática) y una forma de integración de los órganos políticos (por lo que otros autores suelen tratar de estos aspectos al estudiar la parte orgánica).

1 Para una visión global de estos procesos de reforma constitucional reciente en América Latina, ver, entre otros, Gargarella, Roberto. “Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación”. *Desarrollo Económico* (Buenos Aires), 36.144 (enero-marzo 1997). Véase igualmente Gil Lavedra, Ricardo. “Un vistazo a las reformas constitucionales en Latinoamérica”. Internet. <http://islandia.law.yale.edu/sela>.

2 Reformas importantes se introducen en las constituciones de Argentina y Bolivia (1994). Se adoptan nuevas constituciones: Colombia (1991), Paraguay (1992), Ecuador (1998 y 2008), Perú (1993), Venezuela (1999) y Bolivia (2009).

1.1. Las variaciones de la parte dogmática: reconocimiento de la diversidad, ampliación y protección de los derechos

Un breve examen de las orientaciones de las reformas constitucionales recientes muestra que, a pesar de obvias diferencias nacionales, la mayor parte comparten los siguientes rasgos en la definición de los principios ideológicos del Estado y los derechos y deberes ciudadanos.

De un lado, en la mayoría de las reformas y de los nuevos textos constitucionales se modifica en forma importante el entendimiento de la unidad nacional, a fin de enfatizar que esta no se hace por una homogeneización de las diferencias culturales, como intentaron hacerlo algunos proyectos constitucionales previos en décadas pasadas, sino, por el contrario, por un reconocimiento acentuado de las diferencias y una mayor valorización del pluralismo en todas sus formas. Muchas constituciones empiezan entonces a definir a sus naciones como pluriétnicas y pluriculturales y establecen como principio constitucional la promoción de la diversidad.³

De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, las reformas constitucionales amparan especialmente a grupos tradicionalmente discriminados, como los indígenas y las comunidades negras, a los cuales incluso, en ciertos países, se les reconocen derechos especiales y diferenciados de ciudadanía, en la medida en que se establecen circunscripciones especiales de representación política para estas comunidades, se reconocen sus lenguas como lenguas oficiales y se les reconoce un poder judicial propio en sus territorios para la decisión de ciertos conflictos, de acuerdo con sus cosmovisiones.⁴ Por ello, según ciertos analistas, estas constituciones no

3 Véase, por ejemplo, el artículo 7 de la Constitución colombiana, 215 de la Constitución brasileña, el preámbulo de la Constitución venezolana de 1999 y el artículo 2, numeral 19 de la Constitución del Perú.

4 La Constitución de Colombia de 1991 fue la primera en reconocer, en el artículo 246, la aplicación de justicia por las comunidades indígenas, conforme a su derecho consuetudinario pero dentro de unos límites que permitan armonizar la jurisdicción estatal y la indígena. Esa regulación fue seguida por las constituciones de Paraguay (art. 63) Perú (art. 149), Bolivia (art. 171, Constitución de 1994), Ecuador (art. 191, Constitución de 1998 y arts. 56, 52 y 171 de la Constitución de 2008) y Venezuela (art. 260, Constitución de 1999). Para una discusión crítica de los alcances y límites del reconocimiento de esos derechos de autonomía de los indígenas, véase Stocks, Anthony. "Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America". *Annual Review of Anthropology*, t. 34, 2005.

solamente avanzaron hacia una idea de identidad nacional pluralista, sino que incluso habrían incorporado elementos y formas de ciudadanía diferenciada y multicultural.

En tercer término, la casi totalidad de las reformas ha sido muy generosa en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes, pues no solamente incorporan los derechos civiles y políticos heredados de las tradiciones demoliberales —como la intimidad, el debido proceso, la libertad de expresión o el derecho al voto—, sino que también establecieron ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales —como la educación, la vivienda o la salud— e incluso avanzaron en el reconocimiento de formas de derechos colectivos, como en especial el derecho al medioambiente.* Las técnicas de reconocimiento de esos derechos tuvo algunas variaciones nacionales; en algunos casos, como en Argentina,⁵ el mecanismo fue la constitucionalización directa y expresa de numerosos tratados de derechos humanos; en otros, como Brasil,⁶ el mecanismo fue el de directamente definir y establecer esos derechos en el texto constitucional; otros como Colombia o Venezuela usaron ambos mecanismos, pues no solo constitucionalizaron ciertos tratados de derechos humanos, sino que además establecieron directamente en la Constitución una amplia carta de derechos de las personas.⁷ Pero independientemente del mecanismo jurídico empleado, la tendencia y el resultado fueron semejantes: una ampliación considerable de los derechos constitucionalmente reconocidos.

En cuarto término, este generoso reconocimiento de derechos de distintas tradiciones —liberal, democrática y socialista— llevó a varios textos constitucionales a incorporar la fórmula ideológica del llamado

* **Nota de la editora.** La Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce como titular de derechos a la naturaleza, novedad regional y mundial. Véanse artículo 10, inciso 2, y el artículo 71: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.”

5 Véase el artículo 75, numeral 22 de la Constitución argentina que establece una extensa lista de los tratados de derechos humanos que adquieren rango constitucional.

6 Véanse los extensos artículos 5 y 8 de la Constitución brasileña.

7 Véanse la amplia carta de derechos de las constituciones de esos dos países y los artículos 23 de la Constitución venezolana y 53 y 93 de la Constitución colombiana que confieren rango constitucional a ciertos tratados de derechos humanos. Véanse también los artículos 11, numeral 7, y 426, inciso 2 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

“Estado social y democrático de derecho”, desarrollada por el constitucionalismo europeo de la posguerra, como el marco ideológico de las nuevas organizaciones jurídicas derivadas de estas reformas constitucionales.⁸ El uso de esta definición jurídica del Estado no fue, sin embargo, mecánico, pues no solamente tuvo variaciones nacionales importantes, sino que las reformas latinoamericanas incorporaron matices distintos a su formulación en la Europa de los años cincuenta del siglo pasado.⁹

En quinto término, la mayor parte de las reformas y nuevas constituciones quiso explícitamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales no fuera puramente retórico, sino que tuviera eficacia práctica, por lo que se ampliaron los mecanismos de protección y garantía de dichos derechos. Las vías fueron diversas en los distintos países, pero algunos dispositivos institucionales fueron privilegiados. Así, muchas reformas previeron formas judiciales directas de protección de los derechos, como el amparo o la tutela,¹⁰ o reforzaron aquellas que ya existían; igualmente, en varios países se crearon o reforzaron las formas de justicia constitucional, ya sea creando tribunales constitucionales o ya sea atribuyendo poderes de control constitucional a las cortes supremas;¹¹ finalmente, y ligado a esas formas de protección judicial de los derechos, la mayor parte de las nuevas constituciones previeron, con denominaciones diversas, formas de “ombudsman” o de “Defensores del Pueblo”, que tienen a

- 8 La bibliografía sobre el Estado social, su formación y su crisis, es muy extensa. Véase, por ejemplo, entre otros, Ferran Requejo, Coll. *Las democracias*. Barcelona, Ariel, 1994, capítulo 8. Igualmente, Ramón García, Cotarelo. “Crisis y reformulación del Estado del bienestar”. *Derecho y economía en el Estado social*. Comps. Javier Corcuera Atienza y Miguel Angel García Herrera. Madrid, Tecnos, 1988. Para una discusión de su relevancia en el proceso constitucional colombiano, véase Uprimny, Rodrigo. “Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas”. *El debate a la constitución*. AA.VV. Bogotá, ILSA y Universidad Nacional, 2001.
- 9 Véase, por ejemplo, el artículo primero de las constituciones brasileña, colombiana y paraguaya, el artículo 2 de la Constitución venezolana y el artículo 1.II de la Constitución de Bolivia de 1994 y el artículo 1 de la Constitución de 2009. Bolivia se constituye en un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario.
- 10 Por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991 previó en su artículo 86 la tutela como mecanismo de protección directa de los derechos fundamentales, así como otros mecanismos, como las acciones populares, para la protección de derechos colectivos. Por su parte, la Constitución brasileña incorporó varios instrumentos de protección de derechos, como los llamados “mandados de segurança”. Véase artículo 5 LXIX y LXX de esta Constitución.
- 11 Para una visión sistemática de las estructuras de justicia constitucional y de protección de derechos en América Latina, véase Losing, Norbert. *La jurisdicción constitucional en América Latina*. Madrid, Dykinson, Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

su cargo la promoción y protección de los derechos humanos.¹² Pero en todos los casos, la idea pareció ser la misma: dotar al ciudadano de mecanismos eficaces para reclamar la vigencia efectiva de sus derechos.

Estos cambios, si se quiere más ideológicos y vinculados al discurso de los derechos humanos y a la reconsideración del sentido de la construcción nacional, estuvieron acompañados de dos temas importantes sobre el vínculo del Estado con la economía: de un lado, la mayor parte de las reformas optaron explícitamente por vincular sus economías a aquellas de sus vecinos, pues casi todas proclamaron explícitamente su adhesión a los principios de integración latinoamericana.¹³

De otro lado, la mayor parte de las reformas plantean reconsideraciones de la función económica del Estado; en este punto, no es fácil encontrar una tendencia común en los distintos textos constitucionales, ya que no solamente existen diferencias nacionales importantes sino que, además, ni siquiera los textos reformados tienen una total claridad sobre el punto; en efecto, muchas constituciones, como la colombiana de 1991, parecen al mismo tiempo ampliar la intervención estatal, al reconocer nuevos derechos sociales y mantener la dirección estatal de la economía, pero también parecen reducir dicha intervención, al posibilitar la privatización de ciertos servicios públicos, que anteriormente eran monopolio estatal. Por eso, la Constitución colombiana ha sido al mismo tiempo calificada de socialdemócrata y de neoliberal, a veces para elogiarla, a veces para criticarla, mientras que ciertos analistas destacan esa tensión no resuelta en el proceso constituyente colombiano entre un proyecto neoliberal y otro socialdemócrata como una de las raíces de la crisis política de ese país.¹⁴

12 Véanse, por ejemplo, los artículos 281 y 282 de la Constitución colombiana, los artículos 161 y 162 de la peruana, el artículo 276 de la Constitución paraguaya y el artículo 86 de la Constitución argentina.

13 Véase, por ejemplo, el párrafo del artículo 4 de la Constitución brasileña, el artículo 9 de la colombiana, el preámbulo y el artículo 153 de la Constitución venezolana, así como el artículo 44 de la Constitución peruana y el artículo 4 de la Constitución ecuatoriana de 1998; y los artículos 416 (numeral 11) y 423 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

14 Véase al respecto, Orjuela, Luis Javier. *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*. Bogotá, Uniandes, CESO, 2005.

1.2. Los cambios: mecanismos de participación en la parte institucional u orgánica

Las reformas constitucionales de las dos últimas décadas trajeron igualmente cambios importantes, tanto en los mecanismos de participación ciudadana como en el diseño de las instituciones, en especial a nivel del régimen político y del régimen territorial.

De un lado, la mayor parte de las reformas estuvieron orientadas por la idea de ampliar y fortalecer los espacios de participación ciudadana. Por ello en general no se limitaron a restablecer la democracia representativa, lo cual era de por sí trascendental cuando se trataba de superar dictaduras militares, sino que intentaron generar nuevos espacios de participación ciudadana, básicamente por dos vías distintas: el reconocimiento y ampliación de los mecanismos de democracia directa, como las consultas populares y los referendos;¹⁵ y de otro lado, por medio de la creación de instancias ciudadanas de control de la gestión pública, como pueden ser las asociaciones de usuarios que vigilan la gestión de los servicios públicos.

De otro lado, desde el punto de vista de la organización territorial del poder, la casi totalidad de las reformas fortaleció los procesos de descentralización, para lo cual recurrió a tres dispositivos institucionales que eran considerados complementarios. En primer término, se ampliaron los funcionarios locales electos por voto popular, mientras que en el pasado, muchos de ellos eran designados por las autoridades nacionales. En segundo término, se trasladaron nuevas competencias, en especial en materia de gasto social, a las entidades locales. Y, finalmente, se establecieron mecanismos para fortalecer económicamente a las autoridades

15 Por ejemplo, la Constitución colombiana incorporó el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto y la revocatoria de mandato. Véanse los artículos 103 ss. de esa Constitución. Igualmente, la Constitución venezolana prevé en su artículo 70 la participación ciudadana mediante la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas. En Ecuador (1998) se consagró la consulta popular y la revocatoria del mandato en los artículos 103 al 113 de su Constitución y en la de 2008 (arts. 61-65, especialmente los artículos 95 al 108, consulta popular artículo 104, revocatoria de mandato: artículo 105). Para un análisis de ese auge de la democracia directa en los procesos constitucionales recientes en América Latina, véase Barczak, Monica. "Representation by consultation? The rise of direct democracy in Latin America". *Latin American Politics and Society*, t. 43, n.º 3, 2001.

locales, en especial gracias al sistema de transferencias de recursos del gobierno central a los gobiernos locales.

En tercer término, y directamente ligado a esos esfuerzos por ampliar la democracia, ya sea con nuevos mecanismos de participación, ya sea fortaleciendo la democracia local, las reformas buscaron fortalecer las instancias estatales de control, fortaleciendo la autonomía y la capacidad fiscalizadora de las mismas. Por ejemplo, la Constitución venezolana estableció toda una nueva rama del poder, denominada poder ciudadano, que recoge esas instancias de control, mientras que la Constitución colombiana también establece todo un conjunto de instancias de control, como el Ministerio Público (Procuraduría y Defensoría del Pueblo) y la Contraloría General.¹⁶

Estas instituciones de control juegan entonces un doble papel en estos procesos de reforma, pues no solamente son, según la conocida distinción desarrollada por O'Donnell,¹⁷ mecanismos horizontales de rendición de cuentas, que buscan un mayor equilibrio de poderes, sino que a veces también operan como formas verticales de rendición de cuentas y de reforzamiento de la capacidad de los ciudadanos de reclamar sus derechos, pues algunas de esas instituciones de control, en especial los ministerios públicos y las defensorías del pueblo, actúan ante las instancias políticas como voceras de los reclamos de las personas.¹⁸

Este fortalecimiento de instancias de control también se acompaña, en cuarto término, de un elemento común a todos los procesos constitucionales en la región, que fue el esfuerzo por fortalecer también al sistema judicial, no solamente para incrementar su eficiencia para perseguir el

16 Véanse los artículos 267 ss. de la Constitución colombiana y los artículos 136, 273 ss. de la Constitución venezolana.

Nota de la editora. La Constitución ecuatoriana de 2008 también creó una nueva función de control denominada Función de Transparencia y Control Social, conformada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias (arts. 204-216).

17 Véase O'Donnell, Guillermo. "Delegative Democracy". *Journal of Democracy* 5, 1, 1994.

18 Ciertos estudios han mostrado, por ejemplo, que la reforma del Ministerio Público en Brasil le permitió actuar como vocero de los derechos ciudadanos, lo cual fortaleció la protección judicial de derechos. Véase al respecto Arantes, Rogelio. "Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil". *The Judicialization of Politics in Latin America*. Eds. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. New York, Palgrave, 2005.

delito y tramitar los conflictos,¹⁹ sino también para incrementar su independencia, que era vista, con razón, como supremamente precaria en toda la región,²⁰ con pocas excepciones. Para este último propósito, un mecanismo común fue la tentativa por sustraer el nombramiento y la carrera de los jueces de la injerencia directa del poder ejecutivo, por medio de la creación de instancias autónomas de administración de la rama judicial y encargada parcialmente de la selección de los jueces, usualmente denominadas consejos superiores de la magistratura. Por ejemplo, tanto Colombia como Argentina, Perú o Paraguay, por citar algunos casos, incorporaron consejos de la magistratura en sus constituciones, para fortalecer la independencia judicial.²¹

El fortalecimiento de la rama judicial no se limitó a las reformas destinadas a incrementar su eficiencia y su independencia sino que, como ya se señaló, también consistió en atribuirle responsabilidades importantes en la protección y garantía de derechos y en el control a las eventuales arbitrariedades de los órganos políticos, con la incorporación o fortalecimiento de formas de justicia constitucional, aunque en este punto existen diferencias nacionales importantes.

Estos procesos de fortalecimiento de los órganos de control y de la rama judicial se acompañaban de una estrategia más global de rediseño del régimen político, tendiendo a lograr un mayor equilibrio entre los órganos y ramas del poder público, a fin de superar los excesos de poder presidencial, que eran vistos como una de las raíces del autoritarismo en casi todos los procesos constitucionales regionales. Por ello, en quinto término, la mayor parte de las reformas tendió a reducir ciertas facultades

19 La bibliografía sobre los esfuerzos de modernización y fortalecimiento del sistema judicial en América Latina es muy amplia. Un debate de esos esfuerzos y de sus orientaciones se puede encontrar en Uprimny, Rodrigo, Mauricio García y César Rodríguez. *¿Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006.

20 Para ejemplos de la precariedad de la independencia judicial en la región, véase Gargarella, Roberto. "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", p. 972.

21 Véanse al respecto, los artículos 254 y 255 de la Constitución colombiana, el artículo 114 de la Constitución argentina, los artículos 150 ss. de la Constitución de Perú, los artículos 262 al 265 de la Constitución paraguaya y los artículos 206 y 207 de la Constitución del Ecuador, 1998. En la Constitución ecuatoriana de 2008, el Consejo de la Judicatura cobra más importancia y se constituye como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la función judicial (arts. 178 y 179 a 181).

presidenciales y a incrementar la capacidad de control y de decisión de los congresos. Por ejemplo, la mayor parte de las reformas limitaron, al menos parcialmente, las posibilidades de que el Presidente pudiera legislar por decreto, mientras que incrementaron las posibilidades de fiscalización del Congreso, que en ciertos casos adquirió la posibilidad de vetar ministros.²²

Esta morigeración del presidencialismo fue empero limitada, pues no solamente ningún país latinoamericano optó por fórmulas parlamentarias,²³ a pesar de que en los años noventa hubo múltiples propuestas académicas que defendieron las bondades del parlamentarismo para nuestros regímenes políticos sino que, además, las constituciones de la región conservaron para el presidente poderes enormes frente al modelo presidencial clásico, como es el estadounidense,²⁴ como la posibilidad de nombrar y remover directamente, sin ninguna intervención del Congreso, a sus ministros. Pero eso no es todo. Estos esfuerzos por limitar el poder presidencial y reequilibrar la relación entre los poderes se acompañaron, paradójicamente, de una tendencia generalizada a aprobar la posibilidad de la reelección inmediata del presidente, en especial para poder elegir a gobernantes carismáticos, tal y como sucedió en Argentina con Menem, Brasil con Cardozo, Perú con Fujimori, Colombia con Uribe o Venezuela con Chávez. Todo esto muestra pues que los esfuerzos por moderar el excesivo poder presidencial en América Latina terminaron siendo unos esfuerzos bastante moderados. Un último elemento que conviene destacar de los procesos constitucionales recientes en América Latina fue la tendencia a reconocer la existencia de organismos estatales autónomos, encargados de funciones técnicas de regulación, en especial en materia económica, y que no encajaban dentro de la división clásica de poderes. El caso más significativo fue obviamente el reconocimiento en varios procesos

22 Por ejemplo, la Constitución colombiana estableció la moción de censura, que permite al Congreso remover un ministro (véase art. 135). Por su parte, las constituciones paraguaya (art. 192) y la reforma boliviana (art. 70) posibilitaron que el Parlamento requiriera informes de los ministros, para ejercer el control político respectivo.

23 El único país en donde una eventual transición a un régimen parlamentario se discutió con vigor fue Brasil, pero finalmente la fórmula fue rechazada en un referendo realizado algunos años después de adoptada la Constitución.

24 Ese punto es acertadamente resaltado por Roberto Gargarella, “Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación”, pp. 978 y 979.

constitucionales de una mayor autonomía a la Banca Central, a fin de sustraer la política monetaria de la influencia directa del gobierno,²⁵ pero no es el único caso: varios ordenamientos reconocieron una autonomía importante a otros organismos de regulación, como es el caso de ciertas comisiones reguladoras de servicios públicos o la creación de la Comisión Nacional de Televisión en Colombia, que buscó sustraer el manejo de este medio de comunicación de la influencia de los poderes políticos.

1.3. Unas primeras conclusiones sobre las transformaciones constitucionales

La presentación esquemática desarrollada en las páginas precedentes sobre las orientaciones esenciales de los procesos constitucionales latinoamericanos en las últimas dos décadas permite extraer algunas conclusiones sobre el significado de dichos procesos.

Parece claro, en primer término, que la mayor parte de las reformas buscaron superar ciertas tradiciones de autoritarismo y de arbitrariedad en América Latina, buscando una mayor consolidación del Estado de derecho y un incremento de la eficacia del Estado, gracias al reforzamiento de la capacidad e independencia de la justicia y de los organismos de control y a la búsqueda de un mayor equilibrio entre los poderes.

Sin embargo, parece igualmente evidente que los procesos constitucionales tuvieron propósitos más amplios pues buscaron también, y tal vez especialmente, profundizar la democracia y combatir las exclusiones e inequidades sociales. En ese sentido, la mayor parte de las reformas, siguiendo la terminología de Teitel, conducen a textos que más que mirar hacia atrás (“backward looking”) se proyectan hacia el futuro (“forward looking”)²⁶ pues, más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, son documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir. Son pues, en la terminología de otros

25 Sobre la reforma de los bancos centrales en América Latina a fin de dotarlos de mayor autonomía, véase Aguirre, Ernesto, Roberto Junguito y Geoffrey Millar, eds. *La Banca Central en América Latina. Aspectos económicos y jurídicos*. Bogotá, Tercer Mundo Editores y Banco de la República, 1997.

26 Teitel, Ruti. “Transitional Jurisprudence. The Role of Law in Political Transformation”. *Yale Law Journal*, 106 (2009): 2014.

autores, constituciones “aspiracionales”,²⁷ en la medida en que plantean una propuesta de una democracia incluyente, capaz de incorporar a la democracia y a los beneficios del desarrollo a los sectores tradicionalmente excluidos de las sociedades latinoamericanas, pues son textos llenos de promesas de derechos y bienestar para todos.

En tercer término, la mayor parte de estas constituciones aspiran a ser textos que efectivamente gobiernen la vida en sociedad, por lo que incluyen mecanismos de justicia constitucional que aseguren que sus promesas de derechos y bienestar no sean meramente retóricas sino mandatos normativos con eficacia práctica. En ese sentido, las reformas constitucionales de los años noventa hacen entrar a América Latina en lo que algunos autores llaman “neoconstitucionalismo”.²⁸ Por su importancia conviene presentar brevemente en qué consiste el neoconstitucionalismo, para lo cual resulta útil elaborar una tipología acerca de las constituciones.

Las dos variables básicas en esta tipología son (i) la fuerza normativa de la Constitución, y (ii) su contenido. Así, con respecto a la primera variable, existen dos opciones: puede uno entender la Constitución ya sea como una norma vinculante y aplicable, o como un documento político de gran importancia, pero que no tiene realmente fuerza normativa. La posición adoptada frente a estas dos posibilidades opone a las dos tradiciones clásicas del constitucionalismo liberal del siglo XIX. La tradición europea, y en especial la francesa, tendía a concebir la Constitución como un documento político sin fuerza normativa, pues entendía las cartas constitucionales como documentos políticos importantes, pero que no eran vinculantes en el sentido de que no tenían mecanismos para asegurar que la ley o las decisiones del poder ejecutivo respetaran la Constitución, lo cual se debía al temor que tenían los constituyentes franceses a un eventual gobierno de los jueces.

En contraposición se encuentra la visión normativa de la Constitución, según la cual esta ya no es meramente un documento político, sino una norma que vincula especialmente al legislador y por vía indirecta al Ejecutivo, y que por consiguiente debe tener algún mecanismo

27 Véase el capítulo de Mauricio García sobre constitucionalismo aspiracional en Uprimny, Rodrigo, Mauricio García y César Rodríguez. *Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006.

28 Sobre el neoconstitucionalismo, véase Carbonell, Miguel, ed. *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.

de protección de su supremacía y de su carácter normativo. De la idea de la Constitución como norma se sigue entonces la idea de la necesidad de alguna forma de justicia constitucional, ya que de otra manera la vocación normativa de la Constitución sería meramente teórica, porque no habría cómo protegerla contra vulneraciones por parte del legislador o del Ejecutivo. Esta concepción normativa de Constitución fue desarrollada esencialmente por el constitucionalismo estadounidense, en especial a partir del fallo *Marbury vs. Madison* de 1803 en el que la Corte Suprema de ese país concluyó que los jueces tenían la facultad de declarar la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución de Filadelfia de 1787, precisamente como consecuencia del carácter supremo y normativo de esta última.²⁹

De otro lado, desde el punto de vista de su contenido, encontramos la gran oposición entre las visiones más procedimentales de la Constitución y las más valorativas. La visión procedimental sostiene que la Constitución, más que establecer un orden de valores que tiene que aplicarse, consagra únicamente un marco de actuación de los poderes públicos y de los particulares, es decir, regula instituciones y procedimientos, pero no señala imperativamente el derrotero que deben seguir las autoridades y los particulares; por eso se conoce más como Constitución procedimental o Constitución marco o Constitución límite.

Las constituciones más valorativas, por su parte, no se limitan a diseñar instituciones y establecer procedimientos, sino que consagran un orden de valores a ser realizado. Por eso algunos las llaman Constituciones programa, ya que la Constitución contiene, en germen, un programa que tiene que ser realizado por las autoridades, mientras que una Constitución procedimental establece únicamente un marco de actuación para las autoridades.

Ahora bien, si uno cruza las dos variables, es posible construir una tipología de cuatro modelos de Constitución, que se encuentra resumida en el cuadro 1, en cuyas columnas se diferencian los ordenamientos jurídicos según la fuerza jurídica de su Constitución, mientras que en las filas se distinguen las constituciones según su contenido normativo.³⁰

29 Para una presentación de estas dos tradiciones del constitucionalismo liberal del siglo XIX, véase Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal*. Madrid, Alianza Editorial, 1994, en especial los capítulos 3 y 4.

30 Para una tipología semejante a la que aquí propongo, véase Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003, en especial pp. 107 ss.

Cuadro n.º 1

Una tipología clásica de las constituciones

		Fuerza Normativa de las constituciones	
Contenido de la Constitución	Procedimental o marco	Documento político I: Francia antes de 1958	Normativa II: Visión de Kelsen y Constitución de Austria
	Valorativa o programa	III: Países socialistas	IV: Alemania o Italia y todo el llamado neoconstitucional

De un lado, en la casilla I encontramos constituciones que son pensadas más como un documento político cuyo contenido es esencialmente procedimental. Un ejemplo es la visión francesa del constitucionalismo antes de 1958, ya que con posterioridad a esta fecha la Constitución francesa se volvió un poco más normativa, debido a la creación del Consejo Constitucional.

De otro lado, en la casilla II encontramos constituciones normativas procedimentales. Hans Kelsen, uno de los grandes teóricos del constitucionalismo y del derecho en el siglo XX, es uno de los representantes más ilustres de estas concepciones. Este autor defendía el carácter normativo de la Constitución, pero si se trataba de una Constitución que no contuviera valores y principios abstractos, ya que le parecía muy riesgoso en términos del gobierno de los jueces y del vaciamiento de la deliberación política democrática que el texto constitucional tuviera referencias vagas a la justicia o a la equidad. Kelsen defendía entonces una Constitución vinculante, con un Tribunal Constitucional que asegurara su fuerza normativa, pero que fuera esencialmente procedimental. Un ejemplo de esta clase de Constitución es la de Austria de 1920.

En la casilla III encontramos las constituciones valorativas o programa, que contienen un orden de valores muy fuerte, pero que no son más que un documento político, porque carecen de una justicia constitucional para aplicarla. El ejemplo más clásico es el de los anteriores países socialistas, cuyas constituciones proclamaban todo un orden político, social y económico a ser realizado, pero no eran normativas porque no

había ninguna instancia ante la cual se pudiera controlar que las acciones de las autoridades se ajustaran a lo prescrito en la Constitución.

Finalmente, en la casilla IV encontramos constituciones valorativas y normativas que son esencialmente las cartas europeas de la posguerra y en particular las de Italia, Alemania, España y, en menor medida, la Constitución francesa de 1958. Estas constituciones reconocen derechos y valores y establecen un orden social a ser realizado y alguna forma de garantía constitucional de que eso se va a lograr por medio de distintas formas de justicia constitucional.

El examen realizado en los dos puntos anteriores de este artículo muestra que la mayor parte de las constituciones latinoamericanas se orientan a la casilla IV, pues no se limitan a diseñar las instituciones, sino que reconocen una amplia gama de derechos y principios, o sea valores, y también establecen formas de justicia constitucional más o menos fuertes para que eso se cumpla.

Ahora bien, como casi todas esas reformas constitucionales propugnan por un fuerte reconocimiento de derechos sociales y por una justicia constitucional robustecida, es indudable que ellas tienden a conducir a un mayor involucramiento de la justicia constitucional en la economía y en la protección de los derechos sociales. Es cierto que dicho involucramiento no ha sido igual en los distintos países de la región: en Argentina, Colombia o Costa Rica ha sido muy importante, mientras que en otros países, como Chile, México o Ecuador, ha sido relativamente débil o, incluso, inexistente. La forma de la participación de la judicatura en este campo no ha sido tampoco uniforme. En ciertos casos, como en Colombia, ha sido en gran medida expresión del activismo relativamente autónomo de un tribunal específico, la Corte Constitucional. En cambio, en otros países, como Brasil, ha sido más bien obra de muchos jueces dispersos, mientras que en otras naciones, como Argentina, ha estado muy vinculada a formas de litigio masivo de los ciudadanos.³¹

Con todo, a pesar de sus diferencias, esta tendencia plantea el debate de qué tan conveniente es que la justicia constitucional se involucre en estas materias. Y en ese punto, las posiciones son disímiles, pues mientras

31 Para una sistemática presentación de esa diversidad de casos nacionales, véase Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell, eds. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York, Palgrave Macmillan, 2005.

algunos critican severamente esa evolución, otros la defienden vigorosamente. En los puntos que siguen, intento examinar las críticas más usuales al control constitucional y las posibles respuestas a dichas objeciones.

2. Las críticas a la intromisión judicial en la economía

Según algunos analistas, los tribunales constitucionales no deben conocer de asuntos económicos, por muchas razones, que pueden ser englobadas en algunas objeciones básicas.

Un primer tipo de críticas cuestiona la idoneidad técnica de los jueces constitucionales en este campo, por lo cual su intervención produce malas políticas económicas. Según estas objeciones, los jueces no son expertos en estos temas, y por ende, son muy altos los riesgos de que los jueces se equivoquen, debido a su falta de conocimientos técnicos en la materia.

Directamente ligado a lo anterior, otras críticas cuestionan la tendencia de los jueces a ser “botarates”, en la medida en que no tienen en cuenta las restricciones presupuestales, ya que no les corresponde la difícil tarea de cobrar los impuestos y obtener los recursos para financiar las políticas sociales. Permitir que los tribunales intervengan en la política económica y decreten gasto sería entonces inconveniente, pues podría conducir a una suerte de “populismo judicial”.

Según estos planteamientos, estos riesgos son mayores en los países del Tercer Mundo, con escaso desarrollo de las fuerzas productivas, como los de América Latina, pues hoy en día, en general, las intervenciones judiciales en las decisiones económicas pretenden realizar los derechos sociales, lo cual implica casi siempre erogaciones presupuestarias importantes; sin embargo, en estos países, la posibilidad de financiar efectivamente la satisfacción de la totalidad de los derechos sociales es todavía muy precaria, por lo cual son aún más altos los peligros de que caigamos en un populismo judicial, que tenga efectos macroeconómicos desastrosos. Jugando con las palabras, habría entonces que concluir que al decidir estos casos económicos, los jueces “fallan” mucho, y que en los países subdesarrollados los “fallos” son aún mayores.

Un tercer tipo de críticas se funda en la filosofía democrática y participativa, pues parte de la idea de que, en las democracias, parlamentos y gobiernos son los que tienen derecho a decidir sobre el modelo

económico del país y sobre la orientación del gasto público, pues al fin y al cabo, para eso fueron electos por las mayorías políticas. La intervención judicial en la economía sería entonces antidemocrática, pues los tribunales constitucionales, compuestos por jueces no electos, impondrían su filosofía económica y arrebatrían a las mayorías el derecho que estas tienen a tomar las opciones básicas sobre el desarrollo social y económico de un país.

Directamente ligado a lo anterior, un cuarto tipo de reparos considera que la intervención de las cortes constitucionales en la economía desfigura y deslegitima la función de las constituciones en las complejas sociedades pluralistas contemporáneas. Según estas perspectivas, la anulación por el juez constitucional de determinadas decisiones económicas implica una inevitable “constitucionalización” de un cierto modelo de desarrollo, pues el tribunal estaría señalando que algunas estrategias económicas no caben dentro del ordenamiento jurídico, o que a veces solamente una determinada política es posible, lo cual tiene dos efectos perversos: de un lado, introduce una excesiva rigidez en el manejo económico, pues para modificar una estrategia económica, podría ser necesaria una muy dispendiosa reforma constitucional; y, de otro lado, la exclusión por el juez constitucional de ciertas opciones económicas, que pueden ser apoyadas por grupos importantes de la población, implica que esos sectores sociales pueden a su vez sentirse excluidos de la Constitución, que pierde entonces apoyo y legitimidad social. La Constitución dejaría entonces de ser un marco pluralista, en el que caben la mayor parte de opciones y modos de vida de los ciudadanos, para convertirse en la expresión de ciertas doctrinas económicas y ciertos modelos de desarrollo: aquellos que son más apreciados por los magistrados.

Un quinto tipo de críticas se basa en consideraciones de seguridad jurídica y argumenta que la intervención de los jueces constitucionales en esta esfera pone en peligro la certeza de los contratos y de las regulaciones, pues en cualquier momento una ley podría ser anulada por razones de constitucionalidad, muchas veces con efectos retroactivos. Esta inseguridad jurídica tendría graves efectos sobre el desarrollo pues aumenta considerablemente los costos de transacción y desestimula la inversión, ya que los agentes económicos no logran conocer con exactitud cuáles son las reglas jurídicas aplicables.

Un sexto tipo de críticas invoca los efectos perversos que esas injerencias judiciales en la economía tienen sobre el sistema político y sobre la propia administración de justicia. Así, según estas objeciones, la intromisión de los tribunales en las políticas económicas erosiona la participación democrática, puesto que los ciudadanos reemplazan la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales. Además, esta “judicialización” de la política económica acarrea casi inevitablemente una “politización”, en el mal sentido del término, de la justicia, pues los tribunales y los procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de los actores políticos, lo cual afecta la independencia judicial y desestabiliza en forma profunda el papel del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas del juego democrático. Igualmente grave, según estas perspectivas, es que este proceso puede comportar una sobrecarga del aparato judicial, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden y para las cuales carece de los medios técnicos y materiales necesarios. Así, la transferencia de la resolución de los problemas económicos a los jueces, y en especial al Tribunal Constitucional, puede terminar por afectar la propia legitimidad de la administración de justicia, que no tiene en el largo plazo la capacidad de enfrentar tales retos.

Estas críticas, que he reseñado muy brevemente, no son para nada deleznales, pues se basan en argumentos teóricos razonables y en experiencias históricas desafortunadas. Así, es indudable que en general los jueces, por su formación profesional, no suelen ser expertos en el manejo de las variables económicas y tienden a ignorar las consecuencias financieras de sus fallos.

Además, es cierto que a veces los tribunales constitucionales han tenido intervenciones antidemocráticas, ya que han bloqueado, o al menos, obstaculizado durablemente, los cambios económicos, invocando filosofías personales o argumentos formalistas, para anular políticas económicas masivamente apoyadas por la ciudadanía y por los órganos de elección popular. El ejemplo clásico, pero no el único, fue la actitud de la Corte Suprema de los Estados Unidos en las primeras décadas de este siglo; así, entre 1905 y 1937, ese tribunal anuló leyes que establecían salarios mínimos o jornadas máximas de trabajo, con el argumento de que violaban la libertad contractual, con lo cual entorpeció la puesta en marcha de políticas sociales, en especial el desarrollo del “New Deal” de

Franklin Delano Roosevelt.³² El caso más célebre, por cuanto simboliza este proceso, fue *Lochner vs. New York* de 1905, en el que la Corte anuló una ley de ese Estado que limitaba la jornada de trabajo a diez horas diarias, con lo cual la jurisprudencia dio preferencia al liberalismo económico sobre los criterios de las mayorías, el pluralismo económico y la búsqueda de la igualdad social. Y el activismo judicial de ese tribunal en materia económica, en esa época, se acompañó de una pasividad y complacencia sorprendente en materia de eventuales violaciones a los derechos civiles. Así, mientras anulaba las leyes de intervención económica, por supuestamente afectar la libertad contractual, la Corte Suprema defendía la constitucionalidad de las leyes que establecían la segregación racial, en el sur de los Estados Unidos, por cuanto consideraba que estas no desconocían la igualdad, en virtud de la tristemente célebre doctrina de “separados pero iguales”, desarrollada en el caso *Plessy vs. Ferguson* de 1896. Y eso que Estados Unidos había vivido una guerra civil que estuvo en gran parte motivada por la idea de abolir la esclavitud y lograr una mayor igualdad entre las razas. No siempre los tribunales constitucionales han sido entonces paladines de la justicia, por lo cual, los ciudadanos no pueden depositar ciegamente en ellos toda su confianza para la construcción de un mundo justo. Es más, muchos analistas consideran que los jueces en general, y en especial los tribunales constitucionales, pueden ser muy poderosos para bloquear de manera durable las tentativas de progreso social, mientras que su eficacia para producir reformas progresistas es muy limitada.³³

En ese mismo orden de ideas, también creo que los críticos aciertan en señalar que una judicialización excesiva de la política económica, y de la política en general, puede ser muy negativa para la dinámica democrática y para el propio aparato judicial, pues no solamente puede generar un exceso de expectativas en las posibilidades de que unos tribunales providenciales materialicen la justicia social sino que, además, acentúa la desmovilización ciudadana. Y ambas cosas son perjudiciales para la administración de

32 La bibliografía sobre este tema, y en general sobre el papel de la Corte Suprema en el sistema político estadounidense, es inmensa. Véanse, entre muchos otros, Tribe, Laurence. *Constitutional Law*, 2ª ed. New York, The Foundation Press, 1998; también Sunstein, Cass. *The partial constitution*. Cambridge, Harvard, University Press, cap. 2, 1993.

33 Véase Rosenber, Gerald. *The hollow hope. Can courts bring about social change?* Chicago, The University of Chicago, 1993, en especial pp. 5 ss; pp. 336 ss.

justicia y el desarrollo democrático, de suerte que las victorias democráticas de los movimientos progresistas ante la justicia constitucional terminan por ser muchas veces ilusorias, pues la decisión judicial conduce a la pasividad ciudadana y los propios tribunales no tienen los medios necesarios para poner en marcha las reformas sociales.

Los riesgos de un gobierno de los jueces, en especial en el ámbito económico, y sus efectos perversos sobre el desarrollo, la democracia, y la legitimidad misma de la Constitución, no son entonces meramente hipotéticos, por lo cual, muchos países han tendido a limitar el papel de la justicia constitucional en este campo. Así, en Estados Unidos, en los años treinta, luego de vigorosas críticas por parte de la opinión pública y de amenazas del presidente Roosevelt de modificar la composición de la Corte Suprema, ese tribunal varió, a partir del caso *West Coast Hotel Co vs. Parrish* de 1937, su jurisprudencia en materia de libertad contractual y reconoció la posibilidad que tenían las mayorías democráticas de establecer normas diversas para la intervención estatal en los procesos económicos. Fue una verdadera “revolución constitucional”, como la denominan algunos autores.³⁴ A partir de esa sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha abstenido, casi totalmente, de cuestionar las políticas económicas de los órganos políticos.

Igualmente, y tal vez orientada por esa evolución estadounidense, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas consideran que la Carta de Bonn es “neutra” desde el punto de vista económico, a fin de permitir al legislador que desarrolle la estrategia de desarrollo que a su juicio sea la más adecuada. Por ello, el control ejercido por el Tribunal Constitucional sobre la orientación de esas políticas ha sido muy escaso.³⁵ En España, también el sector mayoritario de la doctrina, y las orientaciones básicas de la jurisprudencia constitucional, consideran que la Constitución de 1978 no incorpora un modelo económico específico, sino que es un texto abierto en esta materia, por lo cual son posibles políticas distintas, e incluso contradictorias.³⁶

34 Véase Cass Sunstein, *The partial constitution*, cap. 2.

35 Al respecto véase Papier, Juan Jorge. “Ley Fundamental y Orden Económico”. *Manual de Derecho Constitucional*. Ernesto Benda *et al.* Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 561 ss.

36 Véase una presentación de esas posiciones en Asenjo, Oscar de Juan. *La Constitución económica española*, cap. III. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Véase también Bassols Coma, Martín. *Constitución y sistema económico*. Madrid, Tecnos, caps. 1 y 2, 1985.

Existen pues críticas poderosas a la intervención de los tribunales constitucionales en la economía. ¿Significa lo anterior que debemos entonces suprimir a la justicia constitucional cualquier posibilidad de entrar a examinar la legitimidad de las decisiones de política económica? ¿O que esta competencia debería estar radicada en una sala económica especial, como lo han planteado otros críticos? No lo creo, pues las objeciones anteriores, a pesar de que son relevantes, y no pueden ser ignoradas, no son contundentes, como intentaré mostrarlo a continuación.

3. La supuesta incapacidad técnica de los jueces constitucionales

Comencemos entonces con las críticas sobre la incapacidad técnica de los tribunales constitucionales para decidir asuntos económicos, pues creo que son las más fáciles de responder, a pesar de que pueden ser aparentemente las más efectistas. Así, el argumento sobre la falta de conocimientos económicos de los jueces es fácilmente rebatible, pues en derecho existen los peritos, las audiencias y los conceptos técnicos, precisamente para que los tribunales se familiaricen con los alcances de los temas que no conocen, sean estos económicos o de otra naturaleza. Y si se acepta que un juez puede decidir un homicidio con base en un concepto médico, o un asunto contractual a partir de un peritaje arquitectónico o químico, o una discusión sobre derechos de las comunidades indígenas tomando en cuenta análisis antropológicos, ¿por qué no podrá pronunciarse sobre un asunto financiero o sobre una política macroeconómica? ¿Cuál es la especial dificultad de la ciencia económica frente a otras disciplinas, igualmente complejas, como la medicina, la ingeniería o la antropología? No parece que exista, como lo demuestra el hecho de que en derecho comparado, no es inusual que los jueces constitucionales controlen las leyes de contenido económico.

En este campo, el ejemplo tal vez más impactante es el Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, que tiene, como uno de sus cometidos esenciales, la tarea de controlar que las legislaciones de los países de la Comunidad, y las decisiones de los jueces nacionales, se adecuen a las normas comunitarias, las cuales han tenido esencialmente un contenido económico. Ese tribunal puede entonces ser caracterizado como una especie de Corte Económica Internacional. Pero el anterior no es el único

caso de una incidencia decisiva de los jueces en asuntos económicos complejos y de gran trascendencia. Así, el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en la sentencia 103 de 1983, consideró que era contrario a la Constitución un modelo de seguridad social basado en la compensación del daño, y lo sustituyó por uno fundado en la protección frente a la necesidad o la pobreza económica.³⁷ Por su parte, el Consejo Constitucional en Francia, uno de los países más temerosos al “gobierno de los jueces”, tuvo una intervención importante en el control de las nacionalizaciones adelantadas por el gobierno socialista en 1981, pues en la sentencia del 16 de enero de 1982 declaró la inconstitucionalidad de las normas que regulaban el cálculo de las indemnizaciones, por desconocer el derecho de propiedad.³⁸ Igualmente, el Tribunal Constitucional austriaco, en sentencia del 24 de enero de 1997, anuló, por violar la igualdad, una norma que obligaba a ciertas sociedades a realizar pagos anticipados en relación con el impuesto de sociedades. Los efectos fiscales de esa sentencia para solo 1996 fueron de casi 400 millones de chelines y, según los analistas, “las repercusiones indirectas que las consideraciones de la sentencia en relación con el principio de igualdad pueden tener en la promulgación de nuevas leyes tributarias no pueden ser estimadas ni siquiera aproximadamente”.³⁹ ¿Podemos entonces seguir sosteniendo que el mundo de la economía y de los negocios no debe estar contaminado por el derecho constitucional y por las decisiones judiciales?

Además, el argumento de la falta de conocimientos económicos por parte de los jueces conduce a resultados antidemocráticos, pues tampoco los parlamentarios ni los ciudadanos suelen ser peritos en esta materia. ¿Significa entonces que las decisiones macroeconómicas deben ser sustraídas del debate ciudadano y radicadas en el cuerpo selecto de los sabios que conocen de estas materias, como el FMI o la Banca Central? No parece tampoco razonable.

37 Véase Prieto Sanchís, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22 (1995): 40.

38 Véase Pardo Falcón, Javier. *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 51 ss.

39 Véase Schaffer, Heinz. “Austria: La relación entre el tribunal constitucional y el legislador”. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ed. Eliseo Aja. Barcelona, Ariel, 1998, p. 44.

En síntesis, es cierto que la teoría económica no siempre es un asunto fácil, ya que las dinámicas sectoriales y los procesos macroeconómicos a veces son muy complejos, y su lógica puede incluso vulnerar el sentido común. Así, para quien no ha trabajado esas materias, puede parecer incomprensible que un hecho aparentemente afortunado para un país —como puede ser el descubrimiento de enormes reservas petroleras— pueda tener efectos negativos, en virtud de la llamada “enfermedad holandesa”, que tiende a generar economías rentistas y a afectar desfavorablemente al sector industrial nacional. Es cierto también que las explicaciones de algunos economistas complican, más allá de lo necesario, la presentación de esos fenómenos. Sin embargo, eso no significa que los mecanismos económicos sean incomprensibles, puesto que un buen concepto académico permite que una persona razonable —como se espera que sean los jueces— entienda la dinámica básica de esos procesos. Así, volviendo a nuestro ejemplo de la enfermedad holandesa, no se necesita ser Einstein para entender que un incremento súbito y masivo de las exportaciones de petróleo, que no sea adecuadamente controlado por las autoridades económicas, genera un ingreso considerable de divisas, que tiende a sobrevalorar la moneda local, lo cual favorece las importaciones y disminuye la competitividad de las exportaciones nacionales, y puede por ende tener efectos negativos para la industria nacional que trabaja en bienes “transables”, esto es, vinculados al mercado internacional.

Es pues válido exigir de los jueces que tomen en cuenta los conocimientos especializados de las materias sobre las cuales van a tomar una decisión. Pero una cosa es exigir esa consulta a expertos, y otra muy diferente es sostener que los jueces solamente pueden decidir en las materias en que sean ellos mismos especialistas.

Por último, conviene destacar que el control constitucional de las políticas económicas puede tener efectos positivos, en términos de transparencia de las políticas públicas, pues el debate judicial obliga a quienes toman determinadas decisiones a defenderlas en un lenguaje que sea accesible a quien es lego en la materia, ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias económicas. De esa manera, la población tiene también oportunidad de entender mejor cuáles son las razones éticas, políticas y económicas, que justifican determinadas decisiones públicas, lo cual estimula la democracia,

pues incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política.

4. El “populismo” y la insensibilidad de los jueces frente a las consecuencias de sus decisiones

Las objeciones por la falta de conocimientos económicos de los tribunales no son entonces convincentes. En ese mismo contexto, la crítica basada en la falta de sensibilidad de los jueces por las consecuencias financieras de sus fallos es en parte válida, pero insuficiente, pues desconoce ciertas particularidades de la función judicial y el papel del derecho en una sociedad democrática.

Así, es indudable que una decisión judicial deja de ser adecuada, por bien fundamentada que se encuentre a nivel normativo, si tiene resultados catastróficos en la práctica. Los buenos jueces no pueden entonces ignorar totalmente los posibles efectos de sus decisiones, por lo cual, en todos los campos, y en especial en materia económica, es razonable que los tribunales presten consideración a las posibles consecuencias de optar por una u otra determinación. Sin embargo, en un régimen que reconoce los derechos de la persona, una cierta insensibilidad de los jueces por las consecuencias —financieras o políticas— de sus decisiones es también recomendable, pues implica que existe una autoridad estatal —el juez— que estará dispuesta a proteger ciertos valores, sin importar que su decisión sea impopular o cueste mucho al erario público. En eso consiste precisamente la independencia judicial, que es una de las grandes conquistas del Estado de derecho. O imaginen ustedes, ¿en qué quedan los derechos humanos, si los jueces se abstuvieran de proteger al inocente, por el temor a las reacciones sociales por un fallo absolutorio, o de condenar al Estado por el daño ocasionado por sus agentes, por los efectos financieros negativos de esa decisión sobre el equilibrio fiscal?

El siguiente es un ejemplo, entre muchos otros, que me parece ilustrativo de las bondades que significa para el Estado democrático que los jueces tengan una cierta insensibilidad financiera: en Estados Unidos, en numerosas oportunidades, los jueces y tribunales han decretado órdenes para mejorar las condiciones de las prisiones, a fin de que estas se adecuen

a estándares mínimos de dignidad humana. Esa intervención judicial, a pesar de que supone un gasto público considerable, ha sido considerada necesaria, por cuanto la sociedad y el sistema político no parecen desvelarse mucho por la suerte de los presos, quienes carecen de voto, son políticamente impopulares y son vistos como una amenaza para la sociedad. ¿Quién podría entonces interesarse en su suerte? En tal contexto, como lo señaló el juez de la Corte Suprema de ese país, Brennan, “las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar condiciones inhumanas”. ¿Y por qué ese papel? La respuesta de Brennan es ilustrativa: “Aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las condiciones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo”.⁴⁰

Lo anterior muestra que si los jueces decidieran exclusivamente tomando en cuenta las consecuencias eventuales de su determinación, entonces dejarían de ser jueces independientes para convertirse en órganos políticos, y el derecho perdería todo su sentido como instancia normativa de cohesión social. En efecto, defender que los jueces tomen sus decisiones con criterios puramente “consecuencialistas”, es decir, basados únicamente en los eventuales efectos del fallo, puede conducir a una politización extrema de la administración de justicia, con graves efectos sobre la seguridad jurídica y sobre los derechos individuales, por las siguientes tres razones: de un lado, como lo sabe cualquier sociólogo o economista que haya estudiado un poco el tema, conocer con precisión los efectos sociales de una decisión judicial es, en muchos casos, no solamente una labor muy ardua, sino que conduce a conclusiones encontradas entre los propios investigadores. Por ende, si las ciencias sociales empíricas no logran ponerse de acuerdo sobre qué podría suceder si un funcionario judicial falla de determinada manera, entonces ¿qué puede hacer el juez que quiera decidir con base en las consecuencias, sino basarse en una evaluación subjetiva de lo que pueda acontecer? De otro lado, incluso si lográramos determinar con precisión las consecuencias de la decisión, de todos modos el grado de subjetividad judicial sería muy importante ya

40 Véase su voto concurrente, en el caso *Rhodes vs. Chapman*, 452 U.S. 337 (1981). En ese voto, Brennan relata las condiciones inhumanas de muchas prisiones estadounidenses, y los esfuerzos judiciales por mejorar esas condiciones.

que, salvo en el mundo ideal de los óptimos paretianos, toda sentencia favorece unos intereses, mientras que afecta negativamente a otras personas. En tales condiciones, ¿cuál es la decisión óptima? No es posible determinarlo, sin que exista un juicio de valor, explícito o implícito, sobre cuáles de esos intereses ameritan mayor protección judicial, en el balance global de pérdidas y ganancias. Por eso, creo que Guido Calabresi, considerado como uno de los fundadores del llamado análisis económico del derecho, tiene razón cuando concluye que una evaluación puramente consecuencialista de una decisión jurídica, basada en la maximización de la riqueza, no puede ser éticamente neutral.⁴¹

Fuera de lo anterior, una actitud consecuencialista de los jueces plantea el riesgo de que el sistema jurídico se oriente con criterios puramente utilitarios. Ahora bien, la concepción utilitaria es, para determinadas disputas, una perspectiva interesante de análisis y evaluación, pero en materia de derechos individuales es peligrosa, pues puede conducir a una disolución de esos derechos, a fin de favorecer la consecución de objetivos colectivos que incrementen el bienestar general. Así, con criterios utilitarios, habría que eventualmente considerar correcta la decisión del juez que decide aceptar la tortura de un detenido, por cuanto de esa manera la policía logró desarticular una peligrosa banda de secuestradores, pues el sufrimiento que hubieran podido ocasionar esos delincuentes, compensa el dolor ocasionado por el Estado al detenido. Es obvio que esa conclusión resulta inaceptable en una democracia constitucional fundada en la dignidad humana.⁴²

Una rama judicial puramente consecuencialista deja entonces de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de normas, pues deviene un órgano puramente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses, conforme a valoraciones subjetivas. Es precisamente para evitar esa disolución del sistema jurídico que la

41 En este punto, Calabresi se distancia considerablemente de otro de los representantes de este movimiento, el juez Richard Posner, quien defiende la supuesta neutralidad valorativa del análisis económico del derecho, en la medida en que este se funda en la “ciencia” económica. Calabresi objeta que la comparación ética es inevitable, pues la “identidad y el mérito de los ganadores y perdedores se hace esencial”. (Citado por Liborio Hierro, “La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabresi)”. *Doxa* (Alicante), 15-16 (1994): 951 ss.

42 Sobre las críticas al utilitarismo y la defensa de un razonamiento fundado en derechos, la “teoría de la justicia” de Rawls y “Los derechos en serio” de Dworkin siguen siendo obras ineludibles.

democracia postula que los jueces deben decidir con base en las pautas normativas del ordenamiento jurídico, pues solamente así se logra una cierta seguridad jurídica. Por formularlo paradójicamente, un análisis consecuencialista parece llevar a la conclusión de que lo mejor es que los jueces no sean consecuencialistas.

En tales condiciones, para que el derecho pueda normativamente regular la vida en sociedad, es necesario que existan órganos judiciales dispuestos a aplicar sus mandatos; por ello, lo propio de un juez es que debe decidir primariamente conforme al derecho vigente, y no de acuerdo con un cálculo consecuencial sobre los efectos de su decisión. Esto no excluye una cierta valoración de esos efectos, pero esta no puede convertirse en el elemento decisivo para la solución de las controversias judiciales. En ese sentido, son relevantes las palabras del Tribunal Europeo de Justicia, en la sentencia del 15 de diciembre de 1995, cuando rechazó la solicitud de una de las partes en el proceso, la cual había pedido que no se tomara una determinada decisión, por los graves efectos económicos que esta tendría. Dijo entonces esa corporación judicial que “las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente”, pero que “no puede llegarse hasta el punto de distorsionar la objetividad del Derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial. Como máximo, tales repercusiones podrían ser tenidas en cuenta para decidir, en su caso, si procede, con carácter excepcional, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo”.

En síntesis, los jueces no pueden ignorar totalmente los efectos de sus decisiones, pues la actitud de que se debe hacer justicia aunque perezca el mundo no parece razonable en una democracia. Por ello, es necesario que los tribunales constitucionales consulten y escuchen a los expertos y peritos en estas materias, y de ser posible, que cuenten incluso con equipos técnicos capacitados de economistas, que puedan asesorarlos de manera imparcial. Sin embargo, los cálculos consecuenciales, de tipo puramente económico y sociológico, no pueden ser el criterio esencial de la decisión judicial. En ese contexto, la distinción propuesta por Amartya Sen entre un análisis que sea “sensible a las consecuencias” y un análisis “totalmente consecuencialista”⁴³ resulta muy sugestiva, pues uno de los retos más

43 Véase Sen, Amartya. “Rights and Capabilities”. *Morality and Objectivity. A tribute to J. L. Mackie*. Ed. Ted Honderich. Londres, Routledge and Kegan Paul, 1985, p. 136.

difíciles e interesantes de una buena dogmática constitucional es incorporar esa dimensión consecuencial, a fin de construir argumentaciones que sean sensibles a las consecuencias, sin que el derecho se disuelva en un puro cálculo pragmático de los eventuales efectos financieros y sociales de las sentencias. Y es obvio que este es un terreno en donde el trabajo interdisciplinario entre juristas y economistas puede ofrecer resultados fecundos, que mejoren la calidad de la argumentación constitucional.

Por todo lo anterior, la acusación de parte de los órganos de dirección económica y de algunos gremios de la producción de que el Tribunal Constitucional no debe participar en las controversias económicas, porque no comprenden la dinámica económica, no deja de evocar el reproche clásico de muchos policías contra los jueces, según el cual, los funcionarios judiciales no deberían inspeccionar la acción policial, porque no comprenden verdaderamente qué es luchar contra la delincuencia. En ambos casos, pareciera que la motivación subyacente es eliminar los controles judiciales a esas actividades. Esto nos lleva pues a estudiar otra objeción contra el control constitucional de la economía, y es la siguiente: ¿qué tan legítima es esa intervención judicial en una democracia?

5. Sobre el supuesto carácter antidemocrático del control constitucional de los procesos económicos

Las críticas sobre el carácter antidemocrático del control constitucional de las decisiones económicas de los órganos legislativos son mucho más profundas y difíciles de responder, ya que remiten a discusiones filosóficas y jurídicas muy complejas. En efecto, esta objeción se funda, en el fondo, en una aplicación, al campo económico, de la llamada “dificultad contra-mayoritaria”, según la sugestiva expresión de Bickel,⁴⁴ con la cual se ha querido impugnar la legitimidad del control constitucional en todos los campos. Este cuestionamiento podría ser formulado así: ¿cómo es posible aceptar que en una democracia unas pocas personas, que no fueron electas popularmente, sean capaces de anular las decisiones tomadas por los representantes del pueblo? ¿Es acaso compatible el control constitucional

44 Véase Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed. New Haven, Yale University Press, 1986.

con el principio de mayoría, que es el fundamento democrático de un régimen democrático? O, por el contrario, ¿no implica ese poder exorbitante del tribunal constitucional la incorporación, en nuestras constituciones, de un elemento aristocrático que es incompatible con el principio democrático?

Resulta ingenuo intentar resolver, en unos pocos párrafos, estos arduos interrogantes, que han dado lugar al desarrollo de algunas de las reflexiones más profundas e interesantes en teoría constitucional.⁴⁵ Sin embargo, no es tampoco posible dejar totalmente de lado esta discusión, pues si en general el control judicial de constitucionalidad es antidemocrático, entonces también es ilegítimo en relación con las políticas económicas. Por ello, lo que haré será intentar resumir brevemente las justificaciones más lúcidas del control constitucional, para luego examinar si existen especificidades en el ámbito económico que expliquen la exclusión de la intervención de los jueces constitucionales en tales esferas.

5.1. La llamada “dificultad contramayoritaria” y una defensa democrática del control constitucional

Existen⁴⁶ tres justificaciones clásicas del control constitucional, que fueron formuladas desde los orígenes de esta institución, en *El Federalista* n.º 78 de Hamilton y en la célebre sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Marbury vs. Madison* de 1803, y que fueron retomadas posteriormente por otros autores como Hans Kelsen. De un lado, estos textos argumentan que si la Constitución es una norma suprema, o una ley fundamental, entonces alguien debe garantizar que las normas de

45 La literatura sobre el tema es muy extensa, sobre todo en Estados Unidos. Así, fuera del texto ya clásico de Bickel, una de las obras más influyentes contemporáneas es John Hart Ely. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Harvard University Press, 1982. Desde enfoques diversos, véase Elster, John y Rune Slagstad, comps. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988. En el marco europeo, véase Cappeletti, Mauro. “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. AA.VV. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. En Latinoamérica, pueden consultarse los notables trabajos de Carlos Santiago Nino, véase por ejemplo *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997. Y también véase Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona, Ariel, 1996.

46 En este apartado me baso mucho en los textos citados en la nota anterior, y en especial en los trabajos de Nino, aunque no los citaré sistemáticamente para evitar que la exposición sea demasiado engorrosa.

inferior jerarquía no la desconozcan; y ese papel solamente lo pueden jugar los jueces, o un Tribunal Constitucional, y no el legislador, ni el jefe de Estado, por cuanto la Constitución busca precisamente limitar a los órganos políticos y en especial al Congreso. De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, esa supremacía de la Constitución es considerada necesaria para asegurar un gobierno limitado y no arbitrario, pues si no existiera, o no fuera una norma suprema, el Parlamento podría hacer lo que quisiera, lo cual pone en riesgo los derechos de la persona. Y, en tercer término, la Constitución contiene los mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes. Por ende, el Tribunal Constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la Constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas. Como dice Hamilton en *El Federalista* n.º 78, la anulación de las leyes por el Tribunal Constitucional

no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras.

Estas justificaciones tienen elementos válidos y sustanciales, que permitan que sigan siendo importantes. Por ejemplo, es indudable que si asumimos que la Constitución es una norma de superior jerarquía, que vincula al legislador, entonces debe haber un control constitucional por un órgano judicial o semijudicial. Así, según Kelsen, solamente la existencia de un Tribunal Constitucional, con esas características, asegura la vinculación del legislador a la Constitución pues, como dice el jurista vienés, “no es, pues, con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución”, por lo cual hay que concluir que “una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico”.⁴⁷ Sin embargo, un examen crítico muestra

47 Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la constitución”. *Escritos sobre democracia y socialismo*. Madrid, 1988, pp. 129 y 150.

que esas justificaciones clásicas son insuficientes. Así, el argumento sobre la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía no resuelve el problema sino que simplemente lo desplaza, pues inevitablemente surgen nuevos interrogantes: ¿por qué las constituciones deben ser consideradas normas y por qué tienen que tener una fuerza normativa superior a la de las leyes? ¿No es acaso más democrático considerarlas simplemente documentos políticos que guían la acción de los órganos políticos, a fin de permitir que las mayorías puedan gobernar sin ataduras?

Por su parte, el argumento relativo al gobierno limitado es también discutible, por cuanto el control judicial de constitucionalidad convierte a los jueces constitucionales en órganos supremos del ordenamiento, ya que son depositarios de la última palabra sobre el alcance de la norma fundamental, con lo cual devienen, en cierta medida, un órgano jurídicamente infalible. Así, el juez Jackson de la Corte Suprema de Estados Unidos decía explícitamente: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”.⁴⁸ Nuevas preguntas surgen entonces: ¿quién garantiza que el Tribunal Constitucional no se desborde a su vez, con lo cual el gobierno deja de ser limitado? ¿Y por qué no considerar que la soberanía del Parlamento asegura mejor que el control constitucional de los derechos de las personas y el carácter limitado del gobierno? Y si de todos modos va a existir un órgano supremo, ¿no es mejor que sea el Parlamento, que tiene origen democrático, y no el Tribunal Constitucional, que carece de esa legitimación?

Finalmente, la justificación de Hamilton, basada en la idea de que el juez constitucional se limita a expresar la voluntad del pueblo contenida en la Constitución, es cuestionable desde tres puntos de vista: (i) no es históricamente claro que las asambleas que hacen las constituciones sean más democráticas que los congresos que hacen las leyes, ni existe ningún mecanismo que permita concluir que en estas asambleas se manifiesta el pueblo, mientras que en las legislaturas operan únicamente sus representantes; (ii) incluso si aceptáramos que la Constitución efectivamente fue obra del pueblo (por ejemplo, porque fue aprobada en un referéndum), ¿cuál es la razón para que generaciones posteriores deban ajustarse a los mandatos de una Constitución que no tuvieron la oportunidad de aprobar?; y

48 Véase su voto concurrente en el caso *Brown vs. Allen*, 344 U.S. 443, 540, 1953.

(iii) la tesis de Hamilton supone que una Constitución tiene un sentido inequívoco y no está sujeta a controversias, pues si el texto implica debates hermenéuticos, y existen interpretaciones disímiles y contradictorias sobre su alcance, como suele suceder, entonces resulta difícil sostener que el Tribunal Constitucional lo único que hace es ejecutar la voluntad popular constituyente. Las defensas clásicas, sin ser irrelevantes, no son entonces concluyentes. Sin embargo, eso no significa que no exista una posibilidad de fundamentar democráticamente el control constitucional, por cuanto existen justificaciones contemporáneas que son mucho más convincentes. Ellas reposan, a mi juicio, sobre dos ideas elementales, pero profundas y complementarias: los “defectos” y “paradojas” del principio de mayoría, y la importancia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas.⁴⁹

Así, en primer término, la democracia no puede ser concebida simplemente como el gobierno omnímodo de las mayorías, por cuanto esa concepción conduce a una anulación de la propia democracia. En efecto, supongamos que una mayoría política ocasional aprueba una norma en virtud de la cual delega todo el poder en un dictador, o establece que las leyes aprobadas por esa mayoría no podrán ser cambiadas en el futuro. ¿Debemos aceptar esa decisión por ser expresión del principio de mayoría? No parece posible, por cuanto esa determinación acaba con la operatividad futura de ese principio democrático. Por consiguiente, existen algunas cosas que no pueden ser decididas por el principio de mayoría, pues si lo permitimos, corremos el riesgo de que ese principio se anule a sí mismo, por cuanto una mayoría ocasional trataría de autoperpetuarse en el poder, modificando las reglas de los procesos electorales, o imponiendo el silencio a sus oponentes. Hay pues aspectos que no deben ser debatidos ni decididos en el proceso democrático, por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, ya que representan el presupuesto de funcionamiento del principio de mayoría.

La democracia y el principio de mayoría, si quieren ser funcionales y perdurar, deben entonces admitir que no deben tocar ciertos temas, a

49 El lector atento notará que, aunque no sigo literalmente sus textos, mis deudas teóricas con Ely y Nino, y en especial con este último, son enormes. Y es que no pretendo ser original, sino simplemente recordar unas reflexiones muy sugestivas en este campo.

saber, aquellos que definen el proceso democrático. Por ello, como sugiere un analista, la democracia, si quiere preservar sus manos —esto es, subsistir como democracia— debe atarse un poco las manos, esto es, aceptar que ciertos asuntos, y en especial, las reglas del juego democrático, quedan sustraídas del debate democrático.⁵⁰ Esto es lo que explica los pactos constituyentes, la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias, así como la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. En efecto, estos pactos representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático; y deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario; y, finalmente, para que esas reglas de juego sean respetadas, es necesario que exista un guardián que las haga cumplir. Y como es obvio, ese garante del cumplimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente pretende controlarlas; debe ser un órgano independiente, esto es, algo parecido a un Tribunal Constitucional, sin importar el nombre que se le dé. Por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático.

La anterior justificación del control constitucional se vincula además a la importancia que tienen los derechos fundamentales en una sociedad democrática. La idea es que muchos de esos derechos son en primer término presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantiza la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc. La existencia de esos derechos es pues un elemento esencial para que la democracia pueda realmente ser considerada un régimen en donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse. Pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es además necesario asegurarles unas condiciones mínimas de dignidad, que les permitan desenvolverse como individuos autónomos. Los derechos fundamentales representan entonces esos bienes, que se consideran que son

50 Véase Holmes, Stephen. "Precommitment and the paradox of democracy". *Constitutionalism and Democracy*. Comps. John Elster y Rune Slagstad. Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 232. Según este autor, la paradoja de la democracia es que "sin atarse las manos, el pueblo no tendría manos".

indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En esa medida, esos derechos aparecen también como una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, pues sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de gobierno democrático. Por ende, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es obvio que estos derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías. Esto explica la sugestiva idea de Ronald Dworkin,⁵¹ según la cual, los derechos constitucionales constituyen, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues solo se puede decir que una persona *A* tiene derecho a hacer una conducta *X* si la mayoría no puede evitar que *A* realice *X*, aun cuando la mayoría considere que la realización de *X* disminuye su bienestar. Es pues lógico que tales derechos sean asegurados por una institución que no pertenezca a las mayorías, como puede ser el Tribunal Constitucional. En tal contexto, si los derechos fundamentales son, y perdonen la redundancia, fundamentales para la democracia, entonces es obvio que al asegurar su realización, el juez constitucional cumple una función democrática esencial.

Las reflexiones precedentes conducen finalmente a otra conclusión, y que constituye una tercera justificación del control constitucional, y es la siguiente: la democracia, para que conserve aquellos elementos por los cuales es un régimen digno de ser respetado y obedecido, no puede ser tampoco pensada como un gobierno de las mayorías en beneficio de las mayorías; la democracia utiliza como criterio de decisión el principio mayoritario, por cuanto, en materias complejas y en organizaciones numerosas, es imposible alcanzar el consenso, que parece ser el único criterio de justicia aceptable en nuestras sociedades pluralistas. El principio de mayoría opera entonces como una especie de consenso imperfecto, y por eso parece el mecanismo más adecuado y justo de decisión. Pero esto no significa que las mayorías que controlan el Parlamento puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las políticas que allí se decretan, mientras que descargan sus costos en aquellas minorías que no pueden acceder al poder, puesto que la idea del consenso, que es la que justifica

51 Véase Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984.

el principio de mayoría, implica que es justa aquella decisión que toma en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los eventuales afectados por esa determinación. La democracia no es entonces una tiranía de la mayoría, sino que es un régimen basado en el principio de mayoría pero que debe procurar satisfacer igualmente los intereses de todos. Las mayorías tienen entonces el derecho de optar por determinadas políticas, siempre y cuando esas estrategias tomen en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los gobernados. Por ende, también debe existir un órgano que asegure la imparcialidad de los resultados del proceso democrático. Y, por las mismas razones que señalé anteriormente, esta institución debe ser independiente de las mayorías, esto es, debe ser algo como un Tribunal Constitucional.

Conforme a lo anterior, y utilizando la terminología sugerida por Luigi Ferrajoli,⁵² aunque los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. El control judicial de constitucionalidad tiene entonces una amplia justificación democrática. Y esto explicaría que la tendencia dominante, a nivel mundial, es la existencia de alguna forma de justicia constitucional, en general por medio de la introducción de cortes especializadas en la materia: los tribunales constitucionales. Esto no significa, sin embargo, que cualquier intervención del juez constitucional sea legítima, puesto que si desborda estas funciones de protección del proceso democrático y garantía de los derechos humanos, entonces su actividad es cuestionable en términos democráticos. Una cosa es entonces defender democráticamente cierta forma de control judicial de constitucionalidad, que es lo que he intentado hacer en los párrafos precedentes, y otra muy diferente es respaldar ciegamente toda intervención de los jueces constitucionales. Una pregunta obvia surge: ¿Tiene la regulación de la economía ciertas especificidades que justifican que se excluya al juez constitucional de este campo?

52 Véase Ferrajoli, Luigi. *Razón y derecho*. Madrid, Trotta, 1985, pp. 855 ss.

5.2. La especificidad del ámbito económico y el problema de la “justiciabilidad” de los derechos sociales

Algunos críticos podrían compartir las anteriores consideraciones sobre la legitimidad democrática del control constitucional, pero sin embargo argüir que, en materia económica, los tribunales constitucionales no deben intervenir, o al menos deben hacerlo de manera muy prudente y limitada, por cuanto estas decisiones son mucho más delicadas, ya que implican una reorientación del gasto público y de las dinámicas financieras, con consecuencias macroeconómicas que los jueces no pueden prever adecuadamente.

Según estas perspectivas, ni siquiera el argumento de los derechos sociales es suficiente, ya que estos no pueden ser satisfechos de la misma forma que los derechos civiles y políticos, por la sencilla razón de que la realización de los primeros implica, en general, un ordenamiento de un gasto público, a partir de recursos que no son infinitos, mientras que la protección de los derechos civiles clásicos no implica ese tipo de erogaciones. Por ende, podría continuar la objeción, si la justicia constitucional decide inaplicar o anular una regulación legal para satisfacer un determinado derecho social, en una situación específica, entonces pueden seguirse varios efectos complejos y delicados: de un lado, si es un caso de tutela o amparo individual y la justicia constitucional limita su decisión a la situación particular, y la singulariza, entonces paradójicamente el Tribunal Constitucional podría estar propiciando una violación al principio de igualdad, ya que solamente gozarían de ese derecho social aquellos peticionarios que tuvieron la suerte de que su tutela fuera seleccionada y decidida por esa corporación judicial, lo cual no parece muy compatible con los valores constitucionales del Estado social de derecho. Si, por el contrario, con el fin de evitar esa afectación de la igualdad, la justicia constitucional establece una regla general que cubra todos los casos que tienen ciertas características, que en el fondo es lo jurídicamente correcto, pues los jueces deben fallar guiados por el principio de universalidad que obliga a tratar de la misma manera los casos semejantes, entonces esa decisión puede tener consecuencias financieras y presupuestales muy complejas. Puede ser que la determinación genere desequilibrios en campos que el juez constitucional no podía prever, agudizando por ejemplo

una recesión o un déficit fiscal, o que la sentencia sustraiga recursos importantes que estaban destinados a satisfacer otros derechos sociales, con lo cual, la determinación del juez constitucional podría convertirse, paradójicamente, en un factor de violación de derechos fundamentales.

Por todo ello, concluirían los críticos, los tribunales constitucionales deben abstenerse de invocar el Estado social de derecho y los derechos sociales para intervenir en los procesos económicos, ya que es imposible satisfacer todos esos derechos al mismo tiempo. Las decisiones sobre asignación y distribución de los recursos económicos, por definición escasos, para la realización de esos derechos, debe entonces, según tales enfoques, dejarse a los órganos políticos, no solamente porque ellos tienen la responsabilidad de financiar esas políticas, sino además, porque se adecua más a la filosofía democrática que las mayorías sociales decidan acerca del modelo de desarrollo y adopten las estrategias económicas para lograr la justicia social. Por tales razones, muchos autores han negado una verdadera eficacia jurídica a los derechos sociales. Por ejemplo, en su clásica *Teoría de la Constitución*, Carl Schmitt distingue entre los verdaderos derechos fundamentales, que son aquellos de la tradición liberal, y los derechos sociales, que son a lo sumo mandatos al legislador, pero que no deben ser considerados derechos fundamentales subjetivos, ya que no pueden ser exigidos judicialmente.⁵³ Por esas mismas razones, algunas constituciones, como la de India o la de España, no establecen expresamente “derechos sociales”, sino que proclaman “principios sociales”, precisamente con el ánimo de evitar que las garantías sociales sean concebidas como derechos subjetivos, que puedan ser invocadas directamente ante los jueces.⁵⁴ Por razones semejantes, en el debate sobre la reforma a la declaración de derechos en Canadá, en 1992, el llamado “Comité Beaudoin Dobbie” prefirió adoptar una Carta Social, basada en una declaración de “compromisos sociales”, en vez de recurrir a una proclamación de derechos sociales justiciables.⁵⁵ Las anteriores objeciones no son deleznable ya que nadie puede negar las enormes dificultades que plantea la

53 Véase Schmitt, Carl. “Teoría de la Constitución”. *Revista de Derecho Privado* (Madrid), 1934: 196.

54 Sobre el caso español, véase Martín Bassols Coma, pp. 987 ss.

55 Jackman, Martha. “Constitutional rethoric and social justice: reflections on the justiciability debate”. *Social justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada* 17. Eds. Joel Bakan and D. Schneiderman, 1992, p. 18.

protección judicial de los derechos sociales, debido a su carácter esencialmente “prestacional”, esto es, a que su satisfacción supone una acción estatal, a fin de que la persona pueda acceder a un bien o servicio, como la alimentación, la educación, la salud o la vivienda.⁵⁶ Las órdenes judiciales para realizar esos derechos tienen entonces, sin lugar a dudas, efectos complejos sobre las dinámicas económicas, el gasto público y el arbitraje de recursos económicos escasos, en especial en los países del Tercer Mundo, como el nuestro. Sin embargo, el reconocimiento de esa dificultad no implica la consecuencia que algunos intentan extraer, que es negar toda eficacia jurídica o “justiciabilidad” a esos derechos sociales, a fin de concebirllos como pautas puramente programáticas, que el legislador podría desarrollar, pero que no pueden ser exigidas por la vía judicial.

En primer término, sin negar la especificidad de los derechos sociales, es indudable que la oposición entre los derechos civiles, que supuestamente implicarían únicamente abstenciones u obligaciones “negativas” del Estado, y derechos sociales, que implicarían prestaciones “positivas” de las autoridades, debe ser matizada, pues no todos los derechos sociales implican prestaciones positivas para el Estado, ni todos los derechos civiles y políticos únicamente generan deberes de abstención. La situación es más compleja. Así, muchos derechos sociales no establecen una prestación sino un mandato de respeto de parte de las autoridades, como sucede con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica ante todo que el Estado no interfiera en el desarrollo de estas asociaciones. Y, más importante aún, la garantía de los derechos civiles supone, en muchos casos, no solamente claras prestaciones positivas, como sucede con el derecho de defensa, que incluye el deber del Estado de suministrar un abogado al acusado pobre sino que, además, la vigencia efectiva de las libertades más clásicas, como la intimidad, requiere que existan unas autoridades policiales y judiciales capaces de amparar a las personas contra las agresiones a sus derechos por parte de los otros ciudadanos. Por

56 Para análisis profundos de la complejidad jurídica y conceptual de esos derechos, véase el capítulo sobre derechos prestacionales de Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 435 ss. Véase también Gomes Canotilho, J. J. y Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra editora, 1991, pp. 127 ss. En la doctrina colombiana véase Arango, Rodolfo. “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”. *Pensamiento Jurídico*, 8, pp. 63 ss.

ello, como lo han mostrado Sunstein y Holmes, la protección de todos los derechos, incluso de las libertades civiles, tiene costos económicos y supone un arbitraje entre usos alternativos de recursos escasos.⁵⁷ Por ende, si el argumento fuera exclusivamente de costos y de ordenamiento de gasto por la vía judicial, entonces habría también que eliminar las decisiones judiciales para amparar los derechos civiles, ya que esas intervenciones también implican, en muchos casos, erogaciones presupuestarias.

De otro lado, el argumento sobre la absoluta libertad de los órganos políticos y de las mayorías para optar por cualquier modelo económico se basa, en el fondo, en un deseo de eliminar toda fuerza normativa al contenido social de la Constitución y a los pactos internacionales que reconocen derechos sociales. Y eso es inaceptable ya que, así como no puede existir una verdadera democracia sin una garantía a la libertad de expresión y una protección del debido proceso, la incorporación de los derechos sociales parte del supuesto de que no puede existir una verdadera deliberación democrática, si no existe una cierta igualdad social y no se garantiza a las personas al menos una satisfacción básica de sus necesidades. En efecto, ¿quién puede razonablemente negar que la falta de alimentación, salud, vivienda o educación afecten la dignidad humana, y por ende disminuye la capacidad de las personas para ser ciudadanos autónomos? Esto muestra entonces que una democracia constitucional genuina supone el reconocimiento de al menos tres tipos de derechos constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el gobierno arbitrario; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto; y, finalmente, unas garantías materiales, que configuran una suerte de “ciudadanía social”, pues solo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales.

Esta dimensión social de la ciudadanía y de la dignidad de la persona justifica y explica, entonces, que la Constitución haya incorporado derechos sociales —como el derecho a la vivienda o el derecho a la salud— que tienen fuerza normativa. Por consiguiente, las mayorías políticas no son

57 Véase, Holmes, Stephen y Cass Sunstein. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York, Norton, 1999.

totalmente libres para escoger cualquier política económica, ya que, como lo explicamos anteriormente, un derecho constitucional es precisamente algo que ha sido sustraído al debate democrático, pues se considera que debe ser garantizado, independientemente de la opinión de las mayorías, por su importancia para asegurar un mínimo de dignidad humana y para preservar el propio proceso democrático. En tales circunstancias, el reconocimiento constitucional e internacional de los derechos sociales implica que las distintas estrategias económicas deben estar orientadas a progresivamente realizar esos derechos, que son entonces límites a la libertad que tienen las mayorías para optar por distintas políticas económicas. Por ello, incluso en aquellos países cuyas constituciones prefirieron hablar de “principios sociales” en vez de “derechos sociales”, la jurisprudencia ha terminado por señalar que esos principios son verdaderas normas, que deben ser aplicadas por los jueces y que condicionan la validez de las leyes expedidas por los parlamentos.

Ahora bien, y siguiendo el argumento desarrollado en el punto anterior, si los derechos sociales son límites normativos, que deben ser respetados por las mayorías políticas, pues es obvio que alguien debe garantizar que tales límites no sean violados, si no queremos que los derechos sociales tengan una pura eficacia retórica. Y nuevamente es claro que ese alguien debe ser un órgano contramayoritario, como el Tribunal Constitucional, puesto que se trata precisamente de controlar que las mayorías cumplan con el deber de realizar esos derechos a fin de materializar la ciudadanía social.

En ese orden de ideas, creo que las dificultades de las decisiones relativas a la realización de los derechos sociales no impiden que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre estos temas; es más, es su deber hacerlo, por cuanto así lo ordenan la propia Constitución y los pactos de derechos humanos. Sin embargo esas dificultades tienen consecuencias, sobre la función judicial que no deben ser ignoradas. Así, el juez constitucional no puede intervenir en este campo de la misma manera que como lo hace en relación con los derechos civiles y políticos, al menos por dos razones, íntimamente relacionadas con el carácter esencialmente prestacional de los derechos sociales: (i) la progresividad del deber estatal de realizar esos derechos, y (ii) la amplia libertad que tiene la ley para delimitar el contenido mismo de esos derechos y configurar los mecanismos para su

satisfacción. En primer término, conforme a los pactos internacionales, la Constitución, y la doctrina más autorizada, la obligación que tiene el Estado, y en especial el Legislativo y el Ejecutivo, de asegurar la vigencia de los derechos sociales, debido precisamente a su carácter prestacional, no es idéntica a los deberes que tiene el Estado en relación con los derechos civiles y políticos. Por ello, estos textos señalan que esos derechos no son de aplicación inmediata integral, sino de “realización progresiva” pues su satisfacción depende de la disponibilidad de recursos. Por ende, la labor interpretativa del juez constitucional es, sin lugar a dudas, más difícil en este campo, pues debe no solamente tener en cuenta el problema de la existencia de recursos limitados para satisfacer distintos derechos sino que, además, debe tomar en cuenta el principio de progresividad.

Sin embargo, es claro que la progresividad no implica una ausencia total de justiciabilidad, esto es, una imposibilidad de control judicial, pues el Estado debe, de todos modos, conforme a los pactos internacionales, adoptar todas las medidas que sean necesarias, y hasta el máximo de los recursos disponibles, según su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos prestacionales. Esto explica que existen obligaciones inmediatas, controlables judicialmente, pues, como han señalado los intérpretes autorizados de estos pactos, el Estado debe inmediatamente tomar medidas para la realización de esos derechos, pues si se abstiene de hacerlo, incurre en una violación a estos compromisos internacionales, que es justiciable. Así lo ha entendido el máximo intérprete del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.⁵⁸

De otro lado, como hemos visto, los derechos sociales suponen una prestación pública, ya sea porque el Estado directamente distribuye el bien o el servicio respectivo, o ya sea porque las autoridades subsidian a las personas que carecen de recursos a fin de que estas satisfagan su necesidad por otras vías, como puede ser el mercado. Esto significa que el

58 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General n.º 3, adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Sobre el alcance de estas obligaciones, véase también los cuatro informes del Relator de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas publicados en 1989 (E/CN2/Sub.2/1989/19), 1990 (E/CN4/Sub.2/1990/19), 1991 (E/CN4/Sub.2/1991/17) y 1992 (E/CN4/Sub.2/1992/16).

Estado debe determinar la manera cómo presta el servicio o suministra los subsidios, y por ende debe arbitrar los correspondientes recursos, organizar los procedimientos de distribución a la población, e incluso, en ocasiones, establecer entidades específicas encargadas de llevar a cabo esas tareas. El control constitucional no puede entonces ignorar el papel enorme que tiene la ley en la concreción del contenido de los derechos sociales y en la definición de los mecanismos para su realización. Pero una cosa es reconocer la amplia libertad que tiene el legislador para desarrollar distintas estrategias para satisfacer los derechos sociales, las cuales incluso pueden ser contradictorias en el tiempo, según los cambios de mayorías políticas; y otra muy diferente es inferir de ese hecho que no puede haber un control constitucional sobre las políticas económicas y sociales.

Las anteriores reflexiones permiten entonces concluir que la intervención de los jueces constitucionales en la política económica, a fin de satisfacer los derechos sociales y los mandatos constitucionales, es más compleja y difícil, y requiere una mayor responsabilidad de los jueces; pero no es en sí misma antidemocrática, por cuanto a ella se aplican exactamente las mismas razones que justifican el control constitucional en general; si bien estos jueces carecen de legitimidad democrática formal, pues no son, ni deben ser, electos popularmente, estas intervenciones son sustantivamente democráticas, pues se orientan a preservar la dignidad de las personas y a materializar la ciudadanía social, y en esa medida contribuyen a asegurar la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. Esto no significa, obviamente, que toda intervención de los tribunales constitucionales en estas materias sea adecuada, pues algunas decisiones pueden ser perjudiciales, por una mala ponderación de los derechos y principios constitucionales en conflicto, o antidemocráticas, por una extralimitación del juez en sus competencias. Es además innegable que el examen precedente ha mostrado que los derechos sociales, por su dimensión prestacional, no se adaptan fácilmente a las instituciones y técnicas jurisdiccionales, lo cual hace que el control constitucional en este campo sea más difícil y requiera de jueces muy competentes y de construcciones conceptuales depuradas y sofisticadas. Pero creo que es absolutamente legítimo que exista un cierto control constitucional a la política económica, pues las mayorías democráticas no son totalmente libres, ya que deben plantear estrategias de desarrollo que logren progresivamente una satisfacción de los derechos sociales de la población.

6. Sobre los riesgos de rigidez constitucional

Una vez mostrada la posibilidad técnica y la legitimidad democrática del control constitucional de la actividad económica, procedo, por último, a analizar aquellas críticas relacionadas con los supuestos efectos perversos de esas intervenciones judiciales sobre la naturaleza pluralista de las constituciones, la seguridad jurídica y la política democrática. El análisis adelantado en los puntos precedentes es suficiente para concluir que no es cierto que el control judicial de las políticas de desarrollo, y una cierta constitucionalización del tema económico, provoquen per se una desnaturalización de la Constitución, y que esta pierda su legitimidad y su carácter pluralista. En efecto, una Constitución que reconoce los derechos sociales no puede ser absolutamente neutra en materia económica, como tampoco es neutra, en política criminal, una Constitución que reconoce el debido proceso penal y prohíbe la tortura, pues en ambos casos, la ley fundamental está excluyendo ciertas opciones políticas a las mayorías democráticas. Así, no puede el Congreso invocar el principio democrático para poner en marcha una estrategia contra el delito fundada en la tortura sistemática y en el desconocimiento masivo del derecho de defensa de los acusados. En ese mismo orden de ideas, tampoco pueden las mayorías democráticas poner en marcha estrategias de crecimiento contrarias a los derechos sociales prestacionales, o fundadas en la eliminación del derecho de huelga de los trabajadores. Es pues indudable que ciertas opciones económicas son inconstitucionales. Sin embargo, esto no significa que la Constitución excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo, pero todas dentro de los marcos que fijan los derechos sociales. La Constitución de un Estado social, fundado en los derechos sociales debe entonces ser “abierta” pero no “neutra”, sin que eso acabe el pluralismo y socave la legitimidad del ordenamiento jurídico ya que, como dice la doctrina española, “una Constitución abierta no es lo mismo que una Constitución vacía y desprovista de fuerza jurídica”,⁵⁹ pues si tuviera tal carácter, dejaría de ser una Constitución. En ese mismo sentido, desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional colombiana señaló que si bien las mayorías pueden optar por muy diversas políticas económicas, la Constitución de 1991 no es:

59 De Juan Asenjo, Oscar. *La Constitución económica española*, p. 69.

un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales⁶⁰

El control judicial de la economía no erosiona entonces el pluralismo de la Constitución; sin embargo esta preocupación es relevante, ya que la defensa del carácter pluralista de la Carta permite orientar el sentido de la jurisprudencia que deben elaborar los tribunales constitucionales en todos los campos, pero en especial en el tema económico. En efecto, si la Constitución pretende ser un marco de coincidencias entre puntos de vista disímiles, entonces, en lo posible, el juez debe evitar adoptar fórmulas demasiado rígidas, salvo que el texto constitucional se las imponga inequívocamente, por cuanto estaría cerrando las posibilidades de que exista una deliberación democrática, que permita encontrar distintas opciones a un determinado problema. Por ello, como bien lo destaca Nino, los jueces, al ejercer el control constitucional, no deben descartar políticas que resulten del debate democrático, únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio “pueden, y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos”.⁶¹ Los jueces deben entonces preferir las decisiones que hagan más vigoroso el debate democrático, y en cambio deben rechazar aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, pues una de las funciones decisivas del control constitucional es “contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas”.⁶²

7. Los problemas de inseguridad jurídica

Las críticas sobre la inseguridad jurídica generada por la posibilidad de que un juez constitucional anule una regulación legal no me parecen tampoco

60 Sentencia C-040 de 1993. MP Ciro Angarita Barón.

61 Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 292.

62 *Ibid.*, p. 293.

convincentes. En efecto, esas críticas parten de los siguientes dos supuestos: (i) que ni el Congreso ni el Ejecutivo son fuentes de inestabilidad jurídica, y (ii) que la anulación de una ley inconstitucional es fuente de inseguridad jurídica. Pero esas dos suposiciones son muy discutibles. Así, muchos estudios empíricos han mostrado que en Colombia, la legislación cambia con enorme rapidez y genera una vida efímera de las normas, que impide su asimilación por los operadores jurídicos. Para ello basta pensar en las numerosas reformas tributarias que se han realizado en los últimos años. No es pues cierto que la principal fuente de inestabilidad normativa se encuentre en los jueces constitucionales.

Pero hay más: la anulación de una ley por el tribunal constitucional pretende, en muchas ocasiones, proteger precisamente la seguridad jurídica de los ciudadanos en sus derechos frente a variaciones caprichosas de las normas legales por parte de los órganos políticos. Así, por tomar un ejemplo elemental, supongamos que el Congreso, por medio de una ley, o el Gobierno, en virtud de un decreto legislativo, establece un impuesto retroactivo, y que la Corte lo declara inconstitucional por violar el mandato constitucional según el cual los tributos no pueden ser retroactivos. ¿Generó inseguridad jurídica esa decisión de la Corte, al retirar del ordenamiento una norma legal? No lo creo. Esa sentencia de inconstitucionalidad lo que hace es fortalecer la confianza de los agentes económicos de que en ese sistema jurídico no existirán impuestos retroactivos, lo cual reduce su incertidumbre sobre cuáles serán las reglas jurídicas aplicables a sus transacciones económicas. Por ello, muchos autores defienden la constitucionalización de ciertos aspectos del manejo económico, y su control por un tribunal independiente, precisamente como un mecanismo para lograr una cierta seguridad jurídica frente a la volubilidad y variabilidad de criterios de los órganos políticos.

No es pues cierto que el control constitucional de la economía implique, per se, una mayor inseguridad jurídica. Con ello no estoy negando que, en ciertos casos, el comportamiento concreto de la justicia constitucional pueda llegar a generar inestabilidades normativas agudas, que obstaculicen el desarrollo de un país. Pero eso no sería un defecto intrínseco a la intervención de los jueces en la economía, sino que derivaría de otros factores, como podrían ser ciertos diseños procesales o la excesiva variabilidad de los criterios interpretativos de la justicia constitucional.

8. Los riesgos de desmovilización ciudadana y politización de la justicia

Las críticas sobre el efecto negativo del control constitucional de la economía sobre el aparato judicial y el sistema político no deben tampoco ser ignoradas, pero no son concluyentes. La “judicialización” excesiva de la política en general, y de la política económica en particular, puede ser inconveniente para la justicia, que tiende a politizarse y a sobrecargarse de tareas que tal vez no pueda cumplir. Y esa judicialización puede también generar efectos negativos en la participación ciudadana y en la propia cultura democrática. Sin embargo, no creo que esos peligros, que son reales, basten para condenar cualquier activismo judicial para satisfacer derechos sociales. En este campo, el modelo teórico ofrecido por Mauricio García para analizar los riesgos y las potencialidades del activismo judicial, en una democracia, me parece muy útil y sugestivo, pues evita las conclusiones simplistas. Según ese autor, tres variables son centrales para valorar el activismo: (i) la actitud de los jueces (progresista o no), (ii) su competencia o incompetencia, en términos técnicos y de conocimiento del asunto, y (iii) que exista o no una participación política eficiente o no para desarrollar los derechos sociales.⁶³ En tal contexto, el activismo más antidemocrático sería aquel realizado por jueces incompetentes, que toman decisiones muy conservadoras, en momentos históricos en que hay una amplia movilización democrática, tal y como lo hizo la Corte Suprema de Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX. En cambio, en ese mismo país, el activismo de la llamada Corte Warren, durante los años cincuenta y sesenta, es más admisible, pues impulsó, o al menos acompañó y legitimó, los cambios democráticos de ese período.

63 Véase García, Mauricio. “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García. Bogotá, Uniandes, 2001, pp. 476 ss. Sin embargo, he modificado la denominación que este autor confiere a algunas de sus variables y he adaptado un poco su modelo. En particular, García, siguiendo a Duncan Kennedy, califica de activista a un juez que trata “la decisión judicial como un poder autónomo y creativo destinado al desarrollo económico y político de la sociedad”. Esta definición me parece restrictiva pues solo hace referencia al “activismo progresista”. Pero puede haber un “activismo conservador”, que es propio de aquellos jueces que consideran que ejercen un “poder autónomo y creativo” pero para evitar ciertos cambios sociales. Por ello creo que conviene distinguir entre si el juez tiene o no una actitud activista, y el sentido político que podemos atribuir a esa actitud. Es obvio que no siempre es fácil definir si una decisión es materialmente progresista o conservadora, pero esa variable me parece central.

9. Conclusiones

He intentado mostrar que los derechos sociales son derechos de la persona y que su realización es esencial para la continuidad e imparcialidad del proceso democrático, por lo cual debemos admitir algún control judicial sobre las decisiones económicas. Preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es entonces defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza. En esas situaciones, la defensa de la fuerza normativa de los derechos sociales adquiere aún mayor sentido, precisamente porque las necesidades insatisfechas de las personas son enormes.⁶⁴

Las reformas constitucionales recientes en América Latina han tenido entonces razón en atribuir a la justicia constitucional la defensa de los derechos sociales, pues si queremos construir un verdadero Estado social de derecho, debemos, parafraseando a Dworkin, tomar en serio los derechos sociales.

Sin embargo, el examen precedente también ha mostrado la complejidad conceptual de los derechos sociales y las dificultades objetivas que existen para protegerlos judicialmente de manera adecuada. Estos obstáculos son aun mayores en contextos de pobreza e inequidad, como los que dominan en América Latina, pues los recursos son más escasos y las carencias que deben ser colmadas, mayores. La paradoja es evidente: en estas sociedades, el constitucionalismo social y la protección judicial de los derechos sociales son más necesarios que en los países desarrollados, pero tienen menores condiciones de posibilidad. Esto plantea desafíos teóricos indudables al punto de que, como sugiere Eduardo Cifuentes, “el proceso constituyente latinoamericano está en mora de una nueva construcción teórica” pues el activismo constitucional, de contenido social, en estos contextos de pobreza, no se adapta fácilmente a los esquemas teóricos desarrollados en otras latitudes.⁶⁵ Igualmente esta situación pone a los jueces constitucionales latinoamericanos frente a retos hermenéuticos

64 Véase Cifuentes Muñoz, Eduardo. “El constitucionalismo de la pobreza”. *Lecturas Constitucionales Andinas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, n.º 3, 1994.

65 *Ibid.*

formidables, pues deben ser capaces de defender la fuerza normativa de los derechos sociales, en contextos fácticos que hacen muy problemática la aplicación judicial de esos mismos derechos.

Pero no solamente el amparo judicial de los derechos sociales es difícil, sino que además tiene limitaciones e incluso puede afectar el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales. Por tal razón, considero que la justicia constitucional puede llegar a ser importante para el progreso democrático, siempre y cuando se la entienda como un componente de luchas sociales más amplias. Y es que, como dice ilustrativamente Benjamin Barber, “la democracia sólo puede sobrevivir como democracia fuerte, asegurada no por grandes líderes sino por ciudadanos responsables y competentes. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes. Las democracias efectivas requieren grandes ciudadanos”.⁶⁶ La democracia, más que grandes jueces, requiere entonces de grandes ciudadanos. La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales. Pero eso no quiere decir que la justicia constitucional no tenga un importante papel que cumplir en este campo.

66 Barber, Benjamin. *Strong Democracy. Participatory politics for a new age*. Berkeley, University of California Press, 1990, p. xvii.

10. Bibliografía

- Aguirre, Ernesto, Roberto Junguito y Geoffrey Millar, eds. *La Banca Central en América Latina. Aspectos económicos y jurídicos*. Bogotá, Tercer Mundo Editores y Banco de la República, 1997.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Arango, Rodolfo. “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”. *Pensamiento Jurídico* n.º 8.
- Arantes, Rogelio. “Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil”. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Eds. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. New York, Palgrave, 2005.
- Barber, Benjamin. *Strong Democracy. Participatory politics for a new age*. Berkeley, University of California Press, 1990.
- Barczak, Monica. “Representation by consultation? The rise of direct democracy in Latin America”. *Latin American Politics and Society*, t. 43, n.º 3, 2001.
- Bassols Coma, Martin. *Constitución y sistema económico*. Madrid, Tecnos, caps. 1 y 2, 1985.
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed. New Haven, Yale University Press, 1986.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal*. Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- Cappeletti, Mauro. “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. AA.VV. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Carbonell, Miguel, ed. *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.
- Caso Brown vs. Allen, 344 U.S. 443, 540, 1953.
- Caso Rhodes vs. Chapman, 452 U.S. 337 (1981).
- Cifuentes Muñoz, Eduardo. “El constitucionalismo de la pobreza”. *Lecturas Constitucionales Andinas*. Lima, Comisión Andina de Juristas, n.º 3, 1994.
- Colmes, Stephen y Cass Sunstein. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York, Norton, 1999.

- Colmes, Stephen. "Precommitment and the paradox of democracy". *Constitutionalism and Democracy*. Comps. John Elster y Rune Slagstrad. Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General n.º 3.
- De Juan Asenjo, Oscar. *La Constitución económica española*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, cap. III, 1984.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984.
- Elster, John y Rune Slagstrad, comps. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Ferrajoli, Luigi. *Razón y derecho*. Madrid, Trotta, 1985.
- Ferran Requejo, Coll. *Las democracias*. Barcelona, Ariel, 1994.
- García, Mauricio. "Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano". *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García. Bogotá, Uniandes, 2001.
- _____. Capítulo sobre constitucionalismo aspiracional. *¿Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Rodrigo Uprimny, Mauricio García y César Rodríguez. Bogotá, Norma, 2006.
- Gargarella, Roberto. "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación". *Desarrollo Económico* (Buenos Aires), 36.144 (enero-marzo 1997).
- _____. "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación".
- _____. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona, Ariel, 1996.
- Gil Lavedra, Ricardo. "Un vistazo a las reformas constitucionales en Latinoamérica". Internet. [http:// islandia.law.yale.edu/sela](http://islandia.law.yale.edu/sela).
- Gomes, Canotilho, J. J. y Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra editora, 1991.
- Hart Ely, John. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- Hierro, Liborio. "La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabresi)". *Doxa* (Alicante), 1994.
- Jackman, Martha. "Constitutional rethoric and social justice: reflections on the justiciability debate". *Social justice and the Constitution*.

- Perspectives on a Social Union for Canada* 17. Eds. Joel Bakan and D. Schneiderman. 1992.
- Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la constitución”. *Escritos sobre democracia y socialismo*. Madrid, 1988.
- Losing, Norbert. *La jurisdiccionalidad constitucional en América Latina*. Madrid, Dykinson, Konrad Adenauer Stiftung, 2002.
- Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997.
- O’Donnell, Guillermo. “Delegative Democracy”. *Journal of Democracy* 5.1 (1994).
- Orjuela, Luis Javier. *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*. Bogotá, Uniandes, CESO, 2005.
- Papier, Juan Jorge. “Ley Fundamental y Orden Económico”. *Manual de Derecho Constitucional*. Ernesto Benda *et al.* Madrid, Marcial Pons, 1996.
- Pardo Falcón, Javier. *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- Prieto Sanchís, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22 (1995).
_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003.
- Ramón García, Cotarelo. “Crisis y reformulación del Estado del bienestar”. *Derecho y economía en el Estado social*. Comps. Javier Corcuera Atienza, Miguel Angel García Herrera. Madrid, Tecnos, 1988.
- Rosenber, Gerald. *The hollow hope. Can courts bring about social change?* Chicago, The University of Chicago, 1993.
- Schaffer, Heinz. “Austria: La relación entre el tribunal constitucional y el legislador”. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ed. Eliseo Aja. Barcelona, Ariel, 1998.
- Schmitt, Carl. “Teoría de la Constitución”. *Revista de Derecho Privado* (Madrid), 1934.
- Sen, Amartya. “Rights and Capabilities”. *Morality and Objectivity. A tribute to J.L. Mackie*. Ed. Ted Honderich. Londres, Routledge and Kegan Paul, 1985.

- Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell, eds. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York, Palgrave Macmillan, 2005.
- Stocks, Anthony. "Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America". *Annual Review of Anthropology*, t. 34, 2005.
- Sunstein, Cass. *The partial constitution*. Cambridge, Harvard, University Press, cap. 2, 1993.
- Teitel, Ruti. "Transitional Jurisprudence. The Role of Law in Political Transformation". *Yale Law Journal* 106, 2009.
- Tribe, Laurence. *Constitutional Law*, 2ª ed. New York, The Foundation Press, 1998.
- Uprimny, Rodrigo. "Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas". *El debate a la constitución*. AA.VV. Bogotá, ILSA y Universidad Nacional, 2001.
- Uprimny, Rodrigo, Mauricio García y César Rodríguez. *¿Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006.

Capítulo II

Reflexiones sobre el
derecho procesal constitucional

Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico*

Néstor Pedro Sagüés**

1. Introducción. Las sentencias “atípicas” en materia de control de constitucionalidad

En materia de control de constitucionalidad de normas, la sentencia que podría denominarse “clásica” es la que acepta la postulación que impugna la constitucionalidad de un precepto (sentencia “estimatoria”), o la que rechaza el acuse de inconstitucionalidad (sentencia “desestimatoria”).¹ El efecto de tal veredicto podrá tener resultados, según el sistema del caso, *inter partes* o *erga omnes*, en cuanto los sujetos afectados por el pronunciamiento jurisdiccional; y si acepta la proclamación de inconstitucionalidad, consecuencias *ex tunc* o *ex nunc* (retroactivas o no retroactivas), en razón de su proyección en el tiempo.

* El presente trabajo se basa en tramos del capítulo V del libro *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2006, pp. 73 ss., aunque con significativas modificaciones que lo actualizan y amplían.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid; doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral; catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina; director del Doctorado en Derecho y del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, Pontificia Universidad Católica Argentina, sede Rosario. Magistrado judicial y presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Rosario.

1 Véase Olano García, Hernán A. “Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano”. *El Derecho*, Buenos Aires, suplemento de Derecho Constitucional del 1/2/05; del mismo autor, *Interpretación y dogmática constitucional*. Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2005, pp. 311 ss.; Palomino Manchego, José. “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú”. *Memorias, II Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. San José de Costa Rica, 2004.

Pero sea en aras de conservar en lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, sea por aplicación del principio de “cortesía constitucional” o de “deferencia razonada” hacia el autor de las normas, sea por razones pragmáticas y de funcionalidad, para evitar vacíos normativos jurídica y socialmente muy costosos si se descalifica a una regla por su inconstitucionalidad (el fenómeno se acentúa cuando la sentencia estimatoria produce efectos *erga omnes* —vale decir, derogatorios— y genera así huecos legales en temas importantes para la comunidad, al abolir la norma inconstitucional), el derecho procesal constitucional ha imaginado en las últimas décadas ciertas categorías de fallos que escapan de aquella doble estratificación tradicional (de fallos estimatorios y desestimatorios), dando lugar a las sentencias “atípicas”.²

Una verdadera fuente inspiradora de tales fallos ha sido la doctrina de la interpretación “conforme” a la Constitución, de las reglas infraconstitucionales (también llamada de la “interpretación constitucional” del derecho subconstitucional), en el sentido de rescatar en lo posible la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema; o que, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde con la Constitución, y otra opuesta a ella, deba preferirse siempre la del primer tipo.³

No existe una clasificación unánimemente aceptada en torno a las sentencias atípicas, que también se llaman, por ejemplo, “manipulativas”,⁴ “interpretativas”, o “modulatorias”,⁵ y en otros casos “intermedias”, sin que tampoco exista acuerdo absoluto respecto del radio de cobertura y del contenido de estas denominaciones. Algunos autores destacan que las

2 Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en la América del Sur”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (México) 2, Editorial Porrúa (2004): 87.

3 Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, t. 2, 4ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 40 ss. En especial, véase Díaz Revorio, Francisco Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra editores, 2003, pp. 43 ss.

4 Pizzorusso, Alessandro. “El tribunal constitucional italiano”. *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*. AA.VV. Trad. por Luis Aguiar Luque y María Gracia Rubio de Casas. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 253 ss.; Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Lexis-Nexis, 2006, pp. 202 ss.

5 Véase Rivera Santibáñez, José Antonio. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 2ª ed. Cochabamba, Kipus, 2004, pp. 94 ss.

sentencias manipulativas son básicamente nomogénicas, en el sentido que resultan productoras de normas, infiriéndolas a estas de la misma Constitución. Pero ello no es unánime.⁶ Tales discrepancias no deben asombrar, apenas se tenga en cuenta la plasticidad intrínseca del derecho procesal constitucional (una disciplina en auge y en permanente enriquecimiento), que se encuentra, asimismo, en plena adolescencia académica, abriéndose paso, con insospechado éxito, para tomar su lugar en los planes de estudio de grado y posgrado.

Marginalmente cabe destacar que cuando se habla aquí de sentencias “manipulativas”, no se emplea el verbo que origina la denominación (manipular) en sentido peyorativo o condenatorio, sino neutro, en la acepción de —por ejemplo— maniobrar, operar o utilizar a la norma del caso, desde una perspectiva constitucional. Por tanto, una *sentencia* “manipulativa” (en la acepción que aquí le damos) no importa necesariamente una *interpretación* “manipulativa” del derecho (según lo que generalmente se entiende por “interpretación manipulativa” de la Constitución, vale decir, aquella que desvirtúa al mensaje constitucional).⁷

Generadas inicialmente las sentencias “atípicas” en países adscriptos en su mayor parte al sistema “austríaco” o concentrado y especializado de control de constitucionalidad (aunque este mecanismo se encuentra hoy bastante relativizado), han terminado por proyectarse a estados vinculados con el régimen estadounidense (difuso, pero igualmente corregido) de la *judicial review*.⁸

6 Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, p. 265. Con referencia a los roles nomogénicos de un Tribunal Constitucional, ver, entre otros, Rubio Llorente, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”. *Revista española de derecho constitucional* (Madrid), 22 (1988): 38; Figueruelo, A. “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”. *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), 81 (1993): 71. Por nuestra parte, advertimos que si bien la faceta creativa nomogénica de un Tribunal Constitucional es frecuente en las sentencias manipulativas, ella puede no existir cuando escoge una interpretación posible de una norma, presentándola como constitucional, o cuando desecha otra interpretación, por reputarla inconstitucional, ya que en tales supuestos maneja, en principio, un material que ya se encontraba en germen en el precepto legal examinado. Ahora bien: si se juzgase que en esa elección hay una decisión necesariamente innovadora, sería correcto afirmar que la sentencia manipulativa es por su esencia nomogénica.

7 En cuanto a la interpretación manipulativa de la Constitución, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, pp. 165 ss.

8 Sobre las transformaciones habidas en los modelos estadounidense y austríaco, nos remitimos a nuestra obra *La interpretación judicial de la Constitución*, pp. 195 ss.

Nos internaremos en esta atrayente región de las sentencias atípicas sin pretender agotar su exploración.

2. Variables de las sentencias atípicas. Las “interpretativas”

En este campo pueden detectarse,⁹ en primer lugar, las denominadas “interpretativas”, rótulo por cierto discutible por su amplitud, ya que podría confundirse con toda sentencia que interprete una cláusula de la Constitución.¹⁰ En verdad, refiere aquí a los fallos que interpretan de un modo determinado a una regla jurídica subconstitucional, para hacerla coincidir con la Constitución.

El presupuesto obligado de esta familia de sentencias es, como anticipamos, la doctrina de la interpretación de las reglas subconstitucionales “conforme” a la Constitución, en busca de una “interpretación armonizante” entre la regla inferior y la superior. Tiene como antecedente, asimismo, la distinción entre la *declaración de inconstitucionalidad de una norma* y la *declaración de inconstitucionalidad de una interpretación de esa norma*, posibilidad trabajada desde tiempo atrás, por ejemplo, en Argentina.¹¹

9 Pizzorusso, Alessandro. “El tribunal constitucional italiano”. *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*. AA.VV. Trad. por Luis Aguiar Luque y María Gracia Rubio de Casas. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

10 Véase sobre el tema Sánchez Sánchez, Abraham. *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 2005, p. 261.

11 Sobre el tema de las interpretaciones inconstitucionales de normas subconstitucionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, véase Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, t. 2, 4ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, p. 54. En tal sentido, cabe recordar como antecedentes los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en “Giacumelic. Provincia de Santa Fe”, *Fallos*, 186:353, cuando alertó que una ley puede ser declarada inconstitucional no tan solo por lo que es en sí, sino por la interpretación con que ha sido aplicada; la sentencia “Meier”, del 17/12/42 (*Libro de sentencias*, t. 63, p. 347), donde habla de la “la inconstitucionalidad de la interpretación de leyes comunes o locales”; y los veredictos vertidos en *Fallos*, 102:379, 123:313, 124:395, citados en “Giacumelli”, *Fallos*, 186:353. En el primero de estos, repetido en los demás, la Corte advierte que le corresponde “únicamente decidir si tal interpretación (de la ley), se halla o no en conflicto con las disposiciones constitucionales...” Véase sobre el tema, a quienes seguimos como fuente, Imaz, Esteban y Ricardo Rey. *El recurso extraordinario*, 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Nerva, 1962, pp. 168 ss., con formulaciones críticas sobre este tipo de sentencias. Por el contrario, aprobando la doctrina de las sentencias que destruyen interpretaciones inconstitucionales de normas, pero no a estas, Strohm, Erick. *Sentencias inconstitucionales*. Jurisprudencia Argentina, 1954-III-12, sec. Doctrina.

Pero se agrega otro dato vital para entenderlas: la hoy divulgada diferenciación entre “disposiciones” y “normas”. Según esta propuesta, un determinado precepto (constitucional, legal o sublegal), cuenta con un enunciado escrito (la *disposición*) que puede incluir una o varias *normas*, esto último si es posible de ser interpretado de diverso modo. La sentencia “interpretativa”, va a escoger del manajo interpretativo (“normas”) que ofrece el precepto-disposición infraconstitucional, a la “norma” (producto interpretativo) compatible con la Constitución, descartando a las restantes “normas” inconstitucionales. Con ello, y consumando un operativo de rescate, evitará declarar inconstitucional al precepto-disposición.¹²

Hay dos tipos principales de sentencias interpretativas:¹³

a) Sentencia interpretativa admisoria (o de aceptación del cuestionamiento de inconstitucionalidad): es la que condena a una determinada *interpretación* (“norma”) del precepto-disposición bajo examen, como opuesto a la Constitución, pero no al texto (precepto-disposición) mismo, que persiste vigente y aplicable, siempre que se lo interprete del modo conforme a la Constitución (esto es, conforme a una variable interpretativa —“norma”— adecuada a ella), y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional.¹⁴

b) Sentencia interpretativa desestimatoria (o de rechazo del planteo de inconstitucionalidad): reputa constitucional cierta “norma” o exégesis concreta de un precepto-disposición, descartando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional, con lo que deja abierta la posibilidad de

12 Véase Sánchez Sánchez, Abraham. *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, p. 162. Hace años habíamos anticipado que una cláusula normativa que admitiese varias interpretaciones, por ejemplo tres, no era en rigor de verdad “una” norma, sino “tres”, y que el operador judicial debía optar por una de ellas, desechando a las demás. Véase nuestro estudio *La interpretación judicial de la constitución*, p. 26.

13 Seguimos en esto a Gustavo Zagrebelsky. No obstante, hay autores que postulan una clasificación más compleja de las sentencias interpretativas, véase Sánchez Sánchez, Abraham. *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, pp. 278 ss.

14 La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, declaró constitucional la inembargabilidad presupuestal, salvo en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones en dinero a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales solamente se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto, en cuyo caso este será embargable. Véase Martínez Caballero, Alejandro. “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes en la experiencia colombiana”. *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá, Editorial Corte Constitucional y otros, 2001, pp. 387/9.

reputar inconstitucional otra inteligencia diferente que se haga del mismo precepto legal o subconstitucional. También en esta hipótesis el precepto-disposición no es declarado inconstitucional.¹⁵

En ambas situaciones, se habla a menudo de un “doble pronunciamiento” (*doppia pronuncia*, en la terminología italiana) por parte del tribunal constitucional del caso, en el sentido que se está reputando (en la sentencia interpretativa “admisoria”) inconstitucional a cierta variable interpretativa (“norma”), con lo que expresa o implícitamente se reputaría constitucional a otra, y viceversa en la sentencia interpretativa desestimatoria (se reputa constitucional a una determinada interpretación — “norma” — con el posible descarte de una exégesis diferente).¹⁶

La doctrina italiana diferencia también la “interpretación adecuadora” de la “interpretación correctora”. La primera, utilizada en las sentencias interpretativas, procura amoldar *Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico* una “disposición” a la Constitución, escogiendo de entre las posibilidades interpretativas que brinda una “disposición”, a la “norma” (producto interpretativo) acorde con la ley suprema. La interpretación *correctora*, por su parte, desecha una interpretación de una disposición concreta, no por ser esa variable exegética inconstitucional, sino simplemente por resultar jurídicamente incorrecta (p. ej., ante supuestos de interpretación absurda, equivocada, ilógica, opuesta a la intención del legislador, etc.).¹⁷ Claro está que esta descalificación por error interpretativo, puede ocasionalmente obviar una declaración de inconstitucionalidad, si además de ser tal exégesis desacertada, el producto interpretativo contradecía a la Constitución.

¿Cuál es el límite de la sentencia “interpretativa”? En su versión de sentencia adecuadora o adaptativa, ¿hasta cuánto puede encontrar variables interpretativas (“normas”) de una “disposición”? Al respecto, podrá decirse que el operador dispone de un amplio margen de maniobra para *interpretar*, pero no para *inventar* variables interpretativas que no existan. La

15 Así, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en “Oroz y Baretta” (*Fallos*, 312:483), declaró constitucional al artículo 87 del código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires, siempre que se entendiere que la limitación de las facultades del particular damnificado para interponer recursos extraordinarios locales que contiene, sea obviada cuando estén involucradas en los mismas cuestiones federales.

16 Véase sobre el tema del “doble pronunciamiento”, Díaz Revorio, Francisco Javier. “La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”, pp. 125 ss.

17 *Ibid.*, pp. 131 ss.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, no sin acierto, ha puntualizado que la tarea de armonización de la norma inferior con la Constitución, debe practicarse sin violentar la letra o el espíritu de la norma subconstitucional interpretada.¹⁸ El operador del caso, no por hacer coincidir un precepto-disposición con la Constitución, está autorizado para retorcerlo, desfigurarlo o estrujarlo para hacer salir de él una receta interpretativa que decididamente no tenga. Por ello, si aquel precepto no cobija una interpretación posible del mismo acorde con la Constitución, no habrá otro remedio que reputarlo inconstitucional.

3. Sentencias manipulativas “aditivas”, “sustractivas” y “sustitutivas”

Hasta ahora se ha partido del supuesto de que el operador jurídico *encuentra* —mediante una operación interpretativa— en la regla subconstitucional una solución acorde con la Constitución y la escoge. De aquí en más se visualizarán casos donde la sentencia constitucional va a *elaborar* un producto nuevo, en aras de construir una respuesta acorde con la Constitución. La regla subconstitucional será así mejorada (o, en las versiones extremas, reemplazada) por el operador de la jurisdicción constitucional.

Sirve para comprender esta empresa la doctrina de la *interpretación mutativa*. La misma (obviamente polémica) justifica —por razones de economía legisferante, bien común, respeto al pueblo como constituyente o legislador actual, etc.—, que el operador jurisdiccional, dejando aparentemente incólume el texto de una disposición, *añada* (interpretación putativa por *adición*), *quite* (interpretación mutativa por *sustracción*), o *reste y sume* (interpretación mutativa *mixta*, prácticamente sustitutiva, por *sustracción-adición*) algo a su contenido. El texto permanece entonces como una suerte de cáscara o estuche, con un contenido normativo cambiante. Si la interpretación mutativa se practica sobre normas constitucionales, la doctrina de la “constitución viviente” (*living constitution*) es sumamente útil para legitimarla.¹⁹

18 Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Fallos*, 308:647. Nos hemos referido más extensamente al tema en nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, pp. 42 ss.

19 Sobre la interpretación mutativa, sus variables y legitimidad, nos remitimos a Sagiés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, pp. 37 ss.

Es dudoso que una sentencia mutativa pueda ser rotulada como una simple sentencia “interpretativa”, desde el momento en que el operador está haciendo mucho más que “interpretar”. No obstante, si se acepta que la empresa interpretativa puede englobar los casos de mutación, la sentencia mutativa podría igualmente entrar en la familia de las interpretativas. Por nuestra parte, nos parece mejor llamarlas sentencias manipulativas.

Pero en otros casos, el operador de la magistratura constitucional actúa distinto: pronuncia una sentencia aditiva cubriendo una laguna legal, para cumplir con la Constitución; o al constatar que una norma realiza una exclusión prohibida por la Constitución, la declara francamente inconstitucional y pasa a cubrir el vacío del caso. Si se está llenando una laguna o vacío normativo, preexistente o provocado por el operador, tal cobertura, más que fenómeno de “interpretación”, lo es de *integración*.

Proyectado esto al plano de las sentencias constitucionales atípicas, se detectan tres variables significativas:

a) **Sentencia manipulativa “aditiva”**. Es la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución. En algunos casos, se cubre un vacío legal. En otros (sentencias “integradoras”, o “integrativas”), se incluye —por ejemplo— a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal. El fundamento de este activismo judicial se encuentra básicamente en el carácter normativo de la Constitución, “puesto que el juez constitucional con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales”: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-109, 1995.²⁰ Es provechoso tener en cuenta que en ciertas hipótesis el operador tiene que realizar una sentencia aditiva no solo del texto

20 Nogueira Alcalá, Humberto. *La justicia y los tribunales constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI*, pp. 339 ss. Sobre la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que se menciona en el texto, véase Olano García, Hernán A. *Interpretación y dogmática constitucional*, p. 324. Un caso significativo de sentencia aditiva es la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, citada por Nogueira Alcalá en *La justicia y los tribunales constitucionales*, p. 343 (expte. 010/2002), donde se especifica que para la aceptación como constitucional de la tipificación de cierto delito, debe leerse como requiriendo conducta intencional en el sujeto que lo perpetra. Otro ejemplo —harto célebre— de sentencia aditiva ha sido “Siri”, de la Corte Suprema de Argentina (*Fallos*, 239:459) que instrumentó la acción de amparo, pese a no existir normas legales que lo regularan: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”. Más

legal infraconstitucional, para tornarlo compatible y motorizar a la Constitución, sino de la Constitución misma, cuando cubre vacíos constitucionales propiamente dichos, ante hechos de imprevisión constitucional, conciente o inadvertidamente dispuestos por el constituyente, o ante la aparición en el contexto de vida de situaciones novedosas inexistentes al momento de sancionarse la Constitución. El operativo de cubrimiento genera un proceso de *integración*.²¹

b) **Sentencia manipulativa “sustractiva”**. Elimina un tramo de la norma subconstitucional, también para amalgamarla con la Constitución. Por ejemplo, si se borra una prohibición, una exclusión o un tope que la incompatibiliza con la ley suprema.²²

recientemente, en “Massa”, la Corte reputó constitucional un sistema de conversión en pesos argentinos de depósitos bancarios pactados originalmente en dólares, siempre que se sumase a la suma “pesificada” una cifra proveniente del CER (“coeficiente de estabilización de referencia”), según lo disponían las normas vigentes, con más un interés del cuatro por ciento anual no capitalizable, este último fijado por la propia Corte, lo que importó una verdadera adición dispuesta judicialmente, para tornar compatible con la Constitución el aludido régimen. Véase Néstor Pedro Sagüés, “La decisión de la Corte Suprema argentina sobre pesificación de depósitos bancarios en dólares, desde la perspectiva procesal constitucional”. *El Derecho*. Buenos Aires, 15/3/2007.

En Italia, recuerda Pizzorusso, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 304, apartado I del Código de procedimiento penal, por violar el derecho de defensa en juicio, en cuanto no incluía a los defensores entre quienes contaban con el derecho de asistir a los interrogatorios del acusado, estableciendo en cambio que sí tienen facultad para concurrir a tal acto. Con ello se produjo, recuerda este autor, “un enriquecimiento” del “alcance normativo” de tal precepto. Véase Pizzorusso, Alessandro. “El tribunal constitucional italiano”, p. 260. En el caso colombiano, cabe recordar que su Corte Constitucional entendió que las sanciones previstas por la ley tributaria ante la presentación fuera de términos de ciertas declaraciones de los contribuyentes, eran constitucionales siempre que se permitiese al interesado demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración, no le era imputable por ser consecuencia de hechos ajenos a su voluntad, como el caso fortuito o fuerza mayor (sentencia C-690/66, véase Olano García, Hernán A. *Interpretación y dogmática constitucional*, pp. 325/6). La última parte es un agregado que realiza la Corte Constitucional, a fin de tornar compatible la norma impositiva con los principios de razonabilidad y equidad que sienta la Constitución.

21 Sobre la integración como mecanismo de cobertura de los vacíos normativos, incluso los constitucionales, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, pp. 119 ss.

22 Un caso de sentencias manipulativas por sustracción ha sido —en Argentina— las referentes a la competencia judicial federal para conocer en procesos donde intervienen extranjeros. El artículo 116 de la Constitución es claro en sostener que debe actuar la justicia federal en las causas suscitadas entre una provincia y un ciudadano extranjero. Sin embargo, la Corte Suprema convalidó la ley reglamentaria que reduce esa competencia federal a causas civiles, excluyendo a las penales y laborales: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 311:441 y 306:368.

c) **Sentencia manipulativa “sustitutiva”**. Entendida como la manifestación más dura (y por ende, muy discutible) del poder legisferante positivo de un tribunal constitucional, en tal hipótesis este destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar la reemplaza por otra regulación conforme con la Constitución. Se la puede reputar, en definitiva, como una combinación entre la sentencia *estimatoria* clásica de declaración de inconstitucionalidad, con más una sentencia manipulativa *integradora*.²³

La legitimación de las sentencias manipulativas aditivas, sustractivas y mixtas no es pacífica. Ellas exhiben un significativo grado de activismo judicial, por supuesto muy justificado por la doctrina de la interpretación mutativa. Una visión más protagónica del activismo judicial, muchas veces apurado por reclamos sociales impostergables, acepta también que la judicatura constitucional haga todo lo posible para motorizar a la

23 Nogueira Alcalá, Humberto. *La justicia y los tribunales constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI*, p. 347. El autor recuerda la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que después de reputar inconstitucional la ley que determinaba los casos en que sus fallos debían tener efectos retroactivos, declaró que según la Constitución era la propia Corte Constitucional —y no la ley— la que debía determinar libremente los resultados de sus fallos. Algunas veces, observa Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *La producción jurídica*, p. 274, la sustitución que realiza esta sentencia manipulativa se produce sin declarar inconstitucional al texto de la norma en cuestión, con lo que, en tal hipótesis, la sentencia manipulativa sustitutiva es muy parecida a la sentencia manipulativa aditiva. Sobre la visualización de la sentencia sustitutiva como una simbiosis entre sentencia declarativa de inconstitucionalidad y sentencia aditiva o integradora, véase Olano García, Hernán A. *Interpretación y dogmática constitucional*, p. 326. Este autor rememora el caso de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-477, de 1999, respecto de la adopción de menores por parte de parejas de hecho, excluidas para poder hacerlo por la ley 2737, que reservaba tal acto a las parejas legalmente casadas. La Corte entendió que mediaba discriminación contra las familias de hecho, y autorizó la adopción también para estas. Por su parte, Pizzorusso menciona como antecedente de “sentencia sustitutiva” de la Corte Constitucional italiana, la número 15/59, en cuanto el artículo 313, apartado 3 del Código Penal, reputado inconstitucional en cuanto confería la facultad de dar autorización para promover la acción por el delito de ultraje al Ministro de Justicia, en lugar de dárselo a la propia Corte Constitucional. Véase Pizzorusso, Alessandro. “El Tribunal Constitucional italiano”, p. 261. En el caso argentino, puede recordarse el fallo “Vizzotti” (Jurisprudencia Argentina, 2004-IV-199), donde la Corte Suprema de Justicia, al reputar inconstitucional un fuerte tope establecido por el legislador para el cálculo base de la indemnización por antigüedad en los despidos sin justa causa, establece discrecionalmente cuál es la base correcta que cabe aplicar: la mejor remuneración mensual normal y habitual del último año, o del tiempo de prestación de servicios si este fuera menor, con una reducción que no podía superar el 30 por ciento. De exceder este porcentaje, la Corte piensa que la citada reducción sería irrazonable, incompatible con la tutela constitucional del trabajador, y de algún modo, por vía analógica, confiscatoria.

Constitución, especialmente en lo que hace a derechos humanos, tornándola operativa al máximo, aun ante los silencios del legislador común (con lo que el juez constitucional podría convertirse de vez en cuando en una suerte de legislador suplente).²⁴ A su turno, algunos autores aceptan ese activismo y la emisión de las sentencias aditivas, si se trata de efectivizar valores y derechos constitucionales que no admitan demora en su funcionamiento, ni siquiera el atraso que se produciría si la justicia constitucional encomendase al poder legislativo la emisión de la norma reglamentaria sustitutiva de la faltante, o de la declarada inconstitucional.²⁵ Volvemos sobre el particular en el párrafo siguiente, a propósito de las sentencias exhortativas.

La respuesta a esta problemática es, en el fondo, una cuestión de ingeniería e ideología políticas, ya que depende de la concepción que se tenga de los papeles de la judicatura constitucional y de sus relaciones con los otros poderes. Ni el poder judicial imaginado por Montesquieu, ni la Corte Constitucional diseñada por Hans Kelsen, estarían muy habilitados que digamos para emitir estas sentencias. Pero ellas fueron pensadas en momentos en que la Constitución era vista más como un documento político saturado de cláusulas programáticas, que como una norma actuante y operativa, exigible ante los tribunales. Esa transformación en el concepto mismo de Constitución hace que un sano activismo jurisdiccional —muy conciente de sus límites, desde luego— esté hoy autorizando axiológicamente para que, en lo sensatamente realizable, efectivice los mandatos constitucionales mediante prudentes sentencias aditivas, susstractivas o mixtas.

24 Un ejemplo de esta situación lo da el artículo 18 de la Constitución del Ecuador, 1998, cuando determina que “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad... No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”. Al igual que el artículo 426, párr. 3 de la Constitución de 2008.

25 Véase Díaz Revorio, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, p. 363.

4. Las sentencias exhortativas (“apelativas” o “con aviso”),²⁶ como especie de las sentencias manipulativas. Subtipos.

En este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional (expondremos estas alternativas), encomienda al poder legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle un plazo preciso al respecto.

La fundamentación teórica de tal familia de fallos es que con esa actitud la magistratura constitucional respeta el principio de división de los poderes (dado que no invade ni asume las competencias legisferantes del Parlamento), y a menudo, de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también se economizan las futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas.

El tema es necesariamente polémico. A favor de las sentencias exhortativas se ha dicho que no invaden la libertad de configuración normativa del legislador, porque solamente contienen indicaciones, sugerencias, recomendaciones o propuestas para él.²⁷ Sin embargo, algunas de estas sentencias incluyen directrices mucho más terminantes y contundentes —incluso con plazos para ser cumplidas— que de hecho condicionan las competencias del Parlamento.

Oblicuamente, pensamos, se da aquí una suerte de control preventivo de constitucionalidad *sui generis* (respecto de la norma a dictarse en el mañana, a más del control reparador sobre la norma vigente, cuya constitucionalidad se pone en duda o se descarta). Tal tipo de fiscalización, cuando no está explícitamente previsto por la Constitución, solamente es comprensible a la luz de un derecho consuetudinario constitucional

26 Sobre estas denominaciones, véase Rivera Santibáñez, José Antonio. *Jurisdicción constitucional*, p. 98; Olano García, Hernán A. *Clases de sentencias constitucionales*, párr. 2 d; Fernández Rodríguez, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid, Editorial Tecnos, 2002, pp. 123 ss.

27 En cuanto esta problemática, véase Fernández Rodríguez, José Julio. *La justicia constitucional*, p. 124, con mención de la doctrina de Gustavo Zagrebelsky, quien diferencia entre recomendaciones dadas en virtud de una disposición constitucional, de otras emergentes de oportunidad y conveniencia.

erigido por la magistratura constitucional, que de esta manera amplía sus competencias constitucionales originales mediante una interpretación mutativa por adición a la Constitución (sobre esto último, *supra*, párr. 3).

Las sentencias exhortativas han asumido contornos diversos.

a) **Sentencia exhortativa “de delegación”**. Declara inconstitucional a una norma, y advierte al poder legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución. Según Predieri, esta última se asemeja a una ley de delegación legislativa (ley de bases) en favor del poder ejecutivo, cuando enuncia las directrices a que debe someterse este al emitir la ley delegada.²⁸ En el caso de la sentencia exhortativa, ella operaría como una especie de “norma de base” de la legislación que tendrá que sancionar el poder legislativo.

b) **Sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple”**. En esta variable, el Tribunal Constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida (mediante una ecuación costo-beneficio, por los efectos desastrosos que podría producir esa anulación). Sin embargo, impone al poder legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a *las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico* en la Constitución. La ley reputada inconstitucional, en principio, se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la Constitución.²⁹

c) **Sentencia exhortativa por constitucionalidad endeble, o precaria**. Aquí la jurisdicción constitucional estima —primera alternativa— que una norma es “todavía” constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o —segunda variable— que la norma enjuiciada no resulta del todo

28 Pizzorusso, Alessandro. *El tribunal constitucional*, p. 262, nota 49.

29 Schlaich, Klaus. “El Tribunal Constitucional Federal”. *Tribunales constitucionales europeos*. AA.VV., pp. 194 ss. Entre otros supuestos, el autor cita la ley alemana sobre el vino, con lagunas que violaban la Constitución, por lo cual el Tribunal Constitucional Federal alemán dispuso que el legislador debía entonces colmarlas si deseaba mantener la ley. En el caso de la ley alemana reguladora del impuesto a la renta, el mismo Tribunal alertó que la anulación de una norma legal opuesta a la Constitución podía producir “consecuencias fatales”, como en el caso de la nulidad parcial de una ley sobre los sueldos de funcionarios, cuya invalidación haría imposible el pago de dichos salarios. En síntesis, apunta Schlaich, el Tribunal Constitucional trata de “evitar un vacío jurídico renunciando a una declaración de nulidad”.

satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación normativa plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido.³⁰

Pero en ciertos casos, añade Hernán Olano García, las sentencias exhortativas han producido el llamado “bloqueo de aplicación”, por el cual no se efectivizan en los procesos donde fueron objetadas las normas cuestionables en su constitucionalidad, a la espera de la nueva normativa que regule el tema.³¹

La doctrina de las sentencias exhortativas, apelativas o “con aviso” no siempre ha tenido aprobación. Pero hay que distinguir situaciones distintas.

Con relación a las sentencias exhortativas “de delegación”, después de declarada inconstitucional una norma, no parece absurdo ni antisistémico que por razones profilácticas y de economía procesal-constitucional, un Tribunal Constitucional (o quien haga sus veces) indique ciertas pautas que deba tener en cuenta el legislador para evitar futuras declaraciones de inconstitucionalidad en las nuevas normas a dictarse, siempre que esos lineamientos sean claros y no invadan la esfera de actuación discrecional del Parlamento.

30 *Ibid.*, pp. 199 ss. Entre otros casos, el autor menciona el de las pensiones por viudez, reconocidas inicialmente en Alemania a la viuda pero no en iguales condiciones (sino más exigentes y rigurosas) al viudo. El Tribunal Constitucional Federal alemán juzgó que al momento de dictarse la sentencia esas disposiciones no eran necesariamente inconstitucionales, pero se encuentran “en vías de ser inconstitucionales” a la vista del cambio del papel de la mujer en la pareja y en la familia, por lo que el legislador debía esforzarse por encontrar una regulación más apropiada, dándole el Tribunal Constitucional el tiempo necesario para ello.

Rolla, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 156/7, denomina a estas sentencias “monitorias” o “dobles”, ya que si el Parlamento desoye la exhortación de la justicia constitucional, en un segundo caso es probable que esta destruya por inconstitucional a la norma sospechada de inconstitucionalidad.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en “Verbitsky” (sentencia del 3/5/2005, CSJN, *Fallos*, 328:1146), al resolver un hábeas corpus colectivo a favor de miles de detenidos procesados sin condena y en situaciones de arresto violatorias de la dignidad humana, emitió una sentencia exhortativa en el sentido de que la Provincia de Buenos Aires debía cambiar su legislación en materia de excarcelaciones y de trato a detenidos, a fin de adecuarla a parámetros constitucionales nacionales e internacionales vigentes, por estimar que las normas domésticas actuales en vigor, *prima facie*, parecen inconstitucionales, o resultan *eventualmente* alejadas de aquellas normas constitucionales e internacionales superiores.

31 Olano García, Hernán A. *Clases de sentencias constitucionales*, párr. 2 d.

En cambio, las hipótesis de la “inconstitucionalidad simple”, y de la que denominamos “constitucionalidad precaria”, provocan críticas por la inseguridad jurídica que implica, cuando no son “bloqueadas”, consentir la aplicación de leyes inconstitucionales, o que lindan con lo inconstitucional, hasta que se pronuncie la nueva norma rotundamente constitucional. Los partidarios de esas subespecies de sentencias exhortativas, no obstante, advierten que se trata de una doctrina prudente, que mide las consecuencias políticas de las decisiones de un tribunal constitucional, y que prefiere evitar desastrosos males mayores antes que efectivizar a rajatabla planteos principistas de inconstitucionalidad.³² De este modo se compatibilizaría la revisión jurisdiccional de constitucionalidad con el principio constitucional de funcionalidad del sistema político global, del que la primera es un relevante engranaje, pero no el único.

El tema se conecta, por un lado, con la doctrina de la *interpretación previsor*a de la Constitución, que por cierto mide las consecuencias y verifica los resultados de la interpretación de una cláusula de la misma, y si el producto interpretativo es decididamente nocivo (para las partes del proceso o para la sociedad), aconseja regresar a la norma interpretada y reinterpretarla con otro método hasta alcanzar un producto interpretativo aceptable. Esta doctrina maneja la interpretación previsor como una opción posible entre varias interpretaciones de una norma constitucional, aconsejando desechar las que no conduzcan a resultados positivos, y hasta como *inaplicación* de una regla constitucional, si los resultados o consecuencias de su efectivización son tan perniciosos y extremos que un verdadero estado de necesidad mostrase la imposibilidad material o la imposibilidad racional de cumplir con la Constitución.³³ El caso de la sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple” que detallamos precedentemente, bajo la letra *b*), cuando el Tribunal Constitucional detecta la inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional pero no la nulifica, para evitar graves males mayores, es una muestra tácita de inaplicación de la regla constitucional, al mantener vigente a la norma subconstitucional opuesta a la ley suprema.

32 Véase sobre estos problemas Schlaich, Klaus. *El Tribunal Constitucional Federal*, pp. 198 a 202.

33 Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial*, pp. 83 ss.

Paralelamente, la sentencia exhortativa que hemos denominado por *constitucionalidad precaria o endeble*, padece de una seria debilidad jurídica dado que el tribunal constitucional del caso exhorta al legislador al cambio de una norma partiendo —básicamente— de conjeturas, como que esa norma (a la que el tribunal formalmente no declara inconstitucional) parece inconstitucional, o puede llegar en el futuro a ser inconstitucional.

Tales presunciones, pronósticos relativos o dudas no configuran un dato jurídico cierto y concluyente de inconstitucionalidad que justifique que el tribunal requiera al legislador, casi por precaución, nada menos para que sustituya la norma del caso. La doctrina de la sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria poco se compadece, además, con la presunción de constitucionalidad de las normas, y obliga a generar en cuanto a estas una curiosa cuádruple clasificación, respecto de su constitucionalidad, en vez de la binaria clásica (reglas constitucionales—reglas inconstitucionales): 1) normas constitucionales; 2) normas inconstitucionales; 3) normas todavía constitucionales, pero en vías de ser inconstitucionales; 4) normas aparentemente inconstitucionales. Para las dos últimas, estarían las sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria o endeble.

Salvo, en síntesis, que un texto constitucional expreso habilite la facultad de un tribunal para actuar de ese modo, no cabe reconocerle tal competencia, que importa en definitiva un juego dialéctico de velada declaración de inconstitucionalidad, pero sin declaración sincera de inconstitucionalidad, que es lo que —en su caso— debería hacerse. De todos modos, por supuesto, si un Tribunal Constitucional (intérprete final de la Constitución) actúa así reiteradamente, es probable que genere una regla de derecho consuetudinario constitucional habilitante de tal proceder, más allá de lo correcto de la tesis en cuestión.

Cabe destacar, para concluir, que algunas sentencias exhortativas se han dirigido no solamente al legislador ordinario, sino también al constituyente, instándole al cambio de algún artículo constitucional.³⁴ Esta modalidad podría tener interesantes proyecciones cuando se trate de homogeneizar la Constitución local con, por ejemplo, normas del derecho internacional de los derechos humanos.

34 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 1/12/03, en Nogueira Alcalá, Humberto. *Consideraciones sobre las sentencias*, pp. 98/9.

También debe mencionarse que en Perú se han presentado proyectos de ley, con estado parlamentario, a fin de prohibir al Tribunal Constitucional emitir sentencias exhortativas, so pretexto de que ellas invaden competencias privativas del Congreso, entidad que, según la Constitución, debe sancionar las leyes. El argumento fundamental a favor del Tribunal Constitucional es que una ley no puede restarle atribuciones constitucionales que le son propias, como ser el intérprete final de la Constitución.³⁵

El tema es naturalmente discutible, y una visión decimonónica del principio de división de los poderes, muy fiel a Montesquieu, daría razón a aquellos proyectos. No obstante, otra visualización más dinámica y actualizada del derecho constitucional, inspirada además en sólidos motivos de economía procesal-constitucional, puede autorizar las sentencias exhortativas cuando previamente se ha reputado inconstitucional un precepto y debe sancionarse uno nuevo, o en casos límites de inaplicación de una norma (aunque no se la declare inconstitucional) en virtud de la divulgada doctrina de la interpretación previsor, estando en juego un genuino estado de necesidad, según ya apuntamos. Por el contrario, y salvo regla constitucional que las autorice, no parecen muy conformes con la Constitución las sentencias exhortativas para los casos de constitucionalidad precaria, conforme también ya advertimos.

En otro orden de ideas, se discute la eficacia real de las sentencias exhortativas, en el sentido que pueden ser inútiles si el Parlamento no obedece la exhortación. Sin embargo, de mediar una actitud evasiva o renuente del poder legislativo, el asunto puede terminar en la franca declaración de inconstitucionalidad de la nueva norma que no ha cumplido con la exhortación, o de la vieja norma cuya sustitución recomendó el órgano jurisdiccional del caso, y que el Parlamento no cambió.

5. Sentencias escalonadas

En esta variable —más bien propia del sistema americano de control de constitucionalidad, con efectos para el caso concreto—, el órgano de la

35 Véase el proyecto de ley 14.321 en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima 2006, año I, n.º 6, pp. 413 ss., con los trabajos, entre otros, Edgar de Carpio Marcos, *Las limitaciones de facultades del Tribunal Constitucional: un proyecto de ley inconstitucional*. También Samuel Abad Yupanqui, *Tribunal Constitucional: un proyecto que no debe prosperar*.

jurisdicción constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma o acto (razón por la que emite una sentencia “estimatoria”), pero en vez de decidir puntualmente a qué condena al accionado, le encomienda realizar una determinada gestión (p. ej., disponer un aumento general de jubilaciones; establecer un plan, igualmente genérico, de distribución de propaganda oficial en los periódicos), que después evaluará en una segunda sentencia, a fin de determinar si efectivamente se han cumplido las directrices de la primera.³⁶

La razón de ese diferimiento es sentar en la sentencia número uno, ciertos lineamientos muy generales, pero dejando a los poderes ejecutivo o al legislativo la adopción de las medidas globales que constitucionalmente es propio que ellos adopten, las que serán en definitiva meritadas en la sentencia número dos. Hay pues aquí un producto judicial emparentado con la doctrina de las sentencias exhortativas (con la diferencia de que aquí la primera sentencia es conminatoria) y del “doble pronunciamiento”, que ya vimos (*supra* 2).

Algunas veces subyace en estas sentencias diferidas el propósito de la jurisdicción constitucional de no asumir papeles y responsabilidades que la ley suprema confía a los otros poderes. Por ejemplo, el ánimo de no actuar como poder legislativo suplente. Al respecto, es cierto que determinadas decisiones (como por ejemplo, actualizar haberes provisionales consumidos por la inflación), deben ser tomadas básicamente por los otros poderes, y no por el judicial, conforme a una evaluación general de los recursos del Estado, las previsiones del presupuesto, las demás erogaciones gubernativas y las restantes políticas asumidas oficialmente.

36 Nos remitimos a nuestro trabajo “Algo más sobre las sentencias constitucionales atípicas: las ‘diferidas’ o ‘escalonadas’, ‘con encargo’”, *El Derecho*, Buenos Aires, 13/2/07, comentando el caso “Badaro”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 8 de agosto de 2006 (*El Derecho*, 219-34). En esta sentencia, la Corte Suprema resolvió que la jubilación del actor debía actualizarse, guardando cierta correspondencia con los salarios en actividad; encomendó a los poderes ejecutivo y legislativo adoptar una decisión general de aumento de tales haberes (para lo cual invocó la trascendencia del tema, la actuales condiciones económicas que reclaman una evaluación cuidadosa, y la necesidad de adoptar “medidas de alcance general y armónicas”), y después, que informen a la Corte lo resuelto, para una segunda evaluación. Posteriormente, en el caso “Editorial Río Negro S.A.” (sentencia del 5/9/2007), vuelve a adoptar una actitud parecida, al resolver que la accionada, Provincia del Neuquén, debía presentar en el lapso de 30 días un esquema de distribución de su publicidad en los periódicos, el que, cabe suponer, será revisado por la Corte para evaluar si se somete a las pautas por ella previstas en tal resolución.

Además, en un sistema desconcentrado de control de constitucionalidad, y en el ejemplo que damos, no es adecuado que un juez disponga una actualización, otro una diferente y que un tercero dé una respuesta, asimismo, distinta. Las sentencias escalonadas parecen responder por tanto a una realidad dura e inevitable, aunque de hecho produzcan un atraso en los victoriosos en un proceso, a recibir prontamente sus acreencias, puesto que deberán en concreto esperar al segundo pronunciamiento para lograr la ejecución de su derecho, si es que lo decidido por el Estado en virtud de la primera sentencia, no los satisface.

6. Conclusiones

- a) Las sentencias constitucionales atípicas se han originado, por lo común, en países adscritos al sistema austriaco o kelseniano de control de constitucionalidad, de tipo concentrado y especializado y con facultad de abolir a las normas inconstitucionales. Pero después han sido exportadas a naciones adheridas a sistemas mixtos o duales, e incluso al norteamericano, con control desconcentrado o difuso.
- b) Las sentencias constitucionales atípicas son una buena muestra de un activismo judicial que muchas veces escapa a las previsiones del constituyente histórico y que opera también sin normas legales procesales que las autoricen expresamente. Con el tiempo, conforman un derecho consuetudinario procesal constitucional no siempre armónico y coherente, pero de todos modos vigoroso y en crecimiento. A menudo adquieren legitimidad ante los reclamos sociales de una judicatura constitucional ágil, eficiente y operativa, que en vez de limitarse a destruir normas inconstitucionales, y operar exclusivamente como “legislador negativo”, rescate de esos preceptos todo lo posible para brindar con prontitud soluciones útiles.
- c) De entre las sentencias constitucionales atípicas, las “interpretativas” son las más fáciles de asimilar, puesto que en el fondo extraen sus conclusiones de las posibles opciones interpretativas que brindan las normas subconstitucionales sujetas a control de constitucionalidad. Son honestas en tanto en cuanto infieran genuinamente sus productos del material normativo que examinan, sin desnaturalizarlo o violentarlo.

- d) Las sentencias manipulativas “aditivas”, “sustractivas” y “sustitutivas” resultan admisibles en la medida en que se acepte la doctrina de la interpretación mutativa de las normas. Pero además, una visión actualizada del concepto de “Constitución”, entendida como norma operativa y actuante, puede autorizar estos fallos cuando se trata de motorizar valores o derechos constitucionales que no admitan demora en su instrumentación, y siempre que puedan razonablemente ser instrumentados por la judicatura constitucional.
- Lo importante, para autorizar la viabilidad de las sentencias “creativas”, en particular las integradoras y las sustitutivas, es que el juez constitucional deba actuar así por imperativo constitucional, y para ejecutar principios, normas o valores obligatoriamente estatuidos por la Constitución. Cosa distinta es si el juez constitucional inventa recursos, acciones, medidas precautorias o dispositivos similares, porque entiende que es conveniente establecerlos (con lo que evidentemente está asumiendo el papel de legislador), sin que ellos estén exigidos por la Constitución.
- e) Las sentencias “exhortativas” importan una especie de las manipulativas. Prudentemente instrumentadas por la jurisdicción constitucional, significan un supuesto de colaboración entre los poderes del Estado, a la par que un velado ejercicio de control preventivo de constitucionalidad. Para el caso de referirse a normas de constitucionalidad que hemos llamado “endeble” o “precaria”, su ejercicio solamente parece correcto si hay una previa habilitación normativa que las autorice. En cualquier hipótesis, la jurisdicción constitucional deberá evitar abusos o sobreactuaciones que la conviertan en un tutor del poder legislativo. A ella no le corresponde sancionar la ley, sino controlar su constitucionalidad.
- f) Las sentencias “escalonadas” importan una variable para casos muy singulares donde la respuesta a un problema jurídico requiere una solución global, armónica e integral, propia de una política de Estado a cargo —fundamentalmente— del Parlamento y del poder ejecutivo, y que difícilmente podría darse con acierto por la judicatura constitucional al evaluar y decidir casos concretos.

7. Bibliografía

- Abad Yupanqui, Samuel. *Tribunal Constitucional: un proyecto que no debe prosperar*, s/f.
- Carpio Marcos, Edgar. *Las limitaciones de facultades del Tribunal Constitucional: un proyecto de ley inconstitucional*, s/f.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra editores, 2003.
- _____. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999.
- Fernández Rodríguez, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
- Figueruelo, Angela. “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”. *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), 81 (1993).
- Imaz, Esteban y Ricardo Rey. *El recurso extraordinario*, 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Nerva, 1962.
- Martínez Caballero, Alejandro: *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes en la experiencia colombiana*, en *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá, Editorial Corte Constitucional y otros, 2001.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en la América del Sur”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (México) 2, Editorial Porrúa (2004).
- _____. *La justicia y los tribunales constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI*.
- Olano García, Hernán A. “Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano”. *El Derecho*. Buenos Aires, suplemento de Derecho Constitucional del 1/2/05
- _____. *Interpretación y dogmática constitucional*. Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2005.

- Palomino Manchego, José. “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú”. *Memorias, II Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. San José de Costa Rica, 2004.
- Pizzorusso, Alessandro. “El tribunal constitucional italiano”. *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*. AA.VV. Trad. por Luis Aguiar Luque y María Gracia Rubio de Casas. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Rivera Santibáñez, José Antonio. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 2ª ed. Cochabamba, Editorial Kipus, 2004.
- Rolla, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2006.
- Rubio Llorente, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”. *Revista española de derecho constitucional* (Madrid), 22 (1988).
- Sagüés, Néstor Pedro. “La decisión de la Corte Suprema argentina sobre pesificación de depósitos bancarios en dólares, desde la perspectiva procesal constitucional”. *El Derecho*. Buenos Aires, 15/3/2007.
- _____. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, t. 2, 4ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002.
- _____. *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Lexis-Nexis, 2006.
- Sánchez Sánchez, Abraham. *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.
- Schlaich, Klaus. “El Tribunal Constitucional Federal”. *Tribunales constitucionales europeos*. AA.VV.
- Strohm, Erick. *Sentencias inconstitucionales*. Jurisprudencia Argentina, 1954-III-12, sec. Doctrina.

El Código Procesal Constitucional peruano

Francisco José Eguiguren Praeli*

La aprobación del Código Procesal Constitucional peruano, mediante Ley n.º 28237, publicada el 31 de mayo de 2004, cuya vigencia se inició el primero de diciembre de ese año, resulta un hecho de particular trascendencia nacional y continental. De un lado, porque se trata del primer código de un país latinoamericano que aborda, de manera orgánica, integral y sistemática, el conjunto de los procesos constitucionales y los principios procesales que los sustentan. De otro, porque la norma recoge importantes avances e innovaciones, provenientes de los aportes de la doctrina y jurisprudencia de la materia, a la par de corregir vacíos y deficiencias observadas en el funcionamiento judicial y la legislación precedente. Debe recordarse que la norma pionera en este campo, la Ley n.º 23506 de Hábeas Corpus y Amparo, fue dictada a fines de 1982, habiendo sufrido modificaciones parciales que, en la mayoría de casos, se expidieron para restringir sus alcances y eficacia en la protección de los derechos constitucionales.

La forma de elaboración y aprobación de este Código Procesal Constitucional ha sido también peculiar y novedosa, pues el anteproyecto no surgió de una comisión oficial, creada o convocada por los poderes legislativo o ejecutivo, sino de la iniciativa espontánea de un grupo de

* Abogado, magíster en derecho constitucional y doctor en humanidades; coordinador de la maestría en derecho constitucional de la Escuela de Posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y miembro de la Comisión Andina de Juristas.

profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vinculados a esta materia en lo académico y profesional. En efecto, a lo largo de ocho años Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Aresenio Oré Guardia, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Francisco Eguiguren Praeli, se reunieron periódicamente para preparar el texto de un anteproyecto, que fue varias veces objeto de revisión y mejoramiento.

La realidad política y jurídica vivida en el Perú durante el régimen fujimorista obligó a suspender varias veces la elaboración y discusión del anteproyecto, a la espera de contar con un escenario democrático que permitiera y justificara la presentación de esta propuesta a las autoridades legislativas y gubernamentales. Fue así que recién en octubre de 2003, la última versión del anteproyecto fue publicada en un libro y difundida por los autores en foros académicos, presentándose oficialmente ante el Congreso donde se convirtió en un proyecto legislativo multipartidario, que se aprobó rápidamente con mínimas modificaciones a la versión original.

Debe precisarse que la propuesta de Código, con la intención de facilitar su aprobación y entrada en vigencia, se elaboró dentro de los marcos y límites fijados por las actuales normas constitucionales referidas al control de constitucionalidad y las “garantías constitucionales”. Esto ha determinado que, en algunos casos (afortunadamente no muchos) no se haya podido introducir todos los cambios deseados por los autores del anteproyecto, en temas tales como la ampliación de la competencia del Tribunal Constitucional en materia de procesos constitucionales destinados a la protección de derechos, que sigue limitada a los casos con sentencia desestimatoria del poder judicial; o la eliminación de procesos constitucionales como la acción de cumplimiento o el hábeas data (que, propiamente, es un amparo especializado).

En cuanto a su estructura, el Código cuenta con un título preliminar y trece títulos, compuesto por 121 artículos, siete disposiciones finales y dos transitorias. En el título preliminar se fijan algunos principios y criterios generales, existiendo un título que reúne disposiciones generales comunes para los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; y otro título para las disposiciones generales comunes a los procesos de inconstitucionalidad y acción popular. Sin perjuicio de ello, existen también títulos específicos para la regulación detallada de cada

uno de estos procesos, así como para el proceso competencial. Cabe destacar que el Código deja de lado la tradicional denominación de “garantías constitucionales”, reemplazándola por la más moderna y técnica: procesos constitucionales.

1. El título preliminar del código

El título preliminar del Código está compuesto de nueve artículos. En el artículo II se señala como fines de los procesos constitucionales “garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. En el artículo III se establecen como principios procesales la dirección judicial del proceso, el impulso de oficio, la gratuidad, la economía, la inmediatez y socialización procesales. Se impone al juez y al Tribunal Constitucional la obligación de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente excluidos por el Código, así como adecuar las formalidades al logro de los fines perseguidos por los procesos constitucionales. Añade el Código que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juzgador declarará su continuación. La gratuidad que rige para estos procesos no obstará para que la sentencia judicial definitiva pueda imponer como condena el pago de costas y costos.

El artículo V del título preliminar dispone que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con lo estipulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos, de los que el Perú es parte, y por las sentencias de los órganos de la jurisdicción internacional de la materia. Si bien esta norma recoge lo estipulado en el numeral cuarto de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución¹ de 1993, agrega la referencia concreta a las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos, haciendo explícito el carácter vinculante de las mismas para la jurisdicción interna. Esta atinencia es muy importante, dado el aporte que en los últimos años viene haciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la

1 Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

aplicación e interpretación de diversos derechos consignados en el Pacto de San José, contribución acogida en numerosas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional.

Pero debe también recordarse que esta Disposición de la Constitución tuvo una inclusión casi subrepticia y desapercibida en dicha Carta, pues los constituyentes fujimoristas suprimieron de manera expresa la referencia que hacía la Constitución de 1979 al *rango constitucional de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales*, con la intención (después explicitada) de desvincularse del cumplimiento de estas normas y de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De allí que la existencia de la cuarta disposición final y transitoria de la Carta de 1993, ahora también recogida y desarrollada en el artículo V del título preliminar de este Código, permite afirmar, conforme lo ha asumido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, que al interpretarse los derechos constitucionales de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, estos tienen rango constitucional. Incluso se podría decir que hasta rango supraconstitucional, pues si las normas de los pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, y las sentencias de los órganos jurisdiccionales creados por estos, sirven como marco o parámetro para determinar la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales, aquellos preceptos internacionales no solo tendrían un rango similar, sino superior a las normas constitucionales de la materia.

El artículo VI del título preliminar del Código se ocupa del control de la supremacía de la Constitución y de los efectos del denominado control difuso o incidental de inconstitucionalidad. Este “control difuso” tiene como sustento los artículos 51 y 138, segundo párrafo de la Constitución peruana,² que obligan a todo juez o magistrado, en cualquier tipo de proceso judicial, a preferir la norma constitucional sobre disposiciones legales o de inferior jerarquía en caso de existir conflicto entre estas, ordenando la inaplicación (para el caso concreto) de la norma

2 Constitución, artículo 51: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”

Artículo 138, segundo párrafo: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

considerada inconstitucional. El Código precisa que esta prevalencia en la aplicación del precepto constitucional se hará siempre que ello sea relevante para la decisión del caso y que no haya forma de interpretar la norma cuestionada de conformidad con la Constitución.

El artículo VI establece también que los jueces no podrán inaplicar (mediante el control difuso) una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, en un proceso de inconstitucionalidad, o por el poder judicial, en un proceso de acción popular. Sin duda que estamos ante un claro límite a la aplicación del control difuso en sede judicial, que encontramos justificado no solo porque apunta a afianzar el papel rector que debe corresponder al Tribunal Constitucional en este campo, sino en aras de dar coherencia y unidad de criterio a la decisión sobre la vigencia de las normas dentro del ordenamiento jurídico. Ello se complementa con el señalamiento por esta norma del Código con respecto de que los jueces interpretarán las leyes y normas legales conforme a la interpretación que hagan de ellas las sentencias dictadas por el TC. Conviene tener presente que ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal asignan expresamente a este órgano el carácter de *supremo intérprete de la Constitución*, refiriéndose a él como “órgano de control de la Constitución”. No obstante el TC, en muchas de sus sentencias sobre inconstitucionalidad, ha establecido que asume este rol de último y supremo intérprete de la Constitución, criterio que compartimos y que se ve fortalecido con la norma del Código que comentamos.

En el pasado, se dieron múltiples casos donde los jueces y tribunales ordinarios, en sentencias que quedaron firmes, resolvieron inaplicar normas cuya constitucionalidad había sido previamente confirmada por el TC, creando incertidumbre jurídica sobre la validez y vigencia de tales normas. Siendo que en el Perú no se contempla la “cuestión de inconstitucionalidad” del sistema español, que remite necesariamente al TC la apreciación y decisión definitiva sobre la eventual inconstitucionalidad de una norma suscitada incidentalmente en cualquier proceso judicial, la limitación de los alcances del control difuso judicial —cuando el TC ya se ha pronunciado desestimando la inconstitucionalidad de una norma— aporta un mínimo de certeza y orden al sistema jurídico. También cabe considerar que existen casos de sentencias judiciales definitivas (de segunda instancia) en procesos de amparo que inaplican una ley por calificarla

de inconstitucional, sin que esta decisión pueda llegar a revisión al TC dado que la Constitución restringe su competencia en esta materia a los procesos con sentencia judicial denegatoria de la acción.

Por todo ello, esta disposición del Código contribuye a la mayor coherencia en cuanto a la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, a la par que atempera la inconveniente “dualidad” y falta de articulación que aún subsiste en el control de constitucionalidad, a cargo del poder judicial y el TC, en el “modelo” peruano. Lo que no debe olvidarse es que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma, en cualquier tipo de proceso, debe ser siempre asumida como una medida “última” o extrema, luego de haber intentado sin éxito encontrar alguna interpretación aceptable y razonable del precepto analizado, que lo haga conforme y compatible con la Constitución, pauta de interpretación que recoge esta norma del Código.

El artículo VII establece que las sentencias del TC que adquieran la autoridad de cosa juzgada, constituirán precedente vinculante cuando el Tribunal así lo disponga, pudiendo el propio TC apartarse de dicho precedente expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan y justifican esta decisión. Con ello se aporta a la coherencia y previsibilidad de las decisiones judiciales en materia constitucional, superando una marcada deficiencia apreciada en los últimos años que impidió el establecimiento de una verdadera jurisprudencia. A su vez, se deja a criterio del TC determinar cuáles de sus sentencias o qué parte de estas fijan un precedente vinculante, evitando el otorgamiento mecánico de este carácter a todas sus decisiones.

2. La protección de los derechos constitucionales en los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data

La Constitución peruana de 1993 se ocupa en el título V de las “Garantías Constitucionales”. El artículo 200 de la Carta política, en sus numerales 1, 2 y 3, establece los alcances básicos de los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data, respectivamente; siendo todos ellos procedentes frente al hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera determinados derechos constitucionales específicos. Nótese que estas acciones proceden preventivamente

contra amenazas al derecho (que deben ser ciertas e inminentes) o ante la violación concreta, pudiendo interponerse contra autoridades estatales o frente a particulares.

La diferencia sustancial entre estos tres procesos constitucionales está referida a los derechos específicos que cada uno protege. Así, el hábeas corpus tutela la libertad individual y los derechos constitucionales conexos con ella, tales como las vulneraciones a la seguridad e integridad personal, detención arbitraria, incomunicación, privación de defensa legal al detenido, hostigamiento policial, etc. El hábeas data protege dos derechos a solicitar y obtener información que posean las entidades públicas, con el solo pago del costo que suponga el pedido, salvo en materias referidas a la intimidad personal, seguridad nacional o excluidas por ley. Y la protección de los datos personales sensibles, referidos a la intimidad personal y familiar, respecto a su uso o suministro por parte de los “servicios informáticos” (registros, bancos de datos o archivos) sea que correspondan a entidades públicas o privadas. Por su parte, el amparo protege todos los demás derechos constitucionales no cautelados por el hábeas corpus y hábeas data; precisa la norma su improcedencia (directa) contra las normas legales o frente a resoluciones judiciales emanadas de un “procedimiento regular”. Finalmente, la acción de cumplimiento, prevista en el numeral 6 del artículo 200 de la Constitución, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar lo dispuesto por una norma legal o acto administrativo.

El Código, en el título I, contiene las disposiciones generales comunes a estos procesos, que se complementan con el tratamiento particular de cada uno de estos en otros títulos específicos de la ley. En cuanto al hábeas corpus, amparo y hábeas data, el artículo 1 del Código dispone que su finalidad es retrotraer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de un derecho constitucional.

Una innovación muy importante del Código, prevista en el segundo párrafo de su artículo 1, consiste en señalar que si la amenaza o violación del derecho cesa, luego de presentada la demanda, por decisión voluntaria del agresor esta deviene en irreparable, la sentencia declarará fundada la acción y precisará los alcances de la resolución, requiriendo al emplazado para que no reitere la conducta dañosa bajo apercibimiento de imponerle medidas coercitivas. Ello constituye un claro avance respecto de la anterior ley, que disponía que si la vulneración del derecho cesaba o se convertía en

irreparable, sin importar que ello sucediera después de interpuesta la demanda, la acción sería declarada necesariamente improcedente.

En el artículo 3 se regula la procedencia de estos procesos cuando la acción se dirige contra un acto que se ejecuta en aplicación de una norma legal incompatible con la Constitución. Nótese que no se trata de una acción directa contra la ley (solo factible mediante el proceso de inconstitucionalidad), sino contra actos concretos que se realizan en cumplimiento de esta, por lo que de declararse fundada la demanda, la sentencia dispondrá, además de la protección y restablecimiento del derecho, la inaplicación de la norma legal, considerada inconstitucional, para el caso concreto.

El artículo 4 del Código habilita la procedencia del hábeas corpus y amparo cuando la vulneración del derecho proviene de una *resolución judicial firme, dictada con manifiesto agravio de la libertad individual o de la tutela procesal efectiva*, respectivamente. Esta tutela procesal efectiva comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, teniendo como componentes específicos: el libre acceso ante el órgano jurisdiccional, el derecho a probar, a la defensa y al contradictorio, a la igualdad sustancial dentro del proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos a los previstos en la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a los medios impugnatorios, a que no se revivan procesos fenecidos, a la observancia del principio de legalidad procesal penal, etc. La acción será improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución judicial que dice afectarlo. La referencia a la *tutela procesal efectiva* sustituye a la expresión “proceso regular”, que utilizan la Constitución y la legislación anterior.

Un tema que ha merecido especial atención en el Código, es el relativo a las *causales de improcedencia* de los procesos destinados a la protección de los derechos fundamentales (art. 5), a fin de corregir muchas de las distorsiones cometidas en la utilización e instrumentación de tales procesos, sobre todo tratándose del amparo. Así, se precisa que serán improcedentes las acciones cuyo petitorio de la demanda no se refiera directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Con ello se evita que por esta vía se pretenda discutir asuntos que no son estrictamente de índole constitucional, o que no se desprenden del ámbito de la protección constitucional de un derecho. También será improcedente la acción cuando existan otros procesos judiciales específicos igualmente

satisfactorios y protectivos del derecho vulnerado, estableciendo el carácter residual o excepcional del amparo, ante la inexistencia o carencias de otros procesos comunes. Por esta misma razón, el amparo será improcedente si el afectado recurrió previamente a otro proceso judicial para la defensa del derecho invocado.

Igualmente se precisa que serán improcedentes los procesos promovidos contra resoluciones firmes recaídas en otro proceso constitucional, haciendo inviable el amparo contra amparo, que muchas veces se interponía con fines de distorsión o dilatorios. También resultan improcedentes los procesos cuya demanda se interponga luego de haber cesado la vulneración al derecho o de devenido en irreparable en sede constitucional. Asimismo, serán improcedentes los procesos interpuestos contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, con respecto de destitución o ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones sean motivadas y hayan sido dictadas con previa audiencia al interesado; o los procesos promovidos contra resoluciones de contenido jurisdiccional del Jurado Nacional de Elecciones.

El artículo 22 del Código contiene novedades importantes respecto de la *actuación y ejecución de las sentencias* por los jueces. Las sentencias dictadas en procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento se actuarán conforme a sus propios términos por el juez que conoció de la demanda y tienen prevalencia sobre cualquier sentencia de otros procesos judiciales. Se faculta al juez a utilizar medios de apercibimiento para asegurar el cumplimiento de la sentencia por el obligado a realizar prestaciones de dar, hacer o no hacer, tales como la imposición de multas fijas o acumulativas, determinadas discrecionalmente por el juzgador según la capacidad económica del obligado, o a disponer la destitución del responsable.

2.1. El proceso de hábeas corpus

2.1.1. Los derechos protegidos

La Constitución peruana señala que el hábeas corpus protege la libertad individual y los derechos conexos con esta; creemos que, en rigor, debería

referirse a la libertad y seguridad personales, pero este asunto no es motivo del presente trabajo. El artículo 25 del Código sigue el mismo criterio establecido en la Ley n.º 23506, en el sentido que contiene una enumeración extensa y enunciativa (no taxativa) de los principales derechos protegidos por medio de este proceso constitucional. Así, se menciona su procedencia frente a detenciones arbitrarias, es decir cuando estas se realizan sin que medie mandato judicial escrito y motivado o flagrante delito; cuando el detenido es arbitrariamente incomunicado o privado del derecho a ser asistido por un abogado defensor desde el momento de la citación o detención policial; cuando se impide el libre tránsito o una persona es expatriada o separada del lugar de su residencia, sin que medie mandato judicial, o es objeto de vigilancia domiciliaria o seguimiento policial injustificados, etc.

Pero el Código introduce como novedad la mención expresa (o mejor formulación) de la protección del hábeas corpus con respecto de algunos otros derechos, tales como: la integridad personal y el derecho a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos; a no ser forzado a prestar juramento o declarar reconociendo la propia culpabilidad (autoinculpación o autoincriminación) o la del cónyuge y parientes; a decidir voluntariamente sobre la prestación del servicio militar; a no ser objeto de desaparición forzada; a no ser privado del Documento Nacional de Identidad y a obtener o renovar el pasaporte; el derecho del detenido o recluso de recibir un trato razonable y proporcionado con respecto de las condiciones en que cumple el mandato de detención.

Adicionalmente, se aprecia como cambio importante que el derecho a la inviolabilidad del domicilio pasa a ser protegido por el hábeas corpus y ya no por el amparo, mientras que los derechos a la libertad de conciencia y a guardar reserva sobre sus convicciones o creencias de cualquier índole, reciben ahora tutela del amparo y ya no del hábeas corpus.

2.1.2. Las modalidades de hábeas corpus

El hábeas corpus “preventivo” está contemplado en el artículo 2 del Código, precisando que la amenaza de violación del derecho debe ser cierta y de inminente realización. El tradicional hábeas corpus “reparador”, que procede frente a las detenciones arbitrarias y persigue la obtención de

la libertad, se halla previsto en el artículo 25, inciso 7 del Código. También se contempla el hábeas corpus “restringido” (art. 25, inciso 13), destinado a poner fin a afectaciones de la libertad personal que, sin llegar a ser una detención, suponen molestias y perturbaciones a esta, como el seguimiento policial o la vigilancia domiciliaria injustificadas.

El hábeas corpus “correctivo” se regula en el artículo 25, inciso 17, siendo procedente para el cambio de las condiciones a que se encuentra sometido un recluso o una persona válidamente detenida, cuando estas carecen de razonabilidad o proporcionalidad y suponen una afectación indebida a la dignidad, calidad humana, salud, integridad o seguridad personal de quien se encuentra privado de la libertad. El denominado hábeas corpus “traslativo” se recoge en el artículo 25, inciso 14, que lo hace procedente para ejecutar la excarcelación dispuesta por el juez para el procesado que cumple detención prolongada o el recluso que permanece en prisión a pesar de haber cumplido su condena. Finalmente, el hábeas corpus “instructivo”, contemplado en el artículo 25, inciso 16, regula el procedimiento a seguir en caso de detenciones que suponen una desaparición forzada.

2.1.3. Algunos aspectos procesales

El Código reitera que la legitimación para interponer la demanda de hábeas corpus corresponde al agraviado o a cualquier persona en su nombre, sin necesidad de contar con poder o representación; tampoco se requiere firma de abogado ni mayores formalidades. También la puede interponer el Defensor del Pueblo. La demanda se puede presentar por escrito, verbalmente, mediante fax, correo o cualquier medio electrónico de comunicación. Es competente para conocer de este proceso cualquier juez penal, sin importar el turno. No caben recusaciones, salvo por parte del agraviado, y los funcionarios judiciales no pueden excusarse; las actuaciones judiciales son improrrogables, debiendo los jueces habilitar día y hora para estas; en este procedimiento no interviene el Ministerio Público.

Cuando el hábeas corpus se refiere a detenciones arbitrarias o agresiones a la integridad personal, el juez debe constituirse inmediatamente al lugar donde se produce la afectación del derecho y resolver en dicho acto,

debiendo cumplirse su resolución sin esperar a la notificación. En los otros casos, el juez decidirá si se constituye en el lugar o cita al agresor para que explique su conducta, dictando resolución en el término de un día natural. Tratándose de detenciones que supongan una desaparición forzada, si el juez no recibe de las autoridades o funcionarios emplazados información satisfactoria sobre el paradero o destino del agraviado, deberá adoptar todas las medidas que contribuyan a su hallazgo, dando aviso al Ministerio Público para que realice las investigaciones, pudiendo incluso comisionar a otros jueces del distrito judicial donde se estima pueda encontrarse el desaparecido. Si la demanda se interpuso contra un miembro de la Policía o de las Fuerzas Armadas, el juez solicitará a la autoridad superior que informe dentro de las veinticuatro horas.

2.2. El proceso de amparo

2.2.1. El carácter excepcional del amparo

La ley 23506 de hábeas corpus y amparo estableció, en el artículo 6, numeral 3, la improcedencia de estas acciones “cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”. Con ello, se dejaba a criterio y libre elección del agraviado interponer el amparo u otro proceso judicial para la defensa de su derecho constitucional afectado. La expresión “vía judicial ordinaria” ha sido entendida como referida, tanto al antiguo “juicio ordinario” (hoy denominado Proceso de Conocimiento en el Código Procesal Civil) como a cualquier otro proceso judicial especial disponible y destinado a la protección del derecho.

La intención de los autores del proyecto que dio lugar a dicha ley, era facilitar la procedencia del amparo y del hábeas corpus, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían “otras vías” judiciales disponibles. Si bien la intención era loable y se basaba en la experiencia, su aplicación trajo inconvenientes y nuevos problemas. De un lado, porque cada proceso tiene una naturaleza y una racionalidad propia, que lo hace idóneo o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad o elección del

accionante. De otro lado, porque la norma facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso de tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente reconocido por la Constitución.

Por eso es positivo que el Código Procesal Constitucional, en el artículo 5, numeral 2, establezca que el amparo será improcedente cuando “existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado...” En consecuencia, el amparo adquiere un carácter excepcional o residual, atendiendo a su naturaleza de proceso constitucional y no ordinario, destinado a la protección de un derecho constitucional, cuando se afecta el contenido constitucionalmente protegido del mismo y no aspectos secundarios o de índole legal, asuntos estos últimos que deben ventilarse por las vías judiciales comunes. Así, el amparo será procedente para la tutela de urgencia de un derecho constitucional a falta de otras vías judiciales específicas, igualmente protectivas y satisfactorias. Es claro que para declarar esta improcedencia del amparo no basta con que existan otros procesos judiciales disponibles, lo que siempre es factible, sino que estos resulten suficientemente satisfactorios para tutelar la pretensión.

Con esta decisión del Código no se despretege al derecho constitucional, sino se encamina su defensa hacia la vía procesal que, por las características y el objeto de la pretensión, permitan la adecuada tutela del derecho. Asimismo, se pone coto a una de las más severas distorsiones producidas mediante la instrumentación del amparo, ocasionada por la actuación poco rigurosa de muchos abogados y litigantes que, lamentablemente, no supo ser corregida por el órgano judicial. Es importante tener presente que en el proceso de amparo no existe propiamente una etapa probatoria, por lo que se podrá desestimar acciones cuya resolución requiera la ejecución de pruebas, causas sujetas a complejo análisis técnico o de probanza, y las que demandan un mayor debate judicial que es impropio de un proceso de urgencia como el amparo. Sin perjuicio de ello, el Código mantiene, en su artículo 5, numeral 3, como causal de improcedencia del amparo que el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para reclamar tutela del derecho constitucional.

2.2.2. Los derechos protegidos por el amparo

Como se sabe, el proceso de amparo protege una amplia cantidad de derechos constitucionales, es decir, todos aquellos que no tienen tutela por medio del hábeas corpus y el hábeas data. De allí que el Código, en su artículo 37, siga el criterio razonable anteriormente adoptado en la ley 23506, consistente en enumerar específicamente buena parte de los derechos protegidos y consignar al final del precepto un inciso (en este caso el 25) que incluye a “los demás derechos que la Constitución reconoce”. Se observa, no obstante, dos innovaciones importantes en esta materia: de un lado, la mención específica de algunos otros derechos; de otro, la referencia a derechos no protegidos por el amparo.

En el primer caso, sin perjuicio de la reiteración en el listado enumerado de derechos como el de no ser discriminado por causa alguna, la libertad de expresión e información, el ejercicio público de cualquier confesión religiosa; las libertades de contratación, de asociación, de creación artística, de reunión, de trabajo, de sindicación, de participación política, de petición; la propiedad y herencia, la nacionalidad, el derecho a la educación, etc.; el Código menciona ahora expresamente los derechos a la igualdad, al honor, reputación, intimidad personal, propia voz e imagen, rectificación frente a informaciones inexactas o agraviantes, tutela procesal efectiva (antes denominado a la jurisdicción y proceso), seguridad social, a la remuneración y pensión.

En el segundo caso, el Código dispone en el artículo 38 que “no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, que torna improcedente el amparo cuando “los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. Se trata, pues, de circunscribir al amparo a su condición de proceso constitucional, estrictamente referido a la protección de derechos constitucionales, y de proceso excepcional, de tutela de urgencia, distinto a los procesos judiciales ordinarios o especiales de otra índole.

El fundamento de esta norma es corregir una grave distorsión observada en la utilización e instrumentación indebida del amparo. A menudo

los litigantes hacen referencia en su demanda a un derecho recogido en la Constitución, pero solo para sustentar una pretensión que, estrictamente, no tenía carácter constitucional o que tampoco formaba parte del contenido esencial del derecho protegido constitucionalmente, sino a aspectos de regulación legal o de naturaleza secundaria, que no deben tutelarse por medio del amparo. Así, por ejemplo, es evidente que el derecho de propiedad incluye la protección de la posesión, pero la posesión —por sí misma— no es un derecho constitucional, por lo que el mero poseedor que no es propietario no puede invocar la defensa de este derecho en un amparo. A su vez, la Constitución protege con el amparo derechos como la libertad de contratación o la de asociación; pero ello no autoriza a que cualquier discrepancia o desavenencia suscitada en la ejecución de un contrato o en la marcha de la entidad asociativa se pretenda dilucidar o resolver por el amparo, salvo aquellos aspectos directamente ligados al contenido esencial constitucionalmente protegidos del derecho.

2.2.3. Medida cautelar y suspensión del acto reclamado

El artículo 15 del Código se ocupa de las medidas cautelares y de la suspensión del acto reclamado, que son aplicables a los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento; proceden cuando resulten necesarias para asegurar la eficacia ulterior de la pretensión y de la sentencia, siempre que exista apariencia del derecho reclamado y peligro de perjuicio por la demora del proceso. El juez, al momento de concederla, tendrá que poner atención en la posible irreversibilidad de la medida cautelar.

La medida se dictará y ejecutará sin escuchar a la parte demandada; la apelación no tiene efecto suspensivo, por lo que la medida cautelar se ejecuta a pesar de interpuesta la impugnación. Con ello se eliminan las notorias restricciones vigentes a las medidas cautelares en el amparo, que las tornaban engorrosas y, muchas veces, ineficaces. La legislación anterior exigía correr traslado del pedido de medida cautelar tanto al demandado como al fiscal civil disponiendo que, si se concedía la medida, su apelación tenga efectos suspensivos, impidiendo su ejecución hasta la decisión definitiva de segundo grado.

Sin embargo, el Congreso introdujo una injustificada modificación en el proyecto original del Código, respecto de las medidas cautelares en amparos dirigidos contra actos administrativos provenientes de municipalidades y gobiernos regionales, otorgándoles un procedimiento especial francamente cuestionable. Su tramitación no corresponderá a los jueces sino a la Sala de la Corte Superior; del pedido se correrá traslado al demandado, abriéndose un incidente (por cuerda separada) con participación del Ministerio Público y previendo incluso el informe oral. La resolución será apelable ante la Corte Suprema con efecto suspensivo, lo que determina que no se ejecute la medida concedida hasta la decisión final. Con ello, en estos casos, se reiteran todas las deficiencias y críticas aplicables actualmente a la medida cautelar en el amparo. Asimismo, se establece una inaceptable (e inconstitucional) distinción en función de la naturaleza particular del emplazado, lo que vulnera la igualdad dentro del proceso.

Respecto a la *vigencia y extinción de la medida cautelar* decretada, el artículo 16 del Código dispone que esta solo se extingue cuando la resolución que pone término al proceso adquiere la autoridad de cosa juzgada; de modo que no será revocada en el supuesto de que una sentencia de primer grado desestime la demanda. Si la sentencia final es estimatoria del amparo, la medida cautelar se convierte en medida ejecutiva, conservando sus efectos hasta la plena satisfacción del derecho o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva en la fase de ejecución. En cambio, si la sentencia final desestima la demanda, se procederá a la liquidación de costas y costos del proceso cautelar, pudiendo quien sufrió la medida solicitar responsabilidad y el juez concederle, adicionalmente, el pago de daños. El juzgador también podrá imponer una multa a quien solicitó la medida cautelar.

2.2.4. Algunos aspectos procesales

El titular del derecho afectado es el *legitimado* para interponer el amparo (art. 39). Puede también hacerlo su representante procesal, con el sustento de poder que no tiene que estar inscrito en los Registros Públicos. Tratándose de la defensa del ambiente y de otros derechos

difusos reconocidos por la Constitución, la acción puede ser promovida por cualquier persona o por instituciones sin fines de lucro dedicadas a este objeto. El Defensor del Pueblo también se encuentra legitimado para interponer el amparo en el ámbito de sus competencias (art. 40). El artículo 41 contempla la *procuración oficiosa*, habilitando a cualquiera a interponer el amparo en favor de alguien que no tiene representación, siempre que este se encuentre imposibilitado de hacerlo directamente y que ratifique la demanda y la actividad procesal realizada cuando se halle en posibilidad de hacerlo.

El plazo de *prescripción* (denominado de caducidad por la anterior ley) para la interposición de la demanda de amparo es de sesenta días hábiles, contados desde que se produjo la afectación del derecho, siempre que el agraviado haya tenido conocimiento del acto lesivo y estado en posibilidad de interponerla. Tratándose de amparo contra resoluciones judiciales, el plazo de prescripción se computa desde que la resolución quedó firme, debiendo interponerse la demanda dentro de los treinta días hábiles de notificada la resolución que manda cumplir la decisión. En el artículo 44 se detalla la forma de cómputo del plazo de prescripción en distintos supuestos; destaca la referencia a que en caso de amenaza no corre el cómputo de dicho plazo hasta cuando la agresión se produce; si la vulneración se origina en una omisión, el plazo no transcurre mientras esta subsista.

Para que la demanda de amparo sea procedente, se requiere antes el *agotamiento de la vía previa*; en tal supuesto, el plazo de prescripción solo empezará a correr luego de cumplido este requisito. El artículo 46 del Código contempla las *excepciones* a la obligación de agotar la vía previa, siendo estas: *a)* cuando una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, se ejecute sin esperar a que se venza el plazo para que quede consentida; *b)* cuando por el agotamiento de la vía previa la agresión podría convertirse en irreparable; *c)* cuando la vía previa no se encuentra regulada o ha sido innecesariamente iniciada por el afectado; *d)* cuando la vía previa no es resuelta dentro del plazo previsto para su resolución.

El juez podrá *rechazar liminarmente* la demanda, en caso de que esta sea manifiestamente improcedente, por encontrarse en algunas de las causas indicadas en el artículo 5 del Código. Si el amparo persigue el derecho

de rectificación, también cabe el rechazo liminar si no se acredita haber dirigido una comunicación previa al director del medio de comunicación para que la realice. Si la resolución de rechazo liminar por improcedencia es apelada, el juez pondrá al demandado en conocimiento del recurso. En el proceso de amparo no cabe reconvención ni abandono, pero sí desistimiento. Procede la acumulación subjetiva de oficio, cuando de la demanda o contestación el juez observa la necesidad de incorporar a la relación procesal a terceros no emplazados, si la decisión a recaer en el proceso podría afectarlos. También cabe la acumulación de procesos de amparo, de oficio o ha pedido de parte, en el juez que primero previno.

El amparo se interpone ante el juez civil. Si se promueve contra una resolución judicial, se hace ante la Sala Civil de la Corte Superior respectiva. De la demanda se correrá traslado por cinco días; si se interponen excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, se correrá traslado por dos días al demandante. El juez podrá realizar las actuaciones que estime necesarias, sin necesidad de notificación; podrá citar a una audiencia única a las partes y sus abogados para los esclarecimientos del caso. Dictará sentencia en la misma audiencia o en un plazo que no excederá de cinco días de culminada esta. La sentencia es apelable dentro de los tres días de notificada.

El trámite de la apelación supondrá conceder tres días al apelante para que exprese agravios, corriendo traslado de estos por un término similar a la otra parte. El Código ha eliminado, creemos que acertadamente, la intervención del Ministerio Público en esta instancia, que contemplaba la legislación anterior, y que resultaba innecesariamente dilatoria. Se citará para la vista de la causa, donde podrá solicitarse el informe oral de los abogados. Se expedirá sentencia dentro de los cinco días posteriores a la vista. Sin perjuicio de las disposiciones generales sobre ejecución de sentencias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el artículo 59 del Código consigna diversos apremios y requerimientos especiales para el cumplimiento de la sentencia de amparo, lo que puede incluir la apertura de proceso administrativo al funcionario responsable y su superior, así como sanciones por desobediencia.

2.3. El proceso de hábeas data

2.3.1. Los derechos protegidos

El proceso de hábeas data protege, específica y exclusivamente, el derecho de acceso a la información en poder de instituciones públicas, es decir a solicitarla y obtenerla sin necesidad de expresión de causa, únicamente con el pago del costo de la atención del pedido; así como el derecho a la protección y control del registro y la circulación de los datos personales (autodeterminación informativa) en resguardo de la intimidad. Como es frecuente en otros ordenamientos nacionales, el Código extiende al hábeas data las principales reglas procesales propias del amparo, con algunas pocas peculiaridades.

Respecto al *acceso a la información* que obre en poder de cualquier entidad pública o estatal, el artículo 61, numeral 1, del Código precisa que ello incluye a la información que estas instituciones generen, produzcan, procesen o posean, y a la contenida en expedientes terminados o en trámite, estudios, opiniones, dictámenes, informes técnicos, datos estadísticos o cualquier otro documento. También se indica que no importa la forma de expresión en que se encuentre contenida dicha información, pudiendo ser esta gráfica, sonora, visual, electromagnética o de cualquier otro soporte material.

Creemos importante precisar que esta información existente en entidades públicas debe tener un “contenido público”, es decir, que no esté referida a aquellos aspectos excluidos por el propio artículo 2, numeral 5 de la Constitución, o sea vinculada a la intimidad personal, seguridad nacional o materias expresamente excluidas de acceso público por la ley. Este derecho constitucional, cuyo ejercicio sea protegido procesalmente y estimulado por el Código, permite contribuir a la mayor transparencia y acceso público de la información, así como a la ruptura de la “cultura del secreto” tradicionalmente aplicada por la Administración Pública, lo que constituye un indudable avance para la democratización y el control ciudadano de la gestión de las entidades estatales.

En el caso del derecho a la *autodeterminación informativa*, su configuración autónoma es un fenómeno más bien reciente, como resultado y efecto del vertiginoso desarrollo de la informática y de las nuevas

tecnologías de la comunicación. Involucra la protección y el control del titular del derecho frente al registro, utilización y transmisión informática de sus datos personales, sean los de carácter íntimo o “sensibles”, como los que —a pesar de no tener estrictamente dicho carácter— igualmente merecen ser objeto de control y reserva.

El derecho a la autodeterminación informativa y la protección frente al uso informático de los datos personales, fue incorporado a nuestro ordenamiento constitucional recién con la Carta de 1993, aunque sin una denominación específica y con notorias insuficiencias y limitaciones. Ello no solo desdibuja y restringe severamente sus alcances, sino que afecta sus posibilidades de aplicación y eficacia, porque el derecho a la autodeterminación informativa supone brindar protección frente a posibles riesgos o abusos derivados del registro y utilización informática de los datos personales, proporcionando al titular afectado las facultades siguientes: acceder o conocer las informaciones y datos relacionados con su persona, existentes en archivos, registros o bancos de datos informatizados; actualizar la información o rectificar los datos inexactos; lograr la exclusión o supresión de los “datos sensibles”, que no deben ser objeto de registro ni de difusión, a fin de salvaguardar la intimidad personal o de impedir la eventual discriminación; así como, poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos.

Es de lamentar que el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993³ recoja este derecho en forma defectuosa e insuficiente, pues solo autoriza expresamente al titular a oponerse a que se suministren informaciones que afecten su intimidad personal y familiar. Una interpretación literal de esta norma constitucional, que obviamente descartamos, no incluiría el derecho de la persona a acceder (conocer y recibir) a la información o datos que le conciernen y que hayan sido registrados en el banco de datos. Y sin esta facultad, mal pueden ejercitarse acciones como solicitar y exigir la rectificación o actualización de datos inexactos o falsos ni, mucho menos, la supresión de datos sensibles o reservados que afectan la intimidad personal o familiar.

3 Constitución, artículo 2, inciso 6: “Toda persona tiene derecho: (...) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

Sin perjuicio de estas deficiencias de la norma constitucional con respecto al contenido y alcances del derecho a la autodeterminación informativa, resultó un avance la Ley n.º 27490: “Ley que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de protección al titular de la información”. En el artículo 13 de dicha norma se consigna como derechos de la persona, cuyos datos se encuentran registrados, el acceso a la información referida a sí misma; el derecho de modificar o cancelar la información que sea ilegal, inexacta, errónea o caduca; así como el derecho a rectificar la información que haya sido suministrada y adolezca de tales vicios. La Ley n.º 27863 añadió como derecho del titular la actualización de la información sobre pagos parciales o totales realizados.

En este marco, adquiere mayor relevancia el aporte del Código, pues en su artículo 61, numeral 2, se desarrolla la norma constitucional y corrige las insuficiencias anotadas, señalando expresamente como derechos del titular conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a la persona, que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros, de entidades públicas o privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Igualmente se contempla el derecho a hacer suprimir o impedir que se suministren informaciones o datos de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales, mención más amplia que no solo protegería la intimidad personal o familiar sino también la eventual afectación del derecho a no ser discriminado por la información personal que se recoge o transmite por medios informáticos.

2.3.2. Las entidades que pueden ser emplazadas con el hábeas data

Otra deficiencia de la norma constitucional comentada está referida a la poco clara determinación de las entidades o instituciones que pueden ser emplazadas, en ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa, por el titular de los datos personales mediante el hábeas data. La norma comentada señala que se trata de “servicios informáticos”, sean computarizados o no, públicos o privados. Con ello cabría entender que se refiere a entidades cuya actividad está relacionada con la recopilación, archivo, sistematización, transmisión y suministro de datos por medios informáticos,

con la finalidad de brindar servicio informativo, de registro o de consulta destinado al público o a terceros.

Sin embargo, la utilización de la denominación “servicios informáticos” resulta equívoca pues, de acuerdo con una interpretación literal, sugiere que únicamente involucraría a instituciones públicas o empresas privadas que proporcionan o venden servicios informativos a terceros. Si esto fuera así, se podría llegar al absurdo de que ciertos registros, archivos o bancos de datos personales que poseen organismos estatales (Ministerio del Interior, Dirección de Migraciones, Policía, municipalidades) o ciertas entidades privadas, podrían quedar excluidos de los alcances de la norma constitucional, alegando que no son un “servicio”, en la medida que la finalidad de sus sistemas informáticos es servir de apoyo a su actividad funcional interna, mas no suministrar informaciones a terceros ni poner dichos datos a disposición o consulta del público en general.

No creemos que esta interpretación restrictiva de la norma constitucional sea la más razonable. Debe entenderse que se puede interponer el hábeas data contra entidades estatales o privadas cuando sus registros, bancos de datos o archivos sobre datos personales brindan servicios e información a terceros o pueden ser consultados por el público.

2.3.3. Algunos aspectos procesales

Al proceso de hábeas data le son aplicables las mismas reglas procesales que al amparo (art. 65). No obstante, una diferencia particular es que se ha eliminado la exigencia de la legislación anterior de agotar la “vía previa”, denominación que impropriamente se refería al envío de una carta notarial de requerimiento al emplazado, con 15 días de anticipación, antes de la interposición de la demanda judicial. Ahora, el artículo 62 del Código plantea como requisito que la solicitud conste en documento de fecha cierta, sin que se atribuya a este requerimiento el carácter de “vía” previa. El plazo para que el emplazado dé respuesta o atienda al pedido es de diez días útiles, tratándose de información solicitada a entidades estatales, y de dos días útiles cuando versa sobre la protección de datos personales. Vencidos dichos plazos, y a falta de una acción satisfactoria del requerido, procederá la interposición del hábeas data ante el juez civil. La

observancia de estos plazos puede eliminarse en caso de acreditarse que su cumplimiento puede crear el peligro de un daño irreparable. Otra diferencia importante respecto al amparo, es que la exigencia de patrocinio de abogado resulta facultativa. Ello es positivo y justificado pues, en muchos casos, el pedido de información no ofrece mayor complejidad jurídica, lo que no amerita el concurso de abogado y facilita la más amplia utilización de este proceso, al reducir el costo de interposición y tramitación del hábeas data.

2.4. El proceso de acción de cumplimiento

El proceso de Acción de Cumplimiento *procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo*. Es conceptualizado como aquel mediante el cual “los particulares pueden reparar agravios a ciertos derechos e intereses subjetivos derivados del incumplimiento, por parte de las autoridades o funcionarios públicos, de mandatos establecidos en normas con rango de ley o en actos administrativos”.⁴ En esa medida, se afirma que a su interior se tramita dos clases de pretensiones: la primera, consistente en que el órgano jurisdiccional declare la ilegalidad del incumplimiento, que será una pretensión de condena; y, la segunda, que persigue que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento de lo omitido, que constituirá una pretensión de ejecución.⁵

El Tribunal Constitucional peruano, en reciente pronunciamiento, ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico el derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.⁶ Por su parte, el Código Procesal Constitucional, en su artículo 66, precisa como objeto del proceso de cumplimiento que la autoridad o el funcionario público renuente: “1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o, 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento”.

4 Carpio Marcos, Edgar. “La Acción de Cumplimiento”. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Jurista Editores, p. 944.

5 *Ibid.*

6 Expediente n.º 0168-2005-PC/TC, sentencia de fecha 29 septiembre 2005.

Según se puede advertir, el Código Procesal Constitucional comprende expresamente a los dos tipos de inactividad administrativa como pasibles de ser cuestionadas mediante el proceso de cumplimiento: la inactividad de carácter material, y la inactividad formal. La primera, supone el incumplimiento de una norma legal o la ejecución fáctica de un acto administrativo, sin necesidad de que medie un procedimiento administrativo.⁷ Por su parte, la inactividad formal se verifica “si, concluido un procedimiento administrativo, o ejercido el derecho de petición por el administrado, los funcionarios, autoridades, organismos u órganos administrativos no contesten ni resuelven lo que se les ha solicitado, a pesar de estar obligados a ello”.⁸

Respecto a la legitimación para interponer la demanda, el artículo 67 del Código señala:

Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido. Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento.

El artículo 69 del Código, como un requisito para la procedencia de la acción, establece que:

el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

Un aspecto medular para la procedencia de la acción de cumplimiento, tanto en el caso de las omisiones formales como en las materiales, lo

7 Espinosa-Saldaña, Eloy. *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*. Lima, Palestra, p. 80.

8 *Ibid.*

constituye la existencia de un mandato cuyo incumplimiento habilita la interposición de este proceso. Así, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, el mandato cuyo cumplimiento se exige debe gozar de certeza y claridad, lo cual se deberá apreciar a partir de la revisión de la norma legal o reglamentaria incumplida. Al respecto, el Tribunal precisa:

15. [...] el proceso de cumplimiento [...] no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.⁹

Por tanto, si bien es posible, en el marco del proceso de cumplimiento demandar el acatamiento de norma de rango legal o reglamentario, cuya omisión afecta a una generalidad de sujetos, siempre resulta indispensable que de ellas se infiera un mandato claro e indubitable, no siendo posible debatir a su interior controversias derivadas de la interpretación de normas legales; ni, menos aún, determinar las atribuciones de las entidades del Estado cuando exista controversia al respecto.

3. El control de constitucionalidad y legalidad de las normas: acción popular y de inconstitucionalidad

El Código se ocupa en el título VI de las disposiciones generales aplicables tanto a los procesos de inconstitucionalidad como de acción popular, dado que ambos suponen un control de la regularidad constitucional y legal de las normas de carácter general y del principio de jerarquía en el ordenamiento normativo (art. 75). Ello sin perjuicio, claro está, de la regulación especial y separada que reciben cada uno de estos procesos constitucionales en los títulos VII y VIII, respectivamente.

El proceso de acción popular se tramita y resuelve exclusivamente ante el poder judicial, mientras que el de inconstitucionalidad se dirige

9 Expediente n.º 0168-2005-PC/TC.

directamente ante el Tribunal Constitucional. Las sentencias firmes de ambos órganos en esta materia adquieren autoridad de cosa juzgada, son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen efectos generales desde el día siguiente de la fecha de su publicación (art. 82). Si la demanda es declarada fundada, ello acarreará la derogación de la norma cuestionada. Los jueces suspenderán la tramitación de procesos de acción popular cuando involucren normas cuya inconstitucionalidad se encuentre pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional, hasta que este expida la sentencia respectiva (art. 80).

3.1. El proceso de acción popular

El proceso de acción popular, según precisa el artículo 76 del Código, procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad pública de que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma que la Constitución o la ley señalan. La demanda puede ser interpuesta por cualquier persona (art. 84), ante la Sala de la Corte Superior de Lima que corresponda según la materia, cuando se trata de normas de alcance nacional; si la norma tiene carácter regional o local, será competente la Sala de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial donde se ubica el órgano emisor (art. 85).

El plazo de prescripción para la interposición de la demanda de acción popular es de cinco años, contados a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la norma cuestionada (art. 87). La Sala deberá pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda en un plazo no mayor de cinco días desde su presentación (art. 88). El auto admisorio se publicará por una vez en el Diario Oficial, así como una síntesis de la demanda, corriendo traslado al órgano emisor de la norma, según las especificaciones consignadas en el artículo 89 del Código. Los plazos para la contestación de la demanda, para la realización de la vista de la causa y la expedición de sentencia son, en cada caso, de diez días, respectivamente.

La sentencia podrá ser apelada, dentro de los cinco días de notificada, ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; también se elevará en consulta a esta en caso de no plantearse apelación. La sentencia final se dictará dentro de los diez días posteriores a la vista de la causa,

siendo publicada en el Diario Oficial, lo que hará las veces de la notificación. A diferencia de lo que sucede en el proceso de inconstitucionalidad, el artículo 94 del Código trae como importante novedad la posibilidad de que se decrete una medida cautelar, siempre que la sentencia de primer grado sea estimatoria de la demanda, lo que supondrá la suspensión de la eficacia de la norma cuestionada.

La sentencia del proceso de acción popular que declara fundada la demanda, no solo tiene efectos generales y derogatorios de la norma inconstitucional o ilegal, sino que también puede establecer su nulidad con efectos retroactivos. En tal supuesto, la sentencia determinará sus efectos en el tiempo (art. 81, párr. 3). Esta es una diferencia sustancial respecto de las sentencias fundadas en los procesos de inconstitucionalidad, que no tienen efecto retroactivo por disposición expresa del artículo 204, segundo párrafo de la Constitución.

3.2. El proceso de inconstitucionalidad

Siguiendo lo establecido por el artículo 200, numeral 4 de la Constitución, el artículo 77 del Código dispone que el proceso de inconstitucionalidad procede contra las normas de rango legal, es decir, leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, que contravengan la Constitución por razones de fondo o de forma. El artículo 75, en el segundo párrafo, agrega que puede demandarse la inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos o de urgencia que hayan regulado o modificado materias reservadas a leyes orgánicas, sin haberse aprobado con los requisitos y formalidades propias de estas.

Siguiendo al artículo 203 de la Constitución, el Código dispone que están legitimados para interponer el proceso de inconstitucionalidad el Presidente de la República, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo; los presidentes de los gobiernos regionales, con acuerdo de su consejo, y los alcaldes de los gobiernos locales, con acuerdo del concejo municipal; en estos dos últimos casos, únicamente en asuntos de su competencia. También están facultados para demandar la inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas

comprobadas, salvo cuando se cuestiona una ordenanza municipal, caso en que se requerirá el 1 por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda la cifra antes señalada. Asimismo están legitimados los colegios profesionales, en materias de su especialidad. En el artículo 99 del Código se detalla la forma en que cada una de las instituciones y personas legitimadas pueden interponer la demanda, para efectos de su representación procesal.

En el artículo 100 del Código se señala que el plazo para interponer la demanda de inconstitucionalidad es de seis años, contados desde la fecha de su publicación; en el caso de los tratados, en cambio, el plazo es de solo seis meses. Los artículos 101 y 102 precisan los requisitos mínimos que contendrán la demanda y los anexos que deben acompañarla, manteniendo en lo esencial lo regulado actualmente por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional n.º 26435; la novedad es la exigencia de acompañar una copia de la norma objeto de la demanda, indicando la fecha exacta de su publicación.

Interpuesta la demanda, el Tribunal Constitucional (TC) deberá pronunciarse sobre su admisión en un plazo que no puede exceder de diez días (art. 103). El Código introduce una interesante diferencia entre las causales de inadmisibilidad de la demanda y las de su improcedencia. Así, la demanda será declarada inadmisibile (art. 103) si adolece de alguno de los requisitos de contenido o anexos antes señalados; si se tratara de una omisión subsanable, se otorgará al demandante un plazo no mayor de cinco días para hacerlo. En cambio, según el artículo 104, el TC podrá declarar liminarmente la improcedencia de la demanda en caso de que esta haya sido interpuesta vencido el plazo de prescripción, cuando el Tribunal haya desestimado anteriormente una demanda de inconstitucionalidad por razones de fondo sustancialmente iguales a la pretensión, o si carece de competencia para pronunciarse sobre la norma impugnada.

El Código, en el artículo 105, dispone la improcedencia de medidas cautelares tratándose de un proceso de inconstitucionalidad. Atendiendo al interés público del proceso, el TC deberá impulsar de oficio su desarrollo, prescindiendo de la actividad o interés de las partes. El proceso únicamente termina por sentencia (art. 106). Corrido el traslado de la demanda, el Código establece que el plazo para contestarla será de treinta días (art. 107), y de diez días útiles ulteriores a esta para la vista de la

causa. Los abogados de las partes podrán realizar informe oral en la vista de la causa; la sentencia deberá dictarse dentro de los treinta días posteriores a la producción de dicha vista (art. 108).

Conforme señala la Constitución, el artículo 81 del Código establece que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma de rango legal tiene alcance general y carácter derogatorio, pero no efecto retroactivo ni puede reabrir procesos judiciales concluidos donde se haya hecho aplicación de la norma declarada inconstitucional. Las únicas excepciones a la regla de irretroactividad de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad son la materia penal, para la aplicación de la retroactividad benigna, y cuando la sentencia se pronuncie sobre normas de materia tributaria, que se hayan dictado violando el artículo 74 de la Constitución. En este último supuesto, el Tribunal deberá señalar expresamente los efectos en el tiempo de su decisión, lo que abriría la posibilidad que tales sentencias puedan tener efecto retroactivo. En todo caso, siempre en materia tributaria, el Tribunal deberá resolver en la sentencia lo pertinente a las situaciones jurídicas que se verificaron mientras la norma declarada inconstitucional estuvo en vigencia. Por la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal no recobran vigencia las disposiciones legales que esta hubiera derogado (art. 83).

4. El proceso competencial

El proceso competencial tiene por objeto dilucidar las controversias que surgen entre las entidades del Estado previstas en la Constitución, en torno a las competencias o atribuciones que le son reconocidas en el texto constitucional y en sus respectivas leyes orgánicas. Su conocimiento y resolución corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. La finalidad de este proceso, según refiere el profesor César Landa Arroyo, es garantizar la eficacia del principio de separación de poderes y de organismos constitucionales (división horizontal), así como la redistribución territorial del poder (división vertical) postulados en el artículo 43 de la Constitución.¹⁰

10 Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 179.

Es posible afirmar que son tres los elementos que configuran un Proceso Competencial. En primer lugar, encontramos a los sujetos en conflicto, caracterizados por su condición de entidades “públicas, creadas y dotadas de competencias por la Constitución”.¹¹ El segundo elemento es el objeto del debate procesal, que consiste en la competencia conferida por la Constitución o por la respectiva Ley Orgánica.¹² Como tercer elemento debemos mencionar que “el verdadero contenido del conflicto competencial reside en la interpretación de la Constitución. Es menester que exista una diferencia de interpretación entre los sujetos acerca de las reglas y criterios atributivos de competencias, no debiendo bastar para tener por configurado el conflicto con cualquier controversia de Derecho Público”.¹³ Producto de esta discrepancia, tiene lugar, a su vez, el debate en torno a un acto o decisión concreta.

En consecuencia, la labor del Tribunal Constitucional en este tipo de controversias consiste en determinar cuál es el órgano o institución titular de la competencia en controversia, y, de ser el caso, pronunciarse sobre la validez de los actos o decisiones que se adoptaron y que afectaron las atribuciones constitucionales de uno de los órganos enfrentados. En esta dirección, el artículo 110 del Código Procesal Constitucional prescribe: “El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.”

De acuerdo con lo establecido en la norma citada, es posible advertir que si bien en el Conflicto Competencial “aparece reforzada esta dimensión de tutela objetiva del ordenamiento”,¹⁴ en la medida en que se enfrentan dos partes con pretensiones contrapuestas:

“(…) la actividad del TC no se reduce, en consecuencia, a la mera interpretación de normas; (y si bien) no cabe duda que el conflicto (...) requerirá

11 García Roca, Javier. “El Tribunal Constitucional como Tribunal de Conflictos Constitucionales”. *Derecho procesal constitucional*. Lima, Juristas Editores, 2003, p. 220.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

14 Gómez Montoro, Ángel. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 254.

previamente un pronunciamiento sobre el significado de las mismas, (...) en todos estos casos la interpretación aparece como medio para resolver la controversia y no como fin del conflicto mismo”.¹⁵

Según el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, los conflictos en torno a las competencias constitucionales de cada entidad del Estado pueden ser de dos clases. Estaremos ante un *conflicto positivo*, cuando ambas entidades reclamen como propia determinada atribución, lo cual se ve reflejado en la adopción de una decisión o acto concreto de una, que afecta las competencias constitucionales de la otra. Por su parte, el *conflicto negativo* tiene lugar cuando las entidades niegan la titularidad de determinada competencia, rehuendo actuaciones que importen su ejercicio. Como es evidente, en estos casos, dado que la competencia no es ejercitada por ninguna de las entidades, no encontramos actos concretos que reflejen el conflicto. Al respecto, el artículo 113 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente:

Artículo 113.- Efectos de las sentencias

La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.

Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas.

Conforme se puede advertir, la declaración de la nulidad de los actos emitidos y que supongan la invasión del marco competencial de una de las entidades, tiene lugar únicamente cuando se trata de conflictos positivos. Cabe reiterar que si bien dicha declaración se enmarca en un caso concreto, no supone la ausencia de discusión abstracta con relación a la titularidad de la competencia. Por su parte, tratándose de conflictos

15 *Ibid.*, p. 262.

negativos, en los que las entidades involucradas rehúyen su actuación, el Tribunal debe proceder de acuerdo con lo prescrito en el último párrafo del citado artículo 113 del Código Procesal Constitucional.

5. Reflexión final

Ciertamente este Código Procesal Constitucional introduce avances importantes, con la intención de contribuir a la mejor protección de los derechos fundamentales y a la preservación de la constitucionalidad. El hecho que la norma tenga como marco lo dispuesto por la vigente Constitución, solamente ha impuesto algunas limitaciones, en especial respecto al acceso restringido ante el Tribunal Constitucional en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; o a la no participación del TC como última instancia en los casos donde se aplica el control difuso de constitucionalidad. Lo que si es cuestionable, es la incorporación por el Congreso de un trato diferenciado para la tramitación y efectos de las medidas cautelares en los procesos de amparo, cuando el demandado es un gobierno municipal o regional. Creemos que se trata de una distinción inadecuada, a la par de inconstitucional.

Pero, en definitiva, el Código apuesta a fortalecer el rol de la judicatura en el manejo y resolución de estos procesos constitucionales. Dependerá pues, en mucho, de la capacidad de los magistrados, así como de su compromiso real con los valores y derechos constitucionales, si los nobles propósitos de este Código Procesal Constitucional peruano se ven realizados.

6. Bibliografía

- Carpio Marcos, Edgar. “La Acción de Cumplimiento”. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Jurista Editores, 2004.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Espinosa-Saldaña, Eloy. *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*. Lima, Palestra, 2004.
- Expediente n.º 0168-2005-PC/TC, sentencia del 29 septiembres 2005.
- García Roca, Javier. “El Tribunal Constitucional como Tribunal de Conflictos Constitucionales”. *Derecho procesal constitucional*. Lima, Juristas Editores, 2003.
- Gómez Montoro, Ángel. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Capítulo III

De la propuesta a la vigencia.
La justicia constitucional
ecuatoriana en perspectiva

Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador

Agustín Grijalva Jiménez*

En este artículo se examina la independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional, especialmente del Tribunal o Corte Constitucional,¹ como condición para la efectividad de la Constitución. En el desarrollo del análisis se revisan críticamente, aunque en forma básica, las nociones de independencia judicial, derechos constitucionales y democracia deliberativa.

En los estudios sobre políticas y reformas judiciales es frecuente hallar análisis en torno a tres variables: independencia, acceso y eficacia. La *independencia* se refiere principalmente² a la relación de la rama judicial con el Ejecutivo y el Legislativo, aunque también los grupos de poder político y económico pueden ejercer presiones indebidas sobre los jueces. El *acceso* evalúa la posibilidad real de los ciudadanos en cuanto a recurrir a los jueces para proteger sus derechos. La *eficacia* alude a la capacidad operativa de estos jueces, se refleja en indicadores cualitativos como la calidad de los fallos e indicadores cuantitativos como el volumen de causas o los tiempos para procesarlas.

* Doctor en jurisprudencia, PUCE, y politólogo; magíster en ciencias políticas, University of Kansas; Ph.D, University of Pittsburgh. Docente del área de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Miembro académico del Consejo de Educación Superior (CES).

1 Usamos aquí indistintamente los términos Tribunal o Corte Constitucional para referirnos al máximo órgano de interpretación y control constitucional en un sistema jurídico.

2 Decimos “principalmente” porque existe también un concepto de independencia interna a la función judicial que describe la relación entre jueces de distintos niveles. Basados en esta noción, los jueces ordinarios, por ejemplo, no pueden y no deben estar sometidos a presiones inadecuadas de jueces de cortes superiores o supremas.

Estas variables, aunque empleadas principalmente en los estudios de la jurisdicción ordinaria y la reforma judicial, son también útiles para entender otra área específica del sector justicia: la justicia constitucional.

1. Independencia

Respecto a la independencia hay tres aspectos problemáticos que aquí abordamos: 1) ¿Qué se puede entender por independencia de una Corte Constitucional? 2) La importancia política de esta independencia. 3) La compatibilidad de esta independencia con la democracia.

1.1. ¿Qué es independencia?

La noción de *independencia judicial* es siempre discutible, siempre problemática, pues cualquier concepto de independencia está ligado a la forma como veamos las relaciones entre derecho y política. Planteando el problema con bastante simplificación las divergencias podrían plantearse así: quienes creen que derecho y política pueden aislarse totalmente uno de otro verán la independencia judicial como una condición de autarquía o asepsia social y política de los jueces; quienes pueden y deben juzgar *estrictamente* acorde a las normas jurídicas.

Subyace aquí la visión del juez como actor pasivo, “mero aplicador de la ley”. Esta es la concepción del positivismo jurídico clásico, que es la que prevalece en la cultura jurídica ecuatoriana. Tal visión es insostenible por múltiples razones, entre ellas: supondría no una división de poderes, sino un aislamiento entre funciones del Estado, donde estas no interactúan en absoluto; implicaría una suerte de irresponsabilidad social y política por la cual el juez supuestamente puede aislarse de su contexto para decidir sobre la base de un único y exclusivo sentido puramente jurídico de la norma. Esta visión sobre el juez se opone no solo a de la moderna hermenéutica jurídica, sino también a la creciente literatura e investigación empírica proveniente de los estudios contemporáneos de políticas judiciales.

Quienes creemos que derecho y política son dos esferas diferenciadas y específicas, relativamente autónomas, pero estructuralmente relacionadas,

atenderemos a los términos de esta relación antes que plantear la ausencia de la misma. Desde esta perspectiva la independencia judicial se basa en la autonomía, no en la autarquía, y el juez para ser independiente requiere ejercer un poder político propio hacia los otros poderes con los que interactúa, poder que se concreta en la posibilidad real de imponer en un litigio su interpretación jurídica de la Constitución o la ley.

Desde una concepción crítica que relacione derecho y política, la independencia judicial de una Corte Constitucional puede ser mejor entendida como: (1) el surgimiento o presencia de un tipo diferenciado de actor político: la Corte Constitucional, actor que (2) tiene un poder propio o autónomo que le permite reducir tanto las injerencias indebidas como los costos políticos en sus procesos decisorios. Frente a la noción de independencia judicial (noción negativa) que destaca la ausencia de injerencias indebidas sean políticas, mediante corrupción u otro tipo de presiones, la concepción crítica busca integrar esta noción negativa a otra positiva que destaca también el poder propio y específico del juez constitucional.

En esta perspectiva la independencia no es dicotómica, es decir no se plantea que la Corte es totalmente independiente o no lo es en absoluto, sino que la independencia se plantea como un fenómeno gradual, de mayor o menor intensidad. Por tanto, una Corte Constitucional es *más independiente* cuando puede establecer su interpretación jurídica de la Constitución, incluso contra la posición de otras funciones del Estado, y con una baja probabilidad de drásticas retaliaciones políticas por parte del Congreso, el Presidente o los partidos políticos.

Podría parecer más que extraño que se plantee que el juez constitucional deba erigirse como un actor político cuando el drama del Ecuador es justamente la politización de la justicia. Sin embargo, cuando se dice que *el juez es un actor político*, el término “político” se refiere a la posibilidad del juez de *ser actor por sí mismo*, es decir de actuar con relativa libertad en su proceso interpretativo del derecho, justamente sin injerencias o a pesar de las injerencias indebidas de los partidos políticos u otras fuerzas sociales.

En efecto, si algo revela hoy la hermenéutica jurídica moderna es que los jueces, y más aún los constitucionales, son actores políticos. Pero son o deben ser *políticos* en un sentido sumamente específico y diverso al que

lo son los partidos políticos, los movimientos sociales o los grupos de presión. Son políticos, primero porque ejercen poder estatal y aplican normativa jurídica, especialmente la Constitución, las cuales son expresiones de procesos políticos. Segundo, porque muchas decisiones de los jueces constitucionales suelen tener gran impacto político.³ Y tercero, porque este poder se basa en la posibilidad de seleccionar entre varias interpretaciones jurídicamente admisibles en base a un mismo texto legal. Esta discrecionalidad —que no arbitrariedad— en la interpretación es la labor específica del juez y constituye el núcleo de su independencia.⁴ Esta independencia entendida como autonomía política, sin embargo, no se justifica por y para sí misma. El juez constitucional en su labor hermenéutica tiene mandatos definidos, entre los cuales destaca la decidida protección de derechos fundamentales.

En ese sentido, el juez constitucional afirma su propio poder político mediante un rol activo y creativo, pero ciertamente profesional, en la interpretación constitucional, y en particular en la defensa de derechos fundamentales. Al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que estas normas, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos. El juez constitucional debe entonces esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la mejor defensa de los derechos constitucionales.

Esta definición de la Corte Constitucional como actor político es imperativo reiterarlo y advertirlo, no desmerece sino que fundamenta su carácter de órgano jurisdiccional. Una Corte Constitucional requiere ser políticamente independiente para construir sus análisis jurídicos y sostener sus decisiones no arbitrariamente o por indebidas presiones sino basadas en el derecho y, fundamentalmente, en la Constitución. La Corte antes y más que ningún otro órgano público está y debe estar posibilitada

3 Aquí puede mencionarse la posición de García de Enterría, quien reconoce que las decisiones del juez constitucional tienen impacto político, pero al tiempo plantea que debe decidirse exclusivamente y estrictamente en base a criterios jurídicos. Como venimos sosteniendo, esto no solo no es posible sino que no sería responsable. Véase García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985, pp. 39 a 61 y 95 a 114.

4 Véase De Trazegnies, Fernando. “El rol político del abogado litigante”. *Los abogados y la democracia en América Latina*. AA.VV. Quito, ILSA, 1986; también véase Taruffo, Michele. “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”. *Revista Isonomía*, 22 (abril 2005).

y a su vez limitada por las posibilidades interpretativas que abre el propio texto constitucional, por los derechos fundamentales, por la lógica y el lenguaje jurídico, por la cultura constitucional de los ciudadanos, por su propia jurisprudencia y un maduro sentido de prudencia política.

En consecuencia, los límites al juez constitucional surgen en un sentido objetivo de las propias posibilidades jurídicas, lógicas y lingüísticas de la interpretación constitucional, los cuales no son infinitos; y segundo, en un sentido subjetivo de una autorrestricción del Tribunal o Corte Constitucional que decide basada en este rango limitado de posibilidades hermenéuticas. Se trata entonces fundamentalmente de una libertad política para proteger y dilucidar los derechos fundamentales en el derecho y desde el derecho, pero sin aislarlo artificiosamente de sus complejas e intensas relaciones con la sociedad, la política y la cultura.

En Ecuador la clase política históricamente ha impedido que los jueces, y en particular el Tribunal Constitucional, se constituyan en nuevos actores políticos, realmente independientes, en el sentido que venimos planteando. Demasiadas interpretaciones del Tribunal Constitucional en casos sujetos a alta presión política se caracterizaron por su extrema deferencia al Congreso, su inconsistencia normativa y lógica, su debilidad argumentativa, su brevedad o formalismo. De hecho los medios de comunicación, al comentar las llamadas resoluciones⁵ del Tribunal Constitucional, atendían más a la correlación o distribución de “fuerzas partidarias” al interior del Tribunal y a las presiones provenientes del Congreso que al problema jurídico, la normativa aplicable, la jurisprudencia preexistente o al derecho en cuestión.

En efecto, el Tribunal Constitucional operó más como un espacio integrado por representantes o delegados de los partidos políticos y de instancias corporativas, que como una institución profesional y autónoma con poderes, políticas, estrategias y decisiones propias; es decir, como un actor político independiente de carácter judicial. En este sentido, puede plantearse la hipótesis de que en Ecuador lo que se produjo fue una politización de la justicia constitucional, mas no una judicialización de la política, puesto que esto último implica jueces constitucionales independientes y relativo acatamiento del control jurídico que estos ejerzan sobre ciertas decisiones o procesos políticos.

5 Técnicamente en realidad son sentencias.

En otros términos, lo que teníamos en el país era una suerte de instrumentalización o manipulación del derecho y la justicia constitucional, a efectos de legitimar lo que en realidad son decisiones político-partidarias. Por supuesto, hay sentencias del Tribunal en las cuales no habiendo presión política o corrupción, se desarrollaron análisis jurídicos, algunos de ellos incluso muy interesantes; probablemente estos casos constituyen un buen número de los que resolvió el Tribunal. Pero desde el punto de vista político y cualitativo, muchos casos cruciales en que el Tribunal debió cumplir una función clave para la superación de conflictos o crisis políticas o definición de derechos, fueron sometidos a tremendas presiones que han distorsionado el proceso decisorio.

¿Por qué la clase política ha impedido el surgimiento del Tribunal Constitucional como un actor político y jurisdiccional efectivamente independiente? Una hipótesis plausible era la ausencia en Ecuador de un acuerdo o pacto político para dar lugar a un Estado de derecho realmente regido por una Constitución y a sus correspondientes órganos de control jurídico. Es claro que estos órganos vendrían a regular y limitar la actividad política partidaria para ajustarla a los cánones constitucionales. En lugar de ello, cada partido o sector político ha pugnado por controlar a estos órganos para que legitimen sus intereses en los casos de alta relevancia política.

Una clara evidencia de este tipo de relación se halla en la que históricamente ha mantenido el Tribunal Constitucional y el Congreso. El cuadro siguiente pone en evidencia la crónica intervención del Congreso en el Tribunal a efectos de presionar a este para que resuelva en el sentido que la coalición legislativa dominante ha pretendido imponer.

Acciones de intervención política sobre el Tribunal Constitucional (TC) en Ecuador 1997-2007

AÑO	ANTECEDENTES	TIPO DE ACCIÓN
1997	Destitución del presidente de la República, Abdalá Bucaram (6 de febrero).	Destitución del TC.
1999	TC juzga constitucionalidad de Ley para las Reformas de las Finanzas Públicas.	Congreso destituye al TC.
2001	Inconstitucionalidad del aumento del Impuesto al Valor Agregado.	Presidente Gustavo Noboa plantea reemplazo del TC por sala constitucional en la Corte Suprema.
2004	Reorganización de la Corte Suprema y del Tribunal Supremo Electoral por parte del Congreso (24 de noviembre).	Congreso destituye al TC (noviembre-diciembre). Congreso designa nuevos vocales (25 de noviembre).
2005	Congreso nombra nuevo TC.	Nueva mayoría legislativa deja sin efecto nueva designación de TC. TC queda inactivo por meses.
2007	TC restituye a 50 diputados destituidos por el Tribunal Supremo Electoral.	Destitución del TC (24 de abril).

Elaboración: Agustín Grijalva Jiménez y Luis Ávila.

Fuente: Ávila Santamaría, Ramiro. "Justicia Constitucional y Derechos Humanos". *Revista Foro* (Quito) 4, Corporación Editora Nacional (2005).

1.2. Importancia política de la independencia de la Corte Constitucional

La independencia de la justicia constitucional es indispensable para la eficacia de la Constitución. Sin jueces constitucionales que bajo criterios jurídico-políticos resguarden la supremacía de la Constitución, esta queda debilitada en su eficacia jurídica y limitada a una declaración de propósitos políticos.⁶

6 A su vez, como se expuso, sin voluntad política por constituir tribunales realmente independientes y profesionales, al menos parte de la justicia constitucional funciona como mera racionalización jurídica de decisiones políticas.

Más específicamente, sin un Tribunal o Corte Constitucional independiente, la actividad de los legisladores y administradores no se ve realmente sometida a los procedimientos, valores y derechos que la Constitución establece. Son los jueces, y en particular el Tribunal o Corte Constitucional, quienes deben controlar la compatibilidad con la Constitución, tanto de la legislación como de la actividad de la administración pública. Sin tal control, en los hechos el legislador tiende a legislar sin Constitución, y el Ejecutivo a actuar al margen de esta.

Por otra parte, la debilidad del Tribunal Constitucional propicia la inestabilidad política, puesto que no permite una adecuada mediación en los conflictos entre el Presidente y el Congreso. Así, por ejemplo, si estas funciones del Estado no están de acuerdo en cuanto a la constitucionalidad de una ley como en el caso de la objeción presidencial a un proyecto de ley por inconstitucional, el Tribunal es el espacio institucional en el cual este desacuerdo debe y puede resolverse. Si el desacuerdo proviene de un sector de la sociedad civil, este también puede demandar la inconstitucionalidad de esta ley, incluso cuando ya está vigente y antes de ser aplicada a un caso concreto.

En definitiva, cuando ciertos conflictos o desacuerdos no han podido procesarse políticamente porque no han generado la deliberación y el consiguiente nivel de acuerdo subyacente a la ley, un Tribunal Constitucional puede constituir una suerte de segunda arena en que esta discusión puede volver a tener lugar en términos diversos. Estos términos son los del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta segunda discusión puede originarse no solo por el contenido de la ley, sino por la falta de democracia en su aprobación. En efecto, corresponde también a la justicia constitucional verificar que se hayan cumplido los procedimientos constitucionales para la aprobación de la ley. Procedimientos que por lo general están diseñados para asegurar la interacción razonable de opiniones y argumentos, y que además regulan la toma democrática de decisiones.

Por ejemplo, si el Congreso y el Ejecutivo aprueban una ley que la minoría parlamentaria y ciertos sectores u organizaciones sociales consideran contraria a determinados derechos constitucionales, quienes disienten pueden demandar su inconstitucionalidad sea por su contenido o por

el procedimiento de su aprobación, y el Tribunal provee el foro para reiniciar la discusión. Esta nueva discusión puede derivar en la nulidad o en una reinterpretación de la ley (control constitucional abstracto). Pero incluso si esta ley llega a aplicarse a un caso concreto, un juez puede dejar de aplicarla (control constitucional concreto) y también reiniciar la discusión en el Tribunal Constitucional, al consultar a este sobre la constitucionalidad de tal ley.

En este proceso, el Tribunal contribuye también a esclarecer el alcance de los derechos humanos afectados. Puesto que tales derechos adoptan en la Constitución la forma de principios muy generales; la dilucidación de los contenidos y regulación de tales derechos se hace por dos vías: la legislativa y la jurisprudencial.

En la primera vía, el Congreso y el Ejecutivo desarrollan y regulan los derechos constitucionales mediante su actividad legislativa. En la segunda, los jueces perfeccionan, precisan, concretan, reinterpretan y controlan esta legislación para que se enmarque en los valores y derechos que la Constitución establece.

A estas dos vías se debería agregar el control ciudadano o social directo. Este control se activa fundamentalmente mediante una activa participación política, más allá de —o mejor en coordinación con— las instancias político-representativas, y en defensa de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. En efecto, como destacaremos más adelante al estudiar el acceso social a la justicia constitucional, la cultura constitucional de los ciudadanos es fundamental para la operación de un sistema constitucional.⁷

En consecuencia, en un sistema constitucional, legislación y control constitucional son dos procesos alternativos y a la vez complementarios. La clase política en Ecuador ha incluido formalmente algunos elementos de este diseño institucional en las constituciones, pero ha excluido otros intencionalmente tanto por la falta de acuerdo político como por la intención de evitar la disminución efectiva de su poder mediante el desarrollo de formas independientes de control jurídico.

7 Considerese, por ejemplo, al respecto las teorías de Peter Haberer, para quien la Constitución más que un texto es un permanente proceso cultural, histórico y político en el cual participan todos los ciudadanos en una comunidad abierta y pluralista de intérpretes.

1.3. Independencia judicial y democracia

En la teoría política y en la doctrina constitucional siempre se destaca la tensión entre constitucionalismo y democracia.⁸ Los jueces constitucionales, pese a no haber sido elegidos directamente por los ciudadanos, pueden y deben con frecuencia juzgar la constitucionalidad de decisiones o normas de autoridades e instituciones popularmente electas. De esta forma, las leyes promulgadas por el Congreso Nacional, los decretos del Presidente de la República o las normas expedidas por los gobiernos locales pueden declararse jurídicamente inválidos y, por tanto, quedar materialmente insubsistentes. Surge entonces la pregunta: ¿cómo es posible que un juez o un pequeño grupo de jueces (Tribunal Constitucional) anulen lo decidido por representantes elegidos por millones de ciudadanos? Esto es lo que se ha denominado la *dificultad contramayoritaria*, la cual viciaría estructuralmente la legitimidad de la justicia constitucional.

Los constitucionalistas por su lado han esgrimido múltiples argumentos en defensa del control constitucional.⁹ Han planteado que una Constitución no solo expresa, o debe expresar, acuerdos o intereses mayoritarios, sino que implica también procedimientos y límites para esta voluntad mayoritaria. El ejemplo más claro de estos límites está dado por los derechos fundamentales, especialmente los derechos de los individuos y de las minorías, los cuales se erigen como valla infranqueable para esta voluntad mayoritaria, dando lugar a una democracia que incluye a las minorías junto a las mayorías en lugar de enfrentarlas, una democracia más basada en el consenso y la inclusión que en el número.¹⁰ Por otra parte, la propia voluntad mayoritaria, expresada supuestamente en la mayoría legislativa, mal podría viabilizarse sin procedimientos adecuados, y los principales de estos debe regularlos la Constitución.¹¹

8 Una referencia clásica a esta dificultad es el debate sobre la legitimidad del Tribunal Constitucional entre Carl Schmitt y Hans Kelsen. Para una visión general, véase García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 1985. Para una referencia contemporánea del problema contramayoritario, véase Gargarella, Roberto. "Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia". *Los derechos fundamentales*. Marcelo Alegre *et al.* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003. Una moderna defensa del constitucionalismo se encuentra en Ferrajoli, Luigi. "La democracia constitucional". *Desde otra mirada*. Comp. Christian Courtis. Buenos Aires, Eudeba, 2001.

9 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*

10 Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy*. New Haven, Yale University Press, 1999.

11 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

El debate entre demócratas y constitucionalistas no ha sido zanjado en la teoría, pero en la práctica las nuevas democracias que emergieron alrededor del mundo en los ochenta y noventa del siglo veinte establecieron tribunales constitucionales o poderes de control constitucional en sus cortes supremas.¹² Por tanto, la expansión democrática ha sido durante las últimas décadas históricamente paralela a la de la justicia constitucional.¹³ Pese a sus fuertes tensiones constitucionalismo y democracia han mostrado también una faceta complementaria.

Esta relativa complementariedad, por supuesto, no elimina las dudas sobre la mayor o menor democracia que el propio sistema de control constitucional puede articular en su dinámica interna y en su relación con la sociedad civil. Más concretamente, no todos los jueces y tribunales constitucionales son idénticos. Los hay, para ejemplificar antípodas, activistas y pasivos, independientes y subordinados al Legislativo o al presidente, rigurosos en la técnica de su jurisprudencia o bastante básicos a este respecto, activos defensores de derechos o débiles en tal función. Surge entonces la pregunta: ¿qué tipo de Tribunal Constitucional es el que puede complementarse mejor con la democracia?

Como se ha dicho, se requiere un Tribunal independiente, que cumpla su función política definida. Pero se requiere además un Tribunal comunicado con la sociedad, con los ciudadanos que reclaman por sus derechos constitucionales. Esta comunicación implica condiciones institucionales muy específicas, algunas de las cuales están definidas por el nivel del acceso ciudadano a la justicia constitucional.

2. Acceso

El acceso a un Tribunal Constitucional tiene una *dimensión formal* definida por los procedimientos jurídicos que permiten poner en marcha la capacidad decisoria del Tribunal. Sin embargo, hay además una *dimensión material o social* del acceso, la cual está dada por la política judicial que el Tribunal desarrolle en su relación con la ciudadanía.

12 Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

13 Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy*. New Haven, Yale University Press, 1999.

Incluso con una misma normativa regulando el acceso formal puede haber distintos grados de apertura o acceso social. Un Tribunal Constitucional puede estar atento, en mayor o menor grado, a la opinión pública; puede considerar con mayor o con menor fuerza la información de actores afectados e interesados, o los informes de expertos, dando lugar a un verdadero proceso deliberativo como se expone más abajo; puede incluso iniciar o no vía legislativa o jurisprudencial un proceso de reforma o reinterpretación a su normatividad interna que le permita ampliar o restringir incluso las vías de acceso formal.

Por tanto, el acceso formal o jurídico y el acceso material o socialmente considerado se hallan estructuralmente relacionados. En lo que sigue, se examina la dimensión formal y material del acceso en el caso del Tribunal Constitucional ecuatoriano.

Acceso formal. Se relaciona con la disponibilidad de lo que en el derecho constitucional se denominan *garantías*, esto es con la existencia de instituciones y procedimientos jurídicos que permitan resguardar la supremacía constitucional y especialmente el respeto a los derechos fundamentales. Las garantías son tan importantes como los derechos puesto que sin aquellas estos, pese a su vigencia formal, quedan en meras expectativas sin posibilidades de ejecución coercitiva ante los tribunales.¹⁴ Por tanto, si las acciones y garantías no operan adecuadamente de poco sirve una amplia y desarrollada gama de derechos constitucionales.

En Ecuador, la Constitución de 1998 ya establecía la supremacía constitucional e incluía amplias tablas de derechos. Paradójicamente, las leyes, otras normas infralegales y el formalismo predominante en la cultura jurídica nacional, regularon las acciones y garantías de forma tal que en alguna medida se favorecía luego su indebida restricción.¹⁵

El ejemplo más claro era el del amparo. Respecto a esta garantía se planteaba insistentemente que había un constante abuso. Se decía que se recurría indebidamente al amparo cuando este no era el medio jurídicamente adecuado para reclamar determinados asuntos ante los jueces. Había un grado de verdad en esta afirmación, puesto que el amparo con

14 Peña, Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Valladolid, Editorial Trotta, 1997.

15 Estas restricciones, pese a su inconstitucionalidad, se hallan incluso reguladas en la Resolución de la Corte Suprema sobre el Amparo y la Ley de Control Constitucional.

frecuencia era utilizado como una argucia jurídica dilatoria de procesos judiciales en los que no estaban en juego derechos fundamentales. No obstante, por otro lado, con tanta o más frecuencia *los jueces negaban amparos cuando en verdad estaban siendo violados derechos constitucionales*. Estas negativas con penosa frecuencia se fundamentaban en formalismos secundarios que hacían tabla rasa del principio de que no se sacrifique la justicia por formalidades (principio *pro actione*).

En la Constitución de 2008 los derechos y garantías se amplían y fortalecen. Se busca una desformalización de las garantías y, entre ellas, de la acción de protección la cual tiene como antecedente el amparo. Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) inconstitucionalmente vuelve residual la acción de protección,¹⁶ pues la Constitución la concibe como una garantía directa y eficaz.¹⁷ Basándose en la LOGJCC, muchos jueces niegan acciones de protección dejando desprotegidos derechos constitucionales, en tanto progresivamente se va revelando que en la práctica de la acción de protección se vienen manteniendo muchas de las distorsiones y falencias que caracterizaron al amparo¹⁸ bajo la Constitución de 1998.

Una razón para esta restricción del amparo y actualmente de la acción de protección radica en la cultura formalista y paleopositivista que predomina entre muchos jueces y abogados en el Ecuador. La Constitución se interpreta del mismo modo que cualquier ley, imponiéndole una hermenéutica administrativista o civilista, sin considerar que existe toda una subdisciplina que considera las particularidades de la interpretación constitucional, la cual ha desarrollado técnicas y criterios propios los cuales se complementan con los métodos de interpretación jurídica general.¹⁹ En Ecuador los derechos fundamentales tienden

16 Artículo 42, numeral 4 de la LOGJCC.

17 Artículo 88 de la Constitución del Ecuador.

18 Para un estudio de esta continuidad entre amparo y acción de protección puede revisarse los artículos de mi autoría en los Informes de Derechos Humanos del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina de los años 2009 y 2010. Internet. <http://repositorio.uasb.edu.ec/>.

19 Por supuesto, hay un amplio e intenso debate teórico sobre la mayor o menor intensidad en las diferencias entre métodos de interpretación constitucional y métodos jurídicos generales de interpretación. Para un acercamiento al debate, puede revisarse Carbonell, Miguel, ed. *El canon neo-constitucional*. Bogotá, Universidad Externado, 2010; también publicado en España por Editorial Trotta en el mismo año.

a ser entendidos exclusivamente como derechos individuales y subjetivos. Por tanto, la exigencia de su respeto correspondería exclusivamente al directamente afectado. Cuando alguien exige la protección de un derecho colectivo o difuso, el sistema con frecuencia no admite el reclamo basado en criterios formalistas que tienden a viabilizar y priorizar acciones individuales sobre derechos civiles.

Empero, los derechos fundamentales son hoy concebidos no simplemente como derechos subjetivos de personas individuales, sino además como verdaderas *instituciones públicas*,²⁰ y sus titulares van más allá de los individuos afectados, incluyendo a los ciudadanos en general y a los colectivos que estos forman. Así, por ejemplo, un derecho como el de libertad de opinión e información, no interesa solamente a aquel que en un conflicto específico está siendo afectado, sino a la sociedad democrática en su conjunto, puesto que el proceso deliberativo, la formación de consensos y la participación política misma dependen de este derecho. Por supuesto, lo mismo puede decirse de derechos como el de asociación, de reunión o el sufragio.

Por otro lado, hay una amplia gama de nuevos derechos constitucionales cuyos titulares no son individuos sino comunidades, pueblos o colectivos.²¹ Un ejemplo claro está dado por los pueblos indígenas, los cuales son titulares, en tanto pueblos, de derechos tales como la gestión de sus sistemas educativos, la preservación de sus idiomas, de sus conocimientos tradicionales, la posesión de sus tierras ancestrales, el ejercicio de su administración de justicia, etc. Otro ejemplo está dado por el derecho ambiental, donde son comunidades enteras, y no solo individuos, las que pueden ser afectadas por fenómenos como la contaminación.

Otros ejemplos de restricción del acceso formal a la justicia constitucional en Ecuador, bajo la Constitución de 1998, radicaban en la prohibición de interponer amparo contra decisiones judiciales, contra actos de

20 Para una visión general respecto de las diversas teorías sobre la naturaleza de los derechos fundamentales, véase Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 1999, especialmente el capítulo 7. Otra buena visión panorámica la provee Landa, César. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2006.

21 Este es uno de los cambios estructurales en el paso del modelo de Estado Liberal al modelo de Estado Social. Véase al respecto Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 47 a 64.

gobierno, y contra la aplicación de normas que implique la violación de derechos constitucionales.²² Varias de estas restricciones fueron eliminadas con la Constitución de 2008, aunque la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha mantenido o creado inconstitucionalmente nuevas restricciones, como por ejemplo la de exceptuar del objeto de la acción de protección a las decisiones del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral.²³

Así mismo, otra garantía fundamental, la de hábeas corpus, se hallaba en la Constitución de 1998 limitadamente definida, pues no incluía múltiples formas posibles de privación de la libertad, sino que se limitaba a la que puedan ocasionar los establecimientos carcelarios. Esta limitación fue superada por la Constitución de Montecristi, la cual expandió, conforme a la jurisprudencia interamericana, el objeto del hábeas corpus a otras formas de privación de la libertad, producidas incluso por particulares.²⁴

Acceso material o social. Tiene relación con el proceso de democracia deliberativa que se genere en y alrededor del Tribunal Constitucional. Como sabemos, la democracia deliberativa se concibe como un proceso comunicacional en que los ciudadanos exponen y transforman sus preferencias a partir de la discusión en términos de igual participación y respeto.²⁵

En efecto, tanto en algunas corrientes de la teoría política contemporánea, marcadas especialmente por el pensamiento de Jürgen Habermas, como en la práctica judicial de algunos tribunales constitucionales, hallamos dinámicas propias de la democracia deliberativa. Esto sucede o debería suceder, por ejemplo, en la llamada acción abstracta de inconstitucionalidad cuando existe una amplia legitimación activa, es decir, un amplio acceso formal para demandar la inconstitucionalidad de una norma (legitimación popular), este es el caso del artículo 439 de la Constitución de 2008, mediante la cual cualquier ciudadano o ciudadana individual o

22 Esta temática es profundizada en la presente publicación por el artículo de Ramiro Ávila Santamaría.

23 Artículo 42, numeral 7 de la LOGJCC.

24 El artículo 89, primer párrafo, de la Constitución de 2008 hace referencia a la orden de autoridad pública o de cualquier persona que haya privado a otro de su libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima.

25 La referencia básica a este respecto es la obra *Facticidad y validez* de Jürgen Habermas.

colectivamente puede solicitar al Tribunal Constitucional que considere la constitucionalidad de una ley u otra norma jurídica.

En este proceso constitucional pueden participar otros interesados o afectados, además de expertos, técnicos o profesionales, presentando sus argumentos, sus datos, sus valoraciones. Por supuesto, la discusión tenderá a expresarse principalmente en los términos y en la lógica del Derecho Constitucional, pero ello no impide que el debate se extienda informalmente a otros espacios de la opinión pública, a los cuales los magistrados del Tribunal o Corte Constitucional también deberían atender y de hecho atienden en los medios de comunicación.

Esta visión del proceso constitucional como un proceso deliberativo ha llevado a Robert Alexy a sostener que los jueces constitucionales ejercen, lo que él llama, una “representación argumentativa”.²⁶ Mientras que el Congreso surge de una representación basada fundamentalmente en elecciones, el Tribunal Constitucional centra su legitimidad en la corrección de sus argumentos, en la solidez de su interpretación y su discurso jurídico. En otros términos, la legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores de los ciudadanos. De hecho, esta necesidad de legitimación mediante el discurso es una limitación más a las posibilidades técnicamente admisibles de interpretación constitucional, una valla más que impide que la discrecionalidad del intérprete derive en arbitrariedad.

Ahora bien, para que exista deliberación constitucional no es suficiente la disponibilidad y capacidad de jueces y magistrados constitucionales. Son los ciudadanos en general los que deben apropiarse de la Constitución, conocer y exigir políticamente y jurídicamente sus derechos fundamentales, incluyendo los derechos sociales y colectivos. Son los ciudadanos los que deben demandar y argumentar contra las leyes u otras normas inconstitucionales, y desplegar este debate en los diversos espacios de la opinión pública. En este marco la Corte Constitucional es el espacio más institucionalizado del debate, pero no un espacio exclusivo ni excluyente de otros. Dicho con otras palabras, una Corte Constitucional

26 Alexy, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. México, Distribuciones Fontamara, 2005.

en una democracia con ciudadanos realmente imbuidos de una cultura constitucional no puede continuar concibiéndose como una élite de jueces de espaldas a estos ciudadanos. Hoy una Corte Constitucional debe ser un foro democrático donde las razones se expresen, se escuchen, se consideren.²⁷

Pero además, la Corte Constitucional no solo debe constituir ella misma un espacio de deliberación racional y razonable, sino que debe asegurar que otros espacios institucionales como, por ejemplo, el proceso legislativo y los procesos judiciales ordinarios incluyan este proceso deliberativo.²⁸

Han sido Habermas²⁹ y Ely quienes han liderado conceptualmente la valoración de una Corte Constitucional en función de su rol protectorio del proceso democrático en cuanto procedimiento. En efecto, si los derechos constitucionales para ser legítimos son siempre definidos mediante discusiones que requieren procesos democráticos, se vuelve indispensable que alguna institución resguarde estos procedimientos. En términos más específicos, este es el rol que cumple una Corte Constitucional al controlar la constitucionalidad del proceso de formación de la ley. En efecto, el propio debate parlamentario puede ser sometido a escrutinio constitucional estrictamente en relación al debido proceso legislativo, en cuanto a las condiciones de igualdad y libertad del debate y la votación, a efectos de determinar tal constitucionalidad. Este es otro ejemplo de cómo la justicia constitucional y la democracia pueden y deben complementarse.

En el caso de los procesos judiciales, la Corte Constitucional preserva la deliberación mediante la protección al derecho al debido proceso constitucional.³⁰ En efecto, el debido proceso puede ser concebido como la institución constitucional que asegura a quien se halla ante un juez la posibilidad de defenderse, de presentar sus pruebas y argumentos y conocer y controvertir los de la otra parte, para que estos sean sopesados por

27 Un problema complejo y crucial a este respecto es el de control constitucional y diversidad cultural.

28 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, 2005, especialmente el capítulo 11.

29 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, capítulo sobre TC. Para una síntesis, véase Mejía Quintana, Óscar. “Tribunal Constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa. El paradigma discursivo-procedimental frente al dilema liberal-republicano”. *Republicanismo contemporáneo*. Comp. Andrés Hernández. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2002.

30 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*

el juzgador antes de dictar una sentencia. En definitiva, el proceso judicial es también un proceso comunicativo en que los principios integradores del debido proceso preservan estrictamente las condiciones de expresión, igualdad y libertad de los interlocutores.

3. Eficiencia

La eficiencia en justicia constitucional tiene relación con la efectividad en la protección de derechos fundamentales, y en general con la efectiva preservación de la supremacía de la Constitución sobre otras normas jurídicas. Ambos procesos tienen dimensiones tanto cualitativas (como la calidad y cumplimiento de los fallos), como cuantitativas (como el número de acciones de protección o acciones de inconstitucionalidad tramitados). Por supuesto, la eficiencia está relacionada tanto con la independencia como con el acceso.

A mayor independencia uno podría esperar, al menos tendencialmente, una administración más profesional y ágil de los procesos constitucionales. En este sentido, la independencia podría ser vista como una condición o requisito estructural para que los jueces constitucionales efectivamente protejan derechos y preserven la Constitución. Por otra parte, la independencia de los jueces constitucionales se vuelve inoperativa si sus fallos no son acatados; no se trata entonces solamente de que estos puedan decidir con libertad, sino de que estas decisiones sean acatadas. En sintonía con este objetivo, el artículo 86, numeral 4 de la actual Constitución establece la destitución de las autoridades públicas que no acaten los fallos de los jueces constitucionales.

Por otra parte, a mayor acceso pueden producirse dos efectos, mutuamente opuestos, sobre la eficiencia: a) mayor protección de derechos, b) congestión de causas. Los efectos son opuestos en cuanto una creciente saturación de causas puede incidir negativamente sobre la eficiencia hasta el punto de reducir la efectividad en la protección de derechos, especialmente mediante un deterioro progresivo de la calidad de los fallos.

Esto último era justamente un problema central de la eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador. El ejemplo más claro era nuevamente el amparo bajo la Constitución de 1998. El sistema de entonces permitía que todos los amparos respecto de los cuales una de las partes apelaban

podieran llegar al Tribunal Constitucional. Tal sistema ofrecía aparentemente un amplio acceso que permitiera eficiencia en la protección de derechos. Sin embargo, en la práctica, un acceso tan amplio terminaba atentando contra la efectiva protección de derechos. La razón para esto radicaba en que el constante flujo de amparos y la reiteración del mismo tipo de causas hacía el Tribunal impedían que este se concentre en los casos más complejos e importantes en términos jurisprudenciales, o que dicte jurisprudencia obligatoria sobre casos reiterados. Al tener numerosos amparos los magistrados, asesores y personal del Tribunal no estaban en condiciones de aumentar sustancialmente, aunque lo quisieren, la calidad técnica de los fallos. Esto a su vez coadyuvaba para que esta jurisprudencia tenga un impacto bajo o nulo sobre casos similares resueltos por otros jueces.

Por otra parte, la eficiencia no debe ser reducida a un alto volumen de resolución de causas en un período dado. Aunque debe atenderse a la dimensión cuantitativa, de forma que no se produzca represamiento de causas, y por esta vía desprotección de derechos, es fundamental que estas decisiones se hallen debidamente motivadas, sean tramitadas con respeto del debido proceso y determinen las reparaciones pertinentes.

Bajo estas consideraciones se incluyó en la Constitución de 2008 la competencia del Tribunal o Corte Constitucional para seleccionar los casos de amparo, actual acción de protección, a resolver, tal cual sucede en otros países como Colombia y Estados Unidos. De esta forma, aunque todos los amparos pueden ser revisados mediante una comisión de admisiones de la Corte Constitucional, esta selecciona para decisión solamente aquellos casos paradigmáticos respecto a los cuales puede establecer jurisprudencia constitucional obligatoria para casos similares. Un complemento esencial de esta propuesta fue la transferencia de la segunda instancia de los amparos o acciones de protección del Tribunal o Corte Constitucional a las cortes provinciales.

La imposibilidad de eliminar cierto grado de discrecionalidad por parte de la Corte Constitucional en la selección de los casos solamente puede ser compensada con un alto grado de profesionalismo, prudencia y un agudo sentido de trascendencia constitucional de los casos reiterados o cruciales que deben ser objeto de un detenido examen para convertirse en base de nueva jurisprudencia constitucional obligatoria.

4. Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México, Distribuciones Fontamara, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Carbonell, Miguel, ed. *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado, 2010.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- De Trazegnies, Fernando. “El rol político del abogado litigante”. *Los abogados y la democracia en América Latina*. AA.VV. Quito, ILSA, 1986.
- Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”. *Desde otra mirada*. Comp. Christian Courtis. Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985.
- Gargarella, Roberto. “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”. *Los derechos fundamentales*. Marcelo Alegre et al. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Editorial Trotta.
- Landa, César. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2006.
- Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy*. New Haven, Yale University Press, 1999.
- Mejía Quintana, Óscar. “Tribunal Constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa. El paradigma discursivo-procedimental frente al dilema liberal-republicano”. *Republicanism contemporáneo*. Comp. Andrés Hernández. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2002.
- Peña, Manuel. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Valladolid, Editorial Trotta, 1997.
- Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 1999.
- Taruffo, Michele. “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”. *Revista Isonomía*, 22 (abril 2005).

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 fue publicada y entró en vigencia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), después de una aprobación por exigua mayoría en la Asamblea 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

* Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Correo electrónico: biofilopanclasta1971@gmail.com

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

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

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.

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 el 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

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.

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

delinean 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 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. Finalmente, 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 *iusteórico*.⁶ La mayoría de los autores contemporáneos⁷ concuerdan en que la interpretación constitucional es una forma especial de la interpretación, que si bien tiene características similares a otros ejercicios de hermenéutica jurídica,⁸ posee particularidades que la convierten en disciplina autónoma.

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, esto es la creación de una acción judicial autónoma.

6 Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. *Isonomía Revista de teoría y filosofía del Derecho* (México), 6 (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. Guatini; España: L. Prieto, E. García de Enterría y M. Aragón; México: J. Carpizo, H. Fix Zamudio, E. Ferrer Mcgregor 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. Wroblecky, e 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, M. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. *Anuario de Derecho Público* (México) 1, Ed. McGraw-Hill (1997): 3-43.

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 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 unas de directa aplicación y otras programáticas. Para los defensores de esta tesis solamente las primeras 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 las demás (los principios y los valores), por el hecho de tener una textura jurídica abierta e indeterminada únicamente pueden ser aplicadas 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 *iustéoricos* 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

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

10 Ávila Santamaría, Ramiro. “Los principios de aplicación de los derechos”. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, pp. 57-90.

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

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

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 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,

12 Ávila Santamaría, Ramiro. “Los principios de aplicación de los derechos”, *op. cit.*, pp. 57-90.

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 a 109.

14 *Ibid.*, p. 107.

para lo cual es necesario superar los métodos tradicionales de interpretación que el mundo le debe a Savigny¹⁵ y necesita reemplazarlos por nuevas técnicas 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

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

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.

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 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 los 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.

Y por ello, 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

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 que 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.

de la Constitución son esenciales para crear las subreglas necesarias para traducir los principios constitucionales en una política judicial emancipadora e implicada con los más débiles.

2.3. El carácter normativo de la interpretación constitucional

La teoría tradicional del derecho, siguiendo a 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 el cual es 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 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 su 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 transcurridos más de doscientos años del comienzo de las primeras revoluciones burguesas, aún no se ha resuelto adecuadamente.

Como se advirtió anteriormente, 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

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.

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.

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.

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 y 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 parla:²² para los juristas formados dentro de la más estricta tradición jurídica francesa,²³ ese enunciado es en sí

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 y los axiomas no requieren ser probados.

22 Sobre los diferentes significados del término crear derecho, véase Guastini, R. *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 Larenz, K., pp. 359 a 436.

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 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.

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, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Fondo de Cultura Económico, 1986.

Desde este punto de vista, queda claro que la labor cotidiana de los jueces es crear derecho, únicamente de ámbito particular y concreto.²⁶

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, y por tal razón las leyes no tienen otro significado que aquel que le atribuyen sus intérpretes y 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,

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 rebatido 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 Bulygin, E. *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, citado por R. Guastini. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, p. 167.

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 R. Guastini, *op. cit.*, p. 170.

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

Esto significa 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 (*ouerrule*) 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

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

que es el creado por los jueces en el ejercicio de sus funciones de administración de justicia; también 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 a 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

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

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.

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 decisión,³¹ 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 la 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

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

32 *Ibid.*, p. 109.

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 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.

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

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.

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

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 Ferrajoli, Luigi. *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, L. “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”. *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. AA.VV. México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 305 a 346.

36 Sobre la distinción técnica entre norma y conjunto normativo, véase Aragón, M. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”. *Interpretación Constitucional*, t. 1. México, Editorial Porrúa, 2005.

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, 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 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

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 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.

Constitución le da 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 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.

38 Véase Grijalva Jiménez, A. "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. AA.VV. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 257 a 278.

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.

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

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 de la Constitución. 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.

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

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, y 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, puedan *interpretar la*

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.”

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.

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 típica-mente 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

⁴⁴ Grijalva Jiménez, A. "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. AA.VV. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 275.

Ahora bien, 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:

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.

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

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

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.

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, hoy día, a partir de la adopción, por parte del pueblo de Ecuador, 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 justamente 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 solamente 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.

Si hacemos un 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 afectan 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 reflejan 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 son 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 por medio de su órgano rector; la función electoral por medio de su órgano rector; la función judicial por intermedio 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 para el propio ordenamiento 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 superlativo 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 solamente 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, solamente 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, obviamente 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 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 muy claramente la estructura de una sentencia de constitucionalidad de un dictamen interpretativo.

Solamente 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 el 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 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 el 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 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.

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

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, 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 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 ley de garantías 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 establece, 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, solamente 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 LOGJCC 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 uno de los 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 reflejó para mal en el texto del capítulo sobre la acción de interpretación que entró en vigencia el día 22 de octubre de 2009 cuando fue publicada la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

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 todo lo largo del 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 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 solamente 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 tratará 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 el 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 tanto de una postura teórica sólida, de 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, así 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 pusieron 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 incomprensión 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, J., M. Atienza y J. 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”. *Interpretación constitucional*, t. 1. Editorial Porrúa, México 2005.
- Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. *Isonomía Revista de teoría y filosofía del Derecho* (México) 6, (abril 1997).
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Los principios de aplicación de los derechos”. *Nuevas instituciones de derecho constitucional ecuatoriano*, INREDH. AA.VV. Quito, 2009.
- Bobbio, Norberto. *Politica 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”. AA.VV. 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.
- Gargarella Roberto. “Constitucionalismo, derechos y democracia”. M. Alegre. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- Grijalva Jiménez, Agustín. “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. AA.VV. 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, Alvaro. “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.

Del amparo a la acción de protección jurisdiccional*

Ramiro Ávila Santamaría**

1. Introducción

La Constitución del Ecuador de 2008 reconoce varios mecanismos para la garantía jurisdiccional de los derechos. Las garantías pretenden prevenir potenciales violaciones a los derechos y reparar aquellas que ya han ocurrido. Entre las garantías preventivas encontramos las normativas, las políticas públicas y las medidas cautelares.¹ Entre las garantías reparadoras encontramos a la acción de protección de derechos.²

* Una primera versión de este ensayo, escrito como resultado de una investigación financiada por el Fondo de Investigación de la Universidad Andina Simón Bolívar, dentro de un proyecto denominado “La acción de amparo constitucional en Ecuador como mecanismo efectivo de protección de derechos humanos entre 1997 y 2006”, fue publicada bajo el título “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008. El autor agradece a Carolina Silva Portero por su colaboración en la recolección y análisis de los datos, a Angélica Porras, Roque Albuja y al profesor Luis Pásara por sus agudos y enriquecedores comentarios para actualizar y editar esta nueva versión.

** Doctor en Jurisprudencia, Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho (Human Rights Fellow) por Columbia University en New York; profesor de derecho constitucional y derechos humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: ravila67@gmail.com

1 Constitución de la República del Ecuador, artículo 87.

2 *Ibid.*, artículo 88. La Constitución de 2008 distingue con claridad la diferencia entre una medida cautelar, antes y durante la violación de un derecho, y una acción reparadora, después de la violación de derechos. La Constitución de 1998, en cambio, confunde las dos situaciones y da una solución condicionada a violaciones de carácter urgente e inmediatas. Sin duda, existe un avance enorme en la concepción de la garantía jurisdiccional.

Este panorama “garantista” es completamente nuevo en el sistema jurídico ecuatoriano y, me atrevería a afirmar al menos en términos constitucionales, en el derecho comparado.

Efectivamente, el sistema de garantías que establece la Constitución ecuatoriana determina mecanismos que comprenden a todos los poderes públicos y privados, así como a todos los derechos humanos. El primer nivel de garantías se llama *normativas*, consiste en el deber que tienen todos los órganos con competencias regulatorias, en particular el Parlamento, para adecuar el sistema normativo a los derechos; el segundo nivel de garantías se denomina de *políticas*, por las que todo órgano público, con capacidad de disponer de recursos públicos, tiene la obligación de desarrollar y promover el ejercicio de los derechos constitucionales; finalmente, las *garantías jurisdiccionales* —que son las que interesan en este breve ensayo—, son aquellas que descansan en la intervención jurisdiccional cuando las políticas o las normas no cumplen con sus objetivos o violan derechos. La Constitución ecuatoriana ha reconocido múltiples garantías jurisdiccionales (hábeas data, hábeas corpus, acción de protección, medidas cautelares, acceso a la información pública, extraordinarias de protección), que no las vamos a describir por razones de espacio sino solamente a la acción de protección, que es como la acción más abarcativa de todas y la más novedosa.

Una breve nota introductoria sobre el diseño normativo y la práctica de las garantías, que tiene mucho que ver con el modelo de estado. Un estado liberal se sustenta en garantías que protegen con particular énfasis los derechos individuales de los propietarios y los derechos derivados de los contratos, en los que las personas tienen igualdad de condiciones; en este estado, las garantías de los otros derechos, como los sociales o del buen vivir, son protegidos solamente cuando hay daños graves e inminentes. En cambio, en un Estado constitucional de derechos y justicia, las garantías protegen con particular énfasis los derechos de las personas más débiles de la sociedad, que se encuentran en situación de opresión, vulneración, subordinación, sumisión o discriminación. En este estado se amplían tanto los derechos como las personas o grupos protegidos.

La Constitución ecuatoriana del año 1998 instituyó el amparo, que era una garantía jurisdiccional de naturaleza cautelar que tenía como objetivo prevenir, cesar y restaurar las violaciones de derechos provenientes de

acciones u omisiones de autoridad pública o de particulares que prestaban servicios públicos.³ La Constitución de 2008 amplió las posibilidades de la garantía jurisdiccional e introdujo la figura de la acción de protección, que es una acción de conocimiento que tiene como objetivo reparar integralmente la violación de derechos provenientes de autoridad pública o particulares (sin importar si prestan servicios públicos). El cambio normativo, entonces, no fue solo de nombre.⁴ Existen muchas diferencias en el diseño normativo entre el amparo y la acción de protección que serán analizadas en este ensayo.⁵ Pero si se trata de semejanzas, una de ellas es que los mismos operadores de justicia que resolvían el amparo ahora están resolviendo la acción de protección y muy posiblemente con los mismos criterios y la misma actitud con la que resolvían el amparo. El amparo es una garantía que tiene eco y resonancia en todo el derecho constitucional de la región, por ello conviene contrastar a esta institución con la recientemente creada acción de protección consagrada por la Constitución de 2008, que considero es un avance notable en el constitucionalismo contemporáneo.

Aún es prematuro hacer un balance de la práctica judicial de las garantías establecidas en la Constitución de 2008. Sin embargo, se puede presumir que el mero cambio normativo no ha significado una transformación de la práctica judicial en la resolución de las acciones constitucionales de protección. Por ello, puede ser útil revisar y recordar cuál ha sido la práctica del amparo para no reiterar los errores cometidos y para fortalecer los aciertos si los hubiere. Este ensayo, además, puede servir para encontrar justificaciones al cambio de modelo constitucional en cuanto a

3 Constitución de 1998, artículo 95. A lo largo del ensayo se analizará con un poco más de detenimiento los elementos del amparo.

4 El amparo constitucional no equivale a la acción de protección y se parece más bien a las medidas cautelares de la vigente Constitución, artículo 87.

5 Véase Silva Portero, Carolina. "Las garantías de los derechos. ¿Invencción o reconstrucción?" *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ed. Ávila Santamaría, Ramiro. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; Ávila Santamaría, Ramiro. "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de derechos: avances conceptuales en la Constitución del 2008". Eds. Ramiro Ávila, Rubén Martínez y Agustín Grijalva Jiménez. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Ávila Santamaría, Ramiro. "Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano". *La protección judicial de los derechos sociales*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría y Christian Courtis. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

la garantía jurisdiccional y para evidenciar las diferencias entre el diseño normativo de 1998 y el de 2008.

Nos hemos puesto como objetivo analizar el diseño y la práctica judicial del amparo y demostrar que, en el marco de la Constitución de 1998, funcionó para proteger los derechos de las personas propietarias, y que la apuesta para la resolución definitiva sobre violación de derechos humanos en el sistema normativo ordinario fue inadecuado para proteger los derechos fundamentales de la gran mayoría de personas. El trabajo, en consecuencia, comenta y critica la realidad del sistema jurídico ecuatoriano y su funcionamiento en materia de protección de derechos. Aunque estudia una figura derogada por la Constitución vigente, sin duda muchas afirmaciones y hallazgos valen para la actual garantía jurisdiccional.

Para hacer este ensayo, hemos recurrido a varias fuentes. En primer lugar, tomamos dos registros de jurisprudencia constitucional oficiales. De un lado, la *Gaceta Constitucional* n.º 1, octubre de 2000 y, de otro, la *Gaceta Constitucional* n.º 18, marzo de 2005 (última publicada al momento de escribir este ensayo). El objetivo de tomar la primera y la última publicación oficial fue apreciar si se había producido algún cambio en las resoluciones del Tribunal Constitucional (ahora denominado Corte Constitucional). En segundo lugar, recurrimos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y a las estadísticas del Consejo Nacional de la Judicatura para determinar si la justicia ordinaria había receptado la competencia constitucional de forma adecuada. En un tercer y último lugar, hicimos entrevistas de percepción a operadores judiciales para tratar de conseguir datos de los que no existen registros, tales como el nivel de cumplimiento de las resoluciones de amparo o la cantidad de derechos sociales resueltos por jueces y juezas ordinarios.

Para analizar la eficacia del amparo constitucional y contrastarlo con la acción de protección de derechos tomaremos en cuenta algunos parámetros: (1) la titularidad del derecho para accionar, que se conoce en derecho procesal como la legitimación activa; (2) la legitimación pasiva, es decir, a quién se puede demandar; (3) el ámbito material del amparo y de la acción de protección; (4) la argumentación jurídica y fáctica, (5) la reparación; (6) el cumplimiento; (7) la competencia material de los jueces y juezas que conocen el amparo y la acción de protección; (8) el rol de los juzgadores al conocer el amparo.

2. La legitimación activa

Si la legitimación activa es cerrada, es decir, admite únicamente al titular del derecho (derecho subjetivo), estamos en una acción propia de un estado liberal-individual. Si la legitimación activa es abierta, *actio popularis*, lo que se reflejaría en la interposición por terceros o por cualquier persona, entonces estamos en un régimen garantista.

La Constitución de 1998 establece que “cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo...”⁶ Esta Constitución optó por una legitimación activa cerrada por exigir al titular del derecho y la formalidad de un representante que demuestre ser tal en los colectivos y, si bien vía interpretación progresiva podía haberse ampliado las posibilidades procesales, la práctica judicial confirmó una interpretación literal de la Constitución.

Cuadro 1⁷
Legitimación activa en amparos

	Gaceta # 1 (2000)	Gaceta # 18 (2005)
Legitimación cerrada	13	10
Legitimación abierta	1	1
Total	14	11

Las cifras revelan que, después de cinco años, el peso del derecho subjetivo en la legitimación activa y el uso de la acción con carácter individual, no varió. Parecería que, en este análisis comparativo, no hubo cambios en este aspecto, a pesar de que la Constitución de 1998 permitía la legitimación abierta en los derechos colectivos y difusos.

En contraste con esta visión restringida, que solamente permite presentar la acción al titular del derecho individual, el sistema interamericano de protección de derechos, y ahora la Constitución de 2008, establecen un modelo abierto, bajo la premisa que las violaciones a los derechos

6 Constitución del Ecuador, 1998, artículo 95.

7 Todos los cuadros han sido elaborados por el autor.

humanos no pueden ser toleradas por la colectividad ni tampoco se puede esperar niveles de conocimiento de las víctimas para interponer el recurso. Más aún cuando en nuestro país las violaciones son masivas y no necesariamente vinculadas a grupos con identidades históricas, como los indígenas. Piénsese, por ejemplo, en el problema de la mortalidad infantil y la desnutrición crónica.

Por ello, la Constitución determina que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá presentar las acciones previstas en la Constitución”.⁸ No se requiere, entonces, desde la lectura del texto constitucional el ser titular del derecho o el comparecer con poder o representación. Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), contraviniendo una norma expresa de la Constitución que determina que la ley no puede exigir más condiciones o requisitos para ejercer los derechos y las garantías,⁹ determina que cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá interponer las acciones de protección siempre que actúe por sí misma o por intermedio de representante o apoderado y por el Defensor del Pueblo.¹⁰ Es decir, el *actio popularis* que reconoció la Constitución se redujo a la concepción clásica del derecho subjetivo.

3. Legitimación pasiva

Dentro de la teoría de los derechos humanos correspondiente a un estado clásico liberal, el único responsable de la violación de derechos humanos es el Estado y, excepcionalmente, por delegación o concesión, los particulares cuando prestan servicios públicos. En un régimen garantista, la protección constitucional es contra cualquier acto de poder, no importa si este proviene del estado o de un particular (que puede ejercer poder económico, político o físico). Cuando los particulares están en relación de igualdad, la vía adecuada debe ser la acción ordinaria.

La Constitución de 1998 determinó que los legitimados pasivos son dos: las autoridades públicas y los particulares. Estos últimos solamente

8 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 86, numeral 1.

9 *Ibid.*, artículo 11, numeral 3.

10 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 9, literales a y b.

en dos circunstancias: (1) por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública, y (2) cuando la conducta de los particulares afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.¹¹ Como se puede apreciar, la Constitución avanzó hacia una apertura tímida, hacia la responsabilización de los particulares como violadores de derechos humanos.

Cuadro 2
Legitimación pasiva en amparos

	Gaceta # 1 (2000)	Gaceta #18 (2005)
Amparos contra el estado	13	10
Amparos contra particulares	1	1
Total	14	11

Las cifras revelan que, pese al paso de cinco años, siguió predominando la teoría clásica. El caso del año 2000 fue contra una petrolera por parte de una comunidad indígena y corresponde a derechos colectivos. El caso de 2005 negó el amparo por falta de legitimación activa (no abordó siquiera el tema de la legitimación pasiva). Llama la atención este dato en un país como Ecuador donde las violaciones a los derechos humanos contra grupos humanos son evidentes, y más cuando existen movimientos sociales que las reivindican en sus luchas políticas.

La Constitución de 2008 avanza en la concepción garantista al determinar que la acción de protección se puede presentar contra cualquier acto u omisión de autoridad pública, que incluye las sentencias ejecutoriadas o autos que ponen fin a los procesos judiciales, e inclusive contra particulares en situaciones de indefensión, discriminación y subordinación. En este sentido, la Constitución de 2008 es más garantista que la de 1998. La Constitución determina que:

La acción de protección [...] podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial [porque cabe la acción extraordinaria de protección]; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación procede de una persona

11 Constitución del Ecuador, 1998, artículo 95.

particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.¹²

4. El ámbito material del amparo

El profesor Luigi Ferrajoli distingue entre derechos fundamentales y patrimoniales.¹³ Los primeros tienen que ver con derechos reconocidos en la Constitución, que no pueden ser limitados sino excepcionalmente ni pueden ser transigidos. Estos derechos son primarios. Los derechos patrimoniales, en cambio, son derechos que por su naturaleza son limitables y transigibles; por ello Ferrajoli los llama secundarios. A los derechos fundamentales o primarios les corresponde procedimientos constitucionales; a los derechos patrimoniales, en cambio, procedimientos ordinarios.

La Constitución de 1998 determina que se puede invocar el amparo por “cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente”¹⁴ y excluía, expresamente, a las decisiones judiciales.¹⁵ Esto quiere decir que, normativamente, todos los derechos reconocidos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos) podrían ser invocados por el amparo. Entre los derechos reconocidos encontramos aquellos que Ferrajoli denomina patrimoniales y, desde una perspectiva meramente formal, su distinción se torna irrelevante. Sin embargo, no sería razonable pensar que todos los conflictos normativos deban ser constitucionalizados por dos razones. La una es que

12 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 88.

13 Los derechos fundamentales son derechos “contra poder”, que funcionan como límites y vínculos a los derechos secundarios, no se pueden transigir, disminuir y son universales; en cambio, los derechos patrimoniales son derechos “poder”, que tienen que ser limitados y vinculados porque de lo contrario se acumulan al punto de violar los derechos de los más débiles, estos derechos son transigibles y particulares; entre estos Ferrajoli menciona a los derechos patrimoniales, a las libertades de comercio y los derechos de ciudadanía. Véase Ferrajoli, Luigi. “Derechos fundamentales y patrimoniales”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 29-35.

14 Constitución de 1998, artículo 95. El artículo 88 de la Constitución vigente tiene una disposición semejante.

15 Resultaba curioso que si el amparo es contra todo poder público, se excluya una de las manifestaciones de aquel. La Constitución del año 2008 corrige este defecto e incorpora la figura de la acción extraordinaria de protección, artículo 94.

la administración de justicia constitucional colapsaría y, la segunda razón, es que los derechos patrimoniales tienen su protección en la vía ordinaria. De este modo, los derechos primarios, que no tienen vía ordinaria y que cuyos titulares son los más vulnerables de la sociedad, deberían ser los usuarios y destinatarios de la acción. Luego, tiene sentido la distinción de Ferrajoli y contribuiría a aclarar el uso del amparo.

En esta lógica, el Tribunal Constitucional debió —si es que se adscribía al análisis doctrinal realizado— conocer exclusivamente los conflictos relacionados con derechos fundamentales primarios. Mientras que la justicia ordinaria debió conocer todos los conflictos patrimoniales. Esta afirmación se sustenta en el principio de subsidiaridad, desarrollado por el sistema de protección internacional de derechos humanos, según el cual los recursos judiciales deben ser adecuados y eficaces y, en su defecto, cabe la protección especial de derechos humanos. En este sentido, los derechos patrimoniales regulados por los códigos civiles tienen su vía adjetiva desarrollada por los códigos de procedimientos civiles; y los derechos fundamentales no tienen vía ordinaria sino constitucional, que vendría a ser el amparo.

Para efectos prácticos, consideremos como derechos patrimoniales todos aquellos relacionados con la propiedad y con la autonomía de la voluntad, que son, primordialmente, los casos relacionados con comercio y contratación (incluso en materia laboral).¹⁶ El resto de derechos, tales como los sociales y colectivos, serán considerados como fundamentales.

Cuadro 3 Amparos según derechos invocados

Año	Derechos Patrimoniales	Derechos Fundamentales	Total
2000	11	3	14
2005	9	2	11

16 Si bien los derechos laborales se consideran como intangibles y no renunciables, lo entendemos como derechos secundarios por tener una vía administrativa y jurisdiccional diseñada para la protección de los derechos laborales y por reducir las pretensiones a cuantificaciones económicas o patrimoniales (remuneración, indemnización, multa). Esto no obsta para considerar, en otras circunstancias, que el derecho al trabajo pueda tener dimensiones de derechos primarios, en casos tales como la discriminación laboral, la esclavitud, el trabajo forzado, el despido sin debido proceso y, en general, cuando las pretensiones fuesen no patrimoniales.

En el año 2000, el TC resolvió 14 casos de amparos. De esos, hemos considerado 11 casos como de carácter patrimonial y 3 como fundamentales. De los 11 casos patrimoniales, 7 correspondían a conflictos laborales que tenían pretensión patrimonial, 1 versó sobre contratación pública (empresa que impugnaba licitación), 1 sobre propiedad intelectual, y 2 sobre debido proceso. Podría pensarse que estos últimos deberían ser considerados fundamentales; sin embargo, uno de los casos fue interpuesto por una empresa en razón de no estar conforme con una resolución administrativa que consideraba que la afectaba, y el otro fue interpuesto por un comité de trabajadores de una telefónica que no estaba conforme con una resolución que asimismo les afectaba; en ambos casos se trataba de problemas de carácter patrimonial. En general, se alega una violación del debido proceso mediante amparo en lugar de impugnar la resolución por medio de las vías ordinarias existentes; esto es, la única razón por la que, en el fondo, se invoca el debido proceso corresponde a una inconformidad con la resolución administrativa (la vía adecuada, en estos casos, debería ser la contenciosa administrativa).

En el año 2005, el TC resolvió 11 casos de amparos. De esos, 9 casos fueron patrimoniales y 2 fundamentales. De los 9 casos patrimoniales, 2 eran de comercio, 2 correspondieron a relaciones laborales individuales y 5 invocaron el debido proceso, por razones ya mencionadas. De los dos casos de derechos fundamentales, uno era del derecho a la salud y el otro, del derecho a un medioambiente sano.

Predomina, entonces, la litigación ordinaria en sede constitucional. Los abogados y abogadas prefieren llevar sus casos vía el amparo por ser un medio rápido, preferente y sumario en lugar de seguir los juicios por las vías adecuadas ordinarias. Desde la lógica de la parte interesada, esta utilización no es más que una estrategia para lograr satisfacer su interés en un conflicto jurídico. Lo que resulta inaceptable es que los jueces y juezas no hagan la distinción y permitan la litigación de derechos patrimoniales, que tienen sus propios mecanismos, por la vía de los derechos primarios o fundamentales.

La Constitución de 2008 tiene una disposición semejante a la de 1998, en el sentido que puede interponerse por la violación de cualquier derecho: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse

cuando exista una vulneración de derechos constitucionales...”¹⁷ Y para evitar cualquier discusión doctrinaria, se afirma que todo derecho es igualmente justiciable y que tiene igual jerarquía.¹⁸

Para evitar el uso inadecuado de la acción de protección, la ley secundaria, denominada LOGJCC, estableció el principio de subsidiaridad, por el que todo derecho que ya tenía antes de la Constitución una vía procesal, no podría usar la vía constitucional.

Uno de los argumentos que más he escuchado para restringir las acciones constitucionales de protección de derechos es el abuso de los litigantes. Siempre me ha costado entender cómo se puede abusar de una acción si hay personas encargadas precisamente de evitar que eso suceda. Si se la invoca cuando hay violación de derechos, proceda de donde proceda, simplemente tiene que funcionar. Es más o menos como que se diga que los adolescentes abusan del alcohol o de las películas restringidas para su edad, porque se les vende alcohol y se les permite entrar al cine. La culpa no es del adolescente sino del expendedor de licores y de la persona que vende boletos en las salas de cine. No por esa falta de control se puede decir que ya no se comercialicen licores o se suspendan las funciones de cine para adultos. Igual sucede con las acciones de protección, todos los litigantes tienen derecho a presentar demandas por violación de derechos, otra cosa es que las juezas y los jueces las admitan sin distinción. El problema está en que los jueces no lo hacen y se acaban resolviendo, por la vía constitucional, asuntos que no deberían. Parecería, entonces, hay que desarrollar la regulación para que los vendedores de licores y de entradas de cine cumplan su labor adecuadamente. Esto, en lo que nos concierne, se reguló por medio del principio de subsidiaridad.

La subsidiaridad de la acción la encontramos en el capítulo de medidas cautelares y en el de la protección de derechos. En el primero se establece que no se puede solicitar las medidas cuando (1) existen vías administrativas y ordinarias, y (2) se interponga en la acción extraordinaria de derechos (esta no es propiamente subsidiaria sino una simple causal de improcedencia).¹⁹

17 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 88.

18 *Ibid.*, artículo 11, numeral 3, último inciso.

19 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 27.

En cuanto a la acción de protección de derechos, es subsidiaria cuando (1) el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz,²⁰ (2) se trate de derechos patrimoniales y contractuales y no existan vías ordinarias adecuadas y eficaces,²¹ (3) la pretensión fuere la declaración de un derecho.²²

Hay, sin duda, un ánimo exagerado en evitar la confusión derecho ordinario-constitucional. Bastaba con establecer una norma genérica, que establezca que cuando existieren vías ordinarias eficaces y adecuadas no cabrá la acción de protección.

Lo subsidiario significa que procede la acción constitucional de protección únicamente cuando no hay protección ordinaria o, existiendo esta, no fuere adecuada ni eficaz. Veamos someramente en los casos contemplados en la ley. (1) Los actos administrativos tienen procedimientos y tribunales propios, no conviene entonces constitucionalizar violaciones a derechos que tienen vía especial, de este modo se evita que la Corte Constitucional y la justicia constitucional resuelva problemas que tienen base legal administrativa y no directa ni exclusivamente constitucional, como los problemas laborales entre la administración pública y los servidores públicos. (2) Los contratos y los derechos patrimoniales, que están minuciosa y detalladamente regulados en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil, deben ser tramitados por la vía expresamente creada para estos fines; la salvedad sería de conflictos que tienen que ver con la propiedad colectiva de un pueblo indígena o con los contratos en los que se puedan ver afectados derechos a la salud, piénsese, por ejemplo, un contrato en el que se haya establecido la exclusividad de una medicina que, de no convertirse en genérica, cause miles de muertes en el país; en este último caso la discusión ya no es del derecho a la propiedad sino del derecho a la salud y a la vida y, por tanto, la vía sería la constitucional. (3) En la vía constitucional jamás se podría litigar para declarar la existencia de un derecho, puesto que la titularidad no se prueba ni se reconoce judicialmente, sino que se debe acudir a la vía ordinaria.

20 *Ibid.*, artículo 42, numeral 4.

21 *Ibid.*, artículo 42, numeral 5.

22 *Ibid.*, artículo 42, numeral 6.

5. Argumentación jurídica

En el diseño del amparo de 1998, el juez o jueza, después de oír a las partes, debía resolver. No se preveía la posibilidad de prueba y se ha sostenido que no era necesaria. Sin embargo, como en cualquier otro procedimiento judicial, probar los hechos es una actividad imprescindible. La práctica judicial y la doctrina se encaminaron hacia una aplicación normativa meramente formal.

La administración de justicia formal se caracteriza por un razonamiento comúnmente llamado “subsunción”, que consiste en la aplicación mecánica de un silogismo jurídico compuesto por tres premisas: una premisa mayor, que es el precepto normativo; una premisa media, que es el hecho; y una premisa conclusiva mediante la cual el hecho de la premisa media se subsume en la hipótesis normativa de la premisa mayor. La conclusión corresponde a la decisión de la sentencia. Las premisas suelen ser supuestas y no demostradas de forma adecuada en el razonamiento judicial. En otras palabras, no hay argumentación jurídica ni fáctica. Este razonamiento simple da lugar a una gran arbitrariedad por parte de los jueces y juezas. Cuando esto sucede, se suele denominar a esta omisión como un “salto argumental”.

En cambio, en una administración de justicia más técnica, las premisas del silogismo deben ser sometidas a verificabilidad (en el caso de la premisa mayor) y a verificación (en el caso de la premisa media o hechos). La verificabilidad y la verificación implican que el derecho y los hechos pueden ser sometidos a demostración y refutación.²³ La premisa normativa requiere interpretación y la premisa fáctica requiere prueba. En este razonamiento judicial, que es propio de sistemas que exigen de los jueces y juezas motivación en sus resoluciones, encontramos argumentación jurídica y fáctica previa la subsunción.

En la justicia constitucional el problema de la argumentación es más complicado por el tipo de normas que se debe aplicar. La justicia ordinaria suele aplicar normas que se les denomina “hipotéticas” o simplemente “reglas”, que son aquellas dadas por el legislador y que prevén en su

23 Véase Ferrajoli, Luigi. “Cognitivismo o decisionismo”. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed. Madrid, Trotta, 2005, pp. 33-70.

estructura una hipótesis de hecho y una obligación como consecuencia. La justicia constitucional, en cambio, suele aplicar normas que la doctrina denomina “téticas”²⁴ o principios y que, en su estructura, carecen de hipótesis de hecho y de consecuencia; tal como se enuncian, por ejemplo, los derechos humanos.²⁵ En las reglas, el juez o la jueza simplemente deben subsumir y, en los principios, debe, antes de aplicar la norma, construir una regla o una norma hipotética. Para arribar a la creación de una regla a partir de un principio, la jueza o el juez debe valerse de múltiples fuentes normativas, tales como los instrumentos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia nacional e internacional, la doctrina. De ahí que se diga: en la justicia constitucional los jueces deben ser activos y creativos.

Para apreciar la diferencia entre un razonamiento formal simple y un razonamiento complejo, como exige la justicia constitucional, utilizaremos un parámetro sencillo (aunque harto incompleto), que es la invocación de fuentes, bajo la consideración de que la construcción de normas a partir de principios no se puede realizar sin el manejo de múltiples fuentes distintas a la ley. Si los jueces y juezas no recurren a múltiples fuentes presumiremos que siguen siendo pasivos; en estos casos, si la casilla del Cuadro 4 corresponde a la palabra “no”, denota no uso o no invocación a las fuentes. En cambio, si encontramos en las sentencias que los jueces y juezas recurren a múltiples fuentes, presumiremos que muy posiblemente el juez o jueza argumentó o intentó argumentar (y consta en la casilla “sí”).

24 Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, p. 34.

25 Véase, por ejemplo, el derecho al hábitat, artículo 30 de la Constitución vigente: “las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable...”

Cuadro 4 Argumentación jurídica

Criterio general	Criterio Específico	2000		2005	
		SÍ	NO	SÍ	NO
Construcción de normas a partir de fuentes del derecho	Aplicación de doctrina	1	13	0	11
	Aplicación de Jurisprudencia				
	Nacional	0	14	0	11
	Internacional	0	14	0	11
	Aplicación de propios precedentes	0	14	0	11
	Aplicación de principios	1	13	0	11
	Aplicación de normas constitucionales	0	14	0	11

Los resultados del cuadro 4 son muy claros: el TC no argumentaba y aplicaba las normas sobre derechos humanos como si fueran normas hipotéticas o reglas. El juez constitucional no está creando derecho y está renunciando a su poder de controlar y definir el alcance de los derechos en casos concretos.

La Constitución vigente, en cambio, explicita la multiplicidad de fuentes normativas que deben ser utilizadas por los jueces y juezas y, por otro lado, abre la posibilidad, de forma explícita, para la práctica de pruebas en procedimientos constitucionales de protección de derechos.

En cuanto a las fuentes, la Constitución determina que puede ser aplicada directamente sin necesidad de regulación secundaria. De este modo, los principios, cuando fuere necesario, pueden ser aplicados por los jueces.²⁶ Los instrumentos internacionales de derechos humanos, que incluyen convenciones y *soft law*, forman parte de la Constitución y pueden ser invocados para la protección e interpretación de derechos;²⁷ la Corte

²⁶ Constitución del Ecuador, artículo 11, numeral 3.

²⁷ *Ibid.*, artículo 11, numeral 8.

Constitucional expide fallos que son vinculantes y que constituyen precedentes obligatorios.²⁸ Como puede apreciarse, la Constitución hace una invitación a recurrir a varias fuentes del derecho y a interrelacionarlas en los casos concretos.

Con relación a la posibilidad de practicar prueba en los procedimientos constitucionales, hay que tener en cuenta que la acción es de conocimiento y no cautelar. El juez o la jueza al tener que declarar la existencia de una violación de derecho por medio de una sentencia, requiere tener información procesal que demuestre los hechos que se alegan violaron derechos constitucionales. La Constitución determina que, de ser necesario, en cualquier momento puede el juez o la jueza ordenar la práctica de pruebas y que, incluso, puede disponer la formación de comisiones para recabarlas.²⁹ La prueba, entonces, debe entenderse que es informal y que tiene como objetivo el que el juez o la jueza se forme criterio. En consecuencia, los hechos al igual que el derecho deben ser fáctica y jurídicamente argumentados.

6. Reparación

En materia de derechos humanos, cuando se constata una violación de derechos, la forma de enmendarla es mediante lo que se denomina reparación integral. Este concepto es mucho más amplio que el concepto civilista de enmienda de un daño, que se restringe al lucro cesante y al daño emergente. La reparación debe considerar el *restitutio in integrum*, la garantía de no repetición, la satisfacción, la indemnización y la rehabilitación.³⁰ En el caso de que el juez o jueza no repare integralmente o simplemente no disponga medida alguna para afrontar la violación de derechos, este o esta asumiría el rol de “juez boca de ley” propio de la justicia ordinaria y, cuando repare integralmente, sería un juez o jueza garantista que toma medidas positivas para atender cada caso en su particularidad.

28 *Ibid.*, artículo 436, numerales 1 y 6.

29 *Ibid.*, artículo 86, numeral 3.

30 Doctrina y práctica sobre la novísima institución de la reparación en caso de violación de derechos humanos, véase Martín Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2009.

La Constitución de 1998 determinó que, constatando una violación de derechos, la jueza o juez debe adoptar “medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos”.³¹ La Constitución no especifica las medidas y utiliza el concepto de remediar. Sin embargo, la Constitución determina que son medidas urgentes y, por tanto, no definitivas. Entonces, no estaba claro que se podía reparar integralmente por medio de una resolución que no declara violación de derechos.

De los amparos, en el año 2000 existieron 6 aceptados y 8 negados. En el año 2005, hubo 5 amparos aceptados y 6 negados.

De los aceptados, nos interesa saber si la resolución simplemente reiteró la fórmula “confirma la resolución del juez... y concede el recurso planteado”³² o si dispuso las medidas adecuadas para reparar el daño ocasionado por la violación de derechos.

Cuadro 5 Medidas de reparación

Año	No toma medidas de reparación	Toma medidas de reparación
2000	6	0
2005	5	0

Como muestra el cuadro 5, el TC adoptó la fórmula tradicional de aceptar el amparo sin extraer las consecuencias de esa aceptación en materia de reparación de derechos. Tuvimos dudas en un caso. En el año 2005, el TC ordenó tomar medidas:

RESUELVE: 1. Confirmar la resolución del Tribunal de Instancia que transcrita textualmente dice: “se adopten de inmediato, las medidas conducentes a remediar los daños irrogados e impedir que sigan causándose... los Ministerios demandados... ejecutarán las providencias tutelares y de reparación necesarias...”³³

31 Constitución del Ecuador, 1998, artículo 95.

32 Gaceta Constitucional n.º 1, octubre 2000, p. 65.

33 Gaceta Constitucional n.º 18, marzo 2005, p. 114.

La pregunta es si este tipo de resolución es de las que ordena medidas positivas. En definitiva, creemos que no. El juzgador constitucional no ha dispuesto medida alguna de reparación y existe una especie de remisión a las entidades que han violado los derechos por omisión para que, discrecionalmente, tomen las medidas que crean convenientes.

Conviene aclarar, aunque en la muestra no se manifestó otra forma de reparación, que el Tribunal Constitucional más de una vez ordenó el reintegro del servidor público (incluido militares y policías) a su puesto de trabajo. Esta quizás es la excepción a la regla de la aceptación mera y simple del amparo. De todos modos, las otras formas de reparación, como la de tomar medidas para evitar que el caso se repita o las disculpas públicas, no han sido tomadas en cuenta.

En consecuencia, debe concluirse en que el TC no reparó adecuadamente mediante sus resoluciones la violación de derechos.

Para evitar cualquier duda, la Constitución de 2008 recoge la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la reparación integral:

La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatar-se la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.³⁴

El desarrollo normativo de este precepto, con más claridad, recoge la doctrina desarrollada por el Sistema Interamericano de protección de derechos:

En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, prestación de servicios públicos, atención de salud.

34 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 86, numeral 3.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causados a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.³⁵

Sin duda, el sistema jurídico ecuatoriano está a la cabeza en adecuación normativa en cuanto a los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos y a la superación de concepciones restrictivas en cuanto a la enmienda del daño. Se ha superado, al menos en cuanto al diseño formal, la concepción restrictiva de la reparación a la cuantificación monetaria y, además, al concepto de daños y perjuicios y al lucro cesante, instituciones propias del derecho civil.

7. Cumplimiento

Una vez que el TC resuelve un caso de amparo, como sucede con cualquier otro órgano jurisdiccional, lo decidido debe ejecutarse. Todo juez o

35 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 18.

jueza tiene mecanismos contemplados en la ley para que pueda cumplirse lo que la sentencia ordena. Si no fuese así, la garantía no tendría sentido.

La Constitución de 1998 incluía, en su texto, un amplio abanico de potestades para garantizar el cumplimiento de la resolución: la orden de ser ejecutada de inmediato, permitía la inclusión legal de sanciones de carácter normativo y administrativo, la adopción de cualquier medida que se considere pertinente, incluso el uso de la fuerza pública.³⁶

No existen estadísticas, registro o alguna forma de control para saber cuántas resoluciones de amparo fueron cumplidas. Por esta razón, hicimos una encuesta de percepción entre los asesores del TC, dado que ellos habían permanecido en tal función de forma estable, a pesar de que los integrantes de algunos tribunales constitucionales fueron cesados. De otro lado, creemos que los asesores son quienes más conocimiento tienen sobre los amparos que resuelve el TC. Diez asesores del TC fueron entrevistados.

Las preguntas fueron las siguientes:

1. ¿Cuáles son las normas legales y constitucionales que regulan el cumplimiento de las resoluciones?
2. ¿De qué forma garantizan el cumplimiento de las resoluciones?
3. Según su percepción, ¿cuántas resoluciones del total de aceptadas (en el amparo) se han cumplido?
4. ¿Qué solución propone?

Acerca de las normas legales y constitucionales que regulan el cumplimiento de las resoluciones, tres de los asesores consideraban que no hay normas y que el cumplimiento puede ser impuesto mediante lo regulado para el desacato (medio indirecto); otros siete dijeron que la norma que regula el amparo es suficiente. La normativa determinaba que para ejecutar el amparo se puede utilizar cualquier medio disponible.

Tres de los asesores sostuvieron que no existe garantía del cumplimiento de las resoluciones. Seis manifestaron que el tema compete a los jueces de primera instancia y uno sostuvo que la norma que reconoce el amparo es suficiente y que el cumplimiento solamente depende del juez.

36 Constitución del Ecuador, 1998, artículo 95, último inciso.

En cuanto al cumplimiento efectivo de los amparos aceptados, cinco asesores dijeron que no podían saber nada al respecto porque el asunto está fuera del alcance del TC. Los otros cinco arriesgaron porcentajes que fueron mayores al 60 por ciento.

En torno a las razones para explicar el incumplimiento del amparo, ocho de los asesores manifestaron razones diversas: la LOGJCC no facultó al TC a tomar medida alguna para el cumplimiento; la falta de competencia profesional de los abogados y abogadas; la ley no establece sanciones claras, tales como la destitución; los jueces no se involucran con el sentido de garantía del amparo; los jueces tienen una percepción equivocada del amparo; y el juez no tiene conocimiento constitucional sobre el tema. Otros dos asesores admitieron no saber por qué no se cumplen las resoluciones.

Uno de los entrevistados sostuvo que deberían restringirse los derechos respecto de los cuales se podría interponer el amparo, y ofreció un ejemplo: si bien un narcotraficante tiene derecho a salir en libertad en razón de la caducidad de la prisión preventiva, él no le dejaría salir porque su hijo está intoxicándose y eso choca con sus creencias íntimas; concluyó sosteniendo que el único derecho por el que podría ponerse un amparo es el derecho a comer y no la libertad. En esta opinión encontramos un criterio lleno de prejuicios y, peor aún, de manifiesta resistencia a cumplir la Constitución. No parece razonable tener un asesor en amparos cuando duda de la imperatividad de las normas constitucionales.

La Constitución de 2008, y la ley secundaria que la regula, recoge dos categorías importantes para garantizar el cumplimiento de las resoluciones del juez o jueza. La primera tiene relación con la toma de medidas contra las personas reuentes a ejecutar el fallo cuando tienen la obligación de hacerlo y, la segunda, el control jurisdiccional hasta el efectivo cumplimiento de la sentencia.

En efecto, la Constitución determina que: “Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo...”,³⁷ bajo la premisa que quien no respeta los derechos, no tiene calidad para ejercer un cargo público. Es de entender, de una lectura de las normas de la acción de

37 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 86, numeral 4.

protección, que la jueza o juez tienen la facultad de tomar cualquier medida que fuere necesaria, incluso el uso de la fuerza pública, para garantizar el cumplimiento de una sentencia.

Por otro lado, en la ley, además de reiterar la posibilidad de los jueces y juezas de tomar cualquier medida, se explicita que el caso no se cierra o archiva con la expedición de la sentencia ejecutoriada, sino que se debe cerrar el caso únicamente cuando este se ha cumplido a cabalidad.

La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la policía nacional.

Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrán modificar las medidas.

La jueza o juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Estos podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia estatal delegada deberá informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

El caso se archivará sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio.³⁸

8. La competencia material de los jueces y juezas que resuelven el fondo de las violaciones a derechos humanos

En el diseño constitucional de la Carta de 1998, el amparo es una acción de naturaleza cautelar, esto es, resuelve el daño grave e inminente proveniente de una acción u omisión de los poderes públicos que violan o podrían violar un derecho humano. La medida cautelar se manifestaba además por la naturaleza de la decisión, que era meramente resolutive. Si el amparo es cautelar, esto significa que hay una remisión a los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos para resolver el fondo de la

38 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 21.

violación del derecho humano, que incluye la emisión de una sentencia que declare la violación de un derecho, la determinación de la responsabilidad estatal y la reparación del daño causado.

La pregunta que se debe hacer es si los procedimientos ordinarios son adecuados para resolver violaciones de derechos humanos. Para responder a esta pregunta, acudimos a dos fuentes de información: la ley y la jurisprudencia. La primera consistió en revisar la competencia material que las leyes ecuatorianas dan a los jueces y juezas de la justicia ordinaria. La segunda fue revisar, aleatoriamente en un año, el tipo de resoluciones que ha conocido la Corte Suprema de Justicia. Por estas dos vías llegamos a la conclusión de que la justicia ordinaria no está diseñada para resolver derechos humanos reconocidos en la Constitución, dado que en la práctica los jueces conocen exclusivamente derechos secundarios o patrimoniales.

Los jueces ordinarios normalmente tienen un ámbito de competencia definido en la ley.³⁹ Cada juez o jueza tiene competencia directamente asociada con su denominación. Los derechos humanos no son materia de competencia explícita de los jueces, salvo cuando ejercen control constitucional en materia de amparo que, recordemos, es cautelar. En definitiva, no existe juez alguno que tenga competencia para resolver los asuntos de fondo relativos a derechos humanos.⁴⁰

La gran conclusión es que las vías civiles fueron diseñadas y están siendo utilizadas en el Ecuador para reclamar derechos relacionados con la propiedad y la autonomía de la voluntad. Por tanto, no son vías adecuadas para reparar los demás derechos humanos.

39 Judicatura penal, Código de Procedimiento Penal, registro oficial suplemento n.º 360, 13 enero 2000, art. 16; judicatura civil, Código de Procedimiento Civil, codificación n.º 11, registro oficial suplemento n.º 58, 12 julio 2005, art. 59; judicatura de inquilinato, Ley de Inquilinato, resolución legislativa, registro oficial n.º 196, 1 noviembre 2000, art. 42; judicatura laboral, Código del Trabajo, Codificación n.º 17, registro oficial suplemento n.º 167, 16 diciembre 2005, art. 568; judicatura de tránsito, Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, Ley s/n, registro oficial n.º 1002, 2 agosto 1996, art. 92; judicatura tributaria, Código Tributario, Codificación n.º 9, registro oficial suplemento n.º 38, 14 junio 2005; judicatura de niñez y adolescencia, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley n.º 100, registro oficial n.º 0737

3 enero 2003, art. 255; judicatura contencioso administrativa, Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, Ley 35, registro oficial n.º 338, 18 marzo 1968, art. 8.

40 De ahí la necesidad de superar la noción de acción cautelar para pasar a una de conocimiento, como en efecto sucedió en el año 2008, cuando se determinó que en el juicio de protección se prueba y se declara la violación de derecho en sentencia: art. 86, numeral 3.

La Constitución de 2008 establece, para evitar estos problemas, una acción de conocimiento, que no hace remisión a la justicia ordinaria y entonces el juez o jueza tiene la facultad de dictar sentencia, en la que declara la violación del derecho, la responsabilidad del estado y las reparaciones.⁴¹

9. El papel del juzgador

En términos formales, todos los jueces y juezas, sin distinción, tienen competencia en Ecuador para resolver sobre derechos humanos en los casos que conocen⁴² y algunos, en particular, resuelven casos específicos de violación de derechos.⁴³ Desde esta perspectiva, tendríamos un aparato judicial garantista.

Para comprobar si lo establecido en la norma se cumple en la práctica, conviene revisar algunos datos estadísticos e intentar responder a la pregunta: ¿La administración de justicia es una garantía ordinaria o constitucional?

Desde la Constitución de 1998, que provocó un cambio teórico inmenso en la administración de justicia al introducir una acción apta para conocer todas las violaciones de derechos, había que esperar una modificación de la estructura de la administración de justicia. Partimos del supuesto que, antes de la Constitución de 1998, la garantía era exclusivamente liberal y que, después de 1998, la garantía es progresivamente social. Por tanto, esperábamos ver un antes y un después de 1998.

Para verificar si se produjo algún cambio en la administración de justicia, se tomó una muestra delimitada territorialmente a los jueces y tribunales de Pichincha y que temporalmente comparó tres momentos: 1) 1997, antes de que los jueces tuvieran el control difuso de la Constitución; 2) 1999, después de que la Constitución de 1998 entrara en vigencia; y 3) 2004-2007, cinco y diez años después de la entrada en vigor de la Constitución. Las variables de comparación fueron el número de jueces y juezas para determinar si al añadir una competencia más significó un aumento en los servidores judiciales; y el número de causas, para determinar si los casos de amparo “competían” realmente con las causas ordinarias.

41 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 86.

42 *Ibid.*, artículo 272.

43 Constitución del Ecuador, 1998, artículo 95.

Cuadro 6⁴⁴ Juzgados (Pichincha)

Juzgados	1997	1999	2004	2006	2007
Penal	19	19	20	20	20
Civil	24	24	25	25	25
Trabajo	5	5	5	5	5
Inquilinato	5	5	3	3	3
Tránsito	7	7	7	7	7
Fiscal	1	1	1	1	1
Niñez y adolescencia			4	5	5

Corte Superior de Pichincha ⁴⁵	1997	1999	2004	2006	2007 ⁴⁶
Salas	6	6	8	8	8
Tribunal distrital fiscal	3	3	3	3	3
T-contencioso administrativo	2	2	2	2	2
Tribunal penal	5	5	5	5	5

Corte Suprema de Justicia	1998	1999	2004	2006
SALAS				
Presidencia				
De lo penal	2	2	2	3
De lo civil y mercantil	3	3	3	3
De lo laboral y social	3	3	3	2
De lo contencioso administrativo	1	1	1	1
De lo fiscal	1	1	1	1

Como se puede apreciar, desde 1997 en el nivel de los juzgados de primera instancia hubo el incremento de un juez de lo civil y uno de lo penal; se redujeron dos jueces de inquilinato. En la justicia ordinaria, el número de jueces no cambió. En cuanto a niñez y adolescencia, por la expedición del Código de la Niñez y Adolescencia, se crearon cinco juzgados entre

44 Los datos de 1997, 1998, 1999, 2006 fueron obtenidos a través del Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal, del documento “Distributivo de sueldos 1997”. No existe un registro ni estadística sobre el número de jueces y su distribución nacional.

45 Internet. <http://www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec/corte/pichincha.php>. Acceso: julio, 2007.

46 Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal, “Reporte de Juzgados y Tribunales”, abril de 2007; obtenido mediante petición de acceso a la información.

2004 y 2007. En la Corte Superior, desde 2004, se incorporaron dos salas. En la Corte Suprema de Justicia se redujo una sala de lo laboral y se aumentó una sala penal.

Se hubiera podido suponer que, en razón de la carga de trabajo que implicaba la incorporación del amparo, la Función Judicial debería haber crecido sustancialmente, pero esto, en Pichincha, no sucedió.

Analicemos las cifras desde otra perspectiva cuantitativa. De todos los jueces que existen, a escala nacional, apreciemos cuántos de estos tienen competencia exclusiva para resolver violaciones de derechos humanos vía amparo. Si la mayoría resuelve cuestiones ordinarias, no sería una administración de justicia garantista.

A escala nacional, en el año 2004,⁴⁷ existían 678 dependencias judiciales (incluidas salas, juzgados y oficinas auxiliares). Tres años después, en 2007, la cifra era la misma.⁴⁸ La justicia constitucional estaba inserta en los juzgados civiles y los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, que contaban con 254 jueces y tribunales. A primera vista, la justicia ordinaria predomina.

Cuadro 7
Número de jueces según tipos de justicia

Justicia exclusivamente ordinaria ⁴⁹	Justicia ordinaria compartida con la constitucional	Total de jueces
424	254	678
62%	37,4%	100%

Algo más de la tercera parte de los jueces ordinarios (37,4%), ejercían competencia constitucional combinando sus tareas con la competencia ordinaria. La justicia constitucional, dentro del esquema ordinario, no tiene jueces de apelación ni jueces en la Corte Suprema, puesto que es el Tribunal Constitucional el que conoce en apelación.

47 Consejo Nacional de la Judicatura. "Estructura de la Función Judicial". Quito, 2004.

48 Véase Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal. "Reporte de Juzgados y Tribunales", abril de 2007; obtenido mediante petición de acceso a la información. Internet. <http://www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec/corte/pichincha.php>. Acceso: julio 2007.

49 En el diseño constitucional de 1998, las cortes superiores y supremas no tenían competencia para conocer causas de amparo; la apelación la conocía exclusivamente el Tribunal Constitucional. En cambio, en la Constitución de 2008, las cortes provinciales conocen las causas de protección por apelación y la Corte Constitucional discrecionalmente decide qué causas conocer.

Preguntémosnos, en términos también numéricos, ¿cuál es el peso de la justicia constitucional dentro de la tarea de esos jueces ordinarios que representan 37,4% del total de jueces? La pregunta vendría a ser: ¿Es el amparo un recurso excepcional en la judicatura ordinaria? Para responderla presentamos en el cuadro 8 el número de amparos, conocidos por los juzgados de lo civil de Quito, dentro del total de causas correspondientes al año 2006.

Cuadro 8
Causas ordinarias y amparos conocidos
por juzgados civiles de Quito, 2006

Juzgados	Total de causas ⁵⁰	Amparos ⁵¹	%
Primero	1284	36	2,8
Segundo	1278	35	2,7
Tercero	1282	36	2,8
Cuarto	1282	35	2,7
Quinto	1274	34	2,6
Sexto	1272	30	2,3
Séptimo	1271	34	2,6
Octavo	1272	36	2,8
Noveno	1272	29	2,2
Décimo	1278	37	2,8
Undécimo	1276	36	2,8
Duodécimo	1285	35	2,7
Décimo tercero	1272	40	3,1
Vigésimo	1283	38	2,9
Vigésimo primero	1282	34	2,6
Vigésimo tercero	1268	37	2,9
Vigésimo cuarto	1262	37	2,9
Vigésimo quinto	1237	34	2,7
Total	22 930	633	2,76

50 Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales, Palacio de Justicia, lista de causas ingresadas por cada judicatura, de 2 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006; información obtenida mediante petición de acceso a la información.

51 Departamento de Informática del Consejo Nacional de la Judicatura, Oficio n.º DI-CNJ-DDP-2007-R151, de 17 de abril de 2007.

De cada cien causas que conocen los juzgados civiles en Pichincha, algo menos de tres son constitucionales. Entre 22 930 casos, 22 297 se refirieron a problemas de carácter civil-patrimonial y apenas 633 casos eran causas relacionadas con derechos humanos. Se pueden formular, entre otras, dos hipótesis: no se violan los derechos humanos en Ecuador o el sistema de amparos no funciona. La primera es improbable y para demostrarlo basta ver las cifras de pobreza que reflejan violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos sociales. La otra hipótesis es la que confirman las cifras.

En los siete juzgados correspondientes a otros cantones de Pichincha, en 2006 aparecieron 114 amparos entre 4 143 causas, lo que arrojó el mismo porcentaje que en Quito: 2,76%.

Si comparamos el juez que más ha conocido amparos (cuadro 8, Juzgado Décimo Tercero), este lo ha hecho en un 3,1%, y el que menos en 2,2% (Juzgado Noveno).

Las cifras evidencian que la competencia constitucional de los jueces civiles es apenas ejercida. Los jueces civiles se encargan, sobre todo, de aquellos asuntos que han conocido tradicionalmente y no de los conflictos sobre derechos constitucionales.

La situación se hace algo más dramática si consideramos los casos en que los abogados y abogadas utilizan el amparo para agilizar o entorpecer causas propias de la jurisdicción ordinaria; es decir, que las acciones de amparo no responden a violaciones de derechos primarios. Otro ribete dramático proviene de aquellos casos en que los jueces se han negado a admitir causas atinentes a derechos constitucionales, por defectos de forma, y que ni siquiera constan en los registros del Consejo Nacional de la Judicatura. Si a esto sumamos los amparos rechazados, el número total de acciones de amparo que han cumplido su finalidad de proteger derechos disminuiría considerablemente.

A los datos cuantitativos acerca del limitado impacto del amparo, podemos sumar las percepciones de los jueces acerca de estas acciones. ¿Cómo perciben los jueces su competencia constitucional al resolver las acciones de amparo?

En busca de las percepciones de los 15 jueces entrevistados⁵² que resolvieron ese 2,76% de las causas que ingresan, se preguntó sobre el número

52 Entrevistas a 15 de los 18 jueces de lo civil en el cantón Quito, entre mayo y julio de 2007.

de causas, el tiempo en el que resuelven, el número de casos que deniega y el número de casos que acepta, los relacionados con derechos sociales, cómo se sentían frente a los amparos y si tenían capacidad para resolver amparos.

Los jueces tienen percepciones distintas en cuanto al número de causas ingresadas. Tres jueces tenían una percepción correcta sobre el número de casos que conocen, nueve jueces afirmaron conocer tres veces más amparos de los que constan en el registro, y otros tres no tenían idea al respecto. La percepción sobredimensionada de las causas parecería reflejar una visión del amparo como carga de trabajo.

En cuanto al tiempo que utilizan semanalmente para resolver y tramitar las causas de amparo, cinco jueces consideraron que de cinco días útiles, uno lo dedican a resolver amparos; ocho jueces dijeron que dejan de un lado todo y a veces resolver un caso les toma una semana entera; dos jueces dijeron que depende de los casos y que no podrían precisar.

Los jueces que afirmaron que dedican al amparo la quinta parte de su tiempo, reconocen que el amparo es marginal, percepción que corresponde con el pequeño número de causas que conocen. Parecería que, en cambio, la mayoría de los jueces intentaron demostrar que para ellos el amparo era prioritario. De los otros dos jueces, podría pensarse que el tiempo que dedican a los amparos es tan corto que no les representa nada.

Preguntamos a los jueces su percepción con relación a los amparos concedidos y negados. Dos jueces dijeron desconocer el número de unos y otros. Un juez consideró que se admite la mitad de los amparos. Otro entrevistado consideró que 85% de los casos corresponden a aceptaciones del amparo. Pero once jueces sostuvieron que la mayoría de amparos son negados.⁵³

Dado que el amparo implica la responsabilidad de controlar el ejercicio del poder del estado, acaso sea más fácil y menos comprometedor negar amparos. Llama la atención que tres jueces sostuvieran que aceptan entre 1 y 2% de los amparos.

Dado que la Constitución de 1998 protege mediante el amparo todos los derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente, y tanto

53 La proporción de estos jueces fue aceptado/negado, respectivamente: 20/80, 25/75, 2/98, 1/99, 10/90, 10/90, 30/70, 10/90, 20/80, 1/99, 10/90.

los derechos civiles como los sociales, interesaba saber en qué cantidad llegaban a los jueces civiles casos sobre derechos sociales. De los quince jueces entrevistados, seis dijeron no recibir ni un caso de estos; cuatro dieron datos inferiores a 3%; uno afirmó que 80% de los amparos tienen que ver con derechos laborales; otros dos dijeron que muy pocos y tres jueces dijeron no saber.

Preguntamos a los jueces si consideraban la competencia constitucional como un reto, una carga, una función social, les era indiferente, si se veían en ella como garantes de los derechos humanos o si consideraban una atribución impertinente por la materia que son especialistas.

Cuadro 9
El amparo visto por los jueces

¿Qué es para usted el amparo?	Número de jueces
Carga	4
Reto	1
Indiferente frente al amparo	1
Función social	0
Garante de la Constitución y derechos humanos	9
Impertinencia por la materia	2

Las respuestas fueron matizadas y algunos jueces escogieron más de una opción (de ahí la variedad de resultados). Si bien la mayoría se ven como garantes, a muchos les parece inconveniente este encargo. No les parece que deben conocer los amparos por ser una materia muy especializada, por tener mucho trabajo en su competencia ordinaria y porque deben resolver los amparos en tiempos muy breves. Seis de los quince jueces no se veían como garantes ni de la Constitución ni de los derechos humanos. Estos seis jueces son los mismos que dijeron rechazar los amparos en un 99%; son jueces que simplemente no están cumpliendo con su función y, en términos jurídicos, probablemente están prevaricando al incumplir normas constitucionales. Puede afirmarse, en pocas palabras, que una parte de los jueces de lo civil trabajan “de mala gana” al resolver las acciones de amparo.

Finalmente, se preguntó a los jueces si estaban capacitados para resolver amparos y si habían recibido capacitación. Diez jueces sostuvieron que están capacitados y que su especialidad para conocer asuntos civiles es suficiente para resolver amparos. Cuatro jueces contestaron que no se consideran adecuadamente capacitados y un juez contestó que no podría responder. Algunos jueces reconocieron que la competencia constitucional es distinta a la civil, que requieren conocimientos especializados y que podrían equivocarse. Otros jueces, a pesar de reconocer haber sido capacitados, dijeron no tener idea alguna sobre ciertos temas constitucionales, como los derechos difusos. Otros afirmaron que ya tienen experiencia y que el tiempo les ha dado la técnica para resolver amparos, reconociendo que un juez civil que se inicia tendría serias dificultades. Un juez consideró “que se ha prostituido la acción de amparo porque interponen por todo”. Otro juez afirmó que del derecho civil se derivan todas las ramas del derecho: “el derecho civil es derecho común del cual nacen las otras ramas del derecho, y si no se sabe derecho civil... no se sabe nada.”

Ocho jueces afirmaron haber recibido capacitación y siete que no la recibieron. La capacitación, según los jueces, correspondió en gran parte a una iniciativa particular y, en pocos casos, a iniciativa del Consejo Nacional de la Judicatura.

En la Asamblea Constituyente se discutió si, ante la realidad de jueces y juezas ordinarios que no asumieron la competencia constitucional de forma adecuada, convenía la creación de una jurisdicción especial constitucional. Por un lado, se argumentaba que los jueces y juezas no han resuelto ni los conflictos privados y contractuales de forma adecuada, peor lo harían si se le añade la competencia constitucional. También se dijo que tenían una excesiva carga de trabajo y que lo único que se hacía era aumentar el número de causas a resolver. Por otro lado, como la experiencia colombiana demostraba, la función judicial podía asumir un rol de protector de derechos y acercarse más a la conflictividad cotidiana de la gente al ser víctimas de violaciones a sus derechos en todos los ámbitos de la vida. Pesaba, por último, un argumento práctico: presupuesto y distribución territorial. Conseguir jueces y juezas especializados significaba una erogación presupuestaria difícil de conseguir y, aun consiguiéndola, se hubiese tenido jueces y juezas constitucionales solamente en los lugares más poblados; en cambio, si se les daba a los jueces y juezas la competencia constitucional se tenía ya una capacidad operativa instalada. Sin duda, la

apuesta fue mala a corto plazo, pero a largo plazo, con adecuados programas de capacitación, se apostó a constitucionalizar a la función judicial y darles la oportunidad de aplicar la Constitución en los conflictos jurídicos con relevancia constitucional.

La Constitución de 2008, entonces, reforzó la idea de que todo juez o jueza puede ser competente para conocer las acciones de protección: “será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos...”⁵⁴

10. Conclusiones

1. El amparo de 1998 tenía deficiencias normativas en el diseño constitucional que no eran graves y que podían ser corregidas jurisprudencialmente, tales como la legitimación activa sustentada en el concepto de derecho subjetivo y la legitimación pasiva concentrada en el estado, que son formalmente corregidas por la Constitución de 2008.
2. La práctica jurisprudencial ecuatoriana no ha estado a la altura de desarrollos doctrinarios para hacer que la acción de amparo cumpla con el objetivo de proteger derechos constitucionalmente reconocidos y que nunca antes tuvieron mecanismos judiciales. Actualmente, la Corte Constitucional, que solamente conoce las acciones de protección mediante selección y ya no por apelación, no ha desarrollado aún la jurisprudencia para determinar si se están cumpliendo con los mandatos de garantía de derechos.
3. El amparo ha sido utilizado como un mecanismo para exigir derechos patrimoniales y contractuales. Por ello, la normativa desarrollada después de la Constitución de 2008 pretende corregir esa práctica al establecer el principio de subsidiaridad: los derechos que han tenido tradicionalmente vías ordinarias no podrán utilizar vías constitucionales.
4. La legitimación activa del amparo “por sus propios derechos” no es adecuada para reclamar derechos de personas que no tienen conocimiento

54 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 86, numeral 2.

de que están siendo violadas y fomenta sociedades no solidarias. La legitimación que trae la Constitución de 2008, *actio popularis*, es la más adecuada para corregir las prácticas y los actos violatorios de los derechos.

5. La legitimación pasiva del amparo de 1998 está asociada directamente con violaciones producidas por el Estado o por quien está autorizado a prestar servicios públicos. Esta es una forma restringida de considerar la protección de derechos, que no considera que los derechos humanos pueden ser vulnerados por cualquier actor con poder económico, político o físico, aun si no es servidor o servidora público. La legitimación activa de la Constitución de 2008, en cambio, vincula a los derechos tanto a los particulares como a los funcionarios de Estado. Todo poder, político, económico o social, cuando viola derechos, puede ser objeto de una acción de protección de derechos.
6. La garantía debe funcionar para dar protección a las personas o grupos humanos que se encuentran en situación de violación de derechos. Conviene distinguir las acciones que tienen vías procesales ordinarias de aquellas que no las tienen, y que se conocen como derechos primarios o derechos contra poder, como hace la legislación desarrollada a partir de la Constitución de 2008.
7. Los jueces y juezas no argumentan fáctica ni jurídicamente sus resoluciones, lo que es una grave violación al principio de motivación. Los hechos deben ser probados y los derechos interpretados. La Constitución de 2008 y la ley que la desarrolla establecen parámetros para evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad de los jueces y juezas.
8. La violación de un derecho genera la obligación de reparación. La reparación ha sido entendida de forma harto restrictiva. Las jueces y jueces no han establecido las medidas de reparación, y cuando lo han hecho se han limitado a la comprensión de los efectos patrimoniales de la violación. La Constitución de 2008 establece la concepción de reparación integral, de igual modo como ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

9. No se puede establecer la eficacia del amparo y no se tiene conocimiento oficial sobre el cumplimiento de las resoluciones de amparo. La Constitución de 2008 establece que un caso no se cierra con la expedición de la sentencia, sino con la reparación cabal de la violación de derechos.
10. Los jueces y juezas tienen una formación civilista y formal, lo que hace que no valoren la importancia de las garantías de derechos y que, cuando las conocen, las resuelvan con los criterios propios del derecho privado.
11. La capacitación de jueces y juezas resulta un imperativo, en materias tales como teoría general de los derechos humanos, interpretación constitucional y argumentación jurídica.
12. El amparo no ha cumplido con la finalidad fundamental de proteger todos los derechos y de todas las personas. Su uso y aplicación se ha restringido a los derechos patrimoniales y de personas privilegiadas. Esta distorsión debe ser corregida. La Constitución de 2008 tiene normas más explícitas, claras y amplias para proteger derechos, pero no deja de ser una norma que depende para su cumplimiento de los operadores de justicia y también de una ciudadanía activa.
13. El registro de ingreso de causas, procedimientos, resoluciones y cumplimiento no es unificado y es harto incompleto. Urge, para poder apreciar el funcionamiento de la garantía jurisdiccional, sistemas de registros completos y accesibles al público.
14. Parecería que la reforma normativa es un elemento, y no el más importante, para resolver las acciones constitucionales. Es curioso constatar que la diferencia entre la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Ecuador, con relación a la calidad de la jurisprudencia, teniendo diseños normativos similares, es enorme. ¿Qué es lo que hace que una Constitución o una acción de garantía sea efectiva en un lugar y no en otro? Sin duda, una de las respuestas la encontramos en la cultura jurídica. Nuestra cultura jurídica, basada en una educación formal-memorística, difundida

por todas las universidades del país, lo único que hace es perpetuar una administración de justicia que únicamente tramita expedientes de forma burocrática y no resuelve conflictos sociales.⁵⁵

Los funcionarios de estado, y entre estos en particular los jueces cuando ejercen competencias constitucionales, deben tener una “disposición política a materializar el proyecto de Estado social de derecho y de defensa de los derechos fundamentales”.⁵⁶ El Estado constitucional de derechos y justicia exige jueces que ejerzan el control constitucional, que sean activistas y creativos. Sin estos, cualquier reforma normativa está condenada al fracaso y la promesa de los derechos es una ilusión.

55 Sobre este tema, véase Ávila Santamaría, Ramiro. “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”. *La Transformación de la Justicia*. Eds. Santiago Andrade y Luis Ávila. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

56 López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2004, p. 449.

11. Bibliografía

- Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Rubén Martínez Delman y Agustín Grijalva Jiménez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. “Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”. *La protección judicial de los derechos sociales*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría y Christian Courtis. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- _____. “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”. *La Transformación de la Justicia*. Eds. Santiago Andrade y Luis Ávila. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Berenstain, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación. ¿Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos?* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. “Derechos fundamentales y patrimoniales”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- _____. “Cognitivismo o decisionismo”. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed. Madrid, Trotta, 2005.
- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001.
- López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2004.
- Silva Portero, Carolina. “Las garantías de los derechos: ¿invención o reconstrucción?” *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Normas

Código de la Niñez y Adolescencia, Ley n.º 100, registros oficiales n.º 737, 3 de enero de 2003.

- Código de Procedimiento Civil, Codificación n.º 11, registro oficial S. n.º 58, 12 de julio de 2005.
- Código de Procedimiento Penal, registro oficial S. n.º 360, 13 de enero de 2000.
- Código del Trabajo, Codificación n.º 17, registro oficial S. n.º 167, 16 de diciembre de 2005.
- Código Tributario, Codificación n.º 9, registro oficial S. n.º 38, 14 de junio de 2005.
- Constitución del Ecuador, 1998.
- Constitución del Ecuador, 2008.
- Gaceta Constitucional n.º 1, octubre de 2000.
- Ley de Inquilinato, Resolución Legislativa, registro oficial n.º 196, 1 de noviembre de 2000.
- Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, Ley 35, registro oficial n.º 338, 18 de marzo de 1968.
- Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, Ley s/n R.O. n.º 1002, 2 de agosto de 1996.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Documentos de Internet y otros

- Consejo Nacional de la Judicatura. “Estructura de la Función Judicial”, 2004.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal. “Reporte de Juzgados y Tribunales”, abril 2007, obtenido mediante petición de acceso a la información. Internet. <http://www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec/cortel/pichincha.php>. Acceso: julio 2007.
- Departamento de Informática del Consejo Nacional de la Judicatura. Oficio n.º DI-CNJ-DDP-2007-R151, de 17 abril 2007.
- “Distributivo de sueldos 1997”. Internet. <http://www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec/cortel/pichincha.php>. Acceso: julio 2007.
- Entrevistas a 15 de los 18 jueces de lo civil en el cantón Quito, entre mayo y julio de 2007.
- Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales, Palacio de Justicia, lista de causas ingresadas por cada judicatura, de 2 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006. Información obtenida mediante petición de acceso a la información.

El control de constitucionalidad como garantía frente al Legislativo: una visión crítica y necesaria que se funda en la argumentación

Sebastián López Hidalgo*

1. Estado de la cuestión

Es claro que una perspectiva crítica del derecho y sus instituciones comporta un esfuerzo interesante por cuestionar las formas jurídicas tradicionales, dominantes y excluyentes con el fin de impulsar prácticas e ideas innovadoras y emancipadoras¹ que dentro del campo del derecho, superen el formalismo jurídico y se enfrenten a una realidad — la realidad social de los derechos humanos—; por tanto, nuestro análisis tiene una doble perspectiva: una descriptiva analítica, y otra propositiva constructiva que nos permita ubicarnos por fuera de la neutralidad formalista impuesta por el derecho positivo clásico y de un posición minimalista de ejercicio de los derechos² para pasar más bien, a una posición maximalista de aplicación de los derechos fundamentales que tiene como pilar la *argumentación*.

No pretendemos mediante el presente artículo revivir uno de los más ardorosos debates que ya en tiempos de Weimar sostuvieran Hans Kelsen

* Abogado y doctor en jurisprudencia por la Universidad del Azuay. Diploma superior en derecho constitucional y derechos fundamentales Universidad de Cuenca. Magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de la Procuraduría General del Estado. Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador. Profesor invitado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Correo electrónico: sebaslopezhidalgo@yahoo.com

1 García Villegas, Mauricio y César Rodríguez, eds. “Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, 2003, p. 17.

2 *Ibid.*, pp. 17-18.

y Carl Schmitt sobre la legitimidad de la justicia constitucional, pues consideramos que entre el criterio democrático, según el cual las cuestiones colectivas han de resolverse por medio de la mayoría, y el criterio constitucional, que define y excluye determinadas cuestiones de esa esfera colectiva y condiciona cómo, y a veces qué debe decidirse, los tribunales constitucionales —dentro del criterio constitucional— son verdaderos órganos legítimos, necesarios en defensa de los derechos fundamentales que se sitúan frente a la voluntad general expresada mediante las mayorías parlamentarias.

Lo que proponemos mediante el presente tema, es superar ese estado de cosas existentes mediante un alternativa viable en torno al problema de los límites del control de constitucionalidad desarrollados por las cortes constitucionales como una garantía frente al Legislativo, así como también, desarrollar algunos conceptos y perspectivas en torno al contenido esencial de los derechos, sus teorías y demás aspectos inherentes a los límites de la actividad legislativa en el marco de la configuración de los derechos.

2. Introducción

Tal como lo manifestamos, más allá del *problema* o debate que representa el ejercicio de la justicia constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes y el debate que por mucho tiempo ocuparía a la academia, a los juristas y estudiosos del derecho acerca de la legitimidad de la justicia constitucional tachándola, por un lado, como órganos usurpadores de unos legisladores democráticamente elegidos tras el famoso argumento contramayoritario en donde un grupo de aristócratas, intelectuales integrantes de una Corte o Tribunal Constitucional terminaban silenciosamente tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular;³ y por el otro, uno que justifica —y con argumentos sólidos— la necesaria vigencia de un órgano supremo y autónomo de control, como suprema es la norma constitucional, fuertemente materializada. Y dado que el juicio de la historia ha resuelto la controversia de la legitimidad de las cortes

3 Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*, 1ª ed. Barcelona, Editorial Ariel, 1996, p. 59.

constitucionales a favor de la existencia de estas, lo que pretendemos mediante el presente análisis crítico, es poner a disposición del lector algunas visiones acerca de los límites necesarios de actuación de los tribunales o cortes constitucionales dentro de un nuevo paradigma de Estado —nos referimos al Estado constitucional—, y para ello será menester que hagamos referencia concretamente a cómo han sido ejercidos esos límites funcionales de la justicia constitucional desde una perspectiva innovadora, crítica y necesaria, para posteriormente introducir un diálogo acerca del contenido esencial de los derechos, la teoría conflictivista de los derechos y el control de constitucionalidad como una garantía frente al Legislativo.

Aclaremos entonces, que la discusión que nos ocupa se refiere a los límites de la justicia constitucional, y ello presupone desde luego, la aceptación de la existencia de un órgano supremo de control.

Tomaremos como guía los argumentos de Bernal Pulido, quien en su obra *El derecho de los derechos* identifica al menos tres corrientes inherentes al ejercicio de los límites funcionales del control de constitucionalidad de la leyes: una limitada a tutelar únicamente el correcto funcionamiento de los procedimientos democráticos dentro de la esfera parlamentaria, que nosotros la denominaremos una *posición conservadora* (i); otra, inherente a un control material de la producción legislativa a la cual la identificaremos como una *posición progresista* (ii); y, una tercera, que nos parece la más interesante, referida al control constitucional que se funda en la teoría de la argumentación de sus decisiones que la llamaremos *innovadora* (iii).

3. Límites del ejercicio del control de constitucionalidad

3.1. Posición conservadora

Tradicionalmente, las cortes constitucionales han sido concebidas como instituciones poco activas, reverentes al principio mayoritario expresado en el Parlamento y, paradójicamente, a pesar de tener un evidente peso dentro del sistema democrático, han sido escasamente garantes de los derechos salvo casos destacados. Por eso esta posición conservadora, obedece a un

período histórico de un modelo de Estado, el Estado liberal, en donde los textos constitucionales más allá de ser supremos, eran documentos políticos o pactos programáticos carentes de fuerza normativa, poco aplicados e invocados y blanco de cualquier ambición política de las mayorías parlamentarias del momento que hacían y deshacían según su conveniencia lo que quisieren con los mandatos constitucionales ya que se trataban, más bien, de simples enunciados líricos, acuerdos ideológicos programáticos, flexibles, adaptables a cualquier antojo de las veleidades del Parlamento.

Esta posición simboliza aquella escasa actividad constitucional que concebía a los principios y derechos constitucionales como verdaderas amenazas dentro de un sistema coherente, total y absoluto que representaba el positivismo jurídico, frente a un sistema abierto, incompleto y controvertible no susceptible de valoración, so pena de incurrir en una usurpación de funciones, que representa la corriente constitucional. Por esta razón, el intérprete de la Constitución en el estado legislativo es el legislador omnímodo, contrario al criterio constitucional en donde el máximo intérprete debe ser un Tribunal o Corte Constitucional, y decimos máximo pues no es el único.⁴

Por estas circunstancias particulares, esta posición conservadora propugna fundamentalmente que el ejercicio de la justicia constitucional restrinja su tarea solamente a la vigilancia del correcto funcionamiento del procedimiento de deliberación democrática en la esfera legislativa, lo cual no solo que es una actitud pasiva e insostenible en los actuales momentos, sino además porque es indolente y perversa en el ánimo de garantizar los derechos fundamentales y derechos humanos de todo un grupo social que reclama respeto y dignidad.

A pesar de que todavía existen fuertes rezagos del ejercicio de control que esta concepción representa, dado que en América Latina especialmente, mantenemos una incongruencia entre la adopción formal de ciertos modelos jurídicos propios de los países centrales que representan un progreso y avanzada en el tema del ejercicio de los derechos

4 Véase Grijalva Jiménez, Agustín. “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”. *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva Jiménez y Claudia Storini. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009, p. 272.

con relación a la existencia de prácticas jurídicas que le son contrarias o incompatibles,⁵ no escapará a nuestra realidad, que un control formal de los límites parlamentarios es plenamente rebatible hoy en día puesto que, aun cuando el ejercicio de este control esté referido única y exclusivamente al procedimiento de deliberación democrática, ella terminará en no pocos casos resolviendo primariamente sobre derechos fundamentales. Pensemos en que, por ejemplo, es necesario declarar inconstitucional una ley porque en su trámite de aprobación en la esfera legislativa se ha vulnerado el derecho a la igualdad de participación de los interesados, o a la libertad de expresión, de opinión o consulta. Es indudable que en estos casos, aun cuando se pretenda mantener inalterable una posición conservadora —insostenible por cierto, por tratarse de un control del procedimiento parlamentario únicamente—, la jueza o el juez constitucional se enfrenta a un problema de derechos fundamentales y no solamente de principios de deliberación democrática dentro del proceso, con lo cual se hace necesaria una visión material del asunto que supere una invocación formalista y procedimental del control.⁶

A efectos de dejar claro los fundamentos de esta teoría, Bernal Pulido indica:

La Corte Constitucional debe velar por el mantenimiento de las condiciones que hacen posible, tanto en el Parlamento como en la opinión pública, una política deliberativa en condiciones de libertad, en la que los poderes sociales no hagan primar sus intereses particulares sobre el interés de la generalidad. La función de la Corte no es enjuiciar los resultados de estos procedimientos de deliberación y comunicación. Acaso sea cierto que la especial formación profesional de los jueces constitucionales dote a sus juicios de una racionalidad más alta que aquélla que cabe esperar de los procedimientos legislativos [...] El control de constitucionalidad no debe suplantar el debate político.⁷

Algunos autores propugnan que el control sobre las leyes debe ser ejercido por una institución perteneciente al mismo Parlamento, lo cual nos

5 García Villegas, Mauricio y César Rodríguez, eds. "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos". *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, 2003, p. 37.

6 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 36.

7 *Ibid.*, pp. 37-38.

parece por demás ingenuo, ya que el ejercitar un control de sus propias decisiones, mas allá de representar un buen espacio de legitimidad, no garantiza un verdadero control y sería más bien como ser juez y parte de sus propias decisiones.

3.2. Posición progresista

Esta posición representa una posición más a tono con los nuevos ideales de la justicia constitucional; sin embargo, y a pesar de que las principales críticas a esta posición se fundan en una arbitrariedad o discrecionalidad peligrosa en base de la cual las juezas y jueces toman sus decisiones y justifican las mismas fundadas en el criterio de la fuerza normativa de los textos constitucionales como norma suprema fuertemente materializada, reflejando como contrapartida, un debilitamiento del Parlamento y de la ley misma como la máxima expresión de la soberanía popular. Esta posición progresista de delimitación o control material del contenido de la ley contrario a la posición conservadora, aunque necesaria, no puede permanecer estática.

El control material ejercido por parte de la justicia constitucional se ha visto fuertemente robustecido con argumentos válidos que responden a algunas interrogantes: ¿Cómo dirigir las cortes constitucionales o tribunales constitucionales su atención únicamente al control de los procedimientos democráticos, ya que generalmente los participantes en las deliberaciones democráticas como el Parlamento actúan movidos por intereses privados?⁸ ¿No es claro acaso que dentro del Parlamento la lógica que prima es una lógica de mayorías y minorías, en tanto que la lógica que prima en los tribunales o cortes constitucionales es una lógica de los derechos? En principio diríamos que sí, pues evidentemente la lógica de las cortes constitucionales es una lógica de derechos, pero ¿qué sucede si esas cortes o tribunales constitucionales en lugar de ser órganos especializados de defensa de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución son órganos de representación eminentemente políticos que actúan con una fuerte discrecionalidad y arbitrariedad bajo el dogma de representar el máximo órgano de control constitucional?⁹

8 *Ibid.*, p. 40.

9 El argumento de que las cortes constitucionales o tribunales constitucionales son órganos eminentemente políticos es usado por quienes deslegitiman la necesidad de un órgano supremo de control constitucional, atacándolo frecuentemente de su composición política.

El problema de un fuerte control material parece estar ubicado más bien en la discrecionalidad que representa este tipo de control, y en el debilitamiento de la actividad legislativa en perjuicio de la necesaria libertad democrática que representa el Parlamento como órgano depositario de la voluntad popular.

Ahora bien, ¿cómo evitar una discrecionalidad judicial que no caiga en la arbitrariedad y socave el principio democrático? ¿No será que ese activismo constitucional puede desembocar en arbitrariedad? El mismo Carlos Bernal Pulido afirma que la disonante arbitrariedad que se imputa a este ejercicio del control —el material—, se evitaría con una correcta aplicación de los métodos de interpretación de la Constitución y de esta forma, entonces, si el juez emplea correctamente los métodos de interpretación,¹⁰ siempre se mantendrá en el lugar que le corresponde. No obstante, este problema deviene en otra interrogante: ¿Cuándo se considera que el juez emplea correctamente los métodos de interpretación de la Constitución? Esta controversia a lo largo de la historia, se remonta a la controversia entre los argumentos de los denominados “originalistas” y “no originalistas”.

Los originalistas afirman que el asunto de interpretación de la Constitución no obedece a un problema mayor, pues basta con adentrarse en el texto de la Constitución, y sin ir mas allá de lo que la misma Constitución establece, se debe desentrañar el sentido que originalmente le otorgó o le fue dado por el constituyente,¹¹ sin contaminarla con valores o criterios subjetivos por parte de quienes las aplican.

Por su parte, los no originalistas son conscientes de que la interpretación literal, de la cual acusan a los originalistas, es un suerte de anquilosamiento y anclaje al pasado que simplemente no permite la solución de los conflictos en base a otros criterios necesarios para la solución de los casos difíciles, tales como los valores, los principios, la jurisprudencia, etc., siempre útiles tratándose de conflictos constitucionales.

Ronald Dworkin, uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona, parte de una crítica al positivismo y a los jueces

10 Los métodos de interpretación no son normas jurídicas sobre interpretación, ni indican cómo hay que interpretar en cada caso. Son solamente la expresión de modos de argumentar que se han decantado doctrinal y jurisprudencialmente. Véase Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el derecho*. Lima, Palestra Editores, 2005, p. 194.

11 Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona, Editorial Ariel, 1996, p. 60.

mecanicistas cuando de resolver los casos difíciles se trata, y construye su teoría general del derecho no solamente en un sistema de normas, de y para un paradigma positivista, sino que incluye también un razonamiento moral y filosófico del derecho,¹² una lectura moral de la Constitución,¹³ necesario para la solución de conflictos en donde los principios constitucionales entran en acción. Este autor reconoce, o parte más bien de un talante cognoscitivo del cual gozan las juezas y los jueces, una especie de juezas y jueces Hércules, que en todo momento y en todo caso deben encontrar una solución concreta, única y correcta al caso puesto a su conocimiento, lo cual no implica minar el debate parlamentario sino todo lo contrario, posibilita una verdadera democracia en donde el control sea realmente efectivo.¹⁴

Las críticas a este modelo tampoco se han hecho esperar. Hay quienes critican un excesivo cognoscitismo de las juezas y jueces, pues sostienen que ello solamente es posible siempre que estos cuenten con algunos ideales como información ilimitada, tiempo ilimitado,¹⁵ formación suficiente, etc. Quienes son contrarios a esta posición indican, además, que una solución material del control de constitucionalidad implica un fuerte debilitamiento del espacio parlamentario anegando los principios clásicos del estado democrático, como la división de poderes, llegando a manifestar inclusive su inconformidad con esta corriente dada una posible fuente directa de legislación, lo cual rebasa ese papel de meros legisladores negativos con el cual fueron originariamente concebidos estos tribunales, además de la discrecionalidad nociva cuando de cuestiones de derecho se trata siempre estará presente.¹⁶

Aun cuando esta visión de control de constitucionalidad es más integral, activa y progresista acorde con la importancia que tienen hoy en día los textos constitucionales dentro del sistema de fuentes del derecho, introduciendo criterios como el de las sentencias de constitucionalidad

12 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, 5ª ed. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2002, p. 61.

13 Véase el Capítulo III del libro de Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad del control judicial de las leyes*. Madrid, Marcial Pons, 2008.

14 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*, p. 41.

15 *Ibid.*

16 Al respecto puede verse la obra *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

condicionadas, interpretativas, manipulativas, sustitutivas, integradoras, o la posibilidad efectiva de crear subreglas de aplicación a un caso en concreto que se construye a raíz de un conflicto de principios constitucionales, así como la consagración de importantes mecanismos de garantías de los derechos y nuevos conceptos que forman parte de la nueva visión constitucional respecto de la tarea del control de constitucionalidad. Este ejercicio de control —el material—, no es suficiente por sí mismo, pues solo se complementa y se justifica con una carga argumentativa siempre necesaria; es decir, razones válidas y suficientes, que constituye el tercer estado de nuestra clasificación del control que será descrito enseguida.

3.3. Posición innovadora

La posición a la que hemos denominado innovadora es una posición desde la argumentación jurídica, porque aunque muchos digan qué de innovador tiene la argumentación en el derecho y más concretamente en el constitucional, la realidad constitucional nos demuestra —concretamente en el caso ecuatoriano— que a pesar de haber tenido una Constitución que podríamos denominarla de avanzada en el ámbito de tutela de los derechos, como fue la Constitución Política de 1998, y la reciente Constitución de la República de 2008 como una Constitución garantista, progresista fuertemente materializada; paradójicamente la tarea constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad ha sido muy precaria y limitada en lo que tiene que ver con la argumentación en el derecho. Conceptos como el de legislador omnímodo, así como del principio mayoritario depositado en manos del legislador democráticamente elegido; el carácter de legisladores negativos asumido por mucho tiempo por parte de las cortes constitucionales; el de la ley como acto normativo supremo e irresistible, contribuyeron para que la jurisprudencia y práctica constitucional en este sentido sea inexistente o cuando menos deficiente.

La comprensión de la práctica constitucional en el Ecuador no deber ser entendida exclusivamente en términos normativos, sino que debe tener en cuenta todos los elementos y factores que inciden en el funcionamiento del

Derecho. Desde esta perspectiva, las falencias en el control constitucional en el país no deben ser atribuidas únicamente a la regulación que sobre la materia establece la Constitución Política. Por esta misma razón, el cambio constitucional no constituye una condición suficiente para implementar una justicia constitucional acorde con los estándares del Estado constitucional de Derecho; en este sentido, ni la Constitución Política ni ninguna otra Constitución Política por sí solas pueden generar una justicia constitucional adecuada.¹⁷

Parece existir un consenso en que la justificación de una decisión que entraña una valoración normativa exige el desarrollo de un razonamiento válido y suficiente que legitime tal decisión. Así, la *teoría de la argumentación jurídica* se ha ocupado del contexto de justificación; es decir, del conjunto de enunciados del discurso judicial por medio del cual se aportan las razones.¹⁸

A pesar de que la argumentación jurídica no es un ejercicio exclusivo de la justicia constitucional, sino más bien de todas las juezas y jueces, y es más, de todos quienes de una u otra forma toman decisiones en la medida en la que adquieren un rango, responsabilidad o autoridad. En el nuevo paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia, el tema de la argumentación jurídica es un elemento del que no puede prescindir una decisión que se estime justa.

Advertimos que no se trata de despreciar las posiciones anteriormente descritas acerca de los límites del control constitucional (conservadora y progresista), sino se trata de una suerte de superación formal y material de estas dos visiones acerca de cómo ejercer el control y acceder a una posición que construya desde el ejercicio y la tarea del control constitucional.

Si la posición conservadora pecó de ser meramente formal, cercada a un control procedimental, lo cual fue superado por la posición progresista—activista de unos derechos expresados en principios aplicables con una fuerza normativa directa, límites y vínculos de los poderes públicos—, ¿como se justifica un incremento de este activismo judicial en defensa de

17 Escobar García, Claudia. "Del Tribunal a la Corte. ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?" *Constitución del 2008 en el contexto andino*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 352.

18 Internet. <http://www.filosofiyderecho.com/rbfd/numero7/4-7.pdf>.

los derechos? La respuesta es la argumentación de sus decisiones en las cuales se funda, además, el principio de constitucionalidad.

La teoría de la argumentación jurídica “es un discurso sobre el discurso de los juristas”¹⁹ que buscan una racionalidad deseada en las sentencias o decisiones judiciales por medio de un razonamiento respetuoso de las reglas de la lógica y la argumentación.²⁰ De acuerdo con Bernal Pulido, cuando cita a Atienza, una decisión jurídica es racional cuando respeta las reglas de la lógica deductiva, así como los principios de la racionalidad práctica como son la consistencia, la eficacia, la coherencia y se respeta, además, las fuentes de derecho de carácter vinculante y no se adoptan decisiones sobre la base criterios no previstos en el ordenamiento jurídico.²¹

Entonces, la diferencia de los juicios de verdad que sostienen los científicos, con los juicios de valor sostenidos por los juristas y las juristas mediante sus fallos, es que los primeros son aceptados solamente si se los prueba o demuestra su verdad cuando están sujetos a determinada comprobación científica; en tanto que los segundos, para que sean aceptados, deben ser razonables, justificados y, de esta manera, conseguir su adhesión.²² Como lo indica Prieto Sanchís en una de sus citas: “solo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador...”²³

Es claro que no se puede pretender despojar de sus concepciones ideológicas o morales a los jueces, pues el derecho, al ser una ciencia social, no puede abstraerse de la realidad social en la que se desenvuelve y que pone en juego valores, principios y hasta concepciones ideológicas; sin embargo, esto no quiere decir que sus decisiones sean completamente subjetivas o arbitrarias, mas por el contrario, a mayor discrecionalidad judicial y distanciamiento de la norma en tutela de los derechos, mayor es la exigencia de la argumentación.

19 Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el derecho*. Lima, Palestra Editores, 2005, p. 53.

20 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*, p. 50.

21 *Ibid.*

22 Calvo, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1994, p. 222.

23 Prieto Sanchís, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 92.

Sin duda el derecho está interesado en el contexto de la justificación de las decisiones para demostrar efectivamente que las razones invocadas por los jueces son correctas y válidas²⁴ a diferencia de lo que sucede con el legislador cuyas decisiones son harto insuficientes, *justificadas* en muchos de los casos por el marco de deliberación que caracteriza al Parlamento. Las decisiones judiciales tienen que optar por una argumentación importante e indispensable que las legitime y las justifique suficientemente.

El proceso de argumentación que realizan las juezas y jueces no es un proceso que sirve como argumento intersubjetivo para ellos mismos, sino que debe conseguir que los resultados a los cuales arriba como producto de ese proceso interpretativo-argumentativo sean aceptables y plausibles para todo un auditorio que se mira como receptor de una decisión judicial.

[L]a obligación constitucional de motivar todas las decisiones judiciales resulta imprescindible con el fin de asegurar una justificación de la decisión que pase por un razonamiento que conduzca a la decisión tomada; en ese sentido motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan... si la demostración de un razonamiento científico constituye el paradigma de la argumentación deductiva, su opuesto, es decir, el ejemplo de la argumentación persuasiva lo constituyen las motivaciones de las sentencias constitucionales en materia de ponderación y relativización de diferentes valores.²⁵

De esa manera, se abandona la mítica neutralidad judicial obtenida con una aplicación silogística de las normas.

Como se verá, no es que esta aproximación del control de constitucionalidad —nos referimos a la posición innovadora y necesaria de la argumentación—, sea un gran descubrimiento, pero si hará posible, que cuestiones aparentemente obvias como la argumentación en el derecho, sean olvidadas o relegadas con frecuencia en perjuicio del desarrollo del derecho mismo, al tiempo que permita superar también: primero, aquellas

24 Aguiló Regla, Josep. “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Ed. Germán Burgos Silva. Bogotá, Publicaciones ILSA, 2003, p. 66.

25 Storini, Claudia. “¿Sobre quién reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”. *Perspectivas constitucionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pp. 22-28.

posiciones meramente legalistas, formalistas, propias de un silogismo jurídico que obedecen a un modelo de Estado que estuvo bien para un determinado momento; y segundo, aquellas posiciones que siendo indispensables y de suma importancia como es la posición progresista de aplicación de los derechos, nos permita ubicarnos en un complemento forzoso como es la argumentación, capaz de ir más allá de aquella “jurisprudencia gastronómica”²⁶ para consagrar de una vez por todas un verdadero Estado constitucional de derechos y de justicia.

Solamente en la argumentación encontraremos ese justificativo o complemento a ese déficit en la fuente de legitimidad democrática de la cual han sido atacadas fuertemente las cortes o tribunales constitucionales a lo largo de la historia como usurpadores del principio mayoritario. Es de esperar que los momentos históricos que atraviesa nuestro país y varios más en América Latina —con textos constitucionales importantes en unos casos, y con una importante jurisprudencia y trabajo constitucional en otros—, se conviertan en los escenarios que fortalezcan y cultiven una justicia constitucional verdadera, necesaria, independiente que garantice unos derechos indisponibles. Solamente de esta forma los principios y valores de los cuales se componen los textos constitucionales dejarán de ser letra muerta, y se eliminarán paradojas intolerables como las de tener brillantes o extraordinarios textos constitucionales dignos de imitación, acompañados de modelos y prácticas retrógradas respecto de los papeles que deben jugar hoy en día las cortes constitucionales.

4. Límites constitucionales a la actividad legislativa

“Bien sea a través de una ley ordinaria o a través de una ley orgánica, el legislador no puede dotar a su norma cuando desarrolla un derecho, del contenido que él desee, limitando o restringiendo su núcleo esencial. Si

26 Aguiló, Josep. “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Ed. Germán Burgos Silva. Bogotá, 2003, p. 67. Hace referencia a la jurisprudencia gastronómica como aquella ridiculización teórica que pone de manifiesto que una determinada decisión jurídica podría llegar a estar motivada por la buena o mala digestión del juez.

esto pudiera hacer, la supremacía constitucional en realidad no se proyectaría sobre él y podría actuar entonces como amo de la Constitución²⁷ dotándole del contenido que se le antoje.

Si el legislador debe desarrollar efectivamente los derechos, ¿hasta dónde alcanza su libertad de configuración o es que acaso no tiene límite alguno? Desde luego que debe reconocerse un margen al legislador, un margen razonable y sobre todo constitucional, instituyendo ciertos límites a su tarea legislativa que derivan además de una voluntad anterior (del constituyente), es decir, un margen limitado por el contenido constitucionalmente declarado de cada derecho al que necesariamente deberá restringirse el legislador²⁸ y todos los demás poderes públicos. Podrá en consecuencia configurar el derecho, pero nunca limitarlo más allá de su núcleo esencial. La garantía del contenido esencial funciona entonces como un límite de los límites constitucionalmente admisibles.²⁹

La decadencia de los dogmas propios de la ideología liberal positivista como la infalibilidad del legislador y el de la incuestionabilidad de sus resoluciones es lo que va a permitir la construcción de los mecanismos necesarios de control de las normas legales, que aseguren el sometimiento a la Constitución y su supremacía normativa.³⁰

Con el pasar de los tiempos, y bajo la experiencia italiana y alemana en las que el legislador asumiendo un papel de “defensor” de la Constitución, se había convertido en un problema por su arbitrariedad; y el juez por su lado, en su instrumento, los tribunales constitucionales se erigieron como verdaderos tribunales jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, dejando atrás aquella posición clásica de meros “legisladores negativos” para convertirse entonces en verdaderos guardianes de los derechos y garantías constitucionales.

27 Canosa Usera, Raúl. “Estudio Preliminar”. *Amparo de derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 11.

28 *Ibid.*

29 Serna, Pedro y Fernando Toller. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los derechos en conflicto*. Buenos Aires, La Ley S.A., 2000, p. 48.

30 Peña Freire, Manuel Antonio. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid, Editorial Trotta S.A., 1997, p. 211.

La desconfianza creciente hacia un Legislativo trasgresor de los límites constitucionales y un judicial del cual también se sospechaba, hizo dudar a los constituyentes sobre si la ley democráticamente aprobada gozaba de un proceso previo de valoración, ponderación y análisis constitucional que abarcara a todos los poderes públicos.

Los derechos fundamentales se encuentran recogidos en normas constitucionales y por ello obligan de modo efectivo a todos sus destinatarios.

Dado que los principios comportan verdaderas normas, mandatos de optimización, normas generales, abiertas e indeterminadas que presentan de modo fragmentario el supuesto de hecho, es válido preguntarse ¿cuál es el contenido normativo reconocido de un derecho constitucional cuyo cumplimiento obliga a particulares y a los diferentes órganos del poder público?

Aun cuando la presunción de constitucionalidad de las leyes juega a favor del legislador democráticamente elegido en virtud del principio *in dubio pro legislatore*, la vinculación positiva a la actividad legislativa es más fuerte con relación al contenido esencial de los derechos, dado que reduce el margen de maniobra y libre configuración de que dispone el legislador, dificultando que este pueda argumentar cualquier límite por mucho que cumpla con un procedimiento formal.³¹

Es lógico suponer que el legislador, al emitir las normas necesarias para un convivencia social, ha de establecer una determinación del sentido político del ordenamiento dentro de las opciones constitucionalmente válidas; pero si dicha norma se contrapone a un principio fundamental, es obligación del órgano encargado del control constitucional restaurar el orden jurídico lesionado, haciendo respetar la supremacía constitucional declarando ya sea su inconstitucionalidad (Corte Constitucional) o consultando su constitucionalidad (jueces en general).³²

Es claro que no corresponde a los jueces revisar la oportunidad o conveniencia de criterios típicamente “políticos” a manera de un superior jerárquico, especialmente si fueron tomadas dentro de sus márgenes constitucionales de competencia; su labor consiste exclusivamente en

31 Villaverde Menéndez, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 187.

32 Constitución del Ecuador, artículo 428.

decidir sobre la validez de un acto según esté prohibido o permitido por la ley fundamental³³ aunando en su carga argumentativa y actuando subsidiariamente frente a la omisión legislativa³⁴ examinando la idoneidad de las medidas elegidas con la finalidad de lograr una verdadera satisfacción de los derechos.³⁵ La ley puede regular los derechos fundamentales, y hasta ha de hacerlo, pero no puede afectar a su contenido esencial.³⁶

5. El contenido esencial en relación con la teoría conflictivista de los derechos

La realidad jurídica iusfundamental tiene una serie de matices en torno a la interpretación constitucional de los derechos. En el presente punto analizaremos aquella que la concibe como un ámbito de conflicto entre los derechos puestos en consideración en relación con un caso concreto, ya que en abstracto el conflicto no existe en realidad y la coexistencia de los principios más bien es pacífica.³⁷ Nótese que partimos por romper una ficción importante del sistema jurídico: la coherencia armónica, permanente y perfecta de las normas que integran el sistema jurídico.

Para esta visión, denominada como la *teoría conflictivista*, la tarea judicial consistiría en determinar luego de un análisis previo, la primacía de

33 Internet. www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/12.pdf, Rubén Sánchez Gil.

34 Ávila Santamaría, Ramiro. “Los retos en la exigibilidad de los derechos del Buen Vivir”. *La protección judicial de los derechos sociales*. Eds. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 555.

35 Abramovich, Víctor y Christian Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales”. *La protección judicial de los derechos sociales*. Eds. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 22.

36 La noción de contenido esencial de los derechos aparece en el Derecho constitucional europeo como una garantía de los derechos fundamentales. La idea del contenido esencial de derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana de Bonn de 1949, en cuyo artículo 19 se estableció: “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”; posteriormente en el artículo 53.1 de la Constitución española se incorporó también este principio determinándose que: “sólo por ley que en todo caso deberá respetar su núcleo esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Pero, ¿para qué nos sirve esta idea del contenido esencial? Se instituyó para evitar la excesiva restricción de los derechos fundamentales y que las limitaciones que se impongan vacíen su contenido normativo.

37 Los principios no son excluyentes en el plano abstracto, al contrario, pueden subsistir sin mayor conflicto, y si llegaran a serlo serían normas-reglas cuyas antinomias deberían ser solucionadas con los criterios clásicos de solución de conflictos entre normas.

alguno de los derechos *enfrentados*. Según esta visión conflictivista, los derechos fundamentales son realidades que eventualmente —en los casos concretos—, pueden entrar en oposición entre sí, ello debido a su estructura fragmentaria.

Esta teoría supone, entonces, un conflicto o colisión permanente entre los principios constitucionales con relación a los casos concretos, perspectiva que nos conduce según sus críticos de manera inexorable a solucionar los problemas prácticos del derecho constitucional de un modo no orgánico mediante jerarquizaciones o ponderaciones subjetivas lo cual comporta una fuerte discrecionalidad.

Como sabemos, los sistemas jurídicos hoy en día se encuentran compuestos fundamentalmente por dos tipos de normas: las reglas y los principios. A las reglas o normas hipotéticas le son aplicables los criterios propios de la subsunción jurídica, salvando las antinomias por medio de los razonamientos clásicos de solución de conflictos como son el criterio cronológico (la norma posterior prima sobre la norma anterior); el criterio jerárquico (la norma superior prima sobre la norma inferior); y el de especialidad (la norma especial prima sobre la norma general); en tanto que, a los principios o normas téticas, le son aplicables los criterios de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad entre otros.³⁸

Es bastante común, tanto en doctrina como en jurisprudencia constitucional, que se hable de conflictos de derechos fundamentales, por ello, frente a una situación de conflicto solamente queda entonces, preferir un derecho y *desplazar* a otro. Solo queda dar prevalencia a uno de los derechos en conflicto por sobre el otro, y para ello se hace necesario contar con los mecanismos que justifiquen la preferencia condicionada de un derecho en detrimento de otro,³⁹ una suerte de axiología o jerarquía móvil o prevalencia condicionada para el caso en concreto.⁴⁰

38 Luis Prieto Sanchís en la obra *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, edición de Miguel Carbonell, identifica que el método de la ponderación constitucional, como instrumento para la solución de los conflictos entre principios constitucionales, se hace efectivo por medio de un enunciado de preferencia condicionada, afirmando que en el caso en concreto debe triunfar una de las razones en pugna, sin que ello implique que en otro caso deba triunfar la otra. Constituye un orden de preferencia relativo al caso en concreto.

39 Internet. <http://blog.pucp.edu.pe/item/46951>.

40 Prieto Sanchís, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 102.

El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad (principio autónomo y subregla de la ponderación) como herramientas para la solución de conflictos o colisión entre principios son necesarios dentro del Estado constitucional; y aunque comportan un cierto margen de discrecionalidad, atacado frecuentemente por la carencia de criterios jurídicos que garantizan su objetividad, primando en consecuencia las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez,⁴¹ además de la imposibilidad de predecir sus resultados, ya que la respuesta al caso resultaría de las circunstancias del mismo y no de criterios generales provocando un tipo de jurisprudencia ad hoc. No es apropiado a primera vista intentar sustituir a la supuesta incierta ponderación, por una supuestamente cierta y acertada subsunción en donde también está inmersa la subjetividad del juzgador.⁴²

Es cierto también que el examen de proporcionalidad puede conducir a cierto casuismo o relativismo, pero este no debe ser estigmatizado, acusándolo de eliminar seguridad al punto de destruirlo para contrastarlo con la *certeza* del positivismo clásico.⁴³

Justamente, la necesidad de la ponderación tiene su partida en el momento en el que se acepta que no existan jerarquías internas entre principios, puesto que tal como manifestamos, la preferencia entre los principios es condicionada para el caso en concreto.

Quizá la solución a estos problemas radique, como lo indica el mismo profesor Bernal Pulido, en otorgar un modelo racional al método de la ponderación que se funde en una estructura determinada. Se trata del modelo racional que es desarrollado por Alexy, que consiste en: i) la ley de la ponderación, ii) la fórmula del peso, y, iii) la carga de la argumentación.⁴⁴ De esta manera, la ponderación y en concreto el principio de proporcionalidad del que se vale la teoría relativa del contenido esencial de los derechos nos debe conducir más bien a un *sano casuismo*⁴⁵ que reconozca las diversas situaciones que se pueden presentar cuando dos principios de

41 Bernal Pulido, Carlos. "La racionalidad de la ponderación". *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 52.

42 *Ibid.*, p. 49.

43 *Ibid.*, p. 50.

44 *Ibid.*, p. 52.

45 Internet. www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/12.pdf, Rubén Sánchez Gil.

igual rango y jerarquía entran en conflicto. Rubén Sánchez Gil afirma que “la solución que ofrece el principio de proporcionalidad no implica abandonar la decisión jurídica a un escepticismo desesperado o a un relativismo indiferente... Simplemente es un derivado de la compleja relación entre los bienes, las normas jurídicas que los tutelan, las circunstancias en que interactúan y la determinación de su perfectibilidad”⁴⁶.

¿Es entonces el juicio de ponderación y la teoría en la que se funda la más acertada fórmula de solución de conflictos entre principios constitucionales? Aun cuando algunos teóricos han argumentado que una *teoría conflictivista* es un desacierto, puesto que de esta manera se terminaría por violentar una interpretación sistemática del texto fundamental, así como el principio de unidad de la Constitución, el contenido del derecho esencial no puede ser otro que el derecho mismo. No podemos negar que los conflictos entre principios existen y son frecuentes, y una fórmula desarrollada de solucionarlos, sin sacrificar en extremo uno de ellos, es la técnica de la ponderación constitucional.

Según quienes, la colisión de principios no representan verdaderos conflictos per se —ya que se puede hablar más bien de *seudoconflictos* en la medida en la que los principios constitucionales son interdependientes—, estos *seudoconflictos* como lo llaman los críticos, (aun cuando se reconoce la interdependencia, la igual jerarquía, pues, no son compartimientos estancos), solo son determinables como tales, luego de un análisis y razonamiento previo, con lo cual, de una u otra forma el juicio de ponderación y el de proporcionalidad específicamente, son instrumentos necesarios para llegar a esta conclusión de *seudoconflictos*; es decir, son herramientas de las cuales no podemos prescindir frente a una realidad constitucional diversa de la cual se componen los textos constitucionales hoy en día.

No podemos dejar de indicar que lo óptimo siempre será, sin embargo, tratar de establecer la compatibilidad lógica y buscar la armonía de los principios constitucionales (canon de interpretación sistemática o armónica del texto constitucional), en tanto sea posible.⁴⁷

46 *Ibid.*

47 Serna, Pedro y Toller Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los derechos en conflicto*, p. 75.

Es de considerar que si bien el contenido esencial de los derechos implica, en definitiva, evitar la excesiva restricción de los derechos mediante la tarea legislativa, judicial y administrativa, y que como consecuencia de ello se vacíe su contenido, el sistema jurídico se encuentra compuesto por un lado pasivo que comprende las reglas y los principios; y un lado activo en el que se encuentra la teoría de la argumentación jurídica,⁴⁸ y solo una armonía de estos dos lados del sistema jurídico posibilita un entendimiento eficaz y coherente de la funcionalidad, justificación y aplicación del principio de proporcionalidad y ponderación como métodos para la solución de los conflictos del que se sirve la teoría relativa del contenido esencial de los derechos que no resulta arbitraria o discrecional.

En virtud de una falta de autosuficiencia constitucional que proporcione los límites de cada derecho, lo cual es lógico y necesario, pues los principios son mandatos de optimización que contribuyen al debate democrático, la ponderación, el test de razonabilidad, como mecanismos de interpretación y aplicación práctica de los derechos, son válidos siempre que su utilización no constituya una aplicación abstracta, subjetiva o discrecional de criterios, ideologías o morales subjetivas, *sino fundamentalmente de argumentación* que nos conduzca finalmente a una coherente y racional aplicación de los principios constitucionales.

La argumentación es, entonces, ese pilar fundamental en el cual descansan todas las decisiones judiciales máxime si provienen de un conflicto constitucional como son los principios constitucionales en donde su aplicación es cada vez más frecuente y necesaria.

6. Conclusiones

— A pesar de que un control procedimental y un control material de las decisiones parlamentarias por parte de la justicia constitucional son necesarias; sin embargo, por si solas son insuficientes. Los actuales momentos exigen más que un control formal y material, un control razonado, valorado suficientemente, que tenga como referente

48 Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 66.

un criterio de argumentación capaz de producir decisiones justificadas, razonables, válidas y suficientes que supere aquellas decisiones judiciales cargadas de criterios subjetivos, arbitrarios, inmotivados y hasta viscerales, los cuales desdican de lo que la justicia constitucional representa hoy en día.

- No es que esta aproximación del control de constitucionalidad —nos referimos a la posición innovadora y necesaria de la argumentación—, sea un gran descubrimiento, pero si hará posible, que cuestiones aparentemente obvias como la argumentación en el derecho, sean olvidadas o relegadas con frecuencia en perjuicio del desarrollo del derecho, al tiempo que permita superar aquellas posiciones meramente legalistas, formalistas, propias de un silogismo jurídico que obedecen a un modelo de Estado liberal para pasar a una posición progresista de aplicación de los derechos que nos permita ubicarnos en un complemento forzoso como es la argumentación.
- Más allá de que la presunción de constitucionalidad de la ley juegue en favor de un legislador democráticamente elegido, en virtud del principio mayoritario o un principio *in dubio pro legislatore*, la vinculación positiva de la actividad legislativa en relación al contenido esencial de los derechos es inobjetable. El legislador no es ya omnímodo, intocable o absoluto, el margen de maniobra y libre configuración de la que dispone al configurar un derecho no es sinónimo de arbitrariedad. No puede entonces argumentar cualquier límite por mucho que cumpla con el procedimiento formal. Los derechos son válidos no en la medida en la que son incorporados en los textos legales, por el contrario, las leyes son válidas en la medida en la que incorporan derechos y los regulan eficientemente dentro del marco trazado por la norma constitucional.
- Si partimos del hecho de que los textos constitucionales se componen tanto de reglas como de principios, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad como herramientas para la solución de conflictos o colisión entre principios son necesarios dentro del Estado constitucional, y aunque comportan un cierto margen de discrecionalidad

atacado frecuentemente por la carencia de criterios jurídicos que garanticen su objetividad ello no implica que el método clásico de la subsunción y el positivismo jurídico como su corriente, sea perfecto y carente de valoraciones subjetivas. Lo que proponemos, entonces, es una solución de conflictos constitucionales que siendo formal, material y utilizando métodos propios de un sistema constitucional como la ponderación, la razonabilidad, la proporcionalidad, se sirva fundamentalmente de la argumentación jurídica como un estándar no solo de legitimación de la justicia constitucional sino, sobre todo, como un componente necesario que permita obtener decisiones justas sobre la base de razonamientos lógicos, necesarios y suficientes.

- Las clásicas posiciones del control de constitucionalidad deben ser superadas mediante prácticas e ideas innovadoras y emancipadoras, dejando atrás ese formalismo indolente de una tarea constitucional necesaria, que encuentre en la argumentación, la herramienta idónea de justificación de sus decisiones capaz de convertir a estos órganos constitucionales en verdaderos guardianes de los derechos fundamentales.

7. Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales”. *La protección judicial de los derechos sociales*. Eds. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Aguiló Regla, Josep. “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Ed. Germán Burgos Silva. Bogotá, Publicaciones ILSA, 2003.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Los retos en la exigibilidad de los derechos del Buen Vivir”. *La protección judicial de los derechos sociales*. Eds. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

- Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Calvo, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Editorial Tecnos S.A., 1994.
- Canosa Usera, Raúl. “Estudio Preliminar”. *Amparo de derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, 5ª ed. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2002.
- Escobar García, Claudia. “Del Tribunal a la Corte. ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”. *Constitución del 2008 en el contexto andino*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- García Villegas, Mauricio y César Rodríguez. “Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, 2003.
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1996.
- Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el derecho*. Lima, Palestra Editores, 2005.
- Grijalva Jiménez, Agustín. “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”. *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva Jiménez y Claudia Storini. Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.
- Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad del control judicial de las leyes*. Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Prieto Sanchís, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Serna, Pedro y Toller, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los derechos en conflicto*. Buenos Aires, La Ley S.A., 2000.

- Storini, Claudia. “¿Sobre quién reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”. *Perspectivas constitucionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.
- Villaverde Menéndez, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Internet

<http://blog.pucp.edu.pe/item/46951>.

http://grupos.emagister.com/debate/sobre_el_contenido_esencial_de_los_derechos_fundamentales/6532-138010.

<http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero7/4-7.pdf>.

www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/12.pdf.

Colaboradores

Ramiro Ávila Santamaría

Doctor en jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en derecho (Human Rights Fellow), Columbia University en New York. Profesor de derecho constitucional y derechos humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Correo electrónico: *ravila67@gmail.com*

Francisco José Eguiguren Praeli

Abogado, magíster en derecho constitucional y doctor en humanidades; coordinador de la maestría en derecho constitucional de la Escuela de posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y miembro de la Comisión Andina de Juristas.

Correos electrónicos: *feguigur@amauta.rcp.net.pe*; *feguigu@pucp.edu.pe*

Carlos Gaviria

Doctor en derecho y ciencias políticas, Universidad de Antioquia. Estudiante especial de la Universidad de Harvard en las áreas de jurisprudencia, derecho constitucional y teoría política. Exsenador y expresidente de la Corte Constitucional de Colombia. Candidato a las elecciones presidenciales para el período 2006-2010.

Correo electrónico: *cgaviriadias@hotmail.com*

Agustín Grijalva Jiménez

Doctor en jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en ciencias políticas, University of Kansas. Ph.D por la University of Pittsburgh. Docente del área de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Correo electrónico: *agustin.grijalva@gmail.com*

Sebastián López Hidalgo

Abogado y doctor en jurisprudencia, Universidad del Azuay. Diploma superior en derecho constitucional y derechos fundamentales, Universidad de Cuenca. Magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de la Procuraduría General del Estado. Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador. Profesor invitado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Correo electrónico: *sebaslopezhidalgo@yahoo.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, Universidad Messina. Doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Exasesor presidencial y de la Asamblea Constituyente de 2008. Director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

Humberto Sierra Porto

Doctor en derecho público, ciencia política y filosofía jurídica, Universidad Autónoma de Madrid. Especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.

Correo electrónico: *humberto.sierra@uexternado.edu.co*

Néstor Pedro Sagüés

Doctor en derecho, Universidad de Madrid. Doctor en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Nacional del Litoral. Catedrático de derecho constitucional, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Director del doctorado en derecho y del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, Pontificia Universidad Católica Argentina, sede Rosario. Magistrado judicial y presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Rosario.

Rodrigo Uprimny Yepes

Doctor en economía política, Université de Picardie Jules Verne en Amiens, Francia. Magíster en economía del desarrollo, Université de Paris I Pantheon-Sorbonne. Especialista en sociología jurídica, Université de Paris II. Diploma de posgrado en resolución de conflictos, Universidad de Uppsala (Suecia). Profesor e investigador de las universidades de Grenoble (Francia), American University de Washington (EE. UU.), Universidad de Los Andes en Bogotá y Universidad Nacional de Colombia. Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Correo electrónico: *ruprimny@yahoo.com*

ISBN: 978-9942-07-038-8



9 789942 070388



www.corteconstitucional.gob.ec