

umbral

Revista de Derecho Constitucional

Garantías jurisdiccionales
y derechos constitucionales

N.º 3, ene-jun 2013
ISSN: 1390-6615

Debate & Reflexión

La acción extraordinaria
de protección

Paridad, representación y
deliberación como exigencia
del Estado constitucional
de derechos y justicia

El valor de la jurisprudencia
dentro del ordenamiento
constitucional ecuatoriano

Jurisprudencia

Jurisprudencia obligatoria:
Sentencia de la Ley de Minería

Entrevistas

Reseñas

Roberto Gargarella
La justicia frente al gobierno

Luigi Ferrajoli
Cultura jurídica y paradigma constitucional

umbral

Revista de Derecho Constitucional

ISSN: 1390-6615

N.º 3, ene-jun 2013

Quito – Ecuador



Umbral: revista de derecho constitucional / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Quito: CEDEC, 2013- (3: ene.-jun. 2013).

ISSN: 1390-6615

1. Derecho constitucional. I. Benavides Ordoñez, Jorge, dir. II. Título.

CC: 342 CDU: 342 LC: K3154 C46 2012

Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador

Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional

Jorge Benavides Ordóñez
Director Ejecutivo del CEDEC

Edwin Madrid
Coordinador General

Miguel Romero Flores
Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar Proaño
Diseño de Portadas y Diagramación

Corte Constitucional
Av. 12 de Octubre N15-114
y Pasaje Nicolás Jiménez
Tel. 394 1800
www.corteconstitucional.gob.ec

CEDEC
Iñaquito E3-92 y Amazonas
Tel. 224 3808
publicaciones@cce.gob.ec

Impresión
V&M Gráficas
Jorge Juan N32-36 y Mariana de Jesús
Tel. 320 1171

Quito – Ecuador

©Umbral n.º 3, ene-jun 2013

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.

Umbral, revista de derecho constitucional, es una publicación semestral del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), creada con el propósito de difundir y generar debate y reflexión sobre teoría jurídica, derecho constitucional ecuatoriano y comparado, derechos humanos e historia del derecho constitucional. Está dirigida a los actores jurídicos, abogados, investigadores, estudiantes y toda persona interesada en temas que contribuyan a la formación de una nueva cultura jurídica constitucional ecuatoriana.

Envío de artículos, información, solicitud de canje, así como suscripciones, pedidos y distribución: publicaciones@cce.gob.ec

DIRECTOR DE UMBRAL

Jorge Benavides Ordóñez

COMITÉ NACIONAL

Marco Navas Alvear
Universidad Andina Simón Bolívar

Xavier Zavala Egas
Universidad de Especialidades Espíritu Santo

Gina Chávez
Universidad Andina Simón Bolívar
Instituto de Altos Estudios Nacionales

Xavier Garaicoa
Universidad de Guayaquil

Alfredo Ruiz Guzmán
Universidad de Guayaquil

COMITÉ INTERNACIONAL

Antonio de Cabo
Universidad Complutense de Madrid

Oscar Correas
Universidad Nacional Autónoma de México

Francisco Zúñiga Urbina
Universidad de Chile

Carlos Bernal Pulido
Universidad Externado de Colombia

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

Gerardo Pisarello
Universidad de Barcelona

Índice

umbral

Revista de Derecho Constitucional
Corte Constitucional del Ecuador
Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)
N.º 3, ene-jun 2013

Presentación	7
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	
Editorial	11
<i>Jorge Benavides Ordóñez</i>	
Debate & Reflexión	
La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista	17
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	
Acción extraordinaria de protección y la valoración de prueba en el recurso de casación en materia penal	43
<i>Ruth Gabriela Melo Flores</i>	
Paridad, representación y deliberación como exigencia del Estado constitucional de derechos y justicia	57
<i>Jorge Benavides Ordóñez</i>	
El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿Cambio de paradigma?.....	69
<i>Pamela Aguirre Castro</i>	
Efectividad de las sentencias constitucionales de acción de protección y su mecanismo de cumplimiento.....	103
<i>Ximena Velasteguí Ayala</i>	
Eficacia del control constitucional en situaciones de crisis: relación entre interpretación jurídica y dinámica material <i>Jhoel Escudero Solíz</i>	127
Jurisprudencia	
Jurisprudencia obligatoria: Sentencia de la Ley de Minería	143
<i>Fabián Soto Cordero</i>	
Entrevistas	
Wendy Molina Andrade.....	157
<i>Vicepresidenta de la Corte Constitucional</i>	
Alfredo Ruiz Guzmán	159
<i>Juez constitucional</i>	
María del Carmen Maldonado Sánchez	161
<i>Jueza constitucional</i>	
Reseñas	
Roberto Gargarella <i>La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial</i>	165
Por Esteban Polo Pazmiño	
Luigi Ferrajoli <i>Cultura jurídica y paradigma constitucional: la experiencia italiana del siglo XX</i>	171
Por Diego Núñez Santamaría	
Colaboradores	174
Política editorial & Normas de publicación	178

Presentación

Patricio Pazmiño Freire

Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador

Una mirada hacia nosotros mismos

Patricio Pazmiño Freire

Este número tres de Umbral dedicamos a las garantías jurisdiccionales y derechos constitucionales, como un ejercicio de reflexión motivada por el desarrollo jurisprudencial e institucional de los derechos reconocidos en la Constitución que, en este campo, nos obliga a analizar nuevos modelos, que deberán ser observados, estudiados y desarrollados para un mejor cumplimiento constitucional.

Umbral, como su nombre lo indica, quiere estar en la puerta o en la entrada, en el horizonte o en el límite del debate constitucional para profundizar los procesos y conceptos que fortalezcan las garantías y derechos constitucionales que deben ser emitidas por las instituciones y actores del orden jurídico e institucional del país.

Abrimos este número con un artículo que argumenta a favor del Estado constitucional y su importancia en la protección de los derechos por medio de un amplio catálogo de garantías, entre las cuales la Acción Extraordinaria de Protección —incorporada por vez primera en la Constitución de Montecristi— ocupa un lugar central al permitir que las sentencias judiciales en firme sean objeto de control. Por eso se insiste en que, en el caso de existir un abuso en su operatividad práctica, esas malformaciones deben ser superadas a partir de una coordinada y correcta formulación de política pública de justicia que preserve el Estado constitucional de derechos.

Seguido del artículo “Paridad, representación y deliberación como exigencia del Estado constitucional de derechos y justicia”, aquí Jorge Benavides Ordóñez analiza la importancia al respeto del principio de igualdad y no discriminación en la participación política, y ve como una prioridad la observación del cumplimiento de la paridad en la conformación de las listas electorales, conjuntamente con la promoción de condiciones adecuadas que promuevan una amplia deliberación pública, elementos que señalan el tránsito del Estado liberal al Estado constitucional y democrático del siglo XXI.

“El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿Cambio de paradigma?” A esta pregunta responde Pamela Aguirre Castro, haciendo hincapié en las funciones que desempeñan las altas Cortes dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, toda vez que a partir del desarrollo de jurisprudencia vinculante —horizontal y vertical— genera la transformación en el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano. En efecto, si es la jurisprudencia la llamada a convertirse en uno de las principales fuentes de resolución de conflictos sociales, debería entonces constituirse en las razones excluyentes y definitivas de las resoluciones judiciales posteriores, esquema que sin lugar a duda trastoca los clásicos cánones del sistema de fuentes de la familia romano germánica de la cual nuestro ordenamiento jurídico proviene.

Ruth Gabriela Melo Flores argumenta un análisis de varias sentencias dictadas por la Corte Constitucional en forma reiterativa, y en las que se ha conseguido mantener un criterio similar y uniforme; como demuestra en la segunda parte de su ensayo.

En “Efectividad de las sentencias constitucionales de acción de protección y su mecanismo de cumplimiento”, ensayo de Ximena Velastegui Ayala, se revisa el mecanismo de cumplimiento de las sentencias constitucionales expedidas en acciones de protección, garantía jurisdiccional consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República, en las que se evidencia que el principio de supremacía constitucional y de vigencia del Estado constitucional de derechos y de justicia, constituyen elementos importantes en la eficacia de los fallos ejecutados.

En la sección “Jurisprudencia”, Fabián Soto analiza la sentencia n.º 001-10-SIN-CC dictada dentro de los casos acumulados n.ºs 0008-09-IN y 0011-09-IN, por demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería, presentada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas, y el presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay.

Por otro lado, Jhoel Escudero indaga alrededor de ¿cómo interpretó el ex Tribunal Constitucional del Ecuador la Constitución de 1998, las acciones de inconstitucionalidad y amparos constitucionales que se desprendieron de la crisis bancaria? En ese sentido, su ensayo expone la relación entre eficacia de la Constitución, control constitucional y dinámica material.

Esta mirada que intentamos hacia nosotros mismos, muestra el camino recorrido con los avances y obstáculos que hemos tenido que sortear para ir construyendo una Corte Constitucional de acuerdo con los nuevos retos, sin perder de vista los logros constitucionales en otras partes del mundo.

En la necesidad de compartir y tener un cruce de miradas, desde este número incrementamos la sección de entrevistas, donde aparecerán diversas personalidades en un diálogo que enriquecerá los puntos de vista sobre el derecho constitucional y las herramientas que este demanda, para ejercer una justicia en la que las garantías jurisdiccionales y derechos constitucionales contemplados en nuestra Constitución tengan plena vigencia.

Editorial

Jorge Benavides Ordóñez

*Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)*

Editorial

Jorge Benavides Ordóñez

La existencia de un sistema democrático implica necesariamente el contar con una justicia constitucional fuerte e independiente, en la medida en que gracias a su actuación efectiva se garantiza la supremacía constitucional, así como los derechos y garantías ciudadanas en ella recogidos; de ahí que aparece como una afirmación ampliamente difundida, la consideración de observar a los derechos como aquellos elementos esenciales que permiten la democracia, pero que a la vez son su resultado,¹ o lo que es lo mismo, derechos y democracia son las dos caras de una moneda, o cómo podríamos pensar en una democracia sin la garantía de los derechos de participación que la posibilitan, o qué son los derechos desde una perspectiva democrática, sino el producto de la discusión que se gesta en los Parlamentos en donde se hallan representados la pluralidad de colectivos sociales.

A dicha tesis, por tanto, adscriben incluso posiciones objetoras del control judicial de constitucionalidad como la de John Ely, quien señala que es posible la invalidación de decisiones mayoritarias que tiendan a marginar a personas o grupos en la toma de decisiones políticas.²

En efecto, si consideramos el sentido garantista de la Constitución de Montecristi, garantismo que se deriva de la propia historia del constitucionalismo, que señalaba el apareamiento de las Constituciones como documentos solemnes que limitan el poder de los gobernantes, y que encuentran su concreción actual, en el establecimiento de un conjunto de garantías que persiguen la satisfacción de los derechos, por medio

1 Grijalva, Agustín. "Derechos humanos y democracia: complementariedades y tensiones". *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador/ CEDEC, 2012, pp. 53 ss.

2 Ackerman, Bruce y Carlos Rosenkrantz. "Tres concepciones de la democracia constitucional". *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 21.

inclusive de limitar al poder constituido³ como ocurre con su artículo 84, que señala que ni aún la reforma puede restringir los derechos y las garantías constitucionales.

Es en ese contexto, donde se inscriben los esfuerzos que realiza la Corte Constitucional en su lucha por la vigencia del Estado constitucional, por eso este número 3 de Revista Umbral, bajo el título general “Derechos y garantías”, pretende precisamente engarzar el análisis teórico reflexivo con la jurisprudencia emitida por el máximo órgano de control e interpretación constitucional, como se demuestra en la sección Jurisprudencia con el análisis de la Sentencia n.º 001-10-SIN-CC dictada dentro de los casos acumulados n.ºs 0008-09-IN y 0011-09-IN referente a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, por no haberse respetado en su formación el derecho a la consulta prelegislativa de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Por tanto, el objetivo de este número es hacer hincapié en la necesidad de reafirmar la tesis de que si bien en democracia impera el principio de la mayoría, dicho principio tampoco implica el rechazo del respeto a los derechos de las minorías, de ahí que como lo señalara Kelsen: el dominio de la mayoría sobre la minoría solo es aceptable en la medida en que se trata de una dominación sometida al derecho, es decir que una democracia no puede ser pensada sin la presencia de las minorías políticas y el respeto de sus derechos. En Kelsen, como lo anota Ernesto Garzón Valdés, el ejercicio del principio de la mayoría se encuentra limitado por el respeto de los derechos de la minoría a los que de modo significativo llama derechos fundamentales o humanos.⁴

Así, pues, el interés por la causa de los derechos y las garantías se muestra de modo claro en los trabajos ensayísticos de Patricio Pazmiño y Gabriela Melo, relativos a la acción extraordinaria de protección; Jhoel

3 Se debe señalar que si bien el poder constituyente se encuentra exento de limitaciones positivas internas, si las tiene en el ámbito internacional por medio de los tratados internacionales de derechos humanos, lo que en últimas implica un limitante positivo de carácter externo que se encuentra contemplado también en las Constituciones nacionales, al hacer estas remisión expresa al bloque de constitucionalidad, de ahí que tanto el poder reformador como el poder constituyente comparten un mismo límite: los derechos.

4 Garzón Valdés, Ernesto. “Representación y democracia”. *Doxa* 6. Alicante, 1989, p. 156. Internet. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10840/1/Doxa6_07.pdf.

Escudero, por su parte, analiza el control abstracto y su relación con la garantía de derechos; mientras que Pamela Aguirre centra su reflexión en el valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano; Jorge Benavides habla de la importancia de la observancia de la paridad en la conformación de las listas en los procesos electorales; finalmente, y no por ello menos importante, Ximena Velasteguí discurre su reflexión en el tema de la efectividad de las sentencias constitucionales de protección.

Inquietudes plenamente compartidas por el juez Alfredo Ruiz y las juezas Wendy Molina y María del Carmen Maldonado, que con sus informadas y esclarecedoras respuestas en materia de garantías jurisdiccionales, inauguran la sección Entrevistas.

No podemos concluir sin hacer mención al análisis jurisprudencial llevado a cabo por Fabián Soto, y a las reseñas sobre dos importantes textos, la *Justicia frente al Gobierno* de Roberto Gargarella y *Cultura jurídica y paradigma constitucional* de Luigi Ferrajoli, realizadas por Esteban Polo y Diego Núñez, respectivamente.

Debate & Reflexión



La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista

Patricio Pazmiño Freire¹

Resumen

Este artículo pretende argumentar a favor del Estado constitucional y su importancia en la protección de los derechos por medio de un amplio catálogo de garantías, de entre las cuales la acción extraordinaria de protección—incorporada por vez primera en la Constitución de Montecristi—ocupa un lugar central al permitir que las sentencias judiciales en firme sean objeto de control. Por eso se insiste en que incluso en el caso de existir un abuso en su operatividad práctica, esas malformaciones deben ser superadas a partir de una coordinada y correcta formulación de política pública de justicia que preserve el Estado constitucional de derechos.

Palabras clave:

Estado constitucional, derechos, garantías constitucionales, acción extraordinaria de protección, políticas públicas.

I. Introducción

El artículo¹ de la Constitución de 2008 determina que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, plurinacional y laico. Esta definición ha generado críticas desde la promulgación de la Constitución, e incluso antes. Durante el proceso constituyente aparecieron opiniones discordantes y en otros casos opuestas al proceso constituyente, acusándolo de injustificado e injustificable, se arremetía contra el primer artículo de la nueva carta constitucional, imputándole ser una copia de la Constitución venezolana de 1999:

1 Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador. Actualmente cursa estudios de Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. Ha ejercido la docencia en Programas de Maestría en Derecho Constitucional, cátedra Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador y Bolivia y en la Universidad Estatal de Guayaquil. Fue presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008); presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición (2008-2012); en la actualidad es presidente de la primera Corte Constitucional del Ecuador (2012-2015). Miembro fundador de la Red para el Constitucionalismo Democrático.

[U]na manifestación de semántica y retórica grandilocuente plagada de declaraciones políticas en desmedro de lo jurídico, atiborrada de preceptos rectores que tienen como resultado la inevitable pérdida de juridicidad que conduce a la perversión de la Constitución y del Estado de Derecho (Herrería Bonnet, 2007).

Para estos sectores el primer artículo de la Constitución no sería más que una “entelequia” sin sentido jurídico, y basaban su crítica en el hecho de que, a su juicio, el Estado constitucional de derechos no existía, por cuanto las únicas formas de Estado reconocidas eran el Estado de derecho o Estado liberal y el Estado autoritario.

Estas opiniones olvidan aquella enseñanza sobre el carácter histórico y contingente del concepto de Estado, donde este no es un dogma religioso sino un producto humano que como tal tiene una naturaleza histórica. Se trata de un producto vivo que va transformándose dialécticamente en virtud de las coyunturas políticas y sociales y de las fuerzas productivas, relaciones de producción, y de la división del trabajo que se dé en cada sociedad (Marx, 2005: 38).

Si asumimos la condición dialéctica del Estado, podemos comprender que si bien en términos esquemáticos la dicotomía Estado de derecho-Estado autoritario² es válida, para que la crítica tenga un verdadero alcance científico tiene que ser complementada con una reflexión desde la sociología del derecho que nos alerta sobre las variaciones que ha sufrido históricamente el Estado de derecho, desde el siglo XVIII. Es cierto que el Estado de derecho es aquel donde el ejercicio del poder es regido y limitado por el derecho y por tanto donde sus autoridades están sometidas y obedecen al derecho vigente.

Es verdad también que este Estado de derecho se distingue fundamentalmente de aquellos Estados organizados sobre el principio de la fuerza, Estados autoritarios que han existido desde siempre en la historia y del que es un ejemplo típico el Estado absoluto descrito y defendido por Hobbes (2002), Schmitt (2004), Sabine (2006), así como también los Estados totalitarios nazi-fascistas de la Europa de los años treinta, o los Estados del llamado “socialismo real” y, por supuesto, las dictaduras militares latinoamericanas de los años setenta; pero eso no significa que

2 Dicotomía sobre la que se sustentan las objeciones mencionadas.

el Estado de derecho haya sido uno único desde sus orígenes hasta hoy. Existe una primera manifestación del Estado de derecho que es el Estado de legalidad; otra forma de Estado de derecho muy conocida es el Estado social de derecho; y ha habido también otra forma de Estado de derecho: el Estado social de mercado, y finalmente el Estado constitucional. Manifestaciones de Estado que comparten los elementos esenciales del arquetipo general Estado de derecho, y que sin embargo presentan diferencias sustanciales unas de otras.

El olvido de este importante matiz, así como la persistencia de ciertas ideas erróneas de lecturas interesadas, y un concepto mecánico de la teoría del Estado de derecho han contribuido en estos años a la formación de mistificaciones y de una falsa conciencia (Marx, 2005)³ sobre las causas de los problemas políticos y jurídicos que vive Ecuador. Particularmente se ha ido decantando la idea positivista de que el valor de las normas está en la norma misma, y que por lo tanto para evitar ciertos abusos al derecho cometidos por algunos jueces y ciertos operadores jurídicos la única alternativa es el cambio o la modificación más o menos profunda de las leyes, o del propio texto constitucional.

En las siguientes páginas se intentará argumentar partiendo de la idea de que el Estado constitucional de los derechos ecuatorianos es un producto social y político, un nuevo y vigoroso orden jurídico, teórico y práctico que debe ser preservado, y en el caso de existir ciertos abusos en el plano de la operatividad del modelo, esas arbitrariedades deben ser corregidas a partir de la formulación y ejecución de una correcta y coordinada política pública de justicia, que preserve la esencia del Estado constitucional, esto es los derechos, garantías y obligaciones de las personas, y a la vez se ocupe de combatir las indebidas interpretaciones o el abuso del derecho.

Para ello, en primer lugar partiremos de una revisión de la llamada teoría general de las garantías en Europa y América Latina. Luego revisaremos las discusiones constituyentes sobre derechos y garantías para definir claramente cuál fue el contexto ideológico y político que explica el porqué la parte dogmática de la Constitución es como es. En tercer lugar, se hará un examen de las principales cuestiones relativas a las garantías jurisdiccionales tanto en el plano constitucional como legal,

3 Sobre el concepto de ideología o falsa conciencia, ver Marx, Karl. *La ideología alemana y otros escritos filosóficos*. Buenos Aires, Editorial Lozada, 2005, pp. 31 a 35.

particularmente referidas con la acción extraordinaria de protección y el recurso de casación, identificando elementos sobre su eficacia y efectividad. Para terminar con una descripción de los principales retos que tiene el sistema de garantías y algunas propuestas que permiten solventar estos problemas. Es de justicia advertir que este texto no corresponde a la directa autoría del expositor ya que hace uso y adelanta criterios, afirmaciones, datos e interpretaciones de la investigación organizada por la Corte Constitucional, por intermedio del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), cuya publicación íntegra está en curso, por tanto, las referencias a este escrito deberán destacar esa fuente.

II. Aproximación a un concepto general de garantía en el Estado constitucional

El establecimiento o reconocimiento de un derecho en la Constitución no implica la garantía para su cumplimiento. Como explica Riccardo Guastini “[u]n derecho constitucional puede ser conferido o atribuido, pero ello no conlleva que el derecho esté garantizado, protegido o tutelado”;⁴ por tanto, la simple enunciación de un derecho no genera la garantía de su cumplimiento. Será necesario entonces establecer instrumentos adecuados que permitan prevenir la violación de la Constitución, y remedios para el caso de que sea vulnerada o desconocida. Desde este punto de vista, podemos decir que el ejercicio de los derechos solo es posible cuando se han establecido mecanismos para su protección y por ende un Estado en el que no se prevea estos mecanismos no podría ser un Estado constitucional de derechos y justicia. El Estado constitucional de derechos no se puede comprender sin garantía de derechos. De hecho los mecanismos normativos, procesales y sociales que aseguran el cumplimiento de los derechos son el rasgo más distintivo del Estado constitucional e indican una clara muestra de la evolución del Estado de legalidad.

Hablar de garantías no tiene sentido si no se habla de derechos. Los derechos son aquellas facultades o poderes atribuidos a los sujetos jurídicos para exigir algo frente a alguien. En el caso de los derechos humanos son las facultades que tienen los seres humanos para exigir que se respete su libertad frente al poder, sea este estatal o personal.

4 Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, 2001, p. 233.

En ese sentido el constitucionalismo no sería lo que es sin los derechos, pero los derechos serían menos que humo que se lleva el viento sin un sistema de garantías. Las democracias constitucionales como la ecuatoriana se fundamentan y legitiman en la medida en que tengan un sistema adecuado y eficaz de garantía de los derechos, que se constituye como hemos dicho en la finalidad primera y última de la organización del Estado.

Para cumplir con esta finalidad, los Estados constitucionales han desarrollado una serie de instrumentos y garantías con distintos tipos de tutela política y jurídica de los derechos, bajo la denominación común y general de garantías constitucionales.

Este mandato solo es posible y efectivamente aplicable si en el ordenamiento jurídico existen definidos los mecanismos para hacer del principio de supremacía constitucional un mandato verdadero. Estos mecanismos jurídicos se conocen como garantías constitucionales.

La primera de estas garantías es el propio carácter superior de la Constitución. Sobre este particular Hans Kelsen, en su célebre texto *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (Kelsen, 1928),⁵ menciona que para que la Constitución se encuentre garantizada debe posibilitar la anulación de actos inconstitucionales, es decir, la Constitución no está debidamente garantizada “sino cuando la anulación de los actos inconstitucionales es posible” su garantía precisamente encaja dentro del Estado constitucional de derechos que considera a esta norma fundamental como superior de las demás leyes.

Pero para que la Constitución sea verdaderamente suprema se requiere que los poderes públicos afirmen esta superioridad, y existan efectos jurídicos en caso de no cumplimiento de este mandato. En este caso, las constituciones contemporáneas de las democracias constitucionales han creado ciertas vías que permiten a los particulares “acudir ante los jueces para que se ponga en funcionamiento el aparato del Estado con el fin de que se tutelen sus derechos y se logre el resarcimiento

5 Texto original presentado en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se llevó a cabo en Viena el 23 y 24 de abril de 1928. Traducido al castellano por Rolando Tamayo y Salmorán, y publicado en el *Anuario Jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), correspondiente a su primer número publicado en 1974.

de los daños y perjuicios causados”.⁶ En ese sentido son instrumentos que atienden a la necesidad de proteger los derechos promulgados en la Constitución.

German Bidart Campos nos dice que “lo que es garantía apunta a la disponibilidad que tiene la persona para movilizar al Estado en protección suya, tanto para evitar ataques como para restablecer la situación anterior al ataque, o para compensarle el daño sufrido, sin dejar de lado la sanción al agresor”.⁷

III. Síntesis histórica sobre el desarrollo de las garantías jurisdiccionales

Hemos descrito la fotografía de las constituciones actuales. Sin embargo, no se puede juzgar el alcance de esta revolución jurídica si no conocemos su proceso de formación y los avatares de su desarrollo. Conviene entonces hacer una lectura histórica sobre el desarrollo de estos importantes mecanismos de defensa y protección de los derechos.

3.1. Los orígenes

Las garantías jurisdiccionales de los derechos tienen y sus orígenes míticos en el interdicto romano de *homine liber exhibendo*, el cual se constituía en una especie de acción popular encaminada a tutelar la libertad de cualquier ciudadano romano privado dolosamente de ella.⁸

El siguiente antecedente importante del actual sistema de garantías jurisdiccionales es la famosa Carta magna de 1215, por cuyo intermedio los señores feudales ingleses consiguieron una serie de prerrogativas frente a las ambiciones absolutistas del rey Juan. Sobre la base de este pacto el tiránico rey inglés fue obligado a acordar una serie de concesiones y derechos de la nobleza frente a la Corona. Particularmente le obligaron a garantizar la existencia de una Iglesia “libre” de las intromisiones del rey; a garantizar la vigencia de la llamada ley feudal; así como los derechos de los pueblos a la libertad de comercio y al uso

6 Vila, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Colombia, Legis, 2009, p. 497.

7 Bidart Campos, Germán. *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 183.

8 Sentencia Tribunal Constitucional de Perú, 3509 -2009. Fundamento Jurídico 2.

de los bosques públicos; también se acordó mediante la Carta magna una reforma de la justicia, que incluyó la instauración del hábeas corpus, en virtud del cual el rey se comprometía a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes mientras aquellos no fueran juzgados por sus iguales (Vega, 1988: 81).⁹

Específicamente el artículo 39 de la Carta establecía que:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.¹⁰

El otro antecedente famoso del actual sistema en el mismo contexto inglés y como reacción frente al poder de la Corona se instituyó la *Petición de derechos* que fue concedida el 7 de junio de 1628, donde se declara ilegal el encarcelamiento excepto en el caso de que se cometa un delito, se extiende la garantía del hábeas corpus para toda persona, y se prohíbe la prisión preventiva para los acusados hasta que se demuestre el crimen que han cometido; así mismo se declaran ilegales y se prohíben los impuestos no aprobados por el parlamento y los préstamos forzosos. Posteriormente, en 1640, el *Habeas Corpus Act* abolió la *Star Chamber*¹¹ y los tribunales basados en la prerrogativa real. En ella se eliminó la jurisdicción real en asuntos civiles y penales, además se estableció un procedimiento judicial ante los jueces del *common law* para garantizar la libertad de locomoción y movilización de los antiguos siervos, que a partir de ese momento pudieron transitar y trabajar libremente en los talleres de la naciente industria textil inglesa.

9 La Carta magna es una cédula que el rey Juan de Inglaterra otorgó a los nobles ingleses el 15 de junio de 1215 "en la que se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes, mientras aquellos no fuesen juzgados por 'sus iguales'". Ver Vega, Alipio. *Desarrollo del Constitucionalismo*. La Paz, Bolivia, Juventud, 2.ª ed., 1988, p. 81.

10 Artículo 39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*, en Breay, Claire. *Magna Carta. Manuscripts and Myths*. Londres, British Library Publishing, 2002.

11 Cámaras estelares, en latín *Camera ste/lata*, fue un tribunal de justicia inglés instaurado con la finalidad de aplicar las leyes a cierto sector de la sociedad, sobre todo de la aristocracia, esto debido a que la justicia común no podía juzgarlos. Se caracterizó principalmente porque en sus sesiones no existían testigos, tampoco acusaciones y eran celebradas en secreto, lo que con el paso del tiempo esta figura fue mal utilizada políticamente por parte de la monarquía inglesa y los tribunales.

En este punto llegamos a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, origen y pilar central del sistema de garantías propio de cualquier Estado de derecho. En el plano procesal, que es el que aquí interesa, esta famosa declaración establece la prohibición de nombrar jueces especiales para juzgar a una persona; también incorpora el principio de presunción de inocencia como elemento necesario de un juicio imparcial en materia penal.

Algunos siglos después, el *due process of law* fue reconocido en las primeras constituciones norteamericanas y expresamente proclamado en la quinta y decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos en 1791 y 1868, respectivamente,¹² que consagran ciertos elementos básicos de lo que debe entenderse como un juicio justo e imparcial, a saber: La prohibición de declarar contra sí mismo, la privación de libertad deberá ser realizada solo por los medios procedimentalmente establecidos por la ley, juicio rápido y público, derecho de defensa e Información sobre las causas de la detención.

En el ámbito latinoamericano la gran mayoría de los países de la región fueron influenciados por el constitucionalismo norteamericano.¹³

12 Enmienda V: "Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial [*due process of law*]; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa". Enmienda XIV. Sección 1: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal [*due process of law*]; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes". Sobre los diferentes contenidos de estas dos enmiendas véase Gozaín, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*. Buenos Aires, Rubunzal-Culzoni Editores, 2004, p. 18.

13 Según nos recuerda Fix-Zamudio, el 16 de mayo de 1861 se adopta el modelo americano en la Constitución del Estado de Yucatán en la que se implementó por primera vez la revisión judicial norteamericana en la que se otorga a los tribunales judiciales la facultad de desaplicar las leyes inconstitucionales, ya sea en forma directa mediante el amparo, que además debía de utilizarse para proteger los derechos de los gobernados (art. 62, núm. 1, arts. 8 y 9) como también por todos los jueces en los procesos concretos

En cuanto atañe a las garantías jurisdiccionales el hábeas corpus fue la primera de las garantías instauradas en América Latina que, siguiendo el ejemplo romano, fue pensado para proteger y tutelar la libertad personal en contra de detenciones arbitrarias. Hay sin embargo ciertas peculiaridades como en los casos argentino, peruano¹⁴ o boliviano,¹⁵ en donde, a falta de una figura jurídica especializada tradicionalmente se utilizó el hábeas corpus para proteger todos los derechos constitucionales.

Esta situación en la que el hábeas corpus era la única garantía efectiva para la defensa de los derechos de las personas, se mantuvo durante un largo tiempo, y es solo hasta la Constitución colombiana de 1910 o la Constitución mexicana de 1917 cuando comienzan a desarrollarse otros instrumentos tales como “el proceso de amparo y la acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes”,¹⁶ y habrá que esperar a la irrupción de las constituciones nacionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano para que termine de desarrollarse un sistema complejo de protección de los derechos fundamentales. Este es el caso de las constituciones brasileña de 1988, de la colombiana de 1991, de la peruana de 1993, incluso de la ecuatoriana de 1998 y la venezolana de 1999.

No cabe la menor duda de que uno de los sistemas más desarrollados de protección de los derechos es el establecido por la Constitución de Montecristi, donde encontramos un enorme catálogo de derechos protegidos y todo un sistema institucional de garantías, empezando por las clásicas garantías jurisdiccionales, las cuales han sido complementadas con un muy potente sistema de garantías normativas, institucionales y de políticas públicas, que aseguran la eficacia del Estado constitucional de derechos.

según el control difuso (art. 75, similar al art. VI de la Constitución de los Estados Unidos). Ver Fix Zamudio, Héctor. *La justicia constitucional latinoamericana*, p. 457.

14 En Perú la Constitución de 1933 en el artículo 69 establecía la procedencia del hábeas corpus para la defensa de los derechos individuales. Esta situación se mantuvo sin cambio hasta 1969 cuando se separa el hábeas corpus del proceso de amparo.

15 En Bolivia el hábeas corpus sirvió para la defensa judicial de todos los derechos hasta 1967. Posteriormente en la Constitución de 1967 se creó un recurso parecido al amparo mexicano y se distinguió este del *hábeas corpus* que quedó limitado a la defensa de la libertad personal.

16 Héctor Fix Zamudio, *op. cit.*, p. 458.

IV. El modelo de garantías jurisdiccionales vigente en Ecuador

Uno de los elementos significativos del nuevo constitucionalismo ecuatoriano es el desarrollo que ha tenido la llamada agenda de los derechos, así como el desarrollo exhaustivo de un sistema de garantías o instrumentos constitucionales que abarcan escenarios constitucionales, tanto los de la parte dogmática o teórica propiamente dicha, como también de la parte orgánica. Entre estos mecanismos o instrumentos encontramos las garantías normativas, las garantías de políticas públicas, las garantías jurisdiccionales y las garantías institucionales. Las garantías normativas son aquellas reglas que aseguran el carácter normativo de los derechos fundamentales, limitando al máximo sus restricciones y asegurando la reparación cuando la vulneración se ha producido. La más importante garantía normativa es el principio de supremacía de la Constitución; pero existen otras garantías de este tipo en Ecuador como la rigidez; el deber de respeto a los derechos del artículo 11, numeral 9 de la Constitución y el deber general de reparación. Sin embargo, con tal nombre el constituyente ecuatoriano estableció un procedimiento, determinado en el artículo 84 de la Constitución, que asegura la sujeción de cualquier órgano con potestad normativa a los derechos constitucionales.

Las garantías de políticas públicas definidas en el artículo 85 constitucional vinculan los derechos y su efectividad a las políticas públicas a través de la obligación que tienen los responsables de la política pública de construirla, ejecutarla y evaluarla en función de su dependencia con la eficacia real de los derechos constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales nos conducen a ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces, lo que está estrechamente relacionado con el papel que cumplen los funcionarios judiciales en las democracias contemporáneas. El juez ya no es más la boca muda de la ley, sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado. Actualmente, en Ecuador existen garantías jurisdiccionales, algunas novedosas en el contexto constitucional ecuatoriano, y otras reforzadas en relación con sus similares previstas en la Constitución Política de 1998: la acción de medidas cautelares, la acción de protección; la acción de medidas cautelares autónomas, la acción de acceso a la información pública, el hábeas corpus, el hábeas data,

la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

V. La acción extraordinaria de protección

5.1. La naturaleza de la acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección se incorpora en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador como una nueva garantía. Este tipo de garantía está orientada a la protección de los derechos cuando resulten de la vulneración por parte de los jueces y tribunales cuando ejercen su actividad jurisdiccional.

Innumerables fueron las sentencias constitucionales dictadas por la Corte Constitucional para el Período de Transición que hacían referencia a la naturaleza y alcance de la acción extraordinaria de protección. Entre esa gama de decisiones resulta importante destacar algunas en las que en uso de un criterio de interpretación genealógica (actas de la Asamblea Constituyente), se esclareció el fundamento para la incorporación de esta novedosa garantía, sus alcances, efectos, así como el papel fundamental que desempeña la Corte Constitucional por medio de la acción extraordinaria en relación con las competencias propias de la Función Judicial. Se trata de las sentencias n.ºs 214-12-SEP-CC, 0048-08-EP, 003-09-SEP-CC, 022-10-SEP-CC y 001-13-SEP-CC. En la primera de ellas, Sentencia n.º 0214-12-SEP-CC, la Corte analiza los debates generados en la sesión 72 de la mesa 3 de la Asamblea Constituyente, sobre “Corte Constitucional y acción extraordinaria de protección”: “El máximo intérprete de la Constitución debe ser un órgano que mantenga su autoridad y tenga la máxima capacidad y preparación”. Poco útil sería una Corte Constitucional preparada pero a la que no se le confieran las funciones necesarias para cumplir su papel. A este respecto, el articulado se preocupa en incorporar un amplio elenco de funciones para la Corte Constitucional, manifestaciones todas ellas de su condición de máximo intérprete de la Constitución: desde la declaración de inconstitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico, hasta la revisión de casos de violación de derechos fundamentales. Concluye:

El alcance de las competencias asignadas a la Corte Constitucional, de ninguna manera vulneran las competencias que le son propias a las funciones del Estado. En el caso específico de los temores de la Función Judicial, han sido evidentes en los medios de comunicación, exclusivamente a petición de parte —dice— una vez cumplidos los requisitos que consten en la respectiva Ley Orgánica, se podrá pedir la revisión de sentencias cuando estas resoluciones violen el debido proceso u otros derechos fundamentales. Esta revisión no significa intromisión, pues la Corte Constitucional está por fuera de las Funciones del Estado, y no significa una jerarquía superior a la autoridad máxima de la Función Judicial. No es la creación de una nueva instancia procesal, pues el control de la constitucionalidad de las sentencias se dará por excepción, toda vez que siempre los jueces deben ajustar sus dictámenes y sentencias a la Constitución, conforme ha sido práctica de larga data, lo que está recogido en la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Destaca la Corte en dicho fallo, que el constituyente, con la instauración de la acción extraordinaria de protección en el ordenamiento constitucional, buscó garantizar la aplicación de la Norma Suprema por parte de todas las funciones del Estado, sin dejar por fuera el control de ninguna función —jurisdiccional—, como fue el paradigma constitucional hasta antes de la vigencia de la Constitución de 2008.

Sobre un eventual riesgo de “temporalidad indefinida” de las causas judiciales y de un comprometimiento de la justicia como consecuencia de la incorporación de la acción extraordinaria de protección, la sentencia dictada por la Corte Constitucional cita el criterio del asambleísta Fernando Vega respecto del informe del primer debate en la Asamblea Constituyente:

Decía una compañera, una compañera Asambleísta, que la justicia se va a dilatar diez, quince, veinte años. Bueno, eso es mejor que no, que nunca llegue la justicia. Es decir, ¿qué pasa con aquellas personas que después de haber pasado por todas las instancias, siguen siendo negadas en sus derechos constitucionales? Entonces, ¿tendrían que recurrir todos ellos al Tribunal de la Haya? Porque aquí en este país no hay voluntad política de que los jueces apliquen la Constitución en todos los procesos y procedimientos con los que juzgan. Necesitamos que nos enrubemos en una jurisprudencia constitucional, que creemos Derecho Constitucional, que no quede al arbitrio de cada juez en cada caso y en cada situación, el decidir en sentencias contradictorias con la que otros jueces y otros tribunales.

En consecuencia con el criterio citado, y reafirmando el concepto de margen nacional de apreciación del Estado ecuatoriano, la Corte determina en su fallo que la Constitución como límite efectivo y vínculo, incorpora dentro de sus garantías jurisdiccionales a la acción extraordinaria de protección, con la finalidad de que posibles vulneraciones que pudiesen existir dentro de la tramitación de un proceso judicial sean atendidas y subsanadas en el propio Estado ecuatoriano a cargo del más alto órgano de interpretación y control constitucional, la Corte Constitucional. En este marco la Corte concluye que el máximo órgano de interpretación y control constitucional del país está llamado a cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional y proteger los derechos, garantías y libertades públicas.

La conclusión a la que llega la Corte encuentra fundamento en el acta 84 de la Asamblea Constituyente, que contiene el informe de segundo debate de la mesa 8, sobre garantías jurisdiccionales:

Uno de los avances más importantes constituye la creación del recurso extraordinario de protección, acción que ahora podrá interponerse contra decisiones judiciales cuando se vulneren el debido proceso u otro derecho constitucional. Este recurso legal y técnicamente adecuado existe en todos los países del área andina, con excepción de Ecuador, como ya lo ha ressaltado con preocupación la Comisión Andina de Juristas en varios de sus informes. Así también lo encontramos en varios países latinoamericanos y europeos. Varios son los casos que han llegado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en búsqueda de justicia que el Ecuador no les pudo otorgar, casos en los que nuestro país fue declarado responsable por violentar derechos fundamentales, y en especial, los artículos ocho y veinticinco del Pacto de San José que se refieren a los derechos y garantías judiciales y a la protección judicial. Recordemos que en un Estado Constitucional de derechos, todas las autoridades públicas, y digo todas las autoridades, también los jueces deben estar sometidos a la Constitución. Una vez que entre en vigencia la Constitución, los jueces además de ser garantes de la Constitución están llamados a procurar la protección de derechos humanos y estarán sometidos al control de constitucionalidad.

Con este criterio, es evidente el papel fundamental que cumple la acción extraordinaria de protección dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano, pues no solo que llena un déficit existente en el constitucionalismo ecuatoriano, sino que su existencia garantiza la protección de los derechos vulnerados a partir de una decisión judicial, y a su vez

consolida la competencia del Estado ecuatoriano para garantizar con sus mecanismos internos la protección judicial de los derechos, cuando estas lesionen cualquier derecho constitucional o el debido proceso.

Las características expuestas, relacionadas al alcance de la acción extraordinaria de protección han sido profundizadas por la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional de la transición, principalmente en lo atinente a las funciones que desempeña respecto al recurso de casación. Así, por ejemplo, en el caso n.º 0048-08-EP, la acción presentada en contra de una sentencia de casación dictada por el máximo órgano de la justicia ordinaria de ese entonces, la Corte Constitucional reafirmó su línea jurisprudencial en los siguientes términos:

No se debe confundir a la acción extraordinaria de protección como otra instancia judicial; de ahí que la primera variable de este sistema concreto está dado por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales, por lo que la Corte Constitucional no puede entrar a resolver cuestiones legales, sino debe direccionarse al análisis de la presunta violación de derechos constitucionales y normas del debido proceso; por lo que se debe realizar una diferenciación del papel asumido por la Corte Constitucional frente a la justicia ordinaria.

En la misma línea, la Corte de transición mediante sentencias dictadas en acciones extraordinarias de protección ha velado por el cumplimiento de las normas del debido proceso dentro de la sustanciación de recursos de casación. Entre ellas destacamos las sentencias n.ºs 003-09-SEP-CC, 022-10-SEP-CC y 001-13-SEP-CC.

En cuanto a la Sentencia n.º 022-10-SEP se refiere, la Corte se plantea como primer problema jurídico: ¿Cuál es la naturaleza jurídica, alcances y efectos de la acción extraordinaria de protección; y si puede revisarse a través de la misma la valoración de pruebas realizada por un órgano de la justicia ordinaria?

La Corte responde dicha interrogante reafirmando que está vedada a partir del conocimiento de esta garantía, para entrar al análisis de aquellos *asuntos de mera legalidad* que ya fueron juzgados en la justicia ordinaria, y en concreto, en el recurso de casación objeto de la acción, dejando en claro que aquellas pretensiones formuladas por el accionante relacionadas con aspectos de mera legalidad no son parte del ámbito

material de la acción extraordinaria, entre ellas la valoración de pruebas actuadas por las partes procesales; y segundo, la cuantificación monetaria de daños y perjuicios determinados en el fallo de casación objeto de la acción extraordinaria.

Por otro lado, la sentencia en cuestión, que sería citada luego por la primera Corte Constitucional en la Sentencia n.º 001-13-SEP-CC, marcó el inicio de una línea jurisprudencial que reafirma el alcance del recurso de casación y su estrecho vínculo con la garantía del debido proceso, para terminar concluyendo luego de un análisis pormenorizado que los jueces de casación únicamente podían valorar la contravención a la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la misma para la valoración de la prueba, mas no valorar la prueba en sí. Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional declaró la vulneración al debido proceso dentro de la resolución del recurso de casación.

Con las decisiones señaladas, la Corte Constitucional reafirma que la acción extraordinaria de protección no es una instancia adicional, tampoco puede ser confundida con un recurso y menos aún puede entrar a un proceso de valoración probatoria cuando la decisión objeto de la acción extraordinaria de protección provenga de la justicia ordinaria.

El papel de la Corte Constitucional se concentra entonces, en la comprobación de vulneraciones a derechos constitucionales o debido proceso en decisiones judiciales firmes, definitivas o ejecutoriadas. En el caso de detectar una vulneración debe declararla junto con la identificación clara del momento procesal en la que surgió. Luego de ello la Corte devolverá el expediente al juzgado, Corte o Tribunal de origen con la finalidad de que en respeto a la tutela judicial imparcial se vuelva a juzgar desde el momento procesal identificado. Con este proceder y forma de concebir la reparación integral, la Corte reafirma, conforme a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección advertida en innumerables fallos dictados por la Corte Constitucional, y de los presupuestos previstos en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), que no es una instancia adicional, todo lo contrario, se limita a verificar la vulneración de derechos constitucionales o debido proceso, pero jamás ha sentenciado de manera definitiva cuando se trata de decisiones judiciales provenientes de la justicia ordinaria.

5.2. La legitimación activa y pasiva en la acción extraordinaria de protección

La regla general que rige a las acciones jurisdiccionales en concordancia por lo señalado en el artículo 86 de la Constitución es que pueden interponer cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad. A su vez y de manera específica, el artículo 437 de la Constitución manifiesta que los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.¹⁷ Por su parte, el artículo 61 de la LOGJCC determina que la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial.

La legitimación pasiva comprende las sentencias, autos, resoluciones con fuerza de sentencia, firmes, definitivos y ejecutoriados provenientes de judicaturas, salas o tribunales en los que se hayan vulnerado por acción u omisión derechos constitucionales o debido proceso.

5.3. Los requisitos de la demanda

Para la admisión de este recurso, la Corte Constitucional constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Aunque por un lado el artículo 82 de la Constitución manifiesta que para interponer acciones jurisdiccionales “no se necesita del patrocinio de un abogado” y tampoco es necesario “invocar la norma constitucional infringida” sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8, numeral 8 de la LOGJCC, por otro lado se exige que para este tipo de acción jurisdiccional se identifique de una forma precisa el derecho violentado y la relación directa e inmediata de la acción u omisión de la autoridad judicial, con la independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.¹⁸

17 Véase Corte Constitucional del Ecuador. Resolución n.º 001-2013.CC. Internet. www.corteconstitucional.gob.ec.

18 LOGJCC, artículo 62, 1.

5.4. Procedimiento en la admisión de la acción extraordinaria de protección

Como primer paso la ley nos dice que la demanda debe ser presentada en “la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva,¹⁹ para que posteriormente se remita el expediente completo a la Corte Constitucional una vez que se ha ordenado notificar a la otra parte. El plazo para enviar el expediente debe ser en un término máximo de cinco días. En la Corte Constitucional una vez remitido el expediente, la Sala de Admisión en el término de diez días deberá verificar los presupuestos previstos en el artículo 62 de la LOGJCC. La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

5.5. La sentencia

La Corte Constitucional en base al artículo 63 de la LOGJCC determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante, y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.

La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción. La sentencia de la Corte deberá contener los elementos establecidos en las normas generales de las garantías jurisdiccionales establecidas en esta ley, aplicados a las particularidades de esta acción.

En forma general, la sentencia de la acción extraordinaria de protección puede:

- a) Dejar sin efecto la sentencia impugnada, aceptando total o parcialmente la demanda.
- b) Disponer que se retrotraiga el proceso a un momento procesal donde se produjo la vulneración de derechos reclamada.
- c) Disponer que el juez *a quo*, diferente al que emitió la decisión judicial objeto de la acción, proceda a dictar una nueva con respecto a los derechos constitucionales y debido proceso.

El artículo 64 de la LOGJCC establece sanciones cuando la acción extraordinaria de protección se ha interpuesto sin fundamento; en este

19 LOGJCC, artículo 62.

caso la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione al/el abogado patrocinador, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La reincidencia será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

5.6. Problemas de eficacia en la acción extraordinaria de protección

En cuanto a los resultados de la acción extraordinaria de protección (AEP) en estos casi 5 años de vigencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, podemos citar varios problemas que le restan efectividad, y que en algunos casos ha llegado a desnaturalizar la figura. A continuación se hará un análisis de los principales y más álgidos inconvenientes que la AEP ha atravesado en este nuevo Estado constitucional.

a) Problemas conceptuales

Partimos haciendo una aproximación a la AEP, desde una postura asumida, que sostiene que un importante número de acciones —no todas— cuentan con pretensiones que por parte de quienes patrocinan las AEP, han tenido como objetivo principal, la revisión de las decisiones judiciales en el fondo de lo ya resuelto. Aquello lleva a considerar *prima facie* que persiste una apreciación de que el amparo contra sentencias judiciales significa la instauración de una instancia adicional, intentando que la AEP opere como un recurso. Aquello puede deberse a que la institución es llamada *recurso* en los artículos 94 y 437 de la Constitución y artículo 62, numeral 8 de la LOGJCC.

Frente a esta disyuntiva, urge precisar sobre lo que debe entenderse por recurso y por acción. En derecho procesal una acción significa el inicio de un proceso y es el acto mediante el cual se inicia la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia. Este proceso puede tener otros niveles jerárquicos en cuanto a la jurisdicción a los cuales se puede acceder mediante los recursos.²⁰ Un recurso siempre estará dentro de un proceso, sin embargo una acción solo inicia un nuevo proceso.

20 Cordero Heredia, David. "La acción extraordinaria de protección: ¿acción o recurso?". Internet http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin3_accionprotecciondavidcordero.pdf.

De esta manera, cuando se acude a recursos como el de apelación o de nulidad, se mantiene el objeto del litigio y las partes procesales. El recurso de apelación o el de casación tienen la particularidad de que el juez que lo resuelve dicta nueva sentencia, el recurso de nulidad devuelve al juez que conocía la causa para que continúe sustanciando el proceso desde el momento en que se produjo la nulidad. En uno y otro caso el efecto es sobre el proceso original.

Por el contrario, la acción extraordinaria de protección tiene como presupuesto de base, el hecho de que las personas acudieron a la justicia ordinaria para reclamar la violación de sus derechos o que dentro del trámite del proceso se violaron los mismos, sin que dicha vía haya resultado efectiva para garantizarle el derecho a la tutela judicial. Si esta institución fuese un recurso significa que las partes continúan siendo las que litigaron en la justicia ordinaria y que la decisión versaría sobre la materia que dio origen a dicho litigio,²¹ lo cual sería una grave desnaturalización de la AEP.

En contraste, siendo la institución una acción, el objeto de la causa es determinar si existió una violación a los derechos humanos que haya sido provocada en el proceso o que aquella no pudo ser tutelada mediante el mismo, de manera que debe repararse el daño ocasionado.

Las características anotadas indican que la institución es una acción y no un recurso, ya que conoce de una situación diferente a las de la jurisdicción ordinaria, toda vez que no resuelve sobre el fondo de lo que configura el proceso de instancia, al contrario, se discute si la administración de justicia no tuteló los derechos constitucionales o violó el derecho al debido proceso, asumiéndose mediante la reparación, la responsabilidad estatal ante la violación de los derechos.

En suma, la AEP es una acción porque:²² (a) No tiene por objeto discutir la pretensión jurídica original, sino que su objeto es la verificación de si se ha violado o no derechos constitucionales en la providencia jurisdiccional cuestionada; y, (b) No es una fase o instancia dentro del trámite del proceso, sino que implica el inicio de un nuevo procedimiento, de índole constitucional.

21 *Ibíd.*

22 Montaña Pinto, Juan. "La acción extraordinaria de protección". *Apuntes de Derecho Constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 131.

b) Problemas estructurales

El objetivo del Estado de derecho —de los objetivos más importantes del proceso constituyente ecuatoriano— fue, sin lugar a dudas, la sujeción del poder al derecho. Para que esto sea posible, entre las muchas transformaciones institucionales necesarias es indispensable construir una justicia constitucional eficaz y altamente profesionalizada, autónoma del resto de los poderes del Estado, incluida la Función Judicial. En este contexto, al interior de la Constituyente se discutieron profundas modificaciones de la estructura y función de las jueces, relacionadas con la necesidad de dar efectos reales y concretos al principio de supremacía de la Constitución en materia judicial. Uno de los puntos nodales de la discusión constituyente fue la capacidad de controlar constitucionalmente las decisiones judiciales. Para ello fue necesario diseñar un mecanismo jurídico que hiciera posible el control jurídico de las decisiones de los jueces a fin de garantizar la sujeción de todos los servidores públicos a la Constitución.

Es consabido que los efectos finales que se consiguen con la AEP, es verificar si el juez ordinario ha violado el debido proceso u otro derecho constitucional. Consecuentemente, si la Corte hallare tal violación, deberá declararla en sentencia y adoptar medidas para su reparación integral. En este sentido, la AEP no es un proceso constitucional de revisión de sentencias, en tanto los derechos constitucionales son amparados en los propios procesos judiciales, y las actuaciones del juez deben, en principio, ajustarse a la Constitución. Por otra parte, la AEP no busca sustituir a los procedimientos ordinarios donde se encuentran previstos mecanismos que buscan el respeto de los derechos que en la forma de recurso se proponen ante posibles decisiones erradas.

Pese a que las ya populares objeciones a la AEP tienen un sustento en previsiones normativas, prácticas y doctrinarias, no atacan ni desestiman el principal objetivo de la garantía: la protección de los derechos, pues los planteamientos y posibles soluciones no justifican su desaparición, sin embargo, apuntan no a su prohibición sino a su estricta regulación.

De esta manera, uno de los requisitos de admisión de la acción extraordinaria de protección es la demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, anotándose en la LOGJCC la salvedad de que aquellos sean *ineficaces* o *inadecuados*. La ineficacia

de un recurso significa que este no pueda obrar en torno a algo; mientras que inadecuado significa que no es apropiado, de manera que la valoración resulta subjetiva y la ley no esclarece el alcance de lo que se entiende por ineficaz o inadecuado.

c) Problemas en la práctica

Además de los problemas que en la práctica puedan ocasionar los anteriormente anotados, se ha pensado pertinente ubicar aquellos que se encuentran orbitando en la esfera procesal de la AEP en la justicia constitucional. De esta manera, destacan en la LOGJCC los requisitos con los que deberá cumplir la demanda y consecuentemente los parámetros de admisibilidad de la acción. En general puede apreciarse que estas condiciones tienden a una regulación estricta, tendientes a evitar su uso abusivo y distorsión hasta convertirla en una nueva instancia. El artículo 64 llega incluso a establecer procedimientos sancionatorios contra los abogados que interpusieren la acción sin fundamento alguno.²³

Una mirada preliminar hacia los efectos que en la práctica ha demostrado la AEP, tanto para quienes administran justicia, como para muchos abogados, se puede evidenciar en que estos últimos recurren a este amparo extraordinario con la finalidad de dilatar aún más los procesos judiciales, llegando ilógica y alarmantemente a intentar atacar incluso la cosa juzgada en sentencia y, por tanto, afectando gravemente la seguridad jurídica. No obstante, el porcentaje de inadmisiones de la AEP, que se desprende de los datos de la Secretaría General de la Corte Constitucional, denota que ha existido por parte de la Corte Constitucional una tendencia a demarcar con rigurosidad la excepcionalidad de esta garantía jurisdiccional. Por otra parte, también resulta preciso señalar que la admisión de una AEP por parte de una sala de la Corte Constitucional, no involucra un análisis de fondo, razón por la cual la garantía puede ser aún desechada por el Pleno de la Corte Constitucional a través de sentencia.

El artículo 62 de la LOGJCC establece el procedimiento de admisión de la AEP. En el primer inciso establece que se deberá remitir el expediente completo a la Corte Constitucional una vez que se presenta la demanda.

23 Grijalva, Agustín. "Acción extraordinaria de protección". *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 667.

Al respecto, resulta evidente que la ley *no determina* de manera expresa qué es lo que el juez debe hacer para continuar con la ejecución de la sentencia, toda vez que la acción extraordinaria no detiene el proceso o causa. ¿Cabe plantearse el interrogante sobre la obligación, o acaso la posibilidad de que se dejen copias certificadas para que continúe el proceso de ejecución?

Al tener que remitir el expediente original a la Corte Constitucional, por parte de la Judicatura, su reacción natural y lógica es que suspenderán su competencia hasta que reciban de nuevo el proceso. Esto está ocasionando problemas en la práctica pues los jueces no han comprendido que su competencia no está suspendida, aunque está en el ambiente y en la mente del juez la pregunta. ¿Qué pasa si la Corte le concede la acción extraordinaria? Pues esa es una interrogante que oportunamente la Corte deberá resolver por medio de su jurisprudencia, mas no configura un problema del juez *a quo*.

El inciso tercero del numeral 8 del artículo en análisis establece que “la admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción”; cuando debió referirse a que la presentación de la acción no suspende los efectos de la providencia accionada y decir de manera contundente que el juez ejecutor del auto o sentencia materia de la acción extraordinaria, seguirá sustanciando con copias certificadas del proceso o en su defecto remitir las copias certificadas a la Corte Constitucional.

VI. Conclusiones y recomendaciones

Tomando en cuenta el contexto político y la discusión académica y jurídica que hay alrededor de las garantías jurisdiccionales en general y, en particular, respecto de la acción extraordinaria de protección, es procedente ahora sacar algunas conclusiones sobre el presente y futuro de las garantías en el Ecuador:

- Un elemento sustancial del modelo constitucional ecuatoriano es su garantismo, que permitió superar aquella discusión bizantina sobre la preeminencia del derecho internacional frente al nacional y viceversa, a través del imaginativo acercamiento entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que se ha producido al establecer como finalidad última de la Constitución

y del Estado ecuatoriano la garantía efectiva de los derechos humanos.

- También es necesario considerar que el sistema de garantías jurisdiccionales hace parte esencial y es el elemento más importante que permite al constituyente concretar la filosofía garantista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Aun cuando los datos porcentuales advertidos en este estudio para la acción extraordinaria de protección, no denotan un abuso, esto no significa que los constituyentes de Montecristi no hubieran cometido errores o que la redacción de los artículos constitucionales sea tan clara que evite errores de interpretación. Particularmente y es algo que hemos sostenido desde el tiempo del Tribunal Constitucional, el sistema de garantías jurisdiccionales debía estar soportado en una transformación del sistema difuso de justicia constitucional por un sistema concentrado en donde se garantice la especialización y el conocimiento necesario para administrar justicia en esta compleja materia.

En ese sentido es obvio que cualquier modificación del capítulo de las garantías que se pretenda hacer, se lo debe realizar con un enorme cuidado y siempre procurando ampliar el contenido y el ámbito de la aplicación e interpretación de las garantías.

Esto por supuesto no significa que no sea sano y necesario plantear un debate sobre los límites, siempre proporcionales, del sistema de garantías y sus defectos, a efectos de poder, previa la discusión abierta plantear alternativas de solución a los problemas prácticos que se generan al aplicar la Constitución y la LOGJCC, rescatando para ello el papel fundamental de la jurisprudencia que dicte la Corte Constitucional, pues la mejor manera de regular el ámbito, naturaleza, presupuestos y alcances de una garantía, es a través de la fuente sociológica o dinamizadora del derecho, a saber, los precedentes y especialmente la jurisprudencia vinculante.

- La solución a los problemas que pueden atravesar las garantías no está, por tanto, en la modificación de la Constitución o la ley, sino en el cambio de la cultura jurídica ecuatoriana, que como todo cambio cultural es lento y difícil, destacando que los avances llevados a cabo por la Corte Constitucional por intermedio de su Centro de Estudios son prometedores y constantes en la construcción y consolidación del derecho constitucional ecuatoriano.

El hecho de que el problema sea cultural y que por tanto una modificación legislativa no resuelve el conflicto, sino que en el mejor de los casos lo aplaza, no significa que no se puedan y se deban hacer cosas, algunas muy urgentes.

En primer lugar para evitar el sinnúmero de abusos que se cometen contra el espíritu de la Constitución y de las leyes importantes continuar y profundizar la difusión, a todo nivel, con todos los actores de la sociedad, de los criterios hermenéuticos que dicta semanalmente la Corte Constitucional. Es el caso por ejemplo de las decisiones advertidas en este estudio, así como otras dictadas tanto por la Corte de Transición como por la primera Corte Constitucional que han demarcado el alcance de la consulta norma, el papel de la jurisprudencia en materia de garantías jurisdiccionales, el alcance de la acción extraordinaria de protección, la ultractividad de las disposiciones normativas entre otros tantos aspectos.

- La revalorización de la jurisprudencia como auténtica fuente del derecho en Ecuador, requiere también de su sistematización, razón por la cual la Relatoría de la Corte Constitucional ha iniciado con la publicación del Repertorio Constitucional que tendrá como fin, junto con la Gaceta Constitucional y Registro Oficial, la publicidad de las decisiones del máximo órgano de justicia constitucional ecuatoriano. Solo de esta forma podremos alcanzar un verdadero respeto al precedente constitucional y, por tanto, una garantía a los derechos de igualdad y seguridad jurídica.
- En particular sería muy importante desarrollar algunas reglas obligatorias que precisen el alcance de los artículos 40 y 42 de la LOGJCC.
- Es también esencial que la Corte desarrolle reglas sobre cómo debe entenderse el principio de subsidiaridad y los elementos para evitar que se consolide la tendencia actual a la ordinarización del derecho constitucional, particularmente en materia laboral y contencioso administrativo.
- Es necesario que la Corte Constitucional establezca reglas y modelos de argumentación constitucional que les permitan a los jueces y a los operadores jurídicos entender la diferencia que existe

entre asunto de relevancia constitucional y asuntos de legalidad. Esta investigación ahora en curso a través del Centro de Estudios, facilitará enormemente la labor de los jueces constitucionales ordinarios, a su publicación.

- Hay también que fortalecer la labor de formación y capacitación continua por parte del Consejo de la Judicatura mediante la escuela judicial, pues sin esa labor titánica jamás lograremos sacar adelante la revolución cultural que implica la aplicación del modelo judicial de garantías constitucionales.

- También hay que asumir y corregir, en lo posible, los errores de buena fe cometidos por el constituyente en su afán de consolidar el modelo garantista. Esas modificaciones deberían centrarse en la parte orgánica del sistema, sin vulnerar el contenido de los derechos.

En ese sentido algo obvio y que hemos venido sosteniendo desde hace años es la necesidad de crear jueces y tribunales especializados en materia constitucional que complementen y ayuden a los jueces ordinarios en la administración de las garantías jurisdiccionales.

- Esto por cuanto en criterio de la Corte constitucional, y compartido con muchos expertos, la norma constitucional indica que todos los jueces ordinarios son jueces constitucionales, pero no dice que esté prohibida la existencia de jueces especializados en materia constitucional.

Estos jueces pueden conocer dentro del amplio ámbito constitucional los temas técnicamente más complejos y que requieren mayor especialización.

Una medida tan fácil como esta, unida a una interpretación conforme a la Constitución de la norma constitucional que le da competencia en materia de garantías a todos los jueces, nos evitaría costosas reformas constitucionales y preservaría el ámbito intangible de la Constitución, que es su garantismo.



Acción extraordinaria de protección y la valoración de prueba en el recurso de casación en materia penal

Ruth Gabriela Melo Flores¹

Resumen

La estructura que justifica el tema propuesto se conforma por tres partes. En la primera, se encuentra la introducción que abarca una breve explicación de la acción extraordinaria de protección, conectada con los aspectos específicos a ser analizados, referidos al recurso de casación en la rama jurídica penal.

Palabras clave:

Recurso de casación, ámbito penal, valoración de prueba y acción extraordinaria de protección.

Esta última ha sido materia de análisis en sentencias dictadas por la Corte Constitucional en forma reiterativa, consiguiendo mantener un criterio similar y uniforme; el cual es evidenciado en la segunda parte de este ensayo.

Por último, se encuentran las conclusiones justificadas en los elementos de estudio anteriormente determinados.

I. Introducción

La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de las sentencias dictadas en respuesta de los recursos de casación en materia penal. El tema central de análisis en estos actos procesales, responde a la valoración de la prueba durante el conocimiento de un recurso de casación en materia penal.

Acorde a lo expuesto, es necesario recalcar que las sentencias dictadas por la Corte Constitucional que se refieren a la temática expuesta, parten desde diferentes hechos, en virtud de las diversas circunstancias en que se ha desarrollado el recurso de casación en concreto. Y, a pesar del factor

1 Magíster en Gobierno y Cultura de las Organizaciones, Universidad de Navarra-España. Abogada, Universidad San Francisco de Quito-Ecuador. Asesora de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

espacial de cada caso, la Corte Constitucional ha logrado mantener un criterio similar, respecto a estos elementos, siendo interesante apreciar la evolución que resulta del mismo.

Por tanto, este artículo pretende evidenciar el resultado obtenido por la Corte Constitucional y, a continuación abre este análisis, con la breve definición de aspectos centrales como la acción extraordinaria de protección y el recurso de casación, para luego profundizar con el estudio de dos sentencias constitucionales que muestran el criterio desarrollado en función del tema referido, para luego cerrar con algunas conclusiones.

1.1. De la acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección es conocida y resuelta por la Corte Constitucional,² sin embargo, la demanda es presentada en el órgano jurisdiccional que dictó el acto procesal, materia de la acción extraordinaria de protección a ser atendida por la Corte.

Esta garantía jurisdiccional está prevista para proteger los derechos constitucionales que pudieren ser afectados por una omisión o acción, en actos procesales emitidos por una autoridad jurisdiccional al administrar justicia.

Pero, no todos los actos procesales son objeto de una acción extraordinaria de protección. La estructura constitucional del Ecuador establece condiciones que determinan las circunstancias para que la revisión de actuaciones jurisdiccionales sea viable, mediante esta acción.

Conforme el artículo 94 de la Constitución de la República, los actos de un proceso judicial que pueden ser analizados en una acción extraordinaria de protección deben ser definitivos; es decir, constituyen el fin del proceso. Adicionalmente, se encuentra la segunda condición, como es el haber agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, previstos en la legislación para el proceso en que se dictó el acto judicial.

2 En virtud del artículo 436 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 191 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), que delimitan las competencias de la Corte Constitucional y el Pleno del organismo. Estas competencias se ejercen en el ámbito procesal previsto para la acción extraordinaria de protección que se encuentra en detalle, consagrado en los artículos 58 al 64 de dicha ley.

Para la eventual “falta de interposición” de los recursos en mención, existe la salvedad de que no pueda ser atribuida a la negligencia del titular del derecho constitucional afectado.

Con este sistema dirigido a observar la actividad jurisdiccional —siempre y cuando vulnere derechos constitucionales— es inevitable deslindar la acción extraordinaria de protección del debido proceso. Razonamiento que encuentra justificación en la doctrina procesal, cuando revela al debido proceso como un derecho que:

[...] protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse; y por otro lado lo define como un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales.³

Siendo así, el debido proceso es el límite de la arbitrariedad, y para efectos de la acción extraordinaria de protección es el medidor que evidencia si el actuar jurisdiccional fue arbitrario o no, para luego determinar la vulneración o no de un derecho constitucional.

En esta oportunidad, al ser el núcleo de este artículo, los actos definitivos que provienen de los recursos de casación, del ámbito penal es importante considerar el aspecto medular del proceso previsto para el tratamiento de estos recursos en Ecuador, que ha merecido una revisión reiterada por parte de la Corte Constitucional.

1.2. Del recurso de casación en materia penal

Para el desarrollo de este punto, es necesario definir este recurso por lo que a continuación se expone:

La casación no da lugar a una instancia, como sucede con las apelaciones de las sentencias, pues precisamente existe contra las sentencias dictadas en segunda por tribunales superiores y que reúnan ciertos requisitos [...].

3 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 337, citado en la Sentencia n.º 200-12-SEP-CC, dictada por la Corte Constitucional para el Período de Transición del Ecuador.

Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o naturaleza lo justifica.⁴

En el caso del Ecuador, bajo el esquema constitucional vigente del año 1998, la ex Corte Suprema de Justicia se pronunció respecto de este recurso, y en lo principal desarrolló lo siguiente:

Ámbito de la casación penal.- “[P]rocede el recurso de casación cuando en la sentencia definitiva se hubiere violado la ley, sea porque se contraría la letra y el sentido de la norma, o porque no es acertada la aplicación de la misma o porque es inexacta la interpretación dada por el juzgador. Por la naturaleza excepcional del recurso, la Sala de casación, únicamente debe decidir si en el fallo impugnado se ha quebrantado un precepto legal, sin que el análisis pueda extenderse a las pruebas que fueron valoradas por el Tribunal juzgador conforme a las reglas de la sana crítica como ordena el Art. 64 del Código de Procedimiento Penal”.⁵

En la actualidad esta figura procesal es recogida por el Código de Procedimiento Penal vigente; y, para continuar con este análisis, es pertinente delimitarlo al siguiente artículo:

349.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.

El supuesto procesal normativo citado, es utilizado por jueces de la Corte Nacional de Justicia en la Sala respectiva, durante el tratamiento de los recursos de casación que conocen. Y, en algunas ocasiones, las sentencias vertidas en este ámbito son impugnadas mediante una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador.

Cada sentencia que dicta la Corte Constitucional, profundiza acerca de la aplicación del proceso previsto para el recurso de casación en materia penal por parte de la Corte Nacional de Justicia. La mayoría de

4 Echandía, Davis. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 512.

5 Resolución dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Serie 17 – Gaceta Judicial 6 de 30 de julio de 2001, p. 1693.

estos pronunciamientos constitucionales giran en torno a la norma del Código de Procedimiento Penal previamente citada. Razón por la cual, es importante revisar el criterio que ha logrado unificar la Corte Constitucional en el ámbito de sus competencias —previsto para la acción extraordinaria de protección— y la interpretación que ha merecido este supuesto de ley en casos específicos, como a continuación se realiza.

II. Análisis de sentencias dictadas por la Corte Constitucional

Para esta sección, tomaremos dos sentencias dictadas por la Corte Constitucional, que evidencian la evolución que ha tenido el criterio en torno a la valoración de la prueba en recurso de casación del ámbito penal. En este sentido, se realiza un análisis diferenciado de cada una de estas decisiones para luego hablar sobre los aspectos en que coinciden los razonamientos de estas sentencias.

2.1. Sentencia 001-13-SEP-CC

Esta sentencia trata el caso 1647-11-EP, donde el accionante, a través de una acción extraordinaria de protección, impugna la sentencia de casación dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia el 11 junio de 2009 dentro del juicio penal n.º 137-08, y a través del cual declara al recurso de casación interpuesto por el señor NNN, como improcedente. Y, acto seguido, decide:

[...] en aplicación del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal la Sala corrige de oficio los errores de derecho cometidos en la sentencia condenatoria dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito como tribunal de apelación y que confirma la sentencia condenatoria dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito como tribunal juzgador, revocando la sentencia condenatoria con respecto al recurrente [...] y consecuentemente dicta sentencia absolutoria a su favor. Se revocan las medidas cautelares personales y reales dictadas contra éste.” (sic)

Los errores que el órgano judicial corrige de oficio, se refieren a las pruebas aportadas en la causa. Este ejercicio de corrección concluye con la materialización de una nueva valoración de las pruebas, siendo

calificadas como inconstitucionales, equívocas y erróneas en la sentencia que responde al recurso de casación dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en referencia.

Con estos hechos, la Corte Constitucional introduce su análisis constitucional con el debido proceso, derecho que se ampara en el artículo 76 de la Constitución, que se utiliza en el caso concreto como la garantía del cumplimiento y respeto del ordenamiento jurídico. Y, siendo materia del caso concreto, el recurso de casación dentro de un proceso penal, la Corte Constitucional observa la aplicación de las normas procesales previstas en el Código de Procedimiento Penal para el tratamiento de estos recursos.

La Corte Constitucional se refiere al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, y especifica que la única excepción para inadmitir un recurso de casación en materia penal es un requerimiento que se concentre únicamente en la valoración de la prueba. Y, al advertir que la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia contraviene esta excepción legal, concluye que existe una contradicción entre la sentencia en mención y la legislación procesal prevista para el recurso de casación en la rama penal.

Actuar procesal que es conectado con el principio de independencia interna y externa previsto en el artículo 168, numeral 1 de la Constitución de la República para desarrollarlo de la siguiente manera:

La independencia externa se refiere al papel de los jueces frente a circunstancias ajenas a sus funciones jurisdiccionales, como por ejemplo, la intromisión de los poderes legislativo y ejecutivo en la función judicial. Mientras que la independencia interna es igualmente importante para el funcionamiento justo y eficiente del sistema de justicia. Se refiere a la autoreglamentación de los jueces y sistema de tribunales, es decir a la influencia de factores internos dentro de su función que puedan alterar su libertad de decisión. En razón de lo dicho, la distinción entre competencias de jueces de garantías penales y jueces de casación responde al principio de independencia interna.

Interpretación, que es acompañada por el hecho de que las pruebas que responden al área penal son practicadas durante la etapa de juicio en la audiencia de juzgamiento, conforme la legislación penal ecuatoriana,

ante un Tribunal de Garantías Penales. Mientras que en el recurso de casación: “Los jueces de casación solo podían valorar la contravención a la ley, indebida aplicación, errónea interpretación de la misma para la valoración de la prueba, más no para valorar la prueba en sí”.

Finalmente, con este ejercicio hermenéutico jurídico, la Corte Constitucional concluye en la sentencia que al valorar pruebas —que ya fueron valoradas en la etapa de juicio— en un recurso de casación, los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia desnaturalizan este recurso y afectan la independencia interna jurisdiccional prevista para la práctica de las pruebas en materia penal. Situación que deviene en la vulneración al debido proceso.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de la imposibilidad de que una Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en atención a un recurso de casación en materia penal pueda valorar la prueba en los siguientes términos:

2.2. Sentencia 008-13-SEP-CC

En el caso n.º 545-12-EP, el accionante impugna la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia el 14 de noviembre de 2011 dentro del juicio n.º 654-2010, ya que considera:

[...] la Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia analiza en su argumentación los delitos de falsificación de documento público y privado, mismos que no fueron objeto de la litis, particularmente del fallo objeto de casación.

Con este antecedente, la Corte Constitucional procede a realizar el análisis y parte de la exposición de la naturaleza del recurso de casación en materia penal, para lo cual cita el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para relacionarlo con el debido proceso y la tutela judicial efectiva, de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República.

Posteriormente, procede a citar el considerando tercero y otras partes de la sentencia impugnada, de lo cual infiere:

En mérito de lo expuesto, esta Corte constata que no existe un análisis o pronunciamiento por parte de la segunda sala de lo penal sobre tipos

penales que no hayan sido objeto de la litis. Claramente se desprende que dichos tipos penales fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha. En esa línea esta Corte no advierte vulneración al debido proceso y tutela judicial efectiva en los términos alegados por el accionante.

Sin embargo, la Corte advierte que en la sentencia impugnada:

[...] en armonía con el papel que debe desempeñar el juez constitucional desde la óptica de un Estado constitucional de derechos, del carácter informal de las garantías jurisdiccionales previsto en el artículo 86 de la Constitución con el artículo 4, numerales 6, 11 literal c y 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y tal como lo ha hecho en casos anteriores, la Corte Constitucional no puede dejar de advertir que en el análisis de vulneraciones a derechos constitucionales, en la sentencia objeto de la presente acción, se ha constatado que el fundamento principal para casar la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha se refiere a argumentaciones relacionadas con aspectos probatorios, conexos tanto con la actuación como con la valoración probatoria, elementos que no pueden ser analizados a través de un recurso de casación conforme lo determina el inciso final del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

La argumentación jurídica que se refiere a los aspectos probatorios, se encuentra en el considerando sexto de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia el 14 de noviembre de 2011:

[...] esta Sala observa que el fallo condenatorio no se encuentra conforme a la realidad de los hechos objetivamente probados en la audiencia de juzgamiento con observancia de las garantías que rigen la práctica de la prueba oral y en la valoración de la prueba el juzgador tampoco ha observado las reglas de la sana crítica en cuanto condena al recurrente por tres delitos diferentes y en base a una fotocopia simple de un documento, sin haberse probado conforme a derecho la existencia de la infracción.

Criterio que es una forma de valorar la prueba, por lo que la Corte Constitucional considera que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia actuó fuera del ámbito de sus competencias, porque desvirtúa las pruebas sin mayor motivación, ya que no se explican las razones que fundamenten la afirmación de que no se han observado las

reglas de la sana crítica, desvirtuando las pruebas sin mayor fundamento jurídico; situación que afecta el debido proceso, conforme el artículo 76 de la Constitución de la República.

Análisis comparativo

Con lo expuesto, se evidencian algunos argumentos jurídicos similares utilizados en ambas sentencias que giran en torno a la valoración de la prueba en materia de recurso de casación, y que se enuncian a continuación:

1. Competencia de los jueces de la Corte Nacional de Justicia. La valoración de la prueba en materia de recurso de casación penal no es factible y, bajo el ámbito de razonamiento de las sentencias referidas, es una actuación fuera del ámbito de la competencia de los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

En el caso de la sentencia n.º 008-13-SEP-CC, la valoración de la prueba realizada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional, se conecta con el razonamiento de que es un comportamiento jurisdiccional arbitrario y rebasa el ámbito de competencias de este órgano judicial que conoció el recurso de casación.

Mientras que en la sentencia n.º 001-13-SEP-CC coincide con la conducta arbitraria de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional, porque valoró prueba en el conocimiento de un recurso de casación. Sin embargo, esta tesis es conectada con el ámbito de competencias previsto en la estructura interna para el desarrollo de los procesos judiciales de carácter penal. Y, acorde a esta última las pruebas se practican en la audiencia de juzgamiento ante el órgano judicial penal de instancia donde se radicó la competencia, y que es el llamado a valorar las pruebas practicadas.

En este sentido, la sentencia en mención no solo agota su razonamiento en la falta de competencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia porque realizó una nueva valoración de las pruebas, también lo conecta al principio de independencia jurisdiccional interna previsto en el artículo

168, numeral 1 de la Constitución de la República, para afirmar que la actuación arbitraria en el caso concreto, simultáneamente, resulta en la afectación al principio de independencia jurisdiccional interna, porque la Corte Nacional de Justicia está desempeñando un rol que le corresponde a otro órgano judicial de la estructura prevista para la administración de justicia en el ámbito penal.

2. Criterios jurisdiccionales que evidencian valoración de prueba en un recurso de casación. En referencia a este aspecto, la Corte Constitucional cuenta con diversos casos en que analiza este aspecto. Este análisis se concentra en las conductas de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Constitucional que expresan la valoración de prueba realizada en un recurso de casación del ámbito penal.

La Sentencia n.º 001-13-SEP-CC se refiere al momento en que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia manifestó en la sentencia, dictada el 11 de junio de 2009, que las pruebas aportadas y practicadas durante el proceso penal respectivo “eran inconstitucionales, equívocas y erróneas”.

Mientras que la Sentencia n.º 0008-13-SEP-CC, se refiere al momento en que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia expuso en la sentencia dictada el 14 de noviembre del 2011 “que el fallo condenatorio no se encuentra conforme a la realidad de los hechos objetivamente probados en la audiencia de juzgamiento con observancia de las garantías que rigen la práctica de la prueba oral y en la valoración de la prueba el juzgador tampoco ha observado las reglas de la sana crítica en cuanto condena al recurrente por tres delitos diferentes y en base a una fotocopia simple de un documento, sin haberse probado conforme a derecho la existencia de la infracción”.

Como se puede apreciar, la conducta procesal calificada por la Corte Constitucional, que responde a la valoración de prueba realizada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en la Sentencia n.º 001-13-SEP-CC es explícita porque se trata de una calificación directa acerca de lo correcto o incorrecto, erróneo y equivocado de los elementos que constituyen pruebas valoradas por una instancia anterior durante la etapa de juzgamiento del proceso penal en cuestión.

Sin embargo, para el caso de la Sentencia n.º 008-13-SEP-CC, la Corte Constitucional califica como una nueva valoración de prueba, al momento en que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia se refiere a la inobservancia de las normas en la valoración de las pruebas de carácter oral e instrumentos que responden a insumos privados; con este fundamento concluye desvirtuando la prueba al determinar una copia simple, y no puede determinar la materialización de un delito penal, actuación que no se apegó a derecho, así como tampoco evidencia la sana crítica.

3. En las dos sentencias se declara la vulneración al derecho al debido proceso, en el caso de la Sentencia n.º 008-13-SEP-CC, acorde al artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República, por considerar que no existió motivación en el actuar procesal de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, aspecto que también afectó la tutela judicial efectiva del artículo 75, *ibíd.* Y, en la Sentencia n.º 001-13-SEP-CC, bajo la concepción de que se desnaturalizó el recurso de casación, la Corte Constitucional considera que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia vulneró el derecho al debido proceso en todas sus garantías, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República.

III. Conclusiones

De todo lo expuesto, se pueden emitir las conclusiones siguientes:

- En materia del ámbito del recurso de casación, en la legislación ecuatoriana y el tratamiento que ha merecido bajo el esquema constitucional anterior, así como el actual, se descarta la posibilidad de que la Corte Nacional de Justicia pueda valorar la prueba mediante un recurso de casación de ámbito penal.
- La Sentencia n.º 001-13-SEP-CC evidencia un avance en el desarrollo del criterio de la Corte Constitucional, respecto a la valoración de la prueba en materia de recurso de casación en el ámbito penal, el cual no solo se limita al análisis de la arbitrariedad o falta de competencia de la Corte Nacional de Justicia para hacerlo,

sino en la interferencia y afectación que este tipo de actuaciones procesales generan al principio constitucional de independencia interna jurisdiccional del artículo 168, numeral 1 de la Constitución de la República.

- Finalmente, se encuentra la decisión de la Sentencia n.º 008-13-SEP, y la exigencia de motivación, cuando las sentencias dictadas en materia de recurso de casación por la Corte Nacional de Justicia se refieran a la inobservancia de las reglas de valoración de la prueba y la sana crítica, porque de lo contrario se entiende que con solo una afirmación se puede desvirtuar y realizar una nueva valoración de prueba en materia penal.

IV. Bibliografía

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

Echandía, Davis. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.

Fuentes normativas

Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento n.º 360, publicado el 13 enero 2000.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449, publicado el 20 octubre 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial n.º 0052, publicado el 22 octubre 2009.

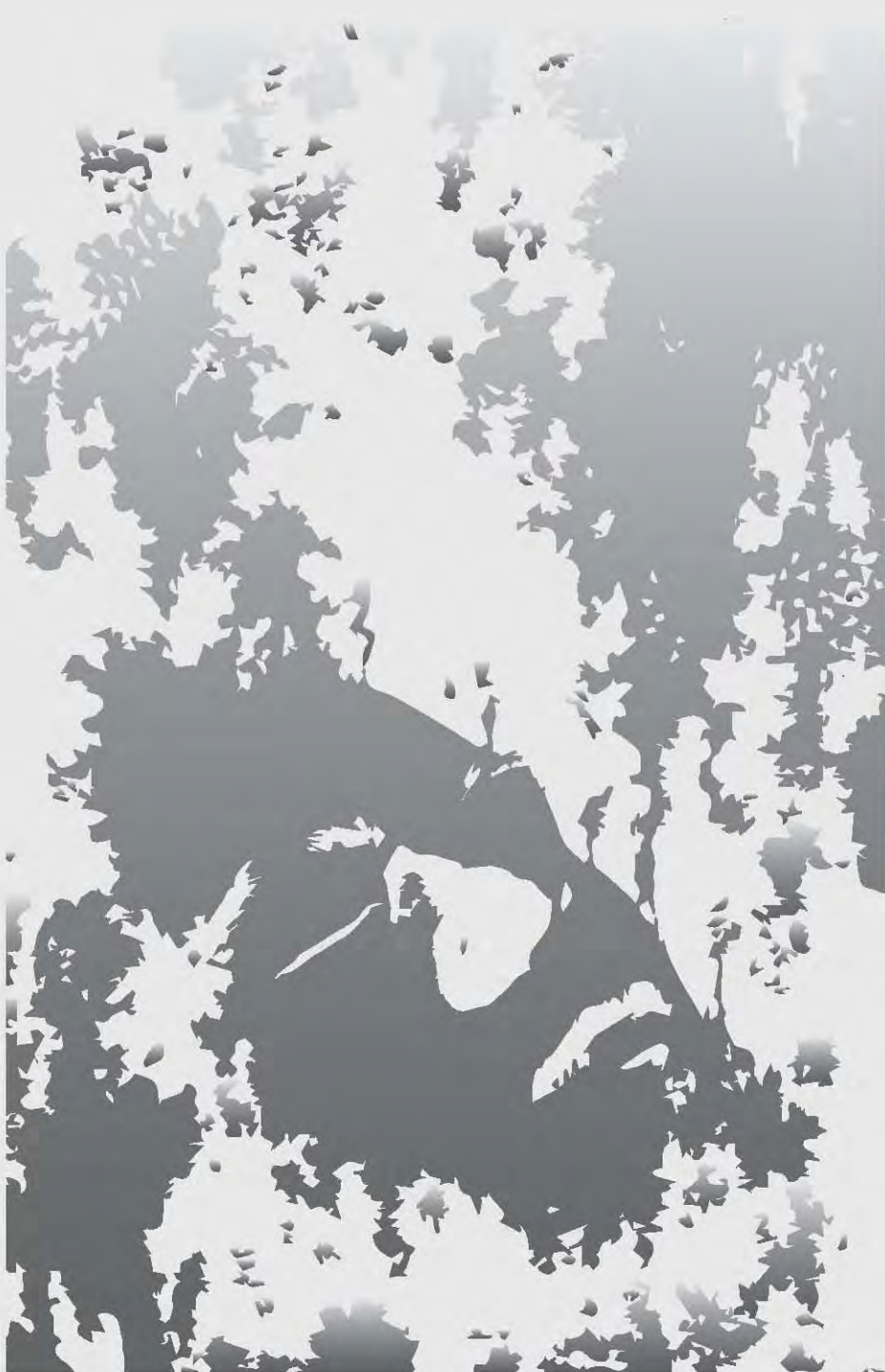
Decisiones judiciales

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-13-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 008-13-SEP-CC.

Resolución dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Serie 17 – Gaceta Judicial 6 de 30 julio 2001.





Paridad, representación y deliberación como exigencia del Estado constitucional de derechos y justicia

Jorge Benavides Ordóñez¹

Resumen

Palabras clave:

Paridad, representación, participación, deliberación, igualdad, Estado constitucional de derechos y justicia.

Este artículo parte de la importancia al respeto del principio de igualdad y no discriminación en la participación política, por ello es que la observación del cumplimiento de la paridad en la conformación de las listas electorales, conjuntamente con la promoción de condiciones adecuadas que promuevan una amplia deliberación pública, señalan el tránsito del Estado liberal al Estado constitucional y democrático del siglo XXI.

1. Introducción

En este ensayo exponemos algunas ideas sobre la relación existente entre la paridad en el sistema de representación política con el modelo democrático deliberativo, principios políticos sobre los cuales se asienta el Estado constitucional de derechos y justicia establecido en la Constitución de Montecristi.

En primer término nos referiremos a la paridad, categoría que nace de la exigencia del respeto del principio de igualdad de origen moderno, el cual implica de suyo un trato de igual consideración y respeto a todas y todos los integrantes de la comunidad por parte del poder público; por ello, la participación paritaria persigue el repartir como su nombre

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho Constitucional y máster en Filosofía y Cultura Moderna, Universidad de Sevilla, España. Diploma superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Profesor en la Universidad de las Américas y Universidad de Los Hemisferios; profesor invitado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. En la actualidad, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Correo electrónico: benavidesordonez@yahoo.es.

lo indica de forma paritaria el poder político,² acudiendo en tal virtud a la crítica de los sistemas políticos que de modo ilegítimo excluyen a la mitad de la población del manejo de los asuntos públicos, de ahí que la apuesta por un modelo paritario de representación va más allá de una *vindicación* de género; por el contrario, es un planteamiento coherente con el tránsito del Estado liberal clásico al Estado constitucional de derechos y justicia social.

Después hablaremos del modelo democrático deliberativo, opción por la cual se decantó el constituyente ecuatoriano, del que podemos decir que se caracteriza por la plena participación de las y los posibles afectados de una decisión política, precautelando al máximo que dicha intervención popular sea de modo argumentativo, es decir que la adopción de una decisión política sea producto de la discusión racional e informada de los miembros —o de sus representantes— de la comunidad a quien va dirigida, garantizando así la legitimidad del sistema representativo, puesto que incluyen en la discusión el mayor número de intereses y perspectivas posibles.

Finalmente, para cumplir con este propósito nos serán de gran ayuda los pronunciamientos hechos al respecto por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

2. Paridad y representación

La paridad³ emerge de la lucha por hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres en la participación de los espacios públicos y políticos lo que implica, entre otras pretensiones, que la integración de los organismos encargados de elaborar los diseños normativos —llámense congresos, asambleas o cabildos— cuenten en su seno con el concurso de la representación femenina, claro está una es la composición en términos paritarios de las listas de candidaturas pluripersonales puestas a consideración del electorado, y otra la composición de las corporaciones una vez que se ha producido la elección; no obstante

2 Cobo, Rosa. "Democracia paritaria y sujeto político feminista". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n.º 36, Granada, 2002. Internet. http://www.ugr.es/~filode/pdf/contenido36_2.pdf.

3 Con relación a esta, véase el trabajo de Rodríguez Ruiz, Blanca y Ruth Rubio Marín. "Constitutional Justification of parity democracy". *Alabama Law Review*, vol. 60:5, 2009. Internet. <http://www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2060/Issue%205/rodriguez.pdf>.

los esfuerzos hechos desde los colectivos de mujeres, como desde la normativa nacional e internacional,⁴ apuntan hacia una real equidad paritaria. Dentro de este esfuerzo se inscriben las leyes de cuota,⁵ que siendo inspiradas en medidas de acción afirmativa, son legítimas en la medida de hacer efectiva la participación de grupos humanos⁶ que han estado marginados de la participación y del proceso de toma de decisiones.

De ahí que las medidas de discriminación positiva aparezcan como una especie de excepción a la igualdad liberal, toda vez que se acude a estas cuando por determinadas circunstancias las condiciones de ciertos grupos sociales son desiguales a las de otros conglomerados, como por ejemplo en la carencia de representación política, o lo que es lo mismo, comprender la discriminación y el trato no igualitario como aquellas diferencias políticas, económicas, sociales que tienen asidero en los desequilibrios de poder entre colectivos.⁷

Ahora bien, la relación entre el origen del sistema representativo con el reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres⁸ es un asunto

- 4 Por ejemplo, la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), ratificada por el Estado ecuatoriano, en el artículo 7 establece que: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: a) votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas."
- 5 Como argumentos a favor de los sistemas cuotas en beneficio de las mujeres se ha señalado la importancia de compensar la existencia de barreras que impiden la justa proporción de las mujeres en puestos políticos, por otro lado, se destaca el derecho que tienen las mujeres como ciudadanas a una representación equitativa; asimismo se señala la necesidad de contar con la experiencia femenina en política, se pone énfasis en que los procesos electorales se refieren al sistema representativo y como tal las mujeres deben ser representadas; véase Cantos, Alexandra. "Justicia electoral y actores políticos: inclusión de las mujeres en la vida política". *Estudios de Justicia Electoral*. Ed. Richard Ortiz. Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2009, p. 101.
- 6 Al respecto existe la discrepancia de considerar a las mujeres como un grupo más que conforma la sociedad y que ha sido marginado de los espacios de decisión, esto es como las minorías étnicas, culturales o sexuales, en la medida en que las mujeres son transversales a dichas clasificaciones, es decir las mujeres se encuentran en todos los grupos humanos y no pueden ser circunscritas a uno solo.
- 7 Rodríguez Ruiz, Blanca. "Hacia un Estado pospatriarcal. Feminismo y ciudadanía". *Revista Umbral* (Quito), 3 (2012): 28.
- 8 En este ámbito se destacan los esfuerzos emprendidos por las integrantes del movimiento conocido como las sufragistas originado en los Estados Unidos, que llevó en 1920 a la 19 enmienda de su Constitución que consagró el derecho de voto a las

complejo, en la medida en que aquel surgió como una aspiración vinculada al ideal del varón burgués europeo del siglo XVIII, cuando el sistema político era pensado desde y para los burgueses, lo que implicó que las grandes mayorías que componían la sociedad se vieran marginadas. Inclusive desde la perspectiva rousseauniana de cuño democrático que objetaba el principio de representación⁹ de raigambre montesquiana — que se impuso en la práctica—, no era tomado en cuenta lo femenino, pues la democracia decimonónica impulsaba la emancipación del varón no propietario, pero no incluía en su reclamo a las mujeres.¹⁰

Al otro lado del Atlántico, en tierras americanas y teniendo como contexto al sistema colonial, el escenario no difiere mucho del expuesto, debido a que para el derecho peninsular las mujeres —salvo ciertas excepciones— no contaba con plena capacidad legal: en el caso de ser soltera se encontraba subordinada a la autoridad paterna, o la de un pariente masculino, y si era casada estaba sometida a la potestad marital, de modo que el derecho consagraba la dominación del hombre sobre la mujer, dominio aceptado en la medida en que se consideraba a las féminas incapacitadas para conducirse por sí mismas,¹¹ por eso mal podían entonces preocuparse por los asuntos atinentes a la cosa pública.

Sin embargo, el sistema político fue evolucionando debido en gran parte a la lucha y presión social, de tal suerte que el sistema representativo

mujeres. En nuestro país, la intervención pionera de la médica lojana Matilde Hidalgo de Prócel como votante implicó un hito en la participación política de la mujer, circunstancia que llevó a que se contemple el voto femenino en la Constitución de 1929; al respecto véase Grijalva, Agustín. "Voto de la mujer y extensión del sufragio". *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.

- 9 Así Rousseau sostuvo: "La soberanía no puede ser representada, de la misma manera que no puede enajenarse. Consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede delegarse. Ella es la misma u otra distinta. No existe término medio. Los diputados del pueblo, por lo tanto, no son ni pueden ser sus representantes. Son sus comisarios nada más, y no pueden resolver definitivamente. Toda ley no ratificada por el pueblo en persona es nula, no es tal ley." Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid, LIBSA, 2002, p. 258.
- 10 Contrarios a esta posición aparecen las figuras de Condorcet o de Poullain de la Barré, quienes consideraban que la exclusión de la mujer de lo público obedecía a un prejuicio contrario a todo postulado racional que abogaba por la universalidad y generalidad de los derechos, apareciendo *Emilio o la educación* de Rousseau como un texto que consagra el prejuicio basado en la característica natural diferenciadora de la mujer a ser sumisa, delicada, débil, por lo tanto objeto de protección.
- 11 Agustín Grijalva, *op. cit.*, p. 130.

fue democratizándose, primero con la eliminación del sufragio censitario y luego con el reconocimiento a las mujeres de los derechos políticos, ambos acontecimientos acaecidos en el siglo XX y de enorme relevancia que marcaron el inicio del Estado constitucional y democrático de derecho, debido a que mal se podía hablar en términos democráticos, si las mayorías se hallaban marginadas del proceso político en la formación de la voluntad pública.

En efecto, debemos subrayar los avances en materia de derechos que han existido desde el apareamiento del constitucionalismo decimonónico liberal hasta la actualidad, de ahí que parece una hipótesis plausible la consideración de que el constitucionalismo social de nuestros días, se convierte en un medio idóneo para canalizar de modo adecuado los reclamos de las minorías en términos de representación política y sus peticiones de mayor protección, debido a que los actuales marcos constitucionales contemplan un gran acervo de garantías e instituciones jurídicas a las que pueden acudir los distintos grupos para defender sus libertades, en nuestro país se destaca por ejemplo el amplio catálogo de derechos que se ve salvaguardado por garantías institucionales, normativas y jurisdiccionales. En resumen, el gran hallazgo del constitucionalismo es el hacer compatible un sistema democrático en donde impera el principio de la mayoría, con los derechos y libertades de las minorías.

3. El modelo de representación pergeñado en la Constitución del Ecuador

Frente al modelo clásico de representación,¹² el constitucionalismo posterior trajo aparejado una más equitativa repartición de los bienes sociales, y con ello, la posibilidad de inclusión de otros actores que se hallaban relegados de la participación en los espacios públicos, ejemplo de lo dicho en el constitucionalismo ecuatoriano son las Constituciones de 1929 y la de 1945.¹³

12 Inspirado en las tesis de Locke, para quien el Estado de derecho y la actividad política se fundamentan en una sociedad de propietarios, véase su trabajo *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires, Editorial Losada, 2002.

13 Constitución que a pesar de su brevísima duración es de enorme importancia, no solo por las prestaciones económicas y sociales que contemplaba, sino porque limitaba los posibles abusos del poder con la creación de un tribunal de garantías constitucionales.

En el Ecuador de nuestros días, la preocupación por construir un sistema de representación legítimo desde lo normativo¹⁴ nos conduce a la Constitución de 1998, que en el artículo 102 establecía que el Estado debía promover y garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular; en la misma línea el artículo 116 de la Constitución de 2008 afirma que para las elecciones pluripersonales, la ley deberá establecer un sistema electoral que sea conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre hombres y mujeres; asimismo el artículo 3 del Código de la Democracia dispone que, el Estado promueve la representación paritaria de mujeres y hombres en los distintos cargos ya sea que respondan a la nominación o la designación de la función pública, señalando además que en las candidaturas para elecciones pluripersonales es vinculante la participación alternada y secuencial.

En este sentido, la Corte Constitucional para el Período de Transición en la Sentencia n.º 0111-09-EP, relativa a la alternabilidad y paridad de género en la conformación de las listas de candidaturas pluripersonales, ha sostenido que:

Los requisitos de la paridad y alternabilidad, como componentes sustanciales del sistema político ecuatoriano y no como mera formalidad, se desprenden, además de los procesos históricos de lucha por la igualdad material en el ejercicio de los derechos políticos entre hombres y mujeres. No es una novedad decir que en el Ecuador, tradicionalmente, la representación política estuvo reservada, en la realidad de los hechos, para los ciudadanos, relegando a las ciudadanas al mundo de la vida privada.

Por otro lado, la Corte Constitucional de la Transición en la Sentencia n.º 0112-09-EP¹⁵ ha dicho que el no acatamiento de la equidad de

14 Cuestión que si bien es importante, no implica *per se* la mejora de la situación de las mujeres, ya que, analizando el caso español, Blanca Rodríguez dice que la mayor actividad legislativa acaecida en la península ibérica en los últimos tiempos en materia de género, sería realmente valiosa si con ella se logra eliminar los supuestos de discriminación contra las mujeres. Blanca Rodríguez, “Hacia un Estado pospatriarcal. Feminismo y ciudadanía”, *op. cit.*

15 Los hechos del caso son que Mady Gallardo, directora provincial de Manabí del Prian, interpuso una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 25 de febrero de 2009 dentro del juicio n.º 76-2009 por parte del Tribunal Contencioso Electoral; manifiesta que la misma violenta los derechos fundamentales a la participación consagrados en el artículo 61, numerales 1 y 2, y en el artículo 169 de la Constitución de la República. Por ello, solicitó a la Corte Constitucional del Ecuador se deje sin efecto dicha sentencia que rechazó su recurso de impugnación y confirmó la

género en la composición de las listas pluripersonales no puede ser visto, de ningún modo, como un aspecto de “mera formalidad”, en la medida que el derecho a la participación política plena de las ciudadanas y ciudadanos sin discriminación, constituye un tema sustancial que hace alusión al núcleo esencial del derecho garantizado en la Constitución de la República en el artículo 61, numerales 1 y 2, y en el artículo 11, numeral 2, atinente a la igualdad de las personas.

De los argumentos expuestos por el organismo constitucional, el énfasis en la dimensión material de la participación equitativa y alternada en la conformación de las listas de candidaturas es, pues, de sencilla justificación frente a una visión formalista, ya que esta última —al observar como un asunto que se puede tomar de modo opcional a la paridad y la alternabilidad en la representación— olvida que estamos frente a un derecho constitucional, y como tal, su efectiva vigencia no corresponde a una cuestión ligada al libre arbitrio de los actores políticos, sino que su cumplimiento tiene que ver con la realización de los principios sobre los que se edifica el Estado constitucional de derechos y justicia.

Los elementos característicos de la participación en la Constitución de Montecristi se encuentran en el artículo 95, que establece que las y los ciudadanos de modo individual y colectivo participarán en la toma de decisiones correspondientes a los asuntos públicos, y en la vigilancia y control de los poderes públicos en un proceso de permanente construcción de un poder ciudadano; se pone énfasis en que dicha participación será orientada por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

Por eso, del principio de igualdad se desprende la noción de paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres en los ámbitos públicos como privados; la autonomía, por su parte, enfatiza la libertad de las y los ciudadanos para tomar por sí mismos sus decisiones, basados en su calidad de seres racionales, exentos por tanto de todo tipo de coacción o presión exterior en su libre desarrollo de la personalidad.

Por su lado, la deliberación pública implica dos dimensiones, la primera la faceta democrática, esto es que en la adopción de una decisión

resolución de la Junta Provincial Electoral de Manabí, en la cual no se calificó la lista de candidatos a concejales rurales del cantón Portoviejo, por cuanto no se respetó en su integración la paridad y alternabilidad de género.

pública participen la mayor cantidad de personas que se verían potencialmente afectadas por esta, y la segunda, la faceta deliberativa o discursiva, que comporta que la decisión debe ser producto de la discusión racional entre varias propuestas; de ahí que ya no importe tanto el gobierno de la mayoría per se, sino más bien el proceso conducente a la formación de la voluntad política, o lo que es lo mismo, la relevancia capital de la manifestación y discusión de las más amplias y variadas opiniones y la posibilidad de que se imponga la que tenga los mejores argumentos, lo que implica el convencimiento de los otros actores dialogantes.¹⁶

El respeto a la diferencia tiene relación con una suerte de contraposición a la neutralidad del universalismo democrático liberal, que tiende a la homogenización de los diversos actores sociales, lo que conlleva la eliminación de las diferencias; por el contrario, la Constitución de Montecristi recoge y hace manifiesto en el ámbito público las diferenciaciones que corresponden a la identidad de género, étnicas, culturales, así como a los distintos pueblos y comunidades y sus derechos colectivos, de ahí que el principio de diferencia tenga relación con el principio de interculturalidad.

El control popular, por su parte, alude al permanente seguimiento y fiscalización del que son objeto las instituciones públicas, así como los representantes ciudadanos; finalmente la solidaridad estriba en el rol redistributivo que juega el Estado ecuatoriano en el ámbito económico, mediante la satisfacción de los derechos del buen vivir, ya que no se puede comprender la construcción de una ciudadanía deliberante que participa en el debate público, sin que previamente no se le hayan satisfecho sus necesidades básicas.

16 Este modelo de democracia es conocido como democracia deliberativa, en el cual la toma de decisiones es el resultado de la discusión informada entre ciudadanos libres e iguales, contraponiéndose así a una concepción meramente procedimental de estirpe schumpeteriana, es decir aquella en la que el elemento esencial de la democracia son los procesos electorales, de ahí que el escogitamiento de los principales puestos de gobierno se da por designación electoral popular, generándose con ello la lucha entre los distintos actores políticos. El nuevo enfoque de democracia dialogante ha tenido en Jürgen Habermas a uno de sus principales expositores; véase su trabajo "Tres modelos de democracia: sobre un concepto de una política deliberativa", conferencia presentada en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Valencia, disponible en <http://www.alcoberro.info/V1/habermas7.pdf>.

4. Conclusión

Como ha sido dicho, el Estado constitucional de derechos y justicia implica un sistema de representación que se ve perfeccionado por las lógicas participativas que buscan la inclusión de la pluralidad y diversidad social, desechando por tanto un sistema representativo anquilosado en los exclusivos intereses y posiciones de los mejor ubicados, de ahí que la paridad y la deliberación se muestran como dos elementos que contribuyen de modo decisivo en dicho cometido, en la medida en que no se puede construir instituciones democráticas sin un respeto irrestricto al principio de igualdad en la participación.

Es pues, la plena vigencia del principio de igualdad y no discriminación lo que nos permite afirmar: la legitimidad del sistema representativo, plasmada en la posibilidad de la intervención informada de todas y todos en la construcción de la voluntad pública.

En este contexto, la labor de la justicia constitucional es primordial en la protección y promoción del derecho a la igualdad, y a la participación política en el caso particular, por ello, precisamente, es que los pronunciamientos de la Corte Constitucional son plausibles, en la medida en que centrando su reflexión en el respeto al mandato constitucional de la composición paritaria y secuencial de las listas de candidaturas pluripersonales para los procesos electorales ha contribuido con un pequeño aporte en la lucha por la paridad en la representación. No obstante, más allá de los importantes esfuerzos normativos, jurisdiccionales e institucionales, el compromiso en la construcción de una sociedad en donde prime la igualdad y la no discriminación en razón de género es una tarea que nos corresponde a todos y todas.

5. Bibliografía

- Cantos, Alejandra. "Justicia electoral y actores políticos: inclusión de las mujeres en la vida política". *Estudios de justicia electoral*. Ed. Richard Ortiz. Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2009.
- Cobo, Rosa. "Democracia paritaria y sujeto político feminista". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n.º 36. Granada, 2002.
- Grijalva, Agustín. "Voto de la mujer y extensión del sufragio". *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.

Habermas, Jürgen. "Tres modelos de democracia: sobre un concepto de una política deliberativa". Internet. <http://www.alcoberro.info/V1/habermas7.pdf>.

Locke, John. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires, Editorial Losada, 2002.

Rodríguez, Ruiz Blanca y Ruth Rubio Marín. "Constitutional Justification of parity democracy". *Alabama Law Review*, vol. 60:5:1171. Alabama, 2009.

Rodríguez Ruiz, Blanca. "Hacia un Estado pospatriarcal. Feminismo y ciudadanía". *Revista Umbral*, (Quito), 2 (2012).

Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid, LIBSA, 2002.

Fuentes normativas

Constitución de la República del Ecuador de 1998.

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Código de la Democracia.

CEDAW.

Jurisprudencia constitucional

Sentencia n.º 0111-09-EP.

Sentencia n.º 0112-09-EP.



El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿Cambio de paradigma?

Pamela Aguirre Castro¹

Resumen

Palabras claves:

Estado constitucional de derechos y justicia, argumentación jurídica, constitucionalismo, precedente judicial, stare decisis, jurisprudencia vinculante.

No cabe duda de que el nuevo modelo jurídico constitucional ecuatoriano, incorporado a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, importa nuevos paradigmas en el tratamiento de la materia constitucional y procesal constitucional. Las innovaciones previstas en la Constitución obedecen, entre otros aspectos, a la necesidad de desarrollar y fortalecer conceptos e instituciones jurídicas preexistentes, entre ellas la Corte Constitucional y las correspondientes acciones jurídico-constitucionales que son de su competencia. En esta línea, es el interés del presente trabajo reflexionar sobre uno de los paradigmas incorporados en nuestra Constitución que, dada su importante naturaleza jurídica, no puede pasar por alto para quienes nos encontramos vinculados al derecho: el valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Las funciones que desempeñan las altas Cortes son esenciales dentro del *Estado constitucional de derechos y justicia*,² toda vez que a partir del desarrollo de jurisprudencia vinculante —horizontal y vertical— genera la transformación en el sistema de fuentes ecuatoriano. En efecto, si es la jurisprudencia la llamada a convertirse en uno de las principales fuentes de resolución de conflictos

1 Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador. Presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, Universidad del Azuay; diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, UASB-E; magíster en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Candidata doctoral por la UASB-E.

2 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449, de 20 octubre 2008, artículo 1.

sociales, debería entonces constituirse en las razones excluyentes y definitivas de las resoluciones judiciales posteriores, esquema que sin lugar a duda trastoca los clásicos cánones del sistema de fuentes de la familia romano germánica de la cual nuestro ordenamiento jurídico proviene.

I. Crisis del paradigma del Estado positivista, paso al Estado constitucional

El derecho constitucional de la segunda posguerra ha abandonado la idea según la cual el *Estado de derecho* coincide plenamente con el *principio de legalidad*; las constituciones de los últimos cincuenta años han pensado que la democracia, los derechos humanos y el pluralismo jurídico se defienden mejor si el *Estado de derecho* es caracterizado a partir de un *principio de constitucionalidad* y no a partir de un mero *principio de legalidad*. De hecho, las constituciones de la última mitad del siglo XX han adoptado aceleradamente el *principio de constitucionalidad* y en Latinoamérica, en los últimos treinta años, la mayor parte de países hispanoamericanos han sentido de alguna forma la llegada de este *nuevo constitucionalismo*.

En este contexto, el constitucionalismo ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho público, los textos constitucionales y en especial aquellos que consagran derechos fundamentales/constitucionales³ se han convertido en normas directamente aplicables⁴ a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos. Se ha comenzado entonces a construir una teoría constitucional con cierto nivel de autonomía del derecho ordinario, así, por ejemplo, frente al tradicional modelo de argumentación basada en la subsunción, se han propuesto modelos alternativos en los que esta operación lógica pierde la centralidad.

3 Bajo la concepción de la Constitución ecuatoriana del 2008 todos los derechos gozan de igual jerarquía y son exigibles y justiciables: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, individuales, interdependientes y de igual jerarquía” (art. 11, numeral 6, Constitución de la República del Ecuador), a diferencia de otras constituciones que sí distinguen entre derechos constitucionales y fundamentales, razón por la cual me referiré a ellos como derechos fundamentales/constitucionales.

4 Artículo 11, numeral 3 y artículo 426, Constitución de la República del Ecuador.

Sin lugar a duda, el constitucionalismo de la segunda posguerra cambió el paradigma del Estado legocéntrico y en su lugar se instituyó varias concepciones básicas que cambiaron la estructura del constitucionalismo clásico, entra las cuales debemos destacar, la supremacía constitucional y consecuentemente se convirtió a la Constitución en la norma jurídica directamente aplicable, mediante lo cual se posibilitó que los ciudadanos buscaran la protección de sus derechos constitucionales por medio de acciones directas en las cuales sus argumentos podrían basarse en el mismo texto constitucional sin necesidad de intermediación legal.

Así, por ejemplo, en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se estableció que toda persona tiene derecho “a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”, en armonía con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Se incorpora además dentro de la nueva lógica del Estado constitucional la rigidez constitucional, lo que refuerza la idea de permanencia y eficacia de los derechos constitucionales, pues, existe la inmodificabilidad o resistencia al cambio constitucional en los mismos términos que puede desarrollarse la modificación de las leyes, lo cual desemboca en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley.⁵ Esto demuestra de manera indudable cómo la Carta de Derechos pasó de ser derecho suave a ser derecho duro —plenamente exigible—, esto es normas jurídicas perfectas y vinculantes, no obstante el nivel de abstracción en el cual están redactadas.

5 Véase Aguiló, Joseph. *Sobre derecho y argumentación*. Palma, Lleonard Muntaner Editor, 2008, pp. 11-28.

Estas y otras características⁶ evidencian que el constitucionalismo desplaza gradualmente al Estado legal, cambios que obligan a los jueces de todos los niveles a lidiar directamente con el texto constitucional, y es esta nueva orientación la que genera que la interpretación y argumentación constitucional se convierte en un tema fundamental, aunque polémico, pues, las antiguas habilidades de interpretación de la ley adquiridas en las facultades de derecho no ofrecen todos los elementos necesarios en la interpretación del texto constitucional de directa aplicación por todos los jueces.

En efecto, este proceso de constitucionalización obliga a los operadores de justicia a enfrentarse con problemas, como altos grados de indeterminación sintáctica, semántica, pragmática y lógica con un alto grado de generalidad y abstracción, un fuerte componente de principios frente a reglas,⁷ la transformación en la teoría de fuentes del derecho —pluralismo jurídico— que terminan ligando la aplicación directa de la Constitución al reconocimiento de otras formas de producción jurídica no legislativa, como es el caso de la jurisprudencia.

En este contexto, resulta imprescindible hacer uso de instrumentos conceptuales que permitan enfrentar y superar exitosamente estas indeterminaciones, dentro de estas herramientas se encuentra sin lugar a duda la argumentación jurídica. Pero ¿qué es la argumentación jurídica?, ¿en qué campo del derecho se desarrolla?

Argumentar es ofrecer un conjunto de razones a favor o en contra de determinada tesis que se trata de sostener o refutar; bajo esta concepción “[l]a teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto de

6 “En un orden jurídico no constitucionalizado el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial...); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas”. Ver Guastini, Riccardo. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Turín, Giappichelli Editore, 2006, p. 239, citado por Aguiló, Joseph. *Sobre derecho y argumentación*. Palma, Leonard Muntaner Editor, 2008, p. 12.

7 Santiago Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, pp. 89-97. También Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2.ª ed., 1979, pp. 17-48; 91-105.

reflexión, obviamente, las argumentaciones que tiene lugar en contextos jurídicos”.⁸ Si el objeto de la argumentación jurídica está relacionado con los contextos jurídicos, el campo que se desarrolla es el de la creación, como en la interpretación, aplicación, e incluso dentro la dogmática jurídica. Sin embargo, cómo opera la argumentación en uno y otro campo es distinto, aun cuando existan notas comunes que deben observarse como por ejemplo la dimensión formal y material de la argumentación jurídica.⁹

La argumentación jurídica, desde su concepción moderna, teoría estándar de la argumentación jurídica (MacCormick, Atienza, Alexy, Wróblewski, Habermas) se encuentra dirigida a desarrollar los procedimientos adecuados para que las soluciones judiciales sean racionalmente fundamentadas, es decir, la argumentación jurídica tiene como objeto central de estudio el discurso justificativo.¹⁰ Así, el problema central actualmente, bajo la lógica del Estado constitucional, ya no es cómo encontrar la solución pertinente, sino cómo esta debe ser justificada, en tal virtud “justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil de entender por qué el llamado en términos teóricos ‘problema jurídico’ no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas”.¹¹

La racionalidad de las soluciones jurídicas nos conduce a mirar al derecho como una realidad dinámica que contiene normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, y es trascendental la justificación de sus normas y decisiones. En el constitucionalismo, se admite la integración

8 Atienza, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 28.

9 La **dimensión formal** analiza la estructura —en la lógica— de las inferencias y en el resultado, a través de esquemas de argumentación usados para controlar la corrección de los argumentos, para afirmar que son válidos. La **dimensión material** enfatiza que lo indispensable del razonamiento tiene que ver con los enunciados verdaderos, ofrecer **buenas razones** que permita justificar la decisión, explicar el hecho, y que resulten apropiados. Los criterios de corrección y la fundamentación son los que importan para avalar la verdad en esta concepción. La **dimensión pragmática** tiene como fin lograr la resolución de problemas y de persuadir racionalmente, por lo que además de considerar las buenas razones, se consideran las circunstancias, las acciones y los actores que participan en la actividad argumentativa, así como los actos lingüísticos usados para que sean permitidos y aceptados por los destinatarios, que consientan guiar la realidad jurídica contemporánea. La argumentación jurídica bajo esta concepción es una actividad lingüística. Cfr. Manuel Atienza, *op. cit.*

10 Cfr. Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona, Ariel, 2006.

11 Joseph Aguiló, *op. cit.*, p. 61.

de las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral, la política, la sociología, por eso la razón jurídica no es solo instrumental, sino una razón práctica sobre los medios y fines; la actividad jurídica está guiada por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.

Bajo esta concepción, el principio constitucional que rige al ordenamiento jurídico impone una conexión de este con la Constitución, externa e interna, es decir, la Constitución no es únicamente un límite del poder público, sino que el campo de aplicación de la Constitución se amplifica, pues, obliga a todos de manera positiva, tanto los poderes públicos y particulares en la concreción de todos los mandatos dispuestos en la Constitución. Es decir, la Constitución se instituye como un verdadero límite y vínculo en el Estado constitucional,¹² deja de ser una fórmula vacía de contenido, para expandir su contenido sobre todo el ordenamiento jurídico.

Con el paradigma constitucional, los casos fáciles y los casos difíciles¹³ no son sencillos de dilucidar *prima facie*. Los primeros —casos fáciles— se resuelven aplicando una regla perteneciente al sistema jurídico y cuya solución se caracteriza por ser lógicamente concurrente con los principios del mismo, es decir, se aplica la regla al caso en cuestión, mecanismo silogístico que se lo realiza sin mayor análisis, toda vez, que no existe controversia acerca de los alcances de la regla y su coherencia valorativa con los principios y los hechos. Por el contrario, la resolución de los casos difíciles no se obtiene de una manera tan sencilla, requiere de una justificación y acción deliberativa, exigiendo por parte del juzgador, un sentido de responsabilidad, en el que se deja de lado a la arbitrariedad, en espera de una decisión justificada racionalmente, en el que se incrementa las *buenas razones* para la resolución del caso en particular.

Con base en la constitucionalización del ordenamiento jurídico, potencialmente todos los casos pueden ser considerados como difíciles, lo

12 Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.

13 Distinción establecida por Niel MacCormick, en *Legal Reasoning and Legal Theory*, los casos fáciles son aquellos en los que la aplicación deductiva opera sin mayores inferencias, en tanto que los casos difíciles se presentan, ya sea por problemas normativos (interpretación y fuentes del derecho) y por problemas fácticos (calificación de los hechos y prueba), los que deben atenderse observando los principios rectores con el sistema (consecuencias) y los principios universales de la argumentación jurídica (universalidad, consistencia, coherencia narrativa y normativa). Ver Manuel Atienza, *op. cit.*

que exige de los operadores de justicia la práctica de una argumentación que considere al derecho en su unidad, es decir, observando las normas jurídicas, los valores, las instituciones, los derechos constitucionales y los principios, que encontramos en las constituciones contemporáneas, actividad que sin lugar a duda demanda un mayor esfuerzo.

II. Argumentación jurídica

Las distintas corrientes jurídico-filosóficas, con las distinciones del caso, reconocen un ámbito de discrecionalidad judicial, así, positivistas como Hart¹⁴ destacan la existencia de casos difíciles, en los cuales la zona de penumbra abre el camino para que el juez pueda fallar con criterios extrajurídicos. En esta misma línea, *iusnaturalistas* como Dworkin¹⁵ enfatizan la valoración moral que el juez debe realizar en la aplicación de normas. Estas corrientes antagónicas reconocen un ámbito de discrecionalidad ineludible en la labor judicial, que da lugar a la necesidad de elaborar técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones judiciales, así como el control de las valoraciones que realiza el juez al momento de tomar sus resoluciones con el objeto de impedir que a estas le correspondan una mera subjetividad.

La necesidad de técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones jurídicas se presenta, además, por la eficacia en el sistema jurisdiccional de principios tales como igualdad, seguridad jurídica, unidad del ordenamiento jurídico, confianza legítima, acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, es decir, resulta evidente la necesidad de la existencia de criterios uniformes ante circunstancias fácticas similares que permitan determinar una previsibilidad ante la actividad jurisdiccional.

Surge entonces la interrogante: ¿Cuáles son los mecanismos que permiten controlar la discrecionalidad judicial? Para responder esta interrogante es necesario, en primer lugar, tener presente que los jueces al momento de resolver un caso no están creando con sus decisiones todo el orden jurídico, o el orden jurídico relativo a esa cuestión, pues, su actividad se encuentra siempre limitada por dos circunstancias: por una

14 Rodríguez, César. *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.

15 *Ibíd.*

parte, el derecho objetivo vigente y, por otra, las circunstancias fácticas del caso concreto. En efecto, la interpretación judicial se la realiza en un camino que permite continuar con la labor hermenéutica de lo que otros jueces han decidido en el pasado sobre la misma cuestión o sus análogos, para continuar con una actividad hermenéutica permanente; entonces, la actividad judicial es eminentemente justificativa¹⁶ y las técnicas de argumentación jurídica son una de las herramientas que permiten determinar la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

La indeterminación estructural en la conformación de preceptos normativos, sean estos principios o reglas, convierte a la argumentación jurídica en una cuestión forzosa. La carencia de “autonomía semántica”¹⁷ de los preceptos normativos coloca al juez ante la valoración, es decir, la posibilidad de escoger dentro de un marco más o menos amplio la solución adecuada para el caso. Bajo este contexto, se convierte en indispensable la necesidad expresa de justificar el porqué de la decisión adoptada, para lo cual la argumentación jurídica nos ofrece las técnicas para obtener una resolución judicial racionalmente justificada.

Partimos entonces en reconocer la evolución que registra el razonamiento jurídico, el cual nos permite afirmar que en las instancias judiciales se utilizan modelos de aplicación legal y racional del derecho, conforme a los cuales se acude a preceptos normativos válidos en la resolución de un conflicto que van acompañados de una justificación racional. Y es en esta línea que la argumentación jurídica establece las herramientas que son utilizadas por el juez en el desarrollo de su actividad. Efectivamente, la argumentación jurídica ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico; este nuevo enfoque jurídico¹⁸ recuerda la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación y decisión. Así la visión argumentativa del derecho tiene sentido, con el modelo de Estado constitucional, pues, es éste el sistema que exige fundamentalmente que las decisiones de los órganos públicos sean argumentadas, es decir, el sometimiento del poder a la razón en el que el constitucionalismo es argumentación.¹⁹

16 Cfr. Atienza, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona, Ariel, 2001.

17 Ruiz Manero, Juan. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 102.

18 Que surge a partir de la segunda mitad del siglo XX.

19 Cfr. Atienza, Manuel. “Constitución y argumentación”. *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de Derecho*, t. VI. Coords.

Para determinar en qué medida una argumentación satisface los requisitos de racionalidad del sistema, Alexy, por ejemplo, elabora una teoría de la argumentación que permita asegurar una racional objetividad en la aplicación del derecho, mediante la determinación de un proceso, propugnándose que, si y solo si la decisión judicial se filtra por un procedimiento está racionalmente justificada. En este orden de ideas, el discurso jurídico es un discurso práctico que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como los preceptos normativos vigentes, el precedente y la doctrina.²⁰

El reconocimiento a un modelo de vinculación al precedente, expuesto en las teorías estándar de la argumentación jurídica, depende de la dimensión normativa y de la praxis judicial de cada ordenamiento jurídico. Y es este planteamiento, el que nos induce a reflexionar en torno a la importancia del *precedente*, teniendo en cuenta que frente a cada precepto normativo, concurren diversas interpretaciones,²¹ de lo cual surge la necesidad de establecer qué interpretaciones encajan mejor en la *pretensión de corrección*,²² es decir, establecer los criterios por los cuales la norma —interpretación escogida del precepto normativo— es la opción “más” racional y justa para el caso resuelto. Aquello a nuestro sentir, se puede lograr únicamente cuando la actividad judicial se sujeta a unos parámetros objetivos, de los cuales el juez solo puede apartarse presentando razones válidas y legítimas; dimensiones que estarían dadas por la jurisprudencia emanada de las altas Cortes, en razón de constituirse estos en máximos intérpretes del derecho.

Reconociendo, como se dejó reseñado con antelación, que la discrecionalidad judicial no es ajena a la actividad jurisdiccional y que la vinculación al precedente es una de las estrategias que permiten la corrección y racionalidad de la decisión judicial al momento de aplicar el derecho frente a cada caso en concreto, el derecho constitucional latinoamericano desde sus dimensiones objetiva y valorativa ha dado especial énfasis en el análisis del precedente. Así los estudios de los

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Saldívar Lelo De Larrea. México, UNAM/IMDPC/Marcial Pons, 2008.

20 Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

21 Guastini, Riccardo. “La interpretación de la constitución”. *Interpretación y razonamiento jurídico*. Ed. Santiago Ortega Gómer. Lima, ARA Editores, 2010.

22 Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 208.

profesores Leonor Moral,²³ Diego López,²⁴ Bernal Pulido,²⁵ César Landa,²⁶ entre otros, denotan los modelos explicativos en torno a la importancia del uso del precedente y el manejo del mismo en sus distintos ordenamientos jurídicos, tarea que nos proponemos introducirla en lo atinente al sistema constitucional ecuatoriano.

III. Importancia de la jurisprudencia

El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional, pues, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. En este sentido, la Constitución ecuatoriana ha previsto que el desarrollo progresivo de los derechos se lo realizará, entre otras fuentes, por la jurisprudencia (art. 11, núm. 8).

La imposibilidad que el legislador prevea y regule todos los supuestos que pueden entrar bajo la esfera legislada de una determinada materia, los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución obligan a que sea la jurisprudencia la que vaya desarrollando, de manera paralela a la ley, los mandatos constitucionales y legales otorgando coherencia al ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, al realizar esta función, ayuda al perfeccionamiento del sistema jurídico, al delinear los derechos e instituciones jurídicas, así “[l]os jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no sólo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales”.²⁷

Sin lugar a duda, la jurisprudencia asegura una efectiva seguridad jurídica al hacer predecible el contenido de la resolución judicial. La aplicación del juez a la regla de justicia persigue precisamente esa

23 Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002.

24 López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis Editores S.A., 2006.

25 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*

26 Landa Arroyo, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra Editores, 2010.

27 Santiago Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona, Ariel, 1983, p. 303.

finalidad propia del Estado constitucional, hacer previsible *ex ante* la actuación de la administración de justicia mediante la predeterminación de sus contenidos. En efecto se proscribe la arbitrariedad judicial y restringe la discrecionalidad judicial, en la medida en que impide que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios jueces, con lo que evita directamente una vulneración del derecho a la igualdad.

De esa forma, el precedente incrementa además la eficiencia de la administración de justicia al evitar la duplicación de los esfuerzos, pues la justificación ante casos iguales tiene, necesariamente, que ser la misma, a menos de que existan razones justificadas de un cambio de criterio. Al exigir igual trato para casos iguales, la teoría justifica que el juez del caso actual omita reflexionar nuevamente acerca del trato correspondiente al tipo de caso sometido con anterioridad a su decisión o de las altas Cortes.

Finalmente, una de las principales razones acerca de la importancia de la jurisprudencia viene dada por la idea de justicia anclada al derecho de la igualdad. En efecto, la idea de justicia exige una distribución igualitaria. Sin embargo, la exigencia de igualdad, desde luego, no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera sean las circunstancias. Tal uniformidad absoluta no es lo que exige el ideal de justicia, pues, la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica posición, cosa que no puede pretenderse. Por el contrario, no puede considerarse injusto que se hagan distinciones, de manera que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes. La exigencia de igualdad encierra únicamente la pretensión que nadie, en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otros.

Esta exigencia debe ser comprendida, por tanto, en un sentido relativo, es decir, como una exigencia *que los iguales sean tratados de la misma manera*. En efecto, la exigencia de igualdad contenida en esta idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase, determinados por ciertos criterios de relevancia. La justicia, en este sentido, como pura demanda de igualdad recoge una exigencia de racionalidad, en tanto que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por ciertos criterios establecidos

en reglas dadas. Esta idea de justicia se presenta como opuesta a la idea de arbitrariedad.

Los términos *justa e injusta* cobran sentido, cuando se aplican para calificar la decisión tomada por un juez o por cualquier otra persona que deba aplicar una norma. Decir entonces, que una decisión es justa significa que ha sido tomada de manera regular, esto es, de conformidad con la norma o con el sistema de normas tomado como referencia. Se exige entonces, en el ámbito judicial, que la decisión en examen sea el resultado de la aplicación regular e igualitaria de una norma general.

Así, esta conexión entre igualdad y la justicia se refleja en la llamada *regla de justicia-principio de igualdad*, que impone tratar a los iguales de manera igual y a los desiguales de manera desigual. La regla suele considerarse una concepción de justicia formal, pues, se limita a exigir la aplicación igual de un determinado tratamiento, cualquiera que sea este. Se excluye, en definitiva, toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o el legislador, siempre que exista una discriminación arbitraria introducida sin una válida justificación y valoración; en otras palabras, una diferencia de trato que tiene por fundamento diferencias irrelevantes entre los sujetos o los casos. La relevancia o irrelevancia de estas últimas diferencias se establece, desde luego, mediante una decisión valorativa.

En tal virtud, tratar de manera igual los casos iguales significa que, una vez que se resolvió un caso de una forma determinada, es forzoso tratar, en principio, los otros casos iguales de la misma forma, en consecuencia, la jurisprudencia emitida con anterioridad vincula las decisiones posteriores, a menos claro está que existan razones suficientes y justificables del cambio de criterio.²⁸ En observancia de la *regla de la justicia* casos iguales deben ser tratados de manera igual, salvo que existan razones suficientes para cambiar el trato. Así concebida esta regla contendría tres elementos que permitan identificar su observancia: estándar de conducta, criterio de igualdad y condición de excepción.²⁹

28 “[...] aceptar abiertamente que la nueva sentencia es inconsistente con la línea y que, por tanto, implica una variación de jurisprudencia. Por su parte la misma debe cumplir con dos condiciones: en primer lugar, debe ser realizado, con preferencia, por un tribunal jerárquicamente habilitado para realizar el cambio jurisprudencial, y segundo, la técnica argumentativa a utilizarse debe cumplir con altos estándares argumentativos.” Diego López Medina, *op. cit.*, pp. 260-261.

29 Criterios tomados por la clasificación propuesta por Mendonca, Daniel. *Análisis constitucional: una introducción*. Bogotá, Universidad del Rosario Editorial, 2009.

Estándar de la conducta. Consiste en tratar los casos iguales de manera igual, sin embargo, la delimitación de *caso* no es una cuestión pacífica. La noción de *casos iguales* debe ser entendida como casos individuales que comparten determinadas propiedades consideradas relevantes, con base en determinados criterios de relevancia (hechos materiales).³⁰ El estándar de conducta en relación al principio de igualdad conlleva entonces dos nociones, por una parte la relativa, pues remite a una relación de al menos dos casos y, por otra parte, la comparativa que refiere determinadas propiedades consideradas relevantes. Entonces, sostener que dos casos *son iguales*, no equivale a afirmar que estos son idénticos, sino más bien, que a pesar de no existir identidad absoluta, nos abstraemos de las diferencias y tomamos únicamente como relevantes —importantes— las propiedades en las que los casos coinciden.

Criterio de igualdad. Hay varios procedimientos para calificar de iguales o desiguales los casos, ya que cualquier serie de ellos comparte ciertas propiedades y deja de compartir otras y mientras no se establezca qué aspectos son relevantes, el *estándar* es una fórmula vacía. El estándar entonces debe complementarse con algún criterio que determine si los casos son, en realidad, iguales o desiguales. El estándar, aunque constituye un elemento central en la idea general de justicia formal, es en sí mismo incompleto y mientras no se añada algún criterio adicional, no proporciona una guía específica de conducta, y en efecto, para completarlo es preciso determinar los criterios para establecer similitudes.

En esta línea, no todas las propiedades de un caso son relevantes para la caracterización de este. La selección de las propiedades relevantes es un problema valorativo. Si ciertas propiedades nos parecen totalmente irrelevantes para el caso, esto solo sucede porque existe un consenso más o menos unánime, en el grupo social al que pertenecemos, acerca de ciertos valores, este es entonces un hecho contingente: los criterios empleados para identificar las propiedades relevantes varían, por lo común, en función del tiempo y de la cultura. Es decir, el hecho que los criterios de relevancia dependan del contexto cultural e histórico no supone total libertad para decidir sobre las propiedades relevantes. La selección de propiedades relevantes en los casos, se halla restringida por el propio derecho, es decir, la relevancia debe ser tomada en

30 Hechos materiales sinónimos de hechos que configuran el caso y que son analizados por el juzgador como determinantes para la resolución del mismo. Cfr. Diego López Medina, *op. cit.*

consideración al derecho objetivo vigente, entendiéndose a este en su integralidad de fuentes y en las distintas normas existentes también dentro del propio ordenamiento jurídico.

Condición de excepción. El trato desigual exige razones, así *el criterio de estándar incluye condiciones de excepción* con lo cual el trato de un caso a otro puede variar si, y únicamente si, se ofrece razones suficientes, estas razones dependerán de la racionalidad, es decir, el grado de importancia atribuido a los propósitos aducidos y a las consecuencias consideradas —existentes dentro del propio ordenamiento jurídico— para justificar válidamente las excepciones.

IV. Jurisprudencia en el ámbito constitucional ecuatoriano

El denominado *precedente constitucional* hasta antes de la publicación de la Constitución del 2008, no se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues, ni la Constitución Política de la República de 1998, ni la Ley de Control Constitucional determinó como facultad del Tribunal Constitucional la de expedir resoluciones que constituyan precedente. Es decir, no existía en los cuerpos normativos antes enunciados, precepto normativo alguno que dote de fuerza vinculante, más allá del caso concreto, a las decisiones de los jueces constitucionales en materia de garantías de derechos, así como tampoco el Tribunal Constitucional asumió dicha responsabilidad.³¹

Esta situación con acierto cambia en la Constitución de 2008, lo que denota que el Ecuador asumió un *antiformalismo*³² en la concepción tradicional de las fuentes del derecho, y reconoce que el concepto de

31 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, caso n.º 999-09-JP. Juez constitucional ponente: Dr. Roberto Bhurnis Lemarie, Registro Oficial n.º 351, 29 de diciembre del 2010.

32 Desde la perspectiva formalista (ley como fuente primigenia del ordenamiento jurídico), inherente al positivismo jurídico, todos los problemas del derecho se resolvían a partir únicamente de la aplicación de los preceptos normativos, la jurisprudencia solo se constituye en fuente auxiliar. En contraposición surgen las teorías antiformalistas con el propósito de reconstruir la imagen tradicional que se tenía de las fuentes del derecho, para subrayar el papel *social dinamizador* de algunas de ellas, por ejemplo, la jurisprudencia, doctrina, principios generales del derecho usualmente desatendidas por el legalismo tradicional bajo el rótulo de fuentes secundarias o auxiliares. Véase López Medina, Diego. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Temis, 2008.

fuentes no es exclusivo de la ley en sentido formal, puesto que, existen otras tantas manifestaciones que no provienen necesariamente del Parlamento, pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo, entre ellos, la jurisprudencia constitucional.

Una lectura aislada y literal del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, parecería conducirnos a sostener el ínfimo valor de la jurisprudencia, en tanto que esta se ubicaría dentro de “otras decisiones de los poderes públicos”,³³ fuente colocada al final de aplicación jerárquica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como característica clásica en los sistemas continentales o de *civil law* como el nuestro.

Sin embargo, un análisis sistemático de la Norma suprema nos conduce a otra conclusión, toda vez, que al ser la Constitución norma jurídicamente aplicable, existiendo en su regulación centralidad de los derechos constitucionales y humanos y con el reconocimiento del pluralismo jurídico, podemos asimilar que la concepción clásica ha sido modificada. Y es en este contexto, que el artículo 11, numeral 8 coloca expresamente a la jurisprudencia como fuente generadora de derecho objetivo, pues, “[e]l contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”. Es decir, nos replanteamos a nivel de la familia romano-germánica el rol que cumple el juez en el establecimiento del derecho vigente, bajo el entendido de que este deja de ser un mero aplicador de preceptos normativos, para tornarse en creador de reglas jurisprudenciales que concretan el contenido y alcance de los derechos.

Continuando en el análisis contextual del sistema de fuentes ecuatoriano con relación a la jurisprudencia, la Constitución expresamente en los artículos 185, 221 y 436, numeral 6, reconoce que los fallos de

33 “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

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

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.” Constitución de la República del Ecuador.

las altas Cortes ecuatorianas vinculan ya no solo a las partes, sino que generan efectos a todos los operadores de jurídicos. En tal virtud, existe una revalorización contundente de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico, en efecto, la Constitución otorga tanto a la Corte Constitucional, Tribunal Contencioso Electoral y Corte Nacional un rol importante en la generación de derecho objetivo, con el fin justamente de hacer efectiva la vigencia al derecho de igualdad, en una doble dimensión, por una parte igualdad ante la ley y, por la otra, igualdad de trato de los tribunales, evitando la vulneración de estos derechos en aquellas situaciones en las que se desconozca por parte del juzgador la línea jurisprudencial trazada por un alto tribunal, respecto de un tema determinado.

En este aspecto resulta un punto central de reflexión el valor jerárquico de los preceptos normativos y las normas, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 425 de la Constitución enmarcado siempre en un análisis sistemático. Es así que si un órgano con legítimas facultades reconocidas por la Constitución interpreta en abstracto los preceptos normativos, el resultado de la interpretación, el valor de la norma (resultado de la interpretación y la argumentación correspondiente por parte del juez, por ejemplo, relación signo y significante)³⁴ no puede ser otro, que el mismo nivel jerárquico que el del precepto interpretado, en virtud del principio del *paralelismo de las formas jurídicas*.³⁵ Es decir, el nivel jerárquico, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, no puede ser distinto entre los preceptos normativos constitucionales y las normas constitucionales (interpretaciones), y ahí es donde opera la transformación en el sistema de fuentes jurídico ecuatoriano y la manera de entenderlo e interpretarlo.

La Corte Constitucional, en virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 436, numerales 1 y 6, tiene la atribución de “1. Ser la **máxima instancia de interpretación de la Constitución**, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. **Sus decisiones tendrán carácter vinculante**”, y “6. Expedir sentencias que constituyan **jurisprudencia vinculante** respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos

34 Acero, Juan José, Eduardo Bustos y Daniel Quesada. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1982.

35 Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2001.

seleccionados por la Corte para su revisión” (énfasis añadido). Para cumplir con esta labor se dispone a los todos los jueces que conocen de garantías jurisdiccionales, tanto de primera instancia y de apelación, que remitan las sentencias a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia.³⁶ Vale destacar que la remisión por parte de los jueces constitucionales de los fallos de garantías jurisdiccionales a la Corte Constitucional no es una facultad, toda vez que el mandato constitucional se refiere a todas las sentencias ejecutoriadas sin distinción alguna.

Si bien es cierto que a través de la Constitución de 2008 se les ha concedido a los jueces constitucionales de instancia y apelación la competencia privativa para resolver garantías jurisdiccionales, tales como: acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, medidas cautelares autónomas, a la Corte Constitucional se le ha otorgado una competencia no prevista en el pasado respecto de los procesos relativos a la protección de derechos, de la posible selección y posterior revisión, conocida en el derecho comparado como el *writ of certiorari*. Esta institución propia del *common law*, inicialmente se la conoció como un mandamiento u orden, emitido por una Corte o Tribunal de alzada a su jerárquico inferior, ordenándole a este último certificar lo actuado y remitirle el expediente a fin que pueda inspeccionar el procedimiento seguido y, determinar si existen o no irregularidades en el mismo.³⁷ En efecto, el *writ of certiorari* consiste en un procedimiento de revisión de actuaciones tramitadas y de resoluciones tomadas en instancias inferiores. Tal y como lo menciona Lockhart “la revisión por *writ of ceriotirari* no es una cuestión de derecho sino de discrecionalidad judicial, y será admitida sólo cuando existan especiales e importantes razones para ello (...).”³⁸

Esta competencia propia de las altas Cortes, reviste la importancia y preponderancia que tiene la actual Corte Constitucional en el Ecuador. A través del *certiorari* —selección—, la Corte puede seleccionar sentencias dictadas por jueces de instancias en garantías jurisdiccionales y está facultada para indagar en las actuaciones de los jueces con la finalidad de comprobar si existen irregularidades en el proceso, cuando

36 “Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”. Constitución de la República del Ecuador.

37 Gifis, Steven. *Law dictionary*. New York, Barron's, 1984.

38 Lockhart. *The american constitution*. New York, West publishing, 6.ª ed., p. 52.

a su criterio medien razones importantes para ello, inclusive, a través de esta potestad, la Corte podrá reabrir el caso de manera excepcional. Ahora bien, es importante considerar que la Corte Constitucional, a partir de las salas de selección y revisión, no se convierte en una instancia de apelación, puesto que, esta competencia no se enfoca en la reparación exclusiva de derechos subjetivos, sino que por el contrario, su objetivo radica en la generación de derecho objetivo a través del desarrollo de jurisprudencia vinculante con carácter *erga omnes*, el caso seleccionado *discrecionalmente* por la Corte sirve de base para establecer el patrón fáctico sobre el cual crear las reglas jurisprudenciales, lo que denota la característica jurisdiccional de esta forma de producción del derecho, es decir la casuística que ofrece los patrones fácticos del caso es central en la forma de entender y aplicar el derecho judicial.

Vale señalar en este punto, que la razón de ser de esta competencia de la Corte Constitucional es una manifestación clara de la ideología del proceso de constitucionalización del derecho judicial ecuatoriano en el que los jueces deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas, y en caso de no hacerlo, la Corte Constitucional podría intervenir potestativamente. En efecto, la introducción del *writ of certiorari* es un hito histórico en el constitucionalismo ecuatoriano.

4.1. Selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales a cargo de la Corte Constitucional

La institución del *stare decisis et quia non movere* también propia también del *common law*, significa estar a lo decidido, o mantenerse frente a lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos. La vinculación que implica el *stare decisis* conlleva suministrar a la sentencia precedente una validez de fuente normativa general, en la medida que se requiere, de los jueces de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada o inferior recurran a ella como fuente objetiva de derecho cuando tengan que resolver casos que ofrezcan cierta similitud.

Como ya se mencionó el *stare decisis* no tenía cabida en el anterior esquema constitucional, por lo que era práctica común que el Tribunal Constitucional emita sentencias discordantes y transgredan

en reiteradas ocasiones sus propias resoluciones, vulnerando abierta y sistemáticamente los derechos a la igualdad y seguridad jurídica. La Corte Constitucional, a través de la primera sentencia de jurisprudencia vinculante,³⁹ reconoció la incorporación del *stare decisis*, entendido como el deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo con lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón racionalmente fundamentada. En efecto, tras el reconocimiento del principio del *stare decisis* la jurisprudencia se constituye como una fuente directa de derecho, con efectos horizontales y verticales. Mediante las sentencias de jurisprudencia vinculante la Corte Constitucional señala su intención de crear líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales que eviten la superposición entre las diferentes garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y fundamentalmente, ilustrando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general sobre el contenido de los derechos y cómo ejercerlos.

La jurisprudencia vinculante trastoca, sin lugar a duda, la concepción tradicional de la ley como la fuente preponderante de derecho, marcada por la prevalencia del derecho legislado sobre el derecho judicial, reducido el último a un mero aplicador mecánico de la ley. Ciertamente, el derecho judicial adquiere una importante revalorización, que requiere de jueces comprometidos con la Constitución y los derechos, a fin de cumplir con los objetivos y mandatos establecidos en la Constitución de la República. Esta finalidad muy difícilmente podría ser alcanzada por medio de una aplicación aislada de la ley, con prescindencia de otras manifestaciones jurídicas, tales como la jurisprudencia, en tanto verdadera fuente objetiva de aplicación en el derecho judicial.

Para la aplicación del derecho judicial, el principio *stare decisis* trae importantes consecuencias, entre las que podemos destacar:

- a) En primer lugar, se ha señalado que las reglas jurisprudenciales dictadas por la Corte Constitucional, a través de esta competencia, vinculan como cualquier precepto normativo, es decir, tiene

39 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, caso n.º 0999-09-JP. Juez constitucional ponente: Dr. Roberto Bhru-nis, Gaceta Constitucional, Registro Oficial Segundo-S n.º 351, de 29 diciembre 2010.

similares efectos jurídicos que aquellas normas contenidas en la Constitución o la ley en sentido positivo, dependiendo de la disposición normativa que es interpretada. En definitiva, es de obligatorio cumplimiento para los jueces y ciudadanos, por lo que su incumplimiento también prevé diversas consecuencias jurídicas.

- b) En segundo lugar, se ha señalado que la potestad de dictar jurisprudencia vinculante es propia y exclusiva de la Corte Constitucional. El artículo 436, numeral 1, establece que las sentencias e interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional tendrán efectos vinculantes, y de manera específica, el numeral 6 (*ibíd.*), determina que dicho órgano podrá dictar jurisprudencia vinculante entre otros procesos, los relativos a protección de derechos constitucionales. A ningún otro órgano judicial, ya sean jueces de primera o segunda instancia constitucionales, se les ha conferido esta potestad en la tramitación de garantías jurisdiccionales.
- c) Con la finalidad de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad, la jurisprudencia vinculante tiene efectos horizontales y verticales. Horizontales, pues la jurisprudencia no debe ser alterada para casos futuros, excepto por razones justificadas, para lo cual se requiere un gran carga argumentativa, lo que se conoce en el derecho comparado como las figuras del *distinguish* (señalar las particularidades del caso que denotan la necesidad de tomar una decisión alejada del precedente) y el *overruling* (cambiar el criterio para la resolución de un caso en el que ya existía un precedente, ya sea, porque las circunstancias han cambiado, o simplemente se quiere corregir el criterio dado).⁴⁰ De esta manera, la Corte Constitucional solo puede alejarse del precedente sentado por ella misma, comunicándolo en forma explícita, argumentada y con la finalidad de garantizar la progresividad de los derechos o la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, según lo establece el artículo 2, numeral 3, de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴¹ (en adelante LOGJCC).

40 Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

41 "Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: [...] Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La

- d) Respecto de los efectos verticales, todos los jueces que sustancian garantías jurisdiccionales están obligados a respetar, como norma jurídica, los parámetros interpretativos dictados por la Corte Constitucional. Así, se verifican los efectos vinculantes para todo el aparato jurisdiccional, cuando se encuentren los parámetros interpretativos fijados por la Corte, respecto de los hechos y las normas en un caso concreto. Así, los jueces constitucionales no tienen la facultad de eludir la aplicación del precedente vinculante si existe conexión fáctica y conexión conceptual entre los casos analizados. El cumplimiento del precedente es simplemente obligatorio por expreso mandato de la Constitución, por su eficacia como norma jurídica en sí misma, bajo el nuevo paradigma constitucional y de fuentes del derecho.
- e) Bajo esta línea, el precedente jurisprudencial tiene efectos *erga omnes*, es decir, efectos frente a todos. En oposición a las jurisprudencias tradicionales con efectos *inter partes*, esta jurisprudencia se aplica a todos los sujetos y operadores jurídicos, constituyéndose en nuestro ordenamiento jurídico como una verdadera fuente de derecho objetivo.
- f) Finalmente, el precedente vinculante está dictado en el ejercicio de una función jurisdiccional dentro de un caso concreto, y también podría generar efectos *inter partes*, *communis y pares*.⁴² No podría la Corte Constitucional dictar un precedente, por su propia naturaleza jurisdiccional, sin relación a las circunstancias fácticas del caso seleccionado. El precedente emitido siempre estará dado por los hechos constitucionalmente relevantes del caso y su relación con el derecho que se susciten dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales, es así que se busca crear derecho objetivo para la resolución de futuras controversias similares, o esclarecer puntos trascendentales de derecho respecto a la procedencia, requisitos o naturaleza de las diferentes garantías jurisdiccionales. De esta manera, se discute un punto de derecho importante para aplicarlo en la sentencia a ciertos hechos, que servirán para la elaboración de un precedente jurisprudencial.

Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.” Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Segundo Suplemento n.º 52, 22 de octubre del 2009.

42 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-PJO-CC.

Como colofón, la Corte Constitucional a través de la potestad prevista en el artículo 436, numerales 1 y 6 de la Constitución, está orientada a garantizar los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de las personas, conforme lo dispone el artículo 82 de la Constitución, concretando certeza a través de una nueva fuente directa del derecho en el sistema constitucional ecuatoriano. Adicionalmente, se busca reconocer el aspecto sociológico y dinámico del derecho, aplicando para ello una fuente que permite el desarrollo del derecho como un fenómeno vivo, mediante precedentes firmes pero no inmutables, con altas dosis de argumentación jurídica que permita el alejamiento de precedentes bajo circunstancias extraordinarias. Por medio de esta fuente de derecho lo que se busca es que la jurisprudencia no presente los mismos problemas que la estatización de la ley, regulando a priori y con grados de inmutabilidad, abstracción y generalidad los conflictos sociales que se presentan en la sociedad.

En este marco jurídico, la selección traslada la atención, de la solución al caso que le dio origen, a las pautas para la resolución de casos futuros, en utilización de la técnica del precedente constitucional. En efecto, la vocación misma de la competencia de la Corte Constitucional de revisión de las sentencias de garantías jurisdiccionales de los derechos es la generación de reglas jurisprudenciales, el caso *sub judice*, sirve como escenario constitucional para desarrollar los derechos y garantías constitucionales, es decir, son las circunstancias fácticas del caso concreto las que utiliza la Corte para la generación de derecho objetivo reflejado en las reglas jurisprudenciales.

En cuanto a los parámetros de selección que las Salas de Selección de la Corte Constitucional deben observar, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina en el artículo, 25 numeral 4, aquellos que deberán ser explicados en el respectivo “auto de selección”, con lo cual se debería cumplir con el mandato constitucional contenido en el literal I, numeral 7 del artículo 76,⁴³ aun cuando en la

43 “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos

LOGJCC se disponga en el artículo 198 inciso final que “Las decisiones de la Sala de Selección serán discrecionales y no cabrá ningún recurso contra ellas”, toda vez que discrecionalidad no puede ser entendida como arbitrariedad en un Estado constitucional.

Los parámetros de selección que hace referencia la ley son:

- a) Gravedad del asunto;
- b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial;
- c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional;
- d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en sentencia.

En cuanto a la gravedad como primer parámetro de selección, debe ser calificado en virtud de dos presupuestos en concreto: primero, la materia que regula el caso y que podría merecer una revisión, fortalecimiento o revocatoria del criterio; segundo, dada la recurrencia de los hechos presentados, y tercero, si a partir de la sentencia venida en grado, se ha generado una vulneración a los derechos del accionante. Estos criterios deben ser evaluados “en conjunto”, precisamente para evitar confundir la revisión con una apelación.

Con respecto a la *novedad del caso*, es claro que ante la existencia de una nueva Constitución, con garantías y derechos novedosos, la mayoría de casos han cumplido con este parámetro, con excepción de aquellos casos en que los problemas jurídicos ya se hayan presentado en el pasado con otras garantías constitucionales equivalentes. Sin embargo, al no ser vinculantes para los jueces los fallos dados por los tribunales constitucionales, todos los casos resultan novedosos en términos jurisdiccionales. En cuanto a la falta de precedentes jurisprudenciales, es claro que ante la ausencia del principio *stare decisis* en la Constitución de 1998, la Corte debe examinar sus pronunciamientos y verificar en qué supuestos no se ha pronunciado y es necesario crear precedentes. Respecto al *incumplimiento del precedente o cambio de precedente*, bajo las mismas razones citadas en el requisito anterior, la Corte debe verificar sus criterios para confrontarlos con las sentencias que le llegan para la selección. Finalmente, con respecto a la *relevancia nacional del*

administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. Constitución de la República del Ecuador.

caso, el parámetro para el cumplimiento de dicho requisito se sustenta en el acontecimiento que por su naturaleza y características genere un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos, requisito sin lugar a duda que genera polémica dentro de la lógica de igual jerarquía de los derechos del Estado constitucional ecuatoriano.

Resulta en este punto interesante anotar lo que la propia Corte Constitucional para el Período de Transición señaló en la primera sentencia de revisión con respecto a las salas de selección y revisión en el sentido de que:

La Corte Constitucional, a partir de las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en otra instancia de apelación, tal como sucedía con los extintos Tribunales Constitucionales al amparo de la Constitución Política de 1998. En efecto, la Corte Constitucional no guía sus actividades de Selección y Revisión en la reparación “exclusiva” de derechos subjetivos; por el contrario, el deber principal de estas Salas está en la generación de derecho objetivo, en el desarrollo de jurisprudencia vinculante con carácter *erga omnes*. Está claro que si durante el proceso de desarrollo de jurisprudencia vinculante se identifican en el caso materia de estudio vulneraciones a derechos constitucionales, la Corte Constitucional se encuentra plenamente facultada, a través de la revisión del caso, a reparar las consecuencias de dicha vulneración. Pero se insiste, la gravedad y relevancia constitucional de un caso, en los términos previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se encuentran acreditadas únicamente por la vulneración aun derecho subjetivo, deben además existir condiciones adicionales que denoten la necesidad de su selección para la creación de reglas o precedentes sobre el conflicto identificado. La razón de ser de la finalidad de esta novedosa competencia de la Corte Constitucional se encuentra acreditada concretamente a partir del ideal de la constitucionalización de la justicia ecuatoriana, en donde juezas y jueces de la República deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas.

b) En síntesis, las labores de las Salas de Selección y Revisión están encaminadas a garantizar los derechos a la igualdad y

seguridad jurídica de las personas, conforme lo dispone el artículo 82 de la Constitución, logrando certeza en una novedosa fuente directa del derecho en el sistema constitucional ecuatoriano: la jurisprudencia constitucional. Aquello será posible a partir del respeto a los precedentes jurisprudenciales dictados dentro de un determinado escenario constitucional. Cabe precisar que partiendo del carácter dinámico y sociológico de la jurisprudencia —derecho vivo— es claro, tal como lo señala el artículo 3, numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que los criterios jurisprudenciales, al igual que aquellos plasmados en las normas legislativas, no permanecen inmutables; por el contrario, a través de una adecuada carga de argumentación jurídica existen técnicas que configuran la posibilidad de un alejamiento de precedentes jurisprudenciales. Una realidad distinta, llevaría a que la jurisprudencia adolezca de los mismos problemas que ha experimentado la ley en sentido formal, tratar de regular a priori y consagrados de inmutabilidad todos los conflictos sociales de la humanidad”.⁴⁴ (Énfasis añadido.)

Algunas precisiones con respecto a lo anotado por la Corte en este fallo: la sala de selección no genera derecho objetivo, toda vez que su competencia se limita a la selección de los casos que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 25 de la LOGJCC que fueron analizados en párrafos anteriores, es la sala de revisión la que desarrolla el proyecto de sentencia de jurisprudencia vinculante a partir de los casos seleccionados, por la sala de selección, mas quien adoptará la decisión final es el Pleno del organismo.

Con respecto a lo señalado por la Corte, con respecto a la naturaleza de la revisión de los fallos de garantías jurisdiccionales, es acertada la precisión que esta no es una instancia de apelación, toda vez que su principal deber es la generación de derecho objetivo, es decir, *reglas jurisprudenciales* que se insertan en el sistema de fuentes, lo cual no obsta que ante la presencia de una eventual vulneración de derechos constitucionales pueda la Corte entrar a revisar el caso concreto en su resolución, tal como ocurrió en la sentencia antes citada. La revisión por parte del máximo órgano de justicia constitucional del país equivale a “que la Corte no está obligada a realizar dicha revisión, pues

44 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-PJO-CC.

ésta procede conforme a criterios elaborados según su leal saber y entender, que obviamente tienen en cuenta el valor de la justicia y la relevancia e importancia del asunto para la doctrina y la jurisprudencia constitucionales”,⁴⁵ es decir, la Corte deberá evaluar entonces las consecuencias de la revisión del caso concreto y la finalidad misma que la revisión está llamada a desarrollar.

Como se señaló en líneas anteriores, el artículo 436, numeral 6, de la Constitución abre el camino para que la Corte Constitucional cree precedentes constitucionales en las acciones determinadas en la referida norma jurídica. Asimismo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional enumera entre los principios de la justicia constitucional, en su artículo 2 la obligatoriedad del precedente constitucional en los siguientes términos:

Los parámetros interpretativos de la Constitución, fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y de justicia.

Una característica fundamental de la revisión de fallos de garantías jurisdiccionales por parte de la Corte Constitucional es la naturaleza del trámite. Cuando la Constitución le confiere la competencia de desarrollar jurisprudencia vinculante a la Corte Constitucional a partir de los fallos de garantías jurisdiccionales, la Corte ejerce tareas eminentemente jurisdiccionales, toda vez que las *reglas jurisprudenciales* dadas, así como la eventual decisión de revisión del caso concreto, están dirigidas a la solución de una controversia para casos futuros que presenten el mismo patrón fáctico a partir siempre de un caso concreto.

4.2. La acción extraordinaria de protección

El precedente jurisprudencial es una técnica utilizada por el *common law* en la generación de derecho objetivo. Tal como conocemos, el derecho anglosajón se edifica sobre la base de resolver casos particulares utilizando la costumbre recogida en criterios jurídicos anteriores que se van

45 Barreto Rodríguez José Vicente. *Acción de tutela: Teoría y práctica*. Bogotá, Legis Editores S.A., 1997, p. 419.

aplicando en los nuevos casos similares a los previamente resueltos, es decir, aplicando jurisprudencia, en este sentido, no solo se puede considerar como precedentes los establecidos en sentencias que contengan jurisprudencia vinculante, pues existen otras competencias en las que la Corte también desarrolla criterios que deben ser observados por los operadores jurídicos.

En esta línea, la Sentencia n.º 045-11-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2011, la Corte Constitucional para el Período de Transición conoció mediante una acción extraordinaria de protección⁴⁶ el caso por el cual la parte afectada reclamaba haber recibido un trato diferenciado por parte de los jueces constitucionales ante una misma situación. Esta sentencia marcó un hito dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición, pues al resolver el problema jurídico sobre si **“¿Existe vulneración al derecho a la igualdad cuando existen varias sentencias contradictorias de acciones de protección en distintos procesos sobre un mismo punto de derecho?”**, señaló:

Así, la procedencia de la acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección tiene como finalidad la unificación de la interpretación de los derechos constitucionales, función esencial, toda vez que distintos criterios razonables pueden llegar a entender de manera diversa el alcance de un mandato constitucional. Entonces, la interpretación que realiza la Corte Constitucional se proyecta en el razonamiento judicial aplicado a todos los casos que se circunscriban bajo el mismo patrón fáctico.

Esta competencia de la Corte Constitucional se encuentra direccionada precisamente para: 1. Suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica en la hermenéutica del sistema jurídico ecuatoriano y dotar de coherencia en la aplicación del mismo; 2. Restringir arbitrariedades en la aplicación en materia de derechos y garantías jurisdiccionales; 3. Asegurar la vigencia del principio de igualdad y seguridad jurídica, toda vez que ante una situación de igualdad fáctica, debe garantizarse la existencia de un criterio común.

46 La Corte Constitucional ecuatoriana tiene la posibilidad de conocer y resolver de las acciones extraordinarias de protección en contra de sentencias, autos y resoluciones definitivas, firmes o ejecutoriadas. Artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

Al reconocer expresamente que el principio *stare decisis* no solo está presente en las sentencias de “jurisprudencia vinculante”, sino también en las otras acciones constitucionales que conozca la Corte Constitucional, en el caso analizado, acción extraordinaria de protección. Es así que las exigencias de igualdad ante la ley, por un lado, y, de igualdad en la aplicación de la ley, adquieren relevancia cuando la Corte manifiesta que “dentro de la efectiva vigencia del Estado Constitucional de derechos y justicia, resulta inadmisibles que existan criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales, pues esto vulnera evidentemente los derechos de igualdad y seguridad jurídica”.

En el caso, la violación de derechos ocurre en consideración a la decisión adoptada, porque los jueces constitucionales que conocen acciones de protección, resuelven de manera distinta casos similares, así “el problema que presenta el caso sub judice tiene relación con la existencia de criterios disímiles en la resolución de la acción de protección sobre el mismo patrón fáctico”, por lo que:

[...] la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia para el conocimiento y resolución de la acción extraordinaria de protección, procederá a construir, a partir de los criterios disímiles sobre el mismo problema jurídico, un criterio que deberá ser observado por los jueces constitucionales cuando se presenten casos análogos al patrón fáctico materia de este proceso, con el fin de precautelar los derechos constitucionales de las personas a la igualdad material y formal y a la seguridad jurídica.

Además estableció “en una necesidad la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de acciones de protección”. Pero, más allá de este importante desarrollo jurisprudencial, las mismas razones utilizadas para admitir la necesidad de la señalada procedencia, pueden utilizarse, con el debido análisis, para admitir la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de otras garantías jurisdiccionales de conocimiento.

Es interesante cómo la Corte dispuso “que el criterio argumentado en esta sentencia sea observado por los jueces que conocen de acciones de protección” con lo que construye una regla jurisprudencial que ordena el acatamiento de los criterios expresados en la mencionada sentencia. Criterio que es la expresión vinculante de la jurisprudencia a partir de un caso concreto, otorgándole un efecto de obligatoriedad vertical a los

jueces constitucionales de instancia y apelación que conozcan de este patrón fáctico ya resuelto por el máximo órgano de interpretación y control constitucional.

Adicionalmente, vale señalar que la Corte señaló con respecto a la característica de vinculante de sus decisiones, es decir su obligatoriedad, no se presenta únicamente en la sentencias de jurisprudencia vinculante sino en todas aquellas decisiones que resuelva la Corte Constitucional, en efecto:

El artículo 429 de la Constitución de la República determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, lo hace en relación a todos los demás intérpretes existentes, es decir, la Corte, en ejercicio de sus funciones, establece la interpretación jurídica final de la Constitución, con carácter vinculante.

En este contexto, el alcance ‘vinculante’ de las decisiones de la Corte Constitucional debe ser examinado desde un análisis convergente de dos criterios. En primer lugar, desde la hermenéutica lingüística, el significado de vinculante tiene relación con ‘someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa,’⁴⁷ es decir, corresponde, en materia jurídica fundamentar una resolución actual en criterios ya esgrimidos en situaciones fácticas similares, para guardar coherencia y consistencia con lo antes resuelto. Por otra parte, el alcance de vinculante debe ser examinado también a la luz de la calidad de órgano de cierre en la que se constituye la Corte Constitucional, es decir, en virtud de su calidad de intérprete máximo, sus resoluciones vinculan a los otros intérpretes de la Constitución. Entonces, el carácter constitucional de vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional se fundamenta, por una parte, en asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia, y por otra parte como órgano de cierre en materia de interpretación constitucional.

Criterio que ha sido ratificado por la primera Corte Constitucional posesionada el 6 de noviembre de 2012, cuando en conocimiento de una acción extraordinaria de protección sobre un proceso de acción de protección estableció que “dada la relevancia de los problemas surgidos

47 Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*. Madrid, 22.^a ed., Editorial Espasa Calpe, S.A., 2009, p. 2303.

a partir de la presentación de garantías jurisdiccionales respecto a la aplicación de la figura de cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización contenida en el Decreto Ejecutivo n.º 813, esta Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria en casos análogos, generándose un efecto *inter pares* e *inter comunis* para todas las causas que se encuentren en trámite”.⁴⁸ Se identifica por lo tanto el ámbito en el cual la Corte a partir de los casos concretos crea precedentes vinculantes, los cuales deben ser observados, al presentarse las circunstancias fácticas del caso que fue la base para el establecimiento del precedente.

V. Conclusiones

A manera de conclusión, podemos señalar que a pesar de que el derecho ecuatoriano tiene antecedentes y estructura y los fundamentos de un sistema de derecho europeo continental, en el que la jurisprudencia tiene únicamente un valor de fuente *secundaria* o de *conocimiento*, a partir de la instauración del nuevo modelo constitucional, tanto el derecho positivo como la práctica – novedosa (resolución para la elaboración de precedentes de la Corte Constitucional para el Período de Transición y primera sentencia de jurisprudencia vinculante) han llegado a reconocer un tipo de sentencias con carácter de precedente. Este carácter se fundamenta en la interpretación sistemática de la Constitución, según la cual la jurisprudencia que explicita el contenido normativo de los preceptos normativos forman parte de ellos, es decir, se constituyen en normas adscritas⁴⁹ con la misma jerarquía y el mismo valor vinculante. Esta práctica es coherente con el respeto del principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico.

La actual labor judicial exige del juzgador en sus resoluciones un justo equilibrio entre las disposiciones normativas, es decir los textos constitucionales y legales, y las normas aplicables, es decir, las interpretaciones que se han presentado en similares patrones fácticos. Es decir, el acercamiento entre la tradición jurídica del derecho romano germánico, por la

48 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0016-13-SEP-CC, Caso n.º 1000-12-EP.

49 Normas *adscritas* son aquellas en las que se requiere para la adscripción con una norma de derecho constitucional una fundamentación iusfundamental correcta. Véase Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

que la ley era la fuente primigenia y auténtica, la única capaz de otorgar seguridad jurídica y la tradición anglosajona del *common law*, que mantiene su fuerza en la tradición casuística, resulta evidente.

VI. Bibliografía

- Acero, Juan José, Eduardo Bustos y Daniel Quesada. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1982.
- Aguiló Regla, Joseph. *Sobre derecho y argumentación*. Palma, Lleonard Muntaber, 2008.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona, Ariel, 2006.
- _____. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Barreto Rodríguez, José Vicente. *Acción de tutela: Teoría y práctica*. Bogotá, Legis Editores S.A., 1997.
- Bernal Pulido, Carlos. "El precedente en Colombia". *Revista Derecho del Estado*, 21 (Bogotá), diciembre 2008. Internet. <http://foros.uexnado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/viewFile/493/471>. Acceso: 1 septiembre 2011.
- _____. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, 2ª,ed., Abeledo Perrot, 1979.
- Farto Benavides, Roque. "Apuntes básicos del Common Law". *Revista Ruptura*, t. I. Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.
- Gifis, Steven. *Law dictionary*. New York, Barron's, 1984.
- Guastini, Riccardo. "La interpretación de la Constitución". *Interpretación y razonamiento jurídico*. Ed. Santiago Ortega Gomero. Lima, ARA Editores, 2010.
- Hesse, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales". *Manual de Derecho Constitucional*. Comps. Benda y otros. Madrid, Marcial Pons, 1996.

- Landa Arroyo, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra Editores, 2010.
- _____. “Los precedentes constitucionales. El caso de Perú”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Lockhart, William B. *The american constitution*. New York, West publishing, 6.^a ed.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis Editores S.A., 2006.
- _____. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes/ Temis, 2008.
- _____. “La jurisprudencia como fuente del derecho: visión histórica y comparada”. *Revista de Derecho Constitucional UMBRAL*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, enero a junio de 2011.
- Mendonca, Daniel. *Análisis constitucional una introducción*. Bogotá, Universidad del Rosario Editorial, 2009.
- Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2001.
- Rodríguez, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.
- Ruiz Manero, Juan. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

Fuentes legales

- Codificación del Código Civil. Registro Oficial n.º 46, de 26 junio 2005, artículo 3.
- Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial-S n.º 360, de 13 enero 2000.
- Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial-S n.º 544, de 9 marzo 2009.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449, de 20 octubre 2008.
- Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Resolución Administrativa n.º 0004-10-AD-CC, mediante la cual aprobó el Protocolo

para elaboración de precedentes constitucionales obligatorios, agosto 2010.

Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, Caso n.º 999-09-JP. Juez constitucional ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Registro Oficial n.º 351, de 29 diciembre 2010.

Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 045-11-SEP-CC, Caso n.º 385-11-EP. Juez constitucional ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire, de 24 noviembre 2011.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0016-13-SEP-CC, Caso n.º 1000-12-EP.

Decreto Ley de Emergencia n.º 10 de 15 junio 1959. Registro Oficial n.º 847, de 19 junio 1959.

Ley 27, Registro Oficial n.º 192, de 18 mayo 1993.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Segundo Suplemento n.º 52, de 22 octubre 2009.



Efectividad de las sentencias constitucionales de acción de protección y su mecanismo de cumplimiento

Ximena Velasteguí Ayala¹

Resumen

Este artículo tiene por objeto analizar el mecanismo de cumplimiento de las sentencias constitucionales expedidas en acciones de protección, garantía jurisdiccional consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República, debido a que la eficacia en la ejecución de los fallos constituye un elemento fundamental que permite la primacía del principio de supremacía constitucional y de vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

Palabras clave:

Acción de protección, efectividad, incumplimiento de sentencia, ejecución integral, reparación material e inmaterial

1. Introducción

Ante todo, es preciso señalar que la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia solo es posible con la preexistencia de tres elementos sustanciales: 1) la existencia de una norma fundamental, llámese Constitución; 2) la posibilidad de contar con una serie de mecanismos o herramientas jurídicas para demandar el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, amparados justamente en la Carta fundamental del Estado; y, 3) la existencia de un órgano judicial autónomo, encargado de velar por el libre acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva de los derechos, y el cumplimiento de los derechos al debido proceso en todo el procedimiento.

Estos tres parámetros son básicos en la vida de un Estado constitucional de derechos y justicia, o Estado social de derecho, sin los cuales no sería posible conjurar estos postulados.

No obstante, aun cuando los tres elementos son vitales, lo es también el hecho de que las sentencias expedidas por las juezas y jueces

1 Doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Máster en Derecho, mención Derecho Internacional Económico, y Diploma Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

se cumplan en forma efectiva y oportuna, puesto que no de otra forma se puede garantizar los derechos de las partes en un proceso judicial. Si tan importante es el cumplimiento de una sentencia o auto con fuerza de sentencia en un proceso judicial, sea este penal, laboral, civil, mercantil o administrativo, por los bienes jurídicos en juego, tanto más lo es el cumplimiento de un fallo en materia de garantías jurisdiccionales.

Lo manifestado no significa que los procesos ordinarios no sean trascendentes, sino todo lo contrario, ya que el constituyente ha consagrado algunas herramientas jurídicas —llamadas garantías jurisdiccionales— con la finalidad de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, en forma rápida, sencilla y sin formalidades. En este punto, es necesario advertir que las garantías jurisdiccionales son “mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho establecido en la Constitución”.²

Concretamente, la acción de protección —garantía jurisdiccional— es un mecanismo judicial sumario destinado a la protección de los derechos constitucionales que no tengan previsto una vía específica, por ejemplo, en el caso del derecho a la libertad, la acción de hábeas corpus, etc. Conforme el artículo 88 de la Constitución, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona 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.

De esta forma, se consagra en nuestro ordenamiento jurídico, la acción de protección como una vía judicial idónea para proteger los derechos constitucionales que puedan ser amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de órgano público competente o de un particular.

2 Montaña Pinto, Juan. “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 24.

En ese marco, el ciudadano cuenta con un mecanismo que puede activar cuando considere que se han vulnerado sus derechos constitucionales, en busca de una tutela inmediata y efectiva de los mismos. Lo cierto es que la acción de protección fue la cura al mal llamado recurso de amparo, el cual lejos de ser un proceso de conocimiento su finalidad fue netamente cautelar y el cual aportaba muy poco en la protección de derechos constitucionales. Este remedio creado por el constituyente de Montecristi, llamado acción de protección no es novedoso en la región, sin embargo, en nuestro país puso fin a una serie de actuaciones procesales que en nada aportaban a la protección de los derechos de las personas.

Su procedimiento tal como ha sido concebido es rápido y sin la exigencia de mayores formalidades, puesto que lo que se persigue es la sustanciación sumaria de dichos procesos y la reparación integral oportuna.

2. Ejecución integral de la sentencia en la acción de protección

No vamos a profundizar respecto a la naturaleza de la acción de protección, ni a su procedencia o procedimiento puesto que el objetivo del presente estudio es analizar la problemática que se presentan con el incumplimiento o inejecución de las sentencias emitidas en acciones de protección. Para ello, debemos partir señalando que en términos generales frente a una sentencia constitucional, expedida en un proceso de garantías jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza: acción de protección, acción de acceso a la información pública, acción de hábeas data, acción de hábeas corpus, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección. Es deber, de las autoridades obligadas, cumplir integralmente la sentencia emitida, puesto que no de otra forma se garantiza la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia. La falta de esta obligación hace que la protección de derechos brindada con la garantía jurisdiccional activada, no surta efectos, puesto que lejos de remediar o reparar la vulneración de derechos ocasionada, esta persiste, en el tiempo, por el incumplimiento de la autoridad obligada a observar el fallo.

La trascendencia del cumplimiento integral de la sentencia por parte de los entes obligados, encuentra fundamento constitucional en

el numeral 3 del artículo 86, que consagra que *los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución*. Es decir, no solo es indispensable la expedición de la sentencia, que reconozca la vulneración de derechos constitucionales, y el señalamiento de determinadas medidas de reparación material o inmaterial, sino que además —fundamentalmente— es imprescindible que la sentencia se cumpla integralmente, es decir, en todas sus partes, y no de cualquier forma, y en cualquier tiempo, sino en los términos establecidos en la misma.

En esta línea, el artículo 162 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establece que *las sentencias y dictámenes constitucionales son de inmediato cumplimiento, sin perjuicio de la interposición de los recursos de aclaración o ampliación, y sin perjuicio de su modulación*. Disposición legal de carácter imperativo, que debe ser observada por todas las personas, llámese juezas, jueces, operadores judiciales, autoridades públicas o privadas. Su importancia, como lo señalamos anteriormente, radica en garantizar efectivamente los derechos de las personas reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Pero además, la efectividad de las sentencias constitucionales es un elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, ya que el retardo injustificado en la ejecución o la inejecución de las sentencias repercute necesariamente en el derecho mencionado, y en el derecho al debido proceso, convirtiendo a la sentencia en la acción de protección, en meramente declarativa, sin ningún tipo de efecto o incidencia material en el caso resuelto. Es decir:

[...] la tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al Ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido.³

3 González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid, 3.^a ed., Civitas Ediciones S.L., 2001, p. 337.

En tal sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional del Perú, al señalar:

[...] el derecho a la ejecución de las sentencias se encuentra contenido implícitamente en el derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de nuestra Constitución. En efecto, si bien la referida norma no hace referencia expresa a la ‘efectividad’ de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. [...] Precisamente, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que ‘Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley’; y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: dispone que ‘toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo, ante los jueces tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]’. De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la ‘efectividad’ de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones”.⁴

En este sentido, el derecho a la ejecución de las sentencias como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, comprende el derecho no solo de acceso a los órganos judiciales, sino a obtener una sentencia sobre el fondo de la pretensión, y que la misma se cumpla y la persona pueda gozar del derecho vulnerado y si es el caso, sea compensada por la afectación sufrida. Igualmente, se satisface el derecho a la ejecución de las sentencias cuando las juezas y jueces obligados a ejecutar el fallo, en observancia de las normas constitucionales y legales, adoptan todas las medidas necesarias para el estricto cumplimiento del fallo, sin que en ningún caso se modifique o altere de alguna forma su contenido. Exigencia constitucional que está estrechamente vinculada con el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, esto es, que la ejecución

4 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 6 diciembre 2002, expediente n.º 1042-2002-AA-TC.

de la sentencia se realicé en tiempo oportuno, sin retardo ni dilaciones indebidas. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sido claro en señalar que:

[...] el derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución, con independencia de cuál sea el momento en el que las dicta. Si esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable puede considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas.⁵

En suma, las sentencias constitucionales expedidas en procesos de garantías jurisdiccionales, específicamente en la acción de protección deben ser cumplidas en forma integral e inmediata para garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales, de manera específica del derecho a la tutela efectiva y al debido proceso, consagrados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República.

En cuanto a las modalidades de reparación, el texto constitucional⁶ es claro en señalar que el juez en caso de constatar la vulneración de derechos constitucionales deberá declararlos y 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. Norma constitucional de la cual podemos extraer algunos elementos, para comprender la forma de cumplir los fallos constitucionales. En primer lugar, es obligación del juez establecer en forma clara y precisa las medidas con las cuales pretende alcanzar una reparación integral, sea esta material e inmaterial, tomando en consideración las particularidades del caso y, sobre todo, la naturaleza del derecho vulnerado que se pretende reparar. Para el efecto, el artículo 18 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establece algunas formas de reparación, entre las cuales consta:

1. Restitución del derecho.
2. Compensación económica o patrimonial.

5 Sentencia de 13 de abril de 1983, del Tribunal Constitucional español, véase en Jesús González Pérez, *op. cit.*, p. 337.

6 Véase artículo 86, numeral 3 de la Constitución de la República.

3. Rehabilitación.
4. Satisfacción.
5. Garantías de que el derecho no se repita.
6. Obligación de la autoridad competente de investigar y sancionar.
7. Medidas de reconocimiento.
8. Disculpas públicas.
9. Prestación de servicios públicos.
10. Atención de salud.

Esta quizás es una lista ejemplificativa de la infinidad de medidas que puede adoptar el juez, para lograr la tan anhelada reparación, pero sin duda las posibilidades son amplias, y queda a discrecionalidad e imaginación del juez, el establecimiento de determinadas medidas de reparación, aún más si la reparación comprende también el daño inmaterial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este sentido:

[...] ha optado por formas de reparación novedosas en busca de la *restitutio in integrum* como pueden ser la construcción de monumentos o centros educativos *in memoriam*, poner el nombre de la víctima en calles y plazas, e incluso cubrir gastos de salud, conceder becas y otorgar materiales educativos. En su jurisprudencia constante la Corte ha reiterado la necesidad de una reparación integral cuando quiera que se trate de violaciones de derechos humanos, pues está claro para el Tribunal que ante el escenario latinoamericano devastador, las compensaciones económicas no serán nunca el único alivio para una víctima.⁷

Por lo anterior, es importante, que el juez determine acciones que sean ejecutables, e identifique con claridad la autoridad obligada a dar cumplimiento, y adicionalmente, el tiempo en el cual deberá producirse tales acciones, el lugar de realización y la forma. Estas circunstancias, en su conjunto permiten que el cumplimiento de una sentencia se produzca sin ninguna complejidad y en tiempo oportuno, y los obligados directos reconozcan las acciones u omisiones que deben ejecutar, para dar cumplimiento integral a la sentencia.

7 Londoño Lázaro, María Carmelina. *El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2006, p. 124.

Por ejemplo, la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en sentencia de 21 de noviembre de 2012, resolvió:

[...] aceptando el recurso interpuesto por los accionantes, revoca en todas sus partes la sentencia recurrida, y con ello se dispone declararse Nulo en todas sus partes el proceso administrativo No. 24-2012 de la Agencia de Regulación y Control Minero de Cuenca llevado a efecto en contra de los accionantes así como de su resolución signada con el número XXX, trayendo como consecuencia que las cosas regresen a su estado anterior con lo que se entregará mediante devolución la maquinaria decomisada indebidamente a su legítimo propietario, para lo cual se concede el término de tres días bajos prevenciones de ley. De conformidad con el Artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República se condena al accionado al pago de daños y perjuicios a favor de los accionantes.

Por otra parte, puede ocurrir que las partes lleguen a un acuerdo sobre las formas y modos de reparación, y en este caso, si bien la ejecución de la sentencia se materializa, es necesario advertir que este acuerdo reparatorio, conforme lo prescrito en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, procederá únicamente si no está de por medio renuncia de derechos, y si se garantiza la reparación integral ordenada en sentencia. Únicamente en estos casos, que serán valorados por el juez, se aceptará el acuerdo reparatorio.

En la práctica, el problema de falta de ejecución de los fallos se debe a la falta de concreción de los jueces, quienes no determinan claramente en su sentencia las medidas de reparación, en los términos señalados anteriormente, y en este punto, por el contrario, sus sentencias resultan abstractas, ambiguas, o simplemente inejecutables. Frente a estas circunstancias el afectado —como veremos frente a un incumplimiento de sentencia o de una defectuosa ejecución— puede utilizar una de las garantías jurisdiccionales establecidas para el efecto.

Para ilustrar lo señalado, nos remitiremos a la sentencia de 14 de noviembre de 2012, emitida por la Tercera Sala de lo Penal, Colutorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el caso n.º 2012-0542, que dice:

[...] aceptando el recurso de apelación propuesto por el señor NNN, revoca la sentencia dictada por el Juez Vigésimo Tercero de lo Civil del Guayas y en consecuencia, se *declara con lugar todas las pretensiones propuestas*

*en la demanda de acción de protección interpuesta por el accionante; así mismo se declara la ilegalidad e ineficiencia en todos sus efectos de la resolución del Tribunal de Disciplina realizado el día 15 de agosto de 2011, dentro de la cual se impone la sanción de destitución de las filas policiales al señor NNN, y de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la Constitución de la República, **se ordena la reparación integral material e inmaterial de los derechos vulnerados a cargo de la accionada.** En cuanto a la reparación material, se ordena que el señor NNN, sea inmediatamente reintegrado al servicio activo de la Policía Nacional del Ecuador, con los mismos derechos, honores grados y privilegios que en estos momentos debería tener, de no haberse producido el acto lesivo a sus derechos fundamentales. (Énfasis añadido.)*

Esta sentencia muestra claramente como el juzgador declara con lugar todas las pretensiones propuestas en la demanda de acción de protección presentada, sin identificar cuáles son las referidas pretensiones, y posteriormente, ordena la reparación integral material e inmaterial de los derechos, refiriéndose más adelante solo a la reparación material, sin especificar medida alguna respecto a la reparación inmaterial. Esta declaración general que realiza el juez en su sentencia, genera conflicto a la hora de cumplir el fallo, lo cual deviene en incumplimiento o defectuosa ejecución por parte de la autoridad obligada, contra quien el afectado puede demandar con un presunto incumplimiento de sentencia, porque lo que solicitó en su demanda no se ha cumplido.

Por tanto, para evitar interpretaciones abusivas o extensivas, es necesario que las juezas y jueces concreten las medidas de reparación integral material e inmaterial, y la forma y el tiempo de cumplimiento.

En igual sentido, debe observarse para la efectividad de la sentencia jurisdiccional, la aceptación parcial o íntegra de la demanda presentada, puesto que en algunos casos, cuando la aceptación es parcial, las medidas adoptadas u ordenadas, deben responder únicamente a la parte que fue aceptada vía acción de protección. Encontramos un caso en la Corte Provincial de Pastaza, que aceptó parcialmente la demanda, y se declaró que:

[...] admite la acción de protección parcialmente en lo que respecta al pago de las aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, hasta el 16 de mayo de 2012, fecha en que fue removida de su cargo de Secretaria Tesorera y reforma la sentencia del juez inferior, se acepta parcialmente el

recurso de apelación interpuesto por la legitimada activa, solo en el tema del pago del aporte al IESS, ya que respecto a su remoción la autoridad administrativa es competente para realizar, oficiase al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social delegación Pastaza, que proceda como corresponde al cobro de tal aporte.

El tema de la reparación material o económica, es otro de los puntos sensibles, cuando nos referimos al cumplimiento de una acción de protección, y para ello, es necesario remitirnos a lo expresado en la Ley Orgánica de la materia, que señala:

Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, *implique pago en dinero* al afectado o titular del derecho violado, la determinación del *monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y, en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado*. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes. (Énfasis añadido.)

Como se observa, cuando la reparación material implique el pago en dinero, la persona afectada deberá someterse a un proceso verbal sumario ante la misma jueza o juez, si la acción de protección fue interpuesta ante un particular, o a un proceso contencioso administrativo si fue contra el Estado. Ello no significa que en dichas instancias de la justicia ordinaria se debe conocer nuevamente el tema de fondo, como algunas judicaturas erróneamente han planteado, sino por el contrario, se debe buscar la realización de un proceso sencillo, rápido y de ejecución de lo ordenado en sentencia. Esta es la lectura más adecuada que debe orientar el quehacer de los jueces, puesto que en caso contrario, se vulnerarían los derechos constitucionales de las personas afectadas, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la seguridad jurídica, entre otros, al someterlos a un nuevo proceso de conocimiento, donde probablemente se pueda modificar la decisión adoptada por los jueces constitucionales, o esta se vea restringida notablemente. Entonces, los jueces ordinarios frente a la ejecución de una sentencia emitida dentro de la acción de protección, se limitarán a realizar los cálculos matemáticos solicitados y a efectuar el cobro, a las autoridades legalmente obligadas. En este punto, quizá un tema que genera mayor conflicto, es la falta de presupuesto de las entidades públicas, para cumplir con la reparación económica, aspecto que es reiteradamente argüido por los obligados para justificar su falta de cumplimiento. Hecho que debe ser superado, por parte de las

autoridades públicas, puesto que no es admisible justificación alguna que pretenda desconocer una sentencia constitucional y sacrificar derechos constitucionales. Para ello, es tarea de los jueces competentes, adoptar y ejecutar las medidas que considere pertinentes para lograr la ejecución de sus sentencias.

En suma, la forma de llevar a efecto la determinación del monto y el cobro, y las condiciones de tiempo y lugar, serán resueltos por el juez competente, en forma sumaria, sin que de ninguna forma tal determinación de cálculo se traduzca en vulneración de derechos constitucionales, aun cuando de tales juicios se pueda interponer los recursos que franquee la ley procesal.

A continuación, presentamos algunas medidas de reparación ordenadas en sentencias emitidas en acciones de protección, con la finalidad de ilustrar lo señalado anteriormente:

- “Se declara la vulneración del derecho de protección específicamente a un debido proceso en sede administrativa en tal sentido se ordena la reparación integral del daño, la restauración de la situación jurídica del accionante, antes de la vulneración, se deja sin efecto el acto administrativo, las disculpas públicas que deben emitir los legitimados pasivos al accionante por haber violentado el proceso administrativo y la obligación de remitir a la autoridad competente para que investigue y sancione a la Directora de la Escuela Fiscal José Garcés Pérez, al haberse arrogado funciones que no le competen en el trámite en sede administrativa”.⁸
- “[...] aceptando el recurso interpuesto por NNN, reforma la sentencia, disponiendo, que en el plazo de ocho días se extienda nombramiento definitivo a favor del recurrente, en iguales condiciones de la de un servidor de la misma categoría [...] Se pagarán las remuneraciones dejadas de percibir por todo el tiempo de la cesación [...]”.⁹
- “[...] aceptando la apelación, se revoca el fallo subido en grado y se acepta la demanda de acción de protección, planteada por NNN, en consecuencia se deja sin efecto el acto administrativo de destitución de

8 Sentencia de 22 de octubre de 2012, emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza.

9 Sentencia de 20 de febrero de 2009, emitida por la Segunda Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el Caso n.º 42-09.

funciones de cargo de Profesional 3 (Servidora Pública 4), del Proceso de Gestión de Servicios Institucionales de la Dirección Provincial de Salud de Tungurahua, contenida en la Resolución expedida el 27 de mayo de 2009, por el Subsecretario General de Salud, Dr. NNN, así como también la acción de personal de destitución No. NNN [...] se dispone la inmediata restitución de la accionante al cargo de Profesional 3 (Servidora Pública 4) de la Dirección Provincial de Salud de Tungurahua.”.¹⁰

- “Por tal virtud, se dispone lo siguiente: 1.) Se deja sin efecto, y como tal, sin eficacia jurídica, el acto administrativo impugnado y contenido en el oficio No. 8330-DE-CNTTTSV-2009, de 15 de septiembre de 2009, que obra a fojas 2 del proceso. 2) Que el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, reintegre inmediatamente a la accionante al cargo que venía desempeñando como Jefe de Títulos Habilitantes.- Agencia Huaquillas, con el fin de que cumpla con el plazo laboral estipulado por las partes en el correspondiente contrato. 3) El pago de las remuneraciones que la demandante ha dejado de percibir a raíz de su remoción hasta el momento que sea reintegrada a sus labores”.¹¹
- “[...] acoge el recurso de apelación presentada por los accionantes, se revoca la sentencia dictada por la señora NNN, se declara con lugar la acción de protección deducida por los ciudadanos NNN, se deja sin efecto la convocatoria a sesión extraordinaria realizada por la señora Vicealcaldesa NNN, con fecha 16 de mayo de 2011, así como la resolución del accionado Concejo Cantonal del Cantón Santa Isabel, emitida el 19 de mayo de 2011, en la que se resolvió destituir al señor NNN, del cargo de Alcalde, por cuanto se vulneraron los derechos fundamentales de protección como la garantía básica constitucional al debido proceso [...]. Como medida de reparación integral se dispone la inmediata restitución del derecho que le fue concedido por elección popular al señor NNN al cargo de Alcalde del Cantón Santa Isabel”.¹²
- “[...] declaro con lugar la acción de protección constitucional que han presentado los señores jubilados de la Universidad de Guayaquil, señores NNN, y ordeno y mando que la Universidad de Guayaquil por

10 Sentencia de 17 de agosto de 2009, emitida por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, en el Caso n.º 2009-0596.

11 Sentencia de 8 de octubre de 2009, emitida por el Juzgado Undécimo Civil y Mercantil de El Oro, en el Caso n.º 618-2009.

12 Sentencia de 22 de marzo de 2012, emitida por la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro de la acción de protección n.º 58-2012.

interpuesta persona del señor Rector Dr. Carlos Cedeño Navarrete, como representante legal de la misma, inmediatamente enmiende y por consiguiente la accionada cancele de forma inmediata las pensiones de jubilación patronal a que los accionantes tienen derecho, en la forma en que la venían percibiendo y pagar las que se encuentren pendientes de cobro, bajo las prevenciones establecidas en la Constitución y leyes de la República”.¹³

Por otra parte, se aclara que las sentencias constitucionales expedidas en garantías judiciales, deben ser cumplidas por la jueza o juez de instancia, es su deber ejecutar todas las acciones que la Constitución y las leyes le otorgan, para lograr el cumplimiento integral de la sentencia. Subsidiariamente en caso de inejecución o defectuosa ejecución, imputable al juez de la causa o a la autoridad obligada, se podrá demandar ante la Corte Constitucional el cumplimiento del fallo.

Es decir, en primer lugar, el juez constitucional debe procurar la ejecución de su fallo, empleando para el efecto todos los medios adecuados y pertinentes, incluso con el auxilio de la Policía Nacional, y solo en caso de no lograr el objetivo deseado, se podrá recurrir a la máxima instancia de control constitucional, para solicitar el cumplimiento integral de la sentencia. Así lo establece el artículo 163 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), al señalar que las *juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado*. Además, en el evento de que se apreciara indicios de responsabilidad penal o disciplinaria en la jueza o juez que incumple, se debe poner en conocimiento del hecho a la Fiscalía General o al Consejo de la Judicatura, para el inicio de las acciones que correspondan, cada una en el ámbito de sus competencias.

Es decir, subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional. De esta forma, conforme lo precisa la LOGJCC la jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional,¹⁴ y con ello garantizar la plena efectividad de los derechos constitucionales violados por la omisión de los obligados a cumplir las sentencias.

13 Sentencia de 13 de noviembre de 2009, emitida por el Juez Cuarto de Tránsito del Guayas, dentro del Caso n.º 92-2010.

14 Ver artículo 21 de la LOGJCC.

3. Mecanismo de cumplimiento de la acción de protección: acción de incumplimiento de sentencia constitucional

En concordancia con lo manifestado anteriormente, si señalamos que las sentencias constitucionales deben ser cumplidas en forma íntegra e inmediata, es necesario dotar a las personas de mecanismos o garantías para exigir su cumplimiento, caso contrario, si nos encontramos frente a la imposibilidad de demandar el cumplimiento efectivo de las sentencias, de nada servirá el acceso a la justicia, si no vamos a obtener una respuesta respecto al tema de fondo, que se materialice en la práctica. Por ello, la norma constitucional estableció como imperativo que los procesos judiciales, solo finalizarán con el *cumplimiento* de la sentencia o resolución.

La Corte Constitucional para el Período de Transición marcó ciertas líneas respecto a los mecanismos de cumplimiento de sentencias constitucionales, en la Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, en el caso n.º 0999-09-JP, de 22 de diciembre de 2010, y dispuso:

Los mecanismos de cumplimiento de sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales se constituyen per se en auténticas garantías jurisdiccionales de protección y reparación de derechos constitucionales, si no existieran mecanismos de cumplimiento como los señalados, de nada serviría la presencia de garantías para protección de todos los derechos constitucionales [...]

En el sistema interamericano de derechos humanos, el proceso culmina cuando se ha verificado el cumplimiento integral de la sentencia emitida, y para ello cuentan con la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones,¹⁵ con la finalidad de verificar que el país obligado

15 Respecto a dicha facultad de supervisión, la Corte Interamericana en su Resolución de 7 de septiembre de 2012, en el caso Barrios Altos vs. Perú, ha señalado que: “4. La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos

acate sus obligaciones, aportando para el efecto la documentación de respaldo, que le permitan a la Corte Interamericana de Derechos Humanos tener certeza del cumplimiento de sus decisiones. Con este mecanismo se cierra toda posibilidad de discrecionalidad de los países en cuanto al cumplimiento de sus decisiones, puesto que es deber de los mismos demostrar la ejecución de la sentencia, como garantía de efectividad de las mismas.

En nuestro país, se consagró un mecanismo para demandar el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, denominado “acción de incumplimiento de sentencias”, que si bien no consta en el catálogo de garantías jurisdiccionales del texto constitucional, ello no significa que no lo sea. La acción de incumplimiento de sentencias constitucionales es una garantía puesto que tiene por objeto el cumplimiento integral de las decisiones adoptadas en materia de garantías jurisdiccionales, y demás sentencias expedidas por la Corte Constitucional, en el ámbito de sus competentes, que buscan proteger y salvaguardar los derechos constitucionales de las personas. Acción que es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, en tanto, máximo intérprete y garante de la Constitución, prevista en el numeral 9 del artículo 436 de la Carta Fundamental, que dice: “Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales”.

El artículo 162 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al referirse a la acción de incumplimiento de sentencias, señala: “las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional”.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado respecto a la naturaleza y ámbito de aplicación de esta acción, y en sentencia n.º 010-10-SIS-CC, de 3 de junio de 2010, señaló:

del Estado. 5. Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos”.

La acción de incumplimiento de sentencia constitucional forma parte de aquellas competencias que tiene la Corte para hacer efectivo el cumplimiento de derechos constitucionales, en lo fundamental, para precautelar el principio constitucional de seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución. Como lo ha referido la Corte en alguna oportunidad'... cuando (se) dispone el cumplimiento de 'algo incumplido' lo que hace es garantizar los derechos constitucionales de las partes que se han visto afectadas con el incumplimiento' 2. Para comprender la naturaleza de esta acción, corresponde, en primer lugar, precisar que la Constitución otorga la facultad a esta Corte de '[...] conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales'.

El trámite de la referida acción, tomando en consideración que es una garantía de derechos, es sumario y breve. La Corte Constitucional ha previsto que dichas acciones, una vez ingresadas no sean remitidas a la Sala de Admisión, sino que las mismas sean sorteadas directamente, con la finalidad de que uno de los jueces constitucionales sustancie y resuelva lo pertinente.

Conforme la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁶ y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se establece la observancia del siguiente trámite:

- 1) **Legitimación activa.** Podrá presentar la acción quien se considere afectado, siempre que la jueza o juez que emitió la sentencia, no la haya ejecutado en un plazo razonable o no ha ejecutado integral o adecuadamente.
- 2) **Remisión del expediente.** La jueza o juez competencia, cuando se trate de incumplimiento de sentencias expedidas dentro de procesos de garantías judiciales de derechos, debe remitir el expediente a la Corte Constitucional, con un informe motivado sobre las razones del incumplimiento suyo o de la autoridad obligada, en un término de cinco días, desde el momento en que el interesado hizo la solicitud.

En caso de que la jueza o juez se rehúse a remitir el informe y el expediente en el término indicado, el afectado podrá comparecer directamente ante la Corte Constitucional, dentro de los diez

16 Ver artículo 164 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

días siguientes al vencimiento del término señalado, y solicitar se ordene a la jueza o juez competente la remisión del expediente y el informe.

Cuando se trate de sentencias expedidas por la propia Corte, los afectados podrán solicitar directamente a la Corte, se declare el incumplimiento de la sentencia, en cuyo caso corresponde a esta solicitar los informes de descargo pertinentes.

- 3) Una vez ingresado el expediente, o la demanda directamente ante la Corte Constitucional, esta será debidamente registrada y se le asignará un número de trámite, hecho lo cual se remitirá a Secretaría General para el sorteo correspondiente.
- 4) Una vez sorteada la causa por parte del Pleno del organismo, para conocimiento y resolución de uno de los señores jueces y juezas constitucionales, el juez sustanciador avocará conocimiento de la causa, y ordenará a la jueza o juez competente, y a los demás entes obligados, remitan un informe de descargo, señalando un término para el efecto, y en caso, de considerarlo necesario, fijando día y hora para la realización de una audiencia.
- 5) Vencido el término concedido a los legitimados pasivos, y realizada la audiencia, en caso de haberse propuesto, la jueza o juez elaborará el respectivo proyecto de sentencia y lo remitirá a conocimiento del Pleno del organismo.
- 6) El Pleno del organismo debe conocer y aprobar el proyecto de sentencia, puesto en su conocimiento, y emitir la sentencia que corresponda, en la cual se podrán adoptar todas las facultades que la Constitución, la Ley Orgánica de la materia, y el Código Orgánico de la Función Judicial le atribuyen a los jueces para la ejecución de sus decisiones, con el objeto de hacer efectiva la sentencia incumplida y lograr la reparación integral de los daños causados a la o el solicitante.

No se trata por tanto de conocer nuevamente el fondo de la garantía judicial presentada, sino de cumplir en estricto sentido lo ordenado en sentencia por parte del juez competente. La labor de la Corte es analizar sobre la de los informes presentados y a las constancias procesales, si existe o no incumplimiento de la sentencia constitucional; y en caso de detectarse incumplimiento o defectuoso cumplimiento se ordenará en sentencia a la autoridad obligada cumpla inmediatamente, y repare los

derechos constitucionales vulnerados a los afectados, haciendo uso de las medidas de reparación tanto material como inmaterial que le faculta la Constitución y las leyes.

En otras palabras, en caso de aceptarse la acción de incumplimiento de sentencia planteada, la Corte Constitucional debe ordenar las medidas de reparación tanto material como inmaterial que considere necesarias, para proteger los derechos constitucionales de las personas afectadas con el incumplimiento del fallo constitucional. Lo indispensable, es reconocer que este mecanismo constitucional de cumplimiento de sentencias constitucionales, busca la reparación integral ya reconocida en la sentencia de garantía jurisdiccional, este criterio es ratificado por la Corte Constitucional para el Período de Transición, al señalar:

[...] 49. El mecanismo de cumplimiento de sentencias propende a la materialización de la reparación integral adoptada dentro de una garantía jurisdiccional. La Corte Constitucional, de oficio o a petición de parte, considerando que de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales.¹⁷

Inclusive, y conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición, la adopción de las medidas de reparación, llevan aparejada la advertencia, de que en caso de inobservancia de la sentencia constitucional se estará a lo dispuesto en el artículo 86, numeral 4 de la Constitución de la República, que prevé: “4. 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, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”.

En este sentido, como ejemplo la jurisprudencia constitucional ha ordenado como reparación integral el pago de remuneraciones no percibidas, la revocatoria de medidas cautelares ordenadas en sentencia, entre otras, que se detallan a continuación, con el objeto de dotar de efectividad a las sentencias constitucionales:

17 Ver Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, en el Caso n.º 0999-09-JP, de 22 diciembre 2010.

- 1) En el caso signado con el n.º 0029-10-IS, la Corte Constitucional para el Período de Transición resolvió lo siguiente:

1.- Declarar el incumplimiento de la sentencia expedida el 28 de abril de 2010 a las 17h30 por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena en el juicio No. 006-2010; en consecuencia, aceptar la demanda propuesta por el doctor NNN, a nombre del Alcalde, Procurador Síndico y Tesorero del Municipio del Cantón Salinas, en contra del Juez Vigésimo Primero de lo Penal y Tránsito del Cantón La Libertad, provincia de Santa Elena.

2.- Disponer que el Juez Vigésimo Primero de lo Penal y Tránsito del cantón La Libertad, bajo la prevención contemplada en el numeral 4 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador, en el término de 15 días, ejecute la sentencia expedida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena. Para el efecto, deberá emitir la respectiva providencia judicial, mediante la cual revoque todas las medidas cautelares que ordenó dentro de la acción de protección No. 028-2009 propuesta por la Corporación Nacional de Electricidad, y notificar mediante los respectivos oficios a las instituciones respectivas (...) tal revocatoria, debiendo informar a esta Corte sobre el cumplimiento de la presente sentencia.

- 2) En el caso n.º 0003-09-IS, una vez aceptada la demanda propuesta y declarado el incumplimiento parcial de la sentencia, se resolvió:

2.- Se reforma el plazo de ocho días, a uno no mayor a 60 días, para que se respete el derecho a la igualdad de René Humberto Vásquez Cantos, y proceda a ingresar en iguales condiciones al servicio judicial, es decir, a través de un Concurso de Méritos y Oposición, en la misma categoría que se encuentra desempeñando sus funciones, establecidas en el contrato.

3.- Dejar sin efecto lo ordenado por la Segunda Sala de lo Penal, Colutorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en lo referente a la disposición dirigida al Consejo de la Judicatura respecto a "[...] crear un procedimiento para la declaratoria de lesividad y eliminar del mundo jurídico los efectos del segundo contrato celebrado", por corresponder a asuntos de mera legalidad"

Finalmente, cabe señalar que otro de los problemas que se evidencia, frente al cumplimiento de una sentencia, que no se circunscribe a la

actividad del juez, es decir no está relacionado con la falta de claridad en el fallo, es la solicitud de cumplimiento de aspectos que no están contemplados en la parte resolutive de la sentencia, pero que fueron materia de la demanda. En otros términos, para aclarar lo manifestado, en la práctica se presentan acciones de incumplimiento de sentencia, con la finalidad de demandar el cumplimiento de determinadas medidas que fueron requeridas en el libelo de la demanda, pero que el juez competente no las consideró, o que considerándolas no se resolvió concediéndolas. Esto se genera, por el desconocimiento de la naturaleza y ámbito de la acción de incumplimiento de sentencia, en la cual no se puede conocer el tema de fondo de la garantía jurisdiccional, llámese acción de protección, puesto que eso ya fue materia de conocimiento de los jueces constitucionales competentes, lo que corresponde a la Corte Constitucional es verificar el cumplimiento integral y oportuno de la sentencia, y en caso de detectar inexecución o defectuosa ejecución del fallo, ordenar lo pertinente con la finalidad de lograr la reparación de los derechos vulnerados por los afectados. Por tanto, es necesario comprender que vía acción de incumplimiento de sentencia, no se puede modificar la sentencia o fallo de la acción de protección, sino únicamente velar por su cumplimiento, en los términos concedidos.

4. Conclusiones

La efectividad de las sentencias constitucionales es un elemento indispensable en el Estado constitucional de derechos y justicia, puesto que permite garantizar los derechos constitucionales de las personas afectadas, que han recurrido al sistema judicial en busca de tutela, activando para el efecto una garantía jurisdiccional en concreto.

Dicha efectividad de las sentencias constitucionales se traduce también en un componente importante del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, en tanto, permite no solo el acceso a la justicia, sino también a contar con una sentencia de fondo, que sea cumplida en su integralidad y en tiempo oportuno, por quienes tienen la obligación legal de acatar el fallo constitucional.

Es justamente, frente al incumplimiento total o parcial de una sentencia constitucional, que procede la acción de incumplimiento de sentencia constitucional, consagrada en el artículo 162 de la LOGJCC, como una

garantía jurisdiccional que se traduce en un pilar fundamental sobre el cual se construye la garantía de cumplimiento o efectividad a las sentencias constitucionales.

Siendo una garantía jurisdiccional, el trámite que lleva adelante la Corte Constitucional, como único ente competente para conocer y resolver sobre el presunto incumplimiento de sentencia constitucional, tanto en materia de garantías judiciales como de las propias decisiones de la Corte Constitucional, es sumario y busca reparar integralmente los derechos constitucionales vulnerados, debido al incumplimiento manifiesto de la autoridad pública o privada obligada, adoptando para el efecto, todas las medidas de reparación que el ordenamiento jurídico prevé.

5. Bibliografía

- Bernal Pulido, Carlos. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el orden jurídico colombiano". *Teoría constitucional y políticas públicas*. Colombia, Alfa Color Editores Ltda., 2007.
- Fajardo Glauser, Silvia. "Tutela de derechos enunciados en otros capítulos". *Teoría constitucional y políticas públicas*. Colombia, Alfa Color Editores Ltda., 2007.
- González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid, Civitas Ediciones S.L., 3.^a ed., 2001.
- Londoño Lázaro y María Carmelina. *El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2006.
- Mesía, Carlos. *Mis decisiones básicas y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Perú, Jurista Editores E.I.R.L., 2010.
- Montaña Pinto, Juan. "Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.
- Rubio Correa, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2.^a ed., 2008.
- Uribe Terán, Daniel. "Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.
- Zuñiga Urbina, Francisco. *Control de constitucionalidad y sentencia*. Perú, Impresor LOM Ediciones, 2006.

Normas internas

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), 2009.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 7 septiembre 2012, en el caso Barrios Altos vs. Perú.

Sentencia de 13 noviembre 2009, emitida por el Juez Cuarto de Tránsito del Guayas, dentro del Caso n.º 92-2010.

Sentencia de 17 agosto 2009, emitida por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, en el Caso n.º 2009-0596.

Sentencia de 20 febrero 2009, emitida por la Segunda Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el Caso n.º 42-09.

Sentencia de 22 marzo 2012, emitida por la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro de la acción de protección n.º 58-2012.

Sentencia de 22 octubre 2012, emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza.

Sentencia de 8 octubre 2009, emitida por el Juzgado Undécimo Civil y Mercantil de El Oro, en el Caso n.º 618-2009.

Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, en el Caso n.º 0999-09-JP, de 22 diciembre 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 6 diciembre 2002, expediente n.º 1042-2002-AA-TC.

Tribunal Constitucional español. Sentencia S.26/ 1983, de 13 abril 1983.



Eficacia del control constitucional en situaciones de crisis: relación entre interpretación jurídica y dinámica material

Jhoel Escudero Soliz¹

Resumen

Palabras clave:

Defensa de la Constitución, control judicial de constitucionalidad, eficacia del control constitucional, interpretación constitucional y dinámica material de la crisis bancaria.

El artículo revisa la supremacía y el control judicial de la Constitución, centrandó su análisis en la interpretación constitucional frente a la dinámica material. Concretamente se busca saber cómo interpretó el ex Tribunal Constitucional del Ecuador la Constitución de 1998, las acciones de inconstitucionalidad y amparos constitucionales que se desprendieron de la crisis bancaria. En este sentido, el ensayo expone la relación entre eficacia de la Constitución, control constitucional y dinámica material.

1. Introducción

En el ensayo analiza la eficacia del control de constitucionalidad con relación a la interpretación jurídica y dinámica material de la Constitución. La Constitución en su parte dogmática está compuesta por derechos y garantías jurisdiccionales, instrumentos que regulan y limitan las relaciones entre ciudadanos y poder público. Es así que la eficacia del control de constitucionalidad radica en la supremacía y materialidad de la Constitución frente a otras normas, por supuesto, dentro del derecho.²

1 Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, doctor en Jurisprudencia, abogado y mediador, Universidad Central del Ecuador; máster en Derecho, mención Derecho Constitucional y candidato a doctor, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Actualmente, coordinador de investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC); profesor de la Especialización en Derecho Constitucional en la UASB-E.

2 Grijalva, Agustín. "Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador". *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2007, p. 65.

En el Estado constitucional de derecho la exigibilidad jurídica de la Constitución constituye una característica permanente en favor de los ciudadanos, sin menoscabar las distintas realidades sociales. La dinámica material que particularmente se expresa en las situaciones de crisis, pone a prueba el control constitucional en razón de que los órganos de control constitucional tiene dos alternativas: proteger los derechos de los ciudadanos, o justificar el poder. Ante la existencia de crisis capaces de crear conmoción social, la Constitución prevé la suspensión temporal de ciertos derechos a través del estado de excepción, mecanismo que no es suficiente para superarla. El presente trabajo analizarán las resoluciones del ex Tribunal Constitucional expedidas posterior a la vigencia del Estado de excepción que decretó la crisis bancaria de 1999 en Ecuador.

2. El control judicial de constitucionalidad

El control concentrado o extrajudicial de constitucionalidad, de fuente europea, crea un órgano encargado de sostener la supremacía constitucional denominado Tribunal o Corte Constitucional, ubicado fuera de la función judicial y con pretensiones de control monopólico de las leyes.

El referido control de constitucionalidad es diferente al difuso, de fuente estadounidense,³ caracterizado por permitir a todos los jueces del poder judicial no aplicar normas jurídicas contrarias a la Constitución en los casos concretos.

Existen variantes a estas fórmulas de control constitucional, se las conoce como control mixto de constitucionalidad. Pudiendo ser identificadas por la intensidad de los sistemas: más control concentrado y menos difuso y viceversa.⁴

La característica esencial del control de constitucionalidad se relaciona con la capacidad que tienen los Tribunales o Cortes Constitucionales, en el primer caso, y los jueces en general, en el segundo, de declarar la inconstitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

3 Fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, Marbury vs. Madison. Internet. http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/microsoft_word_-_29_0.pdf.

4 Ver Pedro Sagües, Néstor. "Justicia constitucional y control de la ley en América Latina". *La justicia constitucional en la actualidad*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 169.

Para efectos del presente trabajo no será analizado el control difuso de constitucionalidad, sino que se circunscribe al control concentrado que se desprende del modelo constitucional del Ecuador. Aclarando que la eficacia de la Constitución también se puede medir en relación con las garantías subjetivas de derechos como la acción de amparo, tutela o acción de protección, las que conocen todos los jueces.

En Ecuador, En la Constitución de 1998 autorizaba el control constitucional abstracto o de normas al Tribunal Constitucional; en la actualidad, la Constitución del 2008 encargó el referido control a la Corte Constitucional, es decir a un órgano extra poder.⁵

La justificación de la institución del control de leyes y de otras normas jurídicas generales, por los jueces, parte de la derivación lógica de supremacía constitucional, de modo que si se admite tal supremacía no se requiere de ninguna situación fáctica que impida a los jueces realizar mencionado control.⁶

En ese sentido, Kelsen y Hart están de acuerdo en sostener que la determinación de la validez de las normas jurídicas y de su pertenencia a un ordenamiento jurídico depende de la regla de reconocimiento o de normas supuestas (norma básica). Lo cierto es que la Constitución determina la validez de las demás normas.

Ubicado el panorama general del control constitucional para el presente análisis, en las dimensiones abstracta y subjetiva, se recoge la experiencia del ex Tribunal Constitucional del Ecuador respecto de la eficacia del control constitucional con relación a la interpretación constitucional y la dinámica material.

3. Eficacia del control constitucional en la defensa de la Constitución

La Constitución, como norma jurídica suprema, será eficaz en la medida en que sea aplicable a los casos concretos, o realizables vía normativa

5 Storini, Clarudia y Jhoel Escudero. "El control del constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo". Internet. http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410621&d=1.

6 Santiago Nino, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 55.

por los legisladores. Por tanto, eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales son fenómenos relacionados entre sí, en las dimensiones de potencialidad y práctica.

La operatividad de los principios de la Constitución en la práctica tiene algunos reparos como el hecho de que no reúnan las condiciones necesarias —normas programáticas, p. ej., DESC— para ser aplicados a casos concretos; entonces al no ser aplicables carecería de eficacia.⁷

El problema de la eficacia y aplicabilidad de las normas en general y de la Constitución, en particular, se produce por la falta de precisión de la terminología. Es así que la interpretación sirve como instrumento hermenéutico para aclarar los contenidos de las normas que se presentan de forma indeterminada, ambigua o contradictoria. En ese sentido, la eficacia se relaciona con la interpretación de las normas; así podemos sistematizar algunos parámetros generales relacionados con la dinámica material y la interpretación constitucional:

- a) Desde la sociología jurídica, se reconoce que el derecho es eficaz cuando participa en la conducta de las personas. Mientras que carece de eficacia cuando la norma simplemente se contiene en el texto de la ley, sin fuerza real para imponerse ante los individuos o grupos. Por ejemplo, la norma que impedía vender caramelos en los buses de Ecuador, desde que apareció no se cumplió debido a las necesidades de los vendedores de los buses.
- b) También cabe citar que en la Constitución de 1998 existía una marcada división de derechos de primera (derechos civiles y políticos), segunda (derechos económicos sociales y culturales), tercera (derechos difusos) a excepción de los derechos civiles y políticos; los demás eran considerados programáticos, por tanto no causarían obligatoriedad mientras no exista una ley que las active efectivamente, limitando la eficacia de la Constitución.
- c) Asimismo, el normativismo distingue la vigencia de la eficacia. Para Kelsen, la vigencia de la norma pertenece al deber ser y no ser. Es así que la vigencia significa únicamente la existencia de la norma; mientras que la eficacia es el acto o mecanismo

7 Da Silva José, Alfonso. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. Internet. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1000/4.pdf>.

que hace que la norma sea efectiva y aplicada. La efectividad depende de la coherencia de la norma que debe estar en consonancia con la Constitución.

- d) La positividad del derecho no se confunde con la vigencia ni la eficacia. El derecho positivo se opone al natural; la positividad ubica al derecho como existencia.⁸

La eficacia en sentido social se designa a una conducta que está acorde con la norma, se refiere a que esta sea realmente obedecida y aplicada. En ese sentido, la norma da respeto por el hecho de que es aplicada y seguida. Es lo que técnicamente se llama efectividad de la norma.

Desde ese punto de vista, si la eficacia supone alcanzar el cumplimiento de las disposiciones fijadas en las normas, la Constitución es una norma jurídica y cuenta con mecanismos jurídicos para su cumplimiento. Esos mecanismos —control de constitucionalidad— vinculan a todos los poderes públicos y a los particulares con la protección y proscripción de actos u omisiones que atenten contra los derechos constitucionales de las personas, colectivos, grupos y la naturaleza, razón por la cual se puede afirmar que la Constitución cuenta con mecanismos efectivos que limitan el poder.

El control constitucional de normas es el mecanismo por medio del cual se hacen valer los procesos y los derechos constitucionales; permite sostener la constitución frente a los demás enunciados normativos expedidos por el poder público. En consecuencia, la eficacia relacionada al control de constitucionalidad, obliga a los poderes públicos —en principio— a abstenerse de afectar derechos constitucionales o intervenir para proteger los derechos prestacionales. Además, puede ordenar la reparación de los derechos que hubieren sido vulnerados.

En ese sentido, la defensa de la Constitución que se desprende del control abstracto de constitucionalidad es necesariamente formal y material. La evaluación de las leyes debe ser justificada ya que se parte del principio que no deben aplicarse leyes inconstitucionales, porque significaría que el legislador puede modificar en cualquier momento la Constitución. La necesidad del control constitucional surge de la idea de limitar los excesos que generalmente vulneran derechos constitucionales.

8 *Ibíd.*

Es necesario advertir que los Tribunales o Cortes Constitucionales deben asumir el control constitucional dentro de límites, a fin de que recaigan a formas de estados jurisdiccionales, no puede dejar de plantearse la consideración de que el excesivo crédito atribuido a los defensores de la Constitución podría llevar a una Constitución de sus defensores, lo que evidentemente provocaría un exceso de discrecionalidad judicial que podría terminar afectando los derechos constitucionales.⁹

4. El contenido efectivo de las interpretaciones constitucionales

El control constitucional es evaluado dentro del carácter normativo de la Constitución, entendiendo que su contenido es vinculante. Existen diferentes categorías normativas respecto de su eficiencia que pueden ser concebidas así: normas de eficacia directa vinculantes e indirecta perceptivas.

Las normas de eficacia directa son aquellas que se hacen valer por sí mismas para regular determinados casos. Allí donde la Constitución disciplina un determinado supuesto, esta vale como regla para solucionar el caso concreto, p. ej., “prohíbe la confiscación”.

En cambio, las normas de eficacia indirecta son aquellas que necesitan ser concretadas por medio de una actividad ulterior o posterior normativa “como los valores y las normas programáticas”. Las normas de organización, también requieren de otras normas para hacerse efectivas.¹⁰

Las normas constitucionales —principios y reglas—¹¹ que por acción u omisión no han sido efectivizadas deben hacerlo por medio de la judicialización, porque todas estas normas están revestidas de eficacia constitucional directa. Inclusive a falta de ley, en situaciones

9 Storini, Claudia. “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”. *Revista de Derecho Constitucional de Venezuela* n.º 5, p. 16.

10 Ver Ruiz Manero, Juan. “Principios, objetivos y derechos: otra vuelta de tuerca”. *Para una teoría post positivista del derecho*. Manuel Atienza. Lima-Bogotá, Palestra, 2009, p. 95.

11 Rodríguez, César. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2.ª reimp., 1999.

indeterminadas por el legislador, circunstancias que relaciona a la interpretación con la creación del derecho.

De otro lado, la efectividad de los Tribunales o Cortes Constitucionales, en cuanto al control constitucional, solo se puede evaluar jurídicamente desde sus interpretaciones, es decir en la capacidad de control de dicho órgano debe cumplir con la función de adecuar la Constitución formal a la realidad social. Para ello utilizará instrumentos puestos al alcance del ordenamiento constitucional. Así, la interpretación constitucional es un parámetro jurídico para evaluar las decisiones del órgano encargado de ser el mediador entre la Constitución y la realidad a la que debe aplicar.

En ese sentido, una interpretación debe ser aceptable por cuanto su motivación presupone la existencia de un argumento racional y justificado en derecho; quedando excluida la posibilidad de libre arbitrio del intérprete.

Si bien es cierto que el contexto de la Constitución es abierto, lo que dificulta que el juez encuentre una justificación aceptada por todos, por lo que esta depende de la racionalidad del discurso, la fijación de métodos de interpretación para determinar el alcance de los principios, es decir un discurso que no entre en contradicción con la letra de la Constitución y que se funde en criterios de interpretación estables. En consecuencia, la Constitución se concreta y efectiviza por medio de la interpretación. Es así que del juez depende la eficacia de la aplicación de leyes y normas constitucionales, acción que es correlativa a la valoración predeterminada de normas de carácter y valor peculiar.

En definitiva, el juzgador debe buscar hacer eficaz el sistema jurídico. Para ello es necesario que satisfaga los derechos dentro de un régimen constitucional y sostenga el principio democrático dentro de principios constitucionales.

Finalmente, se pasará a verificar la relación entre interpretación y dinámica material de la Constitución, para evidenciar cómo la interpretación puede ser una herramienta útil para extraer contenidos de los derechos a favor de los ciudadanos, pero también una teoría para justificar el poder.

5. Constitución frente a la dinámica material de la crisis bancaria

La Constitución debido a las exigencias de la realidad puede empezar a perder efectividad y la capacidad de vincular a todos sus actores, pudiendo no ser efectiva, considerada cada día como un instrumento menos apto para disciplinar las actividades del Estado, porque, por un lado, adquiere funciones articuladas al ámbito social y, por otro, pierde el control de importantes sectores de convivencia.

En la medida en que la Constitución se impone para proteger derechos, se potencia el papel de los Tribunales o Cortes Constitucionales como garantes adecuados de la Constitución.¹² Las circunstancias que dificultan la supremacía de la Constitución se dificultan cuando el contexto en el cual se pone a prueba su eficacia es un momento de crisis institucional o de otra índole. Las entendidas disfuncionales afectan a la Constitución en materia social, económica, empleo, etc., por lo que requieren ajustes jurídicos; es en este contexto en donde el papel de la aplicación de la Constitución es determinante para proteger a los ciudadanos, mas no para generar una teoría constitucional apoyada en interpretaciones falsas que justifique al poder.¹³

Efectivamente, la interpretación constitucional enfrenta el problema de adaptabilidad de la Constitución a los cambios provocados por las disfunciones materiales e institucionales. En esa medida, los Tribunales o Cortes Constitucionales han ido asumiendo un papel innovador para generar protección de derechos; mientras que otros han contribuido con el poder en sentido negativo, es decir para generar desconfianza social, anulando así la eficacia de la Constitución.

En Ecuador, durante los años 1998 y 1999, se provocó la denominada crisis bancaria que llevó al gobierno de la época a decretar un feriado bancario y desviar recursos privados y públicos de los ecuatorianos para salvar “la crisis”.¹⁴ Las acciones disfuncionales que afectaron a la Constitución se pueden sistematizar así: falsos controles, corrupción, deficiente

12 *Ibíd.*, p. 16.

13 Olivas, Enrique. “Desórdenes sociales y ajustes constitucionales”. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* (2007). Madrid, Universidad de Complutense de Madrid. Internet. <http://www.ucm.es/info/nomadas/16/enriqueolivas.pdf>.

14 Decreto n.º 685 de 16 marzo 1999.

estructura del Estado para fiscalizar y exigir que los bancos cumplan con sus obligaciones. Elementos que afectaron de forma sistemáticamente derechos constitucionales de las personas.

La disposición de cerrar los bancos y su efecto en la retención de depósitos vulneraron directamente el derecho a la propiedad de los depositantes; así como, cuando se usó fondos públicos para “salvar los bancos” se afectaron los derechos económicos y sociales (equitativa distribución de la riqueza).

Frente a esta serie de hechos, el ex Tribunal Constitucional recibió varias acciones constitucionales para efectivizar el contenido de la Constitución frente a la evidente vulneración de derechos; en ese sentido, sus respuestas se pueden sistematizar así:

- a) Mantener de forma prolongada por más de 90 días la declaratoria de Estado de excepción dictado con el decreto n.º 685 de marzo de 1999, hasta el 16 de diciembre de 1999.
- b) Luego de seis meses de estar en vigencia de forma extemporánea el Estado de excepción, el Tribunal Constitucional en uso de la más actual doctrina de interpretación constitucional lo declaró inconstitucional; sin embargo, de cierta forma la resolución constitucional reemplazó el contenido de la excepción, pues dispuso que las personas no podrían presentar recursos judiciales para proteger los derechos afectados por la crisis bancaria, porque el poder público habrá de hacer un programa para la devolución del dinero, conforme consta en el fallo n.º 078-99-TP; y,
- c) Sobre la base del control abstracto de constitucionalidad, negó de forma sistemática los amparos constitucionales presentados por las personas afectadas por la crisis bancaria.

La resolución de control de constitucionalidad del estado de excepción no garantiza los derechos de las personas; en su lugar, reemplaza el estado de excepción por una interpretación que declara la inconstitucionalidad de la norma controlada, al tiempo que de forma expresa limita el acceso a la justicia a las personas afectadas por la crisis bancaria. Se puede afirmar que la resolución constitucional constituye un elemento de disfuncional que afecta la fuerza vinculante de la Constitución.

6. Análisis de casos relacionados al feriado bancario de 1998 y 1999

En los cuadros siguientes se realiza un análisis de los casos que conoció el ex Tribunal Constitucional en relación con la acción de amparo constitucional y las acciones de inconstitucionalidad de normas. Todos los casos fueron resueltos una vez que el Estado de excepción había cumplido los 90 días de vigencia. El primero, para proteger derechos subjetivos vulnerados en el contexto de la crisis bancaria; el segundo, respecto de normas jurídicas que se crearon para evitar que las personas afectadas ejerciten los derechos constitucionales.

Amparos constitucionales

Casos	Pretensión constitucional	Dinámica material Crisis económica marzo de 1999	TC. Interpretación constitucional “Adecuación de la Constitución a la realidad”
145-99-RA (de 10-ago-1999).	Solicita la protección de derechos (propiedad, derechos civiles, tutela judicial efectiva) porque el Banco Aserval le ha retenido sus depósitos.	Decreto ejecutivo 685, estado de emergencia incluye retención de depósitos. El banco si devuelve el dinero retenido; puede ser sancionado. Nota: el decreto para ese tiempo fue extemporáneo.	El Decreto 685 rige para todo el territorio y no afecta únicamente al recurrente sino a todos sus ciudadanos, el mismo que hasta que no se declare inconstitucional se presume válido expedido con competencia, contenido, declaración de voluntad, objeto causa y forma. Inadmite acción.
254-99-RA (de 19-nov-1999).	El defensor del pueblo en relación con la detención de fondos considera que se han vulnerado derechos difusos del pueblo ecuatoriano, porque se han afectado a jubilados, trabajadores y comerciantes.	Decreto ejecutivo 685, estado de emergencia incluye retención de depósitos. El banco si devuelve el dinero retenido; puede ser sancionado. Nota: el decreto para ese tiempo fue extemporáneo.	El defensor del pueblo en relación con la detención de fondos considera que se han vulnerado derechos difusos del pueblo ecuatoriano, porque se han afectado a jubilados, trabajadores y comerciantes.

Control constitucional del Decreto Ejecutivo 685

Casos	Pretensión constitucional	Dinámica material Crisis económica marzo de 1999	TC. Interpretación constitucional “Adecuación de la Constitución a la realidad”
078-99-TP (24-dic-1999).	Demanda de inconstitucionalidad. El TC afirma que la Constitución es suprema y debe ser sostenida mediante interpretación constitucional.	Ejecutivo afirma que el decreto fue expedido dentro de las facultades presidenciales —conmoción interna—, por lo que no ha actuado fuera de la Constitución. Por su parte, el Ministerio de Finanzas sostiene que al haberse ordenado la movilización de recursos nacionales públicos y privados se prevea una solución general a favor de las personas afectadas.	Que los métodos de interpretación son parámetros constitucionales, así la unidad constitucional, la concordancia práctica, la eficacia constitucional —fuerza normativa de la constitucional—. Que es deber del TC, hacer la interpretación que más favorezca al ejercicio de los derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos. Que la ley de seguridad nacional no autoriza a realizar confiscaciones para enfrentar una crisis. Que la vigencia del Estado de excepción ha excedido el plazo. Que la Constitución es norma de normas. Por tanto, resuelve declarar la inconstitucionalidad del Decreto 685 y los acuerdos ministeriales. Corresponde al Ejecutivo, AGD, regular los mecanismos de devolución de los valores retenidos.
016-2000 (9-feb-2000).	Demanda de inconstitucionalidad. El TC afirma que la Constitución es suprema y debe ser sostenida mediante interpretación constitucional.	Ejecutivo afirma que el decreto fue expedido dentro de las facultades presidenciales —conmoción interna—, por lo que no ha actuado fuera de la Constitución. Por su parte, el Ministerio de Finanzas sostiene que al haberse ordenado la movilización de recursos nacionales públicos y privados se prevea una solución general a favor de las personas afectadas.	Que los métodos de interpretación son parámetros constitucionales, así la unidad constitucional, la concordancia práctica, la eficacia constitucional —fuerza normativa de la constitucional—. Que es deber del TC, hacer la interpretación que más favorezca al ejercicio de los derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos. Que la ley de seguridad nacional no autoriza a realizar confiscaciones para enfrentar una crisis. Que la vigencia del Estado de excepción ha excedido el plazo. Que la Constitución es norma de normas. Por tanto, resuelve declarar la inconstitucionalidad del Decreto 685 y los acuerdos ministeriales. Corresponde al Ejecutivo, AGD, regular los mecanismos de devolución de los valores retenidos.

Amparos constitucionales

Casos	Pretensión constitucional	Dinámica material Crisis económica marzo de 1999	TC. Interpretación constitucional “Adecuación de la Constitución a la realidad”
250-2001- RA (4-sep- 2001).	Amparo constitucional, un constructor considera que debido a la retención de fondos no fue posible concluir la obra.	El decreto fue declarado inconstitucional y la sentencia incumplida.	Cualquier reclamo no es materia de amparo, debe seguir la vía ordinaria.
542-2001- RA (27-feb- 2002).	Amparo constitucional contra AGD y Banco del Progreso.	Continúan los efectos del decreto 685 (la sentencias de inconstitucionalidad).	El TC, sin argumentación, sostiene que ya se resolvieron (078-99 y 016-00) no hay vulneración grave, debe concurrir a la jurisdicción ordinaria a reclamar el pago de los fondos retenidos.
789-2002- RA(22-mar- 2002).	Acción de amparo, contra AGD y Banco del Progreso, para que se restituya la liquidación de la jubilación que es todo su patrimonio.		El TC sostiene que ya se resolvió (078-99 y 016-00). Reclamar a la justicia ordinaria. No admite.

De la revisión de estas resoluciones se desprende el sentido equívoco del uso de las técnicas de interpretación constitucional, tanto en la aplicación del control de normas y actos del poder público, que evidentemente vulneraron derechos constitucionales. Las sentencias marco son las de inconstitucionalidad que sirven como justificación para negar las acciones de amparo constitucional.

El uso equívoco del control constitucional consiste en citar técnicas de interpretación constitucional, tales como: la integralidad de la Constitución, la concordancia práctica, la fuerza normativa de Constitución y la eficacia directa, no para proteger derechos, sino para justificar actos del poder y no dotar a la situación de vulneración sistemática de la Constitución ninguna respuesta válida.

La relación entre interpretación y dinámica material de la Constitución está desconectada y podemos incurrir en el error de observar la argumentación fuera del contexto material. La dinámica material ha servido para verificar si el control de constitucionalidad es efectivo o solo constituye una falacia como se ha evidenciado a lo largo del presente trabajo.

Las consecuencias de la referida desconexión entre Constitución y dinámica material son graves; es claro que se debe tener presente en todo momento que el documento que se va a interpretar es la Constitución, y que al afectar su fuerza vinculante provoca desconfianza de la sociedad en la Constitución, lo que difícilmente puede ser recuperada, porque la crisis del control constitucional es la crisis de la Constitución.

5. Conclusiones

Las tareas del órgano de control constitucional deben ser coherentes en el tiempo, para así afirmar la eficacia permanente de la Constitución. La interpretación además de ser un instrumento para la adecuada comprensión de las normas, también se presenta como una herramienta que justifica y explica la relación entre realidad y Constitución, sin descuidar la conveniencia política. Compleja tarea impuesta a los jueces constitucionales, quienes deben sostener en última instancia a la Constitución sobre cualquier acto del poder público.

También es necesaria una relación cercana entre teoría y práctica. Queda demostrado en el ensayo que la insuficiencia de herramientas de interpretación constitucional o su mal uso ubica al ex Tribunal Constitucional como un acomodador de fallos acorde a las exigencias coyunturales de las instituciones bancarias y estatales.

De otro lado, la eficacia constitucional es de estructura y ejercicio. La primera, se materializa en la responsabilidad que tienen los órganos públicos de adecuar las normas a la Constitución. El segundo, corresponde a los órganos de corrección como la Corte o el Tribunal Constitucional, controlar la constitucionalidad de las normas con parámetros adecuados de interpretación.

Finalmente, la dinámica material y el control de constitucionalidad deben sujetarse a la Constitución para hacer valer los derechos de las personas sobre cualquier acto del poder público, pues, del contenido de

las sentencias se puede verificar los excesos en el control constitucional, que no constituyen interpretación constitucional, sino arbitrariedad judicial.

6. Bibliografía

- Da Silva, Alfonso José. "Aplicabilidad de las normas constitucionales". Internet. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1000/4.pdf>.
- Grijalva, Agustín. "Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador". *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Olivas, Enrique. "Desórdenes sociales y ajustes constitucionales". *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* (2007). Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Internet. <http://www.ucm.es/info/nomadas/16/enriqueolivas.pdf>.
- Rodríguez, César. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2.^a reimp., 1999.
- Ruiz Manero, Juan. "Principios, objetivos y derechos: otra vuelta de tuerca". *Para una teoría post positivista del derecho*. Manuel Atienza. Lima-Bogotá, Palestra, 2009.
- Sagües, Néstor Pedro. "Justicia constitucional y control de la ley en América Latina". *La justicia constitucional en la actualidad*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.
- Storini, Claudia. "Hermenéutica y Tribunal Constitucional". *Revista de Derecho Constitucional de Venezuela* n.º 5.
- Storini, Claudia y Jhoel Escudero. "El control del constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo". Internet. http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410621&d=1.

Resoluciones del ex Tribunal Constitucional del Ecuador

- Tribunal Constitucional del Ecuador. Recursos de amparo n.ºs 145-99RA, 245-99-RA, 250-2001-RA, 542-2001-RA y 789-2002-RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador. Resoluciones de inconstitucionalidad n.ºs 078-99-TP, 016-2000-TC y 193-2000-TC.

Jurisprudencia



Jurisprudencia obligatoria: Sentencia de la Ley de Minería

Fabián Soto Cordero¹

Analizaremos la Sentencia n.º 001-10-SIN-CC dictada dentro de los casos acumulados n.ºs 0008-09-IN y 0011-09-IN, por demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería,² presentada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas, y el presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay.

1. Introducción

Una de las sentencias de mayor connotación pública en la actualidad es la pronunciada con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería. Este fallo trajo consigo varias interpretaciones, tanto de normativa internacional sobre derechos humanos, como de normas constitucionales y legales, de manera tal que ha actualizado el ordenamiento jurídico ecuatoriano a los estándares internacionales de protección de derechos humanos. En este sentido, el presente análisis dará a conocer al foro académico y profesional, las definiciones y explicaciones que en torno a los derechos y la práctica constitucional ecuatoriana contiene la mencionada sentencia, además de dar a conocer la perspectiva con la que la Corte Constitucional para el Período de Transición resolvió el caso.

2. La resolución del caso

En lo principal, las impugnaciones³ a la Ley de Minería orbitan en torno a inconstitucionalidades por la forma, toda vez que se argumenta en lo

1 Magíster en Derecho (c) y especialista superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de los juzgados y tribunales de la República, Universidad Central del Ecuador. En la actualidad trabaja en el equipo de investigación y capacitación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

2 Suplemento del Registro Oficial n.º 1517, de 29 enero 2009.

3 Las normas demandadas cuya inconstitucionalidad se persigue, tanto por el fondo como por la forma, van en contra de toda la ley minera, en especial de los artículos 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 67, 79, 96 y la disposición final segunda de la Ley de Minería.

principal que dicha ley ha omitido el proceso de consulta prelegislativa a la que hace referencia el ordinal 17 del artículo 57 de la Constitución.

Por otro lado, las objeciones por el fondo son más diversas, en la medida en que se fundamentan en una inobservancia de los derechos colectivos que las nacionalidades, pueblos y comunidades mantienen vinculados, estrechamente, con la indivisibilidad e integralidad de su territorio ancestral. Para el efecto, estos derechos se reputan vulnerados a causa de la permisibilidad de una posible imposición de gravámenes de servidumbre legal, sobre territorios ancestrales, que por mandato constitucional son inalienables e inembargables.⁴

Asimismo, frente a la disposición que consiente la realización de actividades no sustentables en el territorio de las nacionalidades, pueblos y comunidades, se observa que omite reconocer que estos componen el medio de subsistencia primario de aquellas, al mismo tiempo que se argumenta un claro contraste con el mandato constitucional de respetar las actividades de sustento de las nacionalidades, en especial el manejo de la biodiversidad y de su territorio.

Para la Corte de Transición, el proceso de aprobación de la ley se lo realizó bajo una situación excepcional, que tiene relación con el cambio sustancial de circunstancias que devinieron por la promulgación de la Constitución del 2008, pues la Ley de Minería se venía debatiendo a la luz de la Constitución derogada. Esta situación excepcional encontró sustento en el principio del derecho internacional *rebus sic stantibus*,⁵ lo cual —frente a la ausencia de la ley— generó que se implementen mecanismos de información, participación y recepción de criterios, respecto de un segmento de las comunas que, dadas las circunstancias se las tomó como parte de una consulta prelegislativa que dio paso a la promulgación de la ley que, sin embargo, no configuraban una consulta previa bajo los estándares internacionales.⁶

4 Constitución de la República, artículo 57.

5 Se entiende por *rebus sic stantibus* una expresión latina, que puede traducirse como “estando así las cosas”, que hace referencia a un principio de derecho que recoge supuestos en que, como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato no previstas, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de su celebración.

6 Cordero Heredia, David. “El derecho a la consulta previa a pueblos indígenas en la Región Andina”. *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos*. Quito, Asociación Escuela de Derecho PUCE, 2011, p. 135.

Por tanto, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, toda vez que el proceso de información y participación implementado para la generación de la ley se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución, es decir que la Corte considera que tal proceso suplente el derecho colectivo de consulta prelegislativa.

El artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, es además un derecho reconocido en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos definido como “consulta pre-legislativa”.⁷

Es preciso hacer énfasis en una definición básica de derechos colectivos, a los que se concibe como atribuciones o facultades jurídicas que corresponden o son ejercibles por un especial titular colectivo, y que se reconocen a un segmento específico de la población, y no ampara a los ciudadanos en general, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial. Cabe destacar que la Corte tiene en claro el papel que juegan estos derechos en el Estado constitucional contemporáneo, diferenciándolo de la perspectiva liberal tradicional, donde los derechos tutelables eran únicamente los de libertad, dejando al margen derechos de ciertos grupos minoritarios, como consecuencia del clásico modelo de Estado unitario. “La necesidad [...] de determinar un derecho y una ética pública para la convivencia de una nueva república intercultural, donde los criterios deberían ser aplicados a todos en igualdad de circunstancias, aunque reconociendo las diferencias culturales y las situaciones que requerían mayor atención en función de su situación concreta [...]”⁸ fue retomada por la Constitución que introdujo el concepto de pluralidad e interculturalidad, que parte del reconocimiento de diferentes cosmovisiones, por tanto una confluencia de fragmentos socioculturales distintos que coexisten y se traducen en el respeto a la diversidad cultural y en la existencia de un pluralismo normativo que reconoce derechos específicos a los pueblos y nacionalidades indígenas.

7 Convenio 169 de la OIT, artículo 6: “[...] Los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...] c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin [...]”.

8 Rosillo Martínez, Alejandro. *La tradición hispanoamericana de derechos humanos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012, p. 319.

Asimismo, la Corte ha llegado a destacar el arraigo hacia el territorio indígena por parte de sus integrantes, que adquiere una connotación especial a diferencia de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos. En este sentido, la Corte interpreta algunos de los artículos controvertidos por la demanda, al establecer que no es factible interpretar la regla que tiene relación con la declaratoria de utilidad pública y el establecimiento de servidumbres, como si se tratase de una declaratoria general, toda vez que ello acarrearía el desplazamiento de las comunidades de sus territorios ancestrales, en contraposición al carácter inembargable, inalienable e imprescriptible de los mismos.

Al haber considerado estos particulares, la Corte determina que en todo caso en el que se trate de expedición de leyes que se relacionen o puedan afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, la Asamblea Nacional deberá observar obligatoriamente el proceso de información, consulta y recepción de opiniones y deberá realizarse antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

Sobre la base de esas exigencias, la Corte desarrolla un procedimiento que, de manera provisional, determina regulaciones relativas a los destinatarios de la consulta, quién la realiza y sus fases, entre las que se establece la una etapa de preparación, convocatoria e información; una segunda de realización de la consulta; y una fase de análisis y cierre de la consulta.

Finalmente, la Corte declara la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104, y 105 de la Ley de Minería referidos a las declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental; estableciéndose que tales artículos serán constitucionales en tanto no se apliquen respecto de territorios de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, recalcando el fallo que toda actividad minera en esos territorios deberá someterse al proceso de consulta previsto en el ordinal 7 del artículo 57 de la Constitución, según la reglas establecidas en el fallo.

3. El derecho a la consulta prelegislativa

Pese a que los derechos colectivos exigidos por las minorías étnicas y pueblos indígenas no son universalmente reconocidos, en los últimos años ha existido un interés por su estructuración.⁹ Con esta corriente como motivación intrínseca para la Corte de Transición, se ha declarado mediante sentencia que la consulta prelegislativa comporta un carácter sustancial y no meramente formal.

Uno de los grandes avances en materia de derechos y garantías encontrados en esta sentencia, es el reconocimiento —que si bien se encuentra en la Constitución— de que la consulta prelegislativa no es un requisito únicamente formal, sino que se trata de un verdadero derecho sustancial de carácter colectivo. De esta manera, la Corte refiere que estos derechos son facultades jurídicas que corresponden a un titular colectivo, como sujeto moral autónomo distinto a sus miembros y que persigue intereses distintos a los individuales.

En ese sentido, tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT establecen la obligación de consultar a los pueblos antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten sus derechos colectivos, preceptos que en la Constitución están recogidos el artículo 57 de la Constitución y que, según la Corte, constituyen requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida legislativa que afecte los derechos colectivos; precisando que estos requisitos y derechos son distintos de la “consulta previa” prevista en el artículo 398 de la Norma fundamental que tiene relación con temas de carácter ambiental dirigida a la comunidad en general.

La Corte considera los parámetros específicos desarrollados por la OIT, entre los que destacan:¹⁰

- La flexibilidad del procedimiento, debiendo incluir las tradiciones usos y costumbres de los pueblos consultados, así como el respeto a la estructura social y sistemas de autoridad de los pueblos consultados;
- Carácter previo y público de la consulta;

9 Castañeda, Amílcar. “Derechos humanos e interculturalidad”. *Salud, interculturalidad y derechos*. Quito, Ministerio de Salud Pública, 2010, p. 94.

10 Sentencia de la Ley de Minería, pp. 53-55.

- El reconocimiento respecto de que la consulta no se agota con la mera información o difusión;
- Definición previa y concertada del procedimiento y sujetos de la consulta;
- Carácter sistemático y formalizado de la consulta; y,
- Efectos del incumplimiento de la obligación de consultar.

Aquellos derechos colectivos reconocidos a las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, se sustentan en el pluralismo jurídico pregonado en la Constitución y en la concepción del Estado ecuatoriano como plurinacional.

4. La interpretación constitucional

Un punto crucial en la sentencia, objeto de análisis, es su carácter erga omnes. Es conocido por el foro académico que las sentencias con efectos generales y obligatorios revisten varias particularidades. La primera, que orbita en torno a los efectos que esta tendrá para el caso concreto, a la cual hace referencia principalmente en su parte dispositiva, determinando las obligaciones que se restringen a la resolución del conflicto puesto en su conocimiento; y una segunda, que se refiere a los parámetros interpretativos vertidos en la ratio decidendi, que en lo particular se abstraen del caso concreto y llegan a establecer las premisas que conforman la subregla constitucional, como la forma que adopta el sistema jurídico para crear derecho mediante sentencias.¹¹ Es esta última la que constituye la parte que obliga de manera general, y que constituye norma de aplicación. En esta sección se analizará la ratio decidendi contenida en la sentencia bajo examen.

De esta manera, en el estudio efectuado a la Sentencia de la Ley de Minería, se evidencia uno de los grandes aportes al constitucionalismo ecuatoriano que en el cumplimiento de sus funciones, como el máximo órgano de interpretación constitucional,¹² ha hecho la Corte: haber atendido la necesidad de definir criterios claros para encausar el sistema de justicia constitucional, en función de los efectos que las normas constitucionales tienen sobre el resto del ordenamiento jurídico y los actos del

11 Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012, p. 120.

12 Constitución de la República del Ecuador, artículo 429.

poder público como normas de aplicación directa. En este sentido, al reiterar que las normas emanadas del texto constitucional se encuentran revestidas de un carácter de aplicación inmediata, lo hace además afirmando que no puede alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos previstos en la Carta fundamental.

De esa manera, la sentencia se ha referido a la función trascendental que cumple este principio frente al escenario judicial, al expresar que los derechos constitucionales no requieren de la interpositio legislatoris para ser directamente aplicables, pues canalizan su contenido subjetivo como la facultad de reaccionar judicialmente.¹³

Lo expuesto en la sentencia hace énfasis en el rol que juega la jurisprudencia en el escenario constitucional actual, al destacarse que esta se convierte en una fuente primaria del derecho, y como tal ha dejado claro que todas las normas y actos del poder público —las actuaciones de la legislatura inclusive— deben observar el esquema que marcan los preceptos constitucionales mediante la interpretación sistemática de la Constitución y su directa e inmediata aplicación.¹⁴

Como se dijo, el carácter erga omnes de esta jurisprudencia delimita su ámbito general de aplicación, ofreciendo además los parámetros sobre los cuales se habrá de tomar a la Constitución como norma de decisión directa. En esta medida, de acuerdo con este pronunciamiento, el juez, legisladores, servidores públicos y particulares:

[...] a) habrán de examinar y comparar todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico...

Con ese primer enunciado, la Corte abre la puerta para que se lleve a efecto un examen legítimo de la constitucionalidad de las normas que deberán aplicar en cada caso, considerando la Constitución como una norma de decisión. La aplicación o eficacia directa de la Constitución significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones

13 Bastida Freijedo, Francisco. "La eficacia de los Derechos Fundamentales". *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004, p. 186.

14 Sentencia de la Ley de Minería, p. 25.

y, además, que el juez hará valer la Constitución junto con la ley para interpretar esta última o para completarla.¹⁵

[...] b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y...

Con esa afirmación, se aclara la dinámica sobre la que opera la aplicabilidad directa de la Constitución, en cuanto a la posibilidad de que el juez se encuentre frente a una anomia (ausencia o vacío normativo) o antinomia, particularmente con carácter de ley, pues aun cuando esta exista, y se encuentre contraviniendo las normas constitucionales (sean estas reglas o principios), será la norma constitucional la que se aplique.

[...] c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.¹⁶

Finalmente, dota de capacidad interpretativa a los sujetos llamados a aplicar normas, para que lo hagan sistemáticamente, con el fin de adecuar las actuaciones al contenido dogmático de la Constitución.

La trascendencia de este dictamen en el plano jurídico, se evidencia con el hecho de que la Corte aclara taxativamente el modo en que debe ejercerse el control constitucional sobre los actos que emanan del conocimiento judicial o administrativo, siempre y cuando se evidencie que las normas que deberán servir para la resolución de un caso o para la decisión de un asunto, adolezcan de vicios de eficacia por encontrarse vulnerando el contenido material de la Constitución.

Como es el caso ecuatoriano, la Constitución, además de ser norma jurídica, tiene aplicación o eficacia directa; no es solo fuente sobre la producción normativa sino también fuente de derecho sin más, puesto que los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos.¹⁷

Es notorio, por consiguiente, que no puede alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos previstos en la

15 Storini, Claudia. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Nueva Constitución del Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2009, p. 298.

16 *Ibid.*, p. 26.

17 Francisco Rubio Llorente, citado por Claudia Storini, *op. cit.*, pp. 297 y 298.

Constitución, pues esta no es un programa político sino una norma jurídica de aplicación directa. En consecuencia, si no existe ley, quien aplique el derecho deberá evitar su perjuicio remitiéndose directamente a su contenido esencial.¹⁸ Ello implica la necesidad de la existencia no solo de un juez activo, sino de actores públicos que den razón fáctica y argumentada de la aplicación directa de la Constitución, toda vez que está configurada como una norma que irradia todo el ordenamiento jurídico capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.¹⁹

5. El control constitucional

En el ejercicio práctico del control de constitucionalidad, la Corte se ha referido al desarrollo del principio de conservación del derecho por parte de la jurisprudencia internacional, entendido como un axioma que exige al juez constitucional salvar, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, evitando sustituir al constituyente o al legislador. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.²⁰

Señala la Corte que dicho principio debe entenderse como un axioma que exige afirmar la seguridad jurídica y en especial la gobernabilidad del Estado, dejando clara esta premisa en varias ocasiones, pues cita su propia jurisprudencia que evidencia el conocimiento de la delicada operación de una declaratoria de inconstitucionalidad puesto que constituye un acto al que solo debe recurrirse cuando se establezcan situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable, y la incompatibilidad, inconciliable.²¹

Lo dicho, ha llevado a este órgano colegiado a decantarse por adaptar su pronunciamiento a la forma de una de las sentencias que busca mantener la vigencia de la norma, mediante una interpretación de constitucionalidad extensiva y evitar una laguna en el ordenamiento jurídico, salvando las inconstitucionalidades que viciaban dicho cuerpo legal y condicionando la inteligibilidad de varios artículos.

18 Claudia Storini, *op. cit.*, p. 296.

19 Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F., Fontamara, 2001, p. 153.

20 Sentencia de la Ley de Minería, pp. 48 y 49.

21 *Ibíd.*, p. 49.

La interpretación constitucional empleada en esta sentencia ha buscado rescatar la validez del articulado demandado, haciéndolo coincidir con la norma suprema, observando el principio de conservación del derecho, e in dubio pro legislatore. La modulación correspondiente de la sentencia, hace flexibles sus efectos para garantizar la vigencia, tanto de los derechos constitucionales como de la supremacía constitucional.

Como resultado, en el presente caso, la acción de un poder público como la Función Legislativa ha necesitado de una regulación o desarrollo normativo previo para poder atender los requerimientos exigidos por la Constitución y satisfacer los derechos fundamentales²² reconocidos en ella, deviniendo necesaria la intervención de la Corte Constitucional para garantizar su cabal ejercicio en el futuro, y salvaguardar los derechos vulnerados en el presente caso.

Se ha conseguido, entonces, dictar una sentencia que ha condicionado²³ la constitucionalidad de las disposiciones infraconstitucionales, de manera que estas sean leídas y entendidas de la manera determinada en la propia sentencia, interpretación que las hacen coincidir con la norma suprema.²⁴ El efecto de dicha interpretación constitucional, como no puede ser de otra manera, se toma vinculante para autoridades y personas naturales o jurídicas.

A manera de corolario, resalta en el pronunciamiento que en el plano ambiental, y en el de soberanía nacional sobre los recursos naturales, la Corte considera que la Ley de Minería confirma el carácter excepcional de la participación privada en el sector minero, de manera que se debe racionalizar la participación privada en la actividad minera y velar por el respeto a los preceptos normativos reconocidos en el artículo 316 de la Constitución de la República, esto es, la excepcionalidad de la delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, del ejercicio de estas actividades.

22 Francisco Bastida Freijedo, *op. cit.*, p. 188.

23 Soto Cordero, Fabián. "Sentencias constitucionales: tipos y efectos". *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, t. 3. Ed. Juan Montaña Pinto. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012, p. 214.

24 Sagüés, Nestor Pedro. "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico". *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez Molina. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 112.

Lo dicho por la Corte se complementa con una serie de normas que contemplan la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, tratamiento de aguas, revegetación y reforestación, manejo de desechos, protección de ecosistemas, etc. en la medida en que la ley no propende a la violación de los derechos de la naturaleza. Es importante considerar también, que la Constitución no establece la prohibición de la actividad extractiva, la cual es regulada por la ley.

6. Bibliografía

- Bastida Freijedo, Francisco. "La eficacia de los derechos fundamentales". *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004.
- Castañeda, Amilcar. "Derechos humanos e interculturalidad". *Salud, interculturalidad y derechos*. Quito, Ministerio de Salud Pública, 2010.
- Cordero Heredia, David. "El derecho a la consulta previa a pueblos indígenas en la Región Andina". *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos*. Quito, Asociación Escuela de Derecho PUCE, 2011.
- Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F., Fontamara, 2001.
- Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.
- Rosillo Martínez, Alejandro. *La tradición hispanoamericana de derechos humanos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.
- Sagüés, Nestor Pedro. "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico". *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez Molina. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.
- Soto Cordero, Fabián. "Sentencias constitucionales: tipos y efectos". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 3. Ed. Juan Montaña Pinto. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.
- Storini, Claudia. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Nueva Constitución del Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2009.

Entrevistas





Wendy Molina Andrade

*Vicepresidenta de la Corte
Constitucional del Ecuador*

¿Qué función desempeña la sala de selección de la Corte Constitucional en materia de garantías jurisdiccionales en un Estado constitucional de derechos y garantías?

El papel de la sala de selección, así como el proceso de selección y revisión de sentencias, no puede ser entendido sino es en razón del nuevo modelo de Estado y de justicia constitucional previsto en la Constitución. Si no se refuerza el principio de supremacía constitucional, el mandato de desarrollar progresivamente el contenido de

los derechos y el reconocimiento a la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, el mecanismo previsto en los artículos 86, numeral 5 y 436, numeral 6 pierde sentido como medio para convertir al organismo en agente de la transformación social por medio del derecho.

Si bien, a primera vista, la revisión de sentencias seleccionadas parecería ser la parte medular del proceso en mención, ello no es del todo cierto si se considera la dimensión teleológica del mecanismo descrito previamente. La Constitución revierte el antes inamovible principio de instancia de parte y otorga a la Corte Constitucional la capacidad de generar política judicial en razón de las necesidades en materia de derechos constitucionales y garantías jurisdiccionales facultándola para solucionar problemas extendidos en las judicaturas de instancia; y a la vez, estimular la exigibilidad de derechos poco reclamados a veces por desconocimiento, o requeridos por parte de quienes han visto vedado tradicionalmente su acceso a la justicia constitucional. De ahí que la sala de selección tenga a su cargo la identificación de aquellas sentencias que ya sea por la gravedad del asunto, novedad del caso e inexistencia de precedente judicial, negación de precedentes judiciales fijados

por la Corte Constitucional, o relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia, requieran ser seleccionadas y consecuentemente concluyan con la generación de derecho objetivo y, excepcionalmente, la revisión del caso concreto. La Corte Constitucional, así, pasa a dirigir el sistema de justicia constitucional con una visión atada al fin último de toda organización política: la garantía de derechos y su pleno ejercicio.

¿Qué lugar ocupa la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

En Ecuador, un Estado tradicionalmente regido por normas que responden al sistema jurídico de origen continental europeo, la revalorización de la jurisprudencia como fuente de derecho objetivo es sin duda una novedad sin precedentes. A pesar de que la Carta magna en el artículo 425 no señala a la jurisprudencia entre las normas a aplicarse en virtud del principio de jerarquía, la misma Constitución sí atribuye a la Corte Constitucional la competencia para realizar la interpretación auténtica de sus normas mediante sus dictámenes y sentencias. Asimismo, reconoce la capacidad que este órgano tiene para emitir jurisprudencia vinculante. Con este antecedente podríamos señalar, sin temor a equivocarnos, que en un esquema jerarquizado del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia constitucional, en tanto expresión del propio sentido de la Constitución, estaría en el peldaño más alto de la escala jerárquica, junto con la norma interpretada.

Sin embargo, para que la reflexión precedente no pierda su valor, cabe tener presente que la jurisprudencia constitucional no se produce de manera exclusivamente discrecional, ni orientada por coyunturas políticas, como podría suceder en actividades parlamentarias debido al nivel de abstracción de las normas que producen. En el caso de las reglas jurisprudenciales en materia constitucional, su valor será directamente proporcional a la fidelidad con la resolución del caso que se presenta. Es ahí que la regla construida en sentencia cobra valor para casos posteriores, en razón del principio de *stare decisis*, o “estar a lo decidido”.

La legitimidad de la jurisprudencia constitucional depende de la responsabilidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por ello, es deber de la Corte Constitucional realizar la debida argumentación en la generación de derecho objetivo.





Alfredo Ruiz Guzmán

Juez constitucional

¿Cuál es la relación entre argumentación jurídica y principios constitucionales?

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 4, numeral 9, al designar a la motivación de las resoluciones como uno de los principios procesales de la justicia constitucional, desarrollando, en este ámbito, la garantía de la motivación, consagrada entre las garantías básicas del debido proceso, estipulada en el artículo 76, numeral 7, literal I, de la Constitución de la República, señala que las reglas y principios de la argumentación jurídica configuran el

punto de partida para la adecuada y obligatoria fundamentación de las decisiones de los jueces.

Esta referencia positiva, de nivel constitucional y legal, a la argumentación jurídica, otorgándole un decisivo papel en la administración de justicia constitucional, tiene estrecha relación con la importancia de los principios dentro de la nueva concepción jurídica que se proyecta, con mucha fuerza, desde la Constitución de Montecristi, hacia todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Como respuesta a la crisis de la legalidad, hoy el derecho en Ecuador se sustenta en principios más que en reglas, lo que implica el desafío de concretar en las decisiones de la justicia constitucional los “mandatos de optimización” que caracterizan a los principios contenidos en la Constitución, tarea que únicamente es posible mediante una correcta aplicación de las reglas y principios de la argumentación jurídica.

Para Robert Alexy, los niveles normativos de las reglas y los principios deben complementarse con otro: el de la teoría de la argumentación jurídica. Solo la rigurosidad de la argumentación jurídica, operando sobre los otros niveles, hace posible una decisión judicial racionalmente fundamentada.

No obstante, Carlos Bernal Pulido dice que aunque “Una decisión justificada es aquella que procede de un razonamiento respetuoso de la lógica y de la argumentación jurídica, y que se construye con base en las normas relevantes y pertinentes”, debe tenerse en cuenta que “la racionalidad de toda sentencia no puede ser menos que relativa.”

La Constitución de 2008 establece que las medidas cautelares pueden ser interpuestas de modo independiente o conjuntamente con otra acción jurisdiccional, ¿que implica la posibilidad de ser interpuestas de modo autónomo?

El marco dispositivo constitucional que rige el procedimiento de las garantías jurisdiccionales establece, en el artículo 87, la posibilidad de que se ordenen medidas cautelares, de manera conjunta con las acciones de protección de derechos o en forma autónoma, con la finalidad de evitar o cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

Las medidas cautelares autónomas responden a la necesidad de que el derecho a la tutela efectiva, que consagra el artículo 75, sea realmente efectivo. En consecuencia, debe entenderse que el derecho constitucional a la tutela efectiva incluye el derecho a la obtención de medidas cautelares autónomas e incluso a su mantenimiento, siempre que se conserven los presupuestos originarios.

Por tratarse de una medida de tutela “de urgencia”, independiente de las acciones de protección de derechos, su procedimiento no implica conocimiento ni pronunciamiento sobre el fondo del asunto, que corresponde, más bien, a los procesos de dichas acciones.

Sin embargo, la decisión urgente del juez debe asegurar algunos presupuestos, como los siguientes: *Fumus boni iuris*, esto es “la apariencia de buen derecho constitucional”, mediante un “simple juicio de verosimilitud”, que le permita apreciar razonablemente que los hechos que constan de autos demandan una medida cautelar urgente para evitar o cesar la violación de un derecho o su amenaza; *Periculum in mora*, peligro de que, con la demora en la adopción de dicha medida, se produzca o agrave la amenaza o la violación de un derecho constitucional; el control de constitucionalidad de la medida cautelar para evitar que, en función de la urgencia de la medida cautelar, se adopten decisiones inconstitucionales que violen el principio de proporcionalidad, por ejemplo, mediante la irreversibilidad de la medida, y asegurar, además, la adecuación entre la medida cautelar y el objetivo que se persigue.





María del Carmen
Maldonado Sánchez
Jueza constitucional

La Corte Constitucional en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad ha acudido a la modulación de sentencias constitucionales, ¿qué ha dicho con relación a su utilidad práctica para resolver casos difíciles?

Bajo la concepción tradicional del control abstracto de constitucionalidad, los tribunales o cortes, ante una eventual contradicción entre la norma y la Constitución, tienen la posibilidad de expulsar el enunciado del

ordenamiento jurídico, actuando de este modo conforme a la clásica noción de *legislador negativo*. Sin embargo, en el ejercicio del control de constitucionalidad existen escenarios complejos en los cuales una decisión en base a esta concepción podría generar situaciones adversas, tales como vacíos normativos perjudiciales para la sociedad.

Ante esta clase de circunstancias, se ha desarrollado la posibilidad de que los tribunales o cortes constitucionales resuelvan las antinomias por intermedio de sentencias atípicas, a través de la adecuación o *modulación* de los efectos en el tiempo, materia y espacio de la decisión. Así, la modulación constituye una herramienta por medio de la cual, el máximo órgano de control constitucional, ante situaciones excepcionales, ofrece respuestas que generan coherencia en el ordenamiento jurídico, sin limitarse a la declaratoria de invalidez de la norma.

En tal virtud, la modulación guarda estrecha relación con varios principios del control abstracto de constitucionalidad, tales como la permanencia del derecho, la interpretación conforme y la declaratoria de inconstitucionalidad como recurso de *ultima ratio*. En esta línea, la Corte Constitucional ha señalado que mediante una

adecuada modulación, además de rescatar la conformidad de la norma con la Constitución, se “pretende pacificar y no recrudecer los conflictos constitucionales que hayan podido generarse a partir de su emisión”.¹ Consecuentemente, la modulación es una herramienta que conlleva un análisis integral y profundo respecto de los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad, aspectos que deben ser necesariamente estudiados por la Corte, en aras de tutelar los derechos y velar por la supremacía de la Constitución.

¿Cómo pueden coadyuvar las juezas y jueces constitucionales para hacer efectivo el buen vivir contemplado en la Constitución ecuatoriana?

El buen vivir comporta un cambio de concepción en cuanto a las relaciones del ser humano con su entorno. Para tal efecto, la Constitución de la República plantea un sistema compuesto por derechos y garantías cuyo propósito es el libre y adecuado desarrollo de las personas, en armonía con el medio que lo rodea.

El nuevo orden constitucional se caracteriza por una amplia gama de derechos que forman parte del buen vivir, cuya presencia es transversal en la sociedad. Así, esta línea de pensamiento exige un cambio de paradigma en la administración de justicia constitucional, que precautele eficazmente la vigencia de los derechos, con la

finalidad de la concreción del buen vivir. En este sentido, la jurisdicción constitucional es un eje fundamental en la consolidación del Estado constitucional de derechos y justicia, el cual tiene como uno de sus deberes primordiales, la materialización del buen vivir.

Como consecuencia de lo expuesto, el papel de las juezas y jueces constitucionales, en ejercicio de su labor jurisdiccional, así como la jurisprudencia como fuente creadora del derecho, adquieren una importancia sin precedente en nuestro país, al obligar a la jurisdicción constitucional a aplicar y generar nuevos mecanismos hermenéuticos para la solución de controversias constitucionales, teniendo como fin la materialización de la justicia y la supremacía de la Constitución.

En definitiva, la Corte Constitucional, al ser garante jurisdiccional de las reglas y principios constitucionales, tiene la misión histórica de coadyuvar en este proceso de consolidación del buen vivir, por intermedio de sus fallos, lineamientos e interpretaciones, siempre apegadas a la Constitución, a la vigencia de los derechos y a la dignidad humana.



1 Corte Constitucional para el Período de Transición. Casos n.ºs 0008-09-IN y 0011-09-IN, acumulados. Sentencia n.º 001-10-SIN-CC. Quito, 18 marzo 2010.

Reseñas

Roberto Gargarella

La Justicia frente al Gobierno

3

Pensamiento Jurídico
Contemporáneo

Corte Constitucional para el Período de Transición
Quito – Ecuador

Corte Constitucional para el Período de Transición /
Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
Quito, 1.^a reimp., 2012

Roberto Gargarella

La justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial

*Por Esteban Polo Pazmiño*¹

La justicia frente al Gobierno aborda de manera integral aspectos fundamentales de la justicia y el control constitucional en relación con los principios democráticos. El autor reflexiona sobre el papel de los jueces dentro de los sistemas democráticos evaluando los antecedentes históricos que precedieron y coadyuvieron al surgimiento del control constitucional, así como la evolución del mismo hasta la actualidad, examinando su aparente falta de legitimidad democrática. Bajo tal contexto, el propósito de la obra, en palabras del propio autor, es el estudio de la denominada dificultad contramayoritaria: “cómo puede ser que en una sociedad democrática, la rama del poder con credenciales democráticas más débiles, el poder judicial quede con la “última palabra” institucional, y pueda así decidir, de manera “final”, las controversias públicas más importantes...”.² Así Gargarella se cuestiona que las leyes aprobadas

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente asesor de la Corte Constitucional del Ecuador. Correo electrónico: estebanpolo88@gmail.com.

2 Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 1.ª reimp., 2012, p. 17.

por los representantes del pueblo puedan ser controladas por los jueces, quienes no son electos directamente por la ciudadanía. Aquello no implica la defensa dogmática a las decisiones que emanan de los órganos políticos, respaldados por la voluntad de las “mayorías”. Por el contrario, el autor pretende determinar el papel que les corresponde desempeñar a los jueces, dentro de un sistema político que responda a la voluntad mayoritaria, pero que a su vez tutele y respete a las minorías. De esta manera, Gargarella nos conduce a un profundo análisis sobre la relación de la justicia y la democracia, con instituciones como la soberanía popular, la separación de funciones y el diseño institucional de los Estados.

Gargarella inicia el primer capítulo estudiando el período constituyente norteamericano, pues a partir del mismo se desprenden las bases del control de constitucionalidad, así como los presupuestos filosóficos que sustentaron la tarea y organización del poder judicial. Es imprescindible referirse a la concepción predominante de “minoría” en las discusiones constituyentes norteamericanas del siglo XVIII, en las que los grupos minoritarios se situaban en una posición aventajada en la sociedad; aunque numéricamente eran minoría no lo eran en cuanto a la concentración de poder. También, se destaca que uno de los principios políticos que prevaleció en esa época, fue el reconocimiento igualitario en cuanto al poder político para cada grupo. Para tal efecto se empleó como medida idónea el denominado sistema de frenos y contrapesos, dentro del cual el ejercicio del poder sería compartido y controlado por los grupos de la sociedad. Respecto de la revisión judicial de las leyes, no fue sino hasta el año de 1803 cuando el caso “Marbury vs. Madison” determinó la facultad de los jueces para negar la validez de leyes contrarias a la Constitución.

En el segundo capítulo, el autor presenta un análisis de lo que él llama una tradición conservadora en defensa de la revisión judicial de las leyes. Según ella, las mayorías tienen dificultades para tomar decisiones razonables. En este sentido, los jueces deben hacer efectivas las disposiciones constitucionales interpretando la Constitución, configurando la principal objeción en requerir un mecanismo de interpretación no arbitrario, sino que permita a los jueces dar cuenta del sentido más o menos obvio de la Carta Suprema.

En el tercer capítulo, Gargarella examina las soluciones populistas respecto del carácter contramayoritario del poder judicial. Reseña el desarrollo de la tradición populista, según la cual el apoyo popular a

cierta decisión es el único factor idóneo para referirse sobre la validez de la misma, restringiendo la atribución judicial para controlar las leyes. El autor muestra dos versiones de esta tradición, la norteamericana y la francesa. En primer lugar, en Estados Unidos la ciudadanía parecía inclinarse hacia las concepciones de tipo populista. En este contexto fueron frecuentes los conflictos entre los órganos judiciales y los órganos políticos favorables a las reclamaciones mayoritarias. Esto generó la prioridad del ordenamiento institucional para asegurar la independencia entre estos entes debido a las experiencias sobre las presiones legislativas al poder judicial. Francia, caracterizada por la concepción de la ley como manifestación de la voluntad soberana, excluyó la posibilidad de que los jueces controlaran las producciones de la Asamblea Nacional. El autor concluye el capítulo con las críticas al principio populista, invitando al lector a cuestionarse si los acuerdos mayoritarios constituyen efectivamente consensos ideales.

En el cuarto capítulo plantea identificar varias soluciones intermedias para el problema del control judicial de las leyes, pretendiendo mediar entre las posturas elitistas y populistas, así como proponer cambios en cuanto a la administración de justicia. Entre estas propuestas, Gargarella enumera a modo de ejemplo: la inclusión de grupos de presión como respaldo a los sectores más desventajados (*amicus curiae*), la introducción de jurados y jueces legos, que tiendan a fomentar la partición de los ciudadanos en la justicia, la forma de designación de los jueces resaltando el Consejo de la Magistratura. Sin embargo, el autor tras formular sus argumentos críticos a cada una de estas propuestas, concluye que ninguna de estas presenta soluciones completas; así, advierte: “Mientras la justicia siga teniendo la posibilidad de contradecir la voluntad de las mayorías en todo tipo de cuestiones y conserve el derecho de pronunciar la ‘última palabra’, tendremos que seguir hablando de las tensiones entre la ‘justicia’ y la ‘democracia’”.³

Dentro de los capítulos quinto y sexto, el autor examina la tradición que en su criterio es la más prometedora, a la que él denomina —genuinamente— radical. En virtud de aquella tradición se sostiene que la ciudadanía debe ser consultada para la consecución de decisiones políticas, no obstante reconoce que las consultas a la ciudadanía no garantizan la imparcialidad de las decisiones. En esta línea, se refiere

3 *Ibíd.*, p. 138.

a un sistema democrático deliberativo caracterizado por el debate y el intercambio de argumentos en todos los puntos de vista. De tal manera, considera que el poder judicial es un órgano destinado a reafirmar o perfeccionar la voluntad popular, para lo cual distingue la moral pública y privada, concluyendo que la voluntad mayoritaria no debe intervenir en cuestiones relativas a la moral privada.

En el capítulo séptimo, Gargarella expone un análisis sobre tres argumentos para fortalecer la tradición radical. La primera cuestión es el reenvío de leyes desde el poder judicial al legislativo, para fomentar el diálogo entre los poderes. La segunda, la posibilidad de fortalecer la vinculación entre los grupos sociales minoritarios y los jueces; y, la tercera, las reformas políticas adecuadas de carácter parlamentario o extraparlamentarias.

En las últimas secciones de la obra, el autor nos conduce a una mirada de la experiencia jurisprudencial estadounidense, española y argentina. De este examen, concluye que la tradición judicial española se caracteriza por ser firme y crítica frente a los gobernantes mientras que la argentina ha sido dependiente del poder político.

Para finalizar conviene citar al propio Roberto Gargarella, quien acertadamente responde su cuestionamiento ¿por qué tiene sentido estudiar este tema?: “Tiene sentido porque, según entiendo, se trata de la puerta de entrada a una cantidad de temas institucionales de primera importancia, que además nos fuerza a reflexionar sobre teoría democrática, filosofía política, diseño institucional, psicología política, teoría constitucional, en asuntos cruciales”.⁴

4 *Ibíd.*, p. 18.

Palestra
Extramuros

LUIGI FERRAJOLI

Cultura jurídica
y paradigma
constitucional
La experiencia italiana
del Siglo XX

PALESTRA

Palestra Editores
Lima, 2010

Luigi Ferrajoli

Cultura jurídica y paradigma constitucional: la experiencia italiana del siglo XX

Por Diego Núñez Santamaría ¹

Durante mi estancia en Perú debido a mis estudios tuve la oportunidad de conocer en Lima la calle Azángaro, ubicada junto a la bellísima edificación de la Corte Suprema de Justicia. Azángaro no es precisamente famosa por sus librerías jurídicas, pero allí me encontré con un libro cuyo título me cautivó: *Cultura jurídica y paradigma constitucional* de Luigi Ferrajoli, obra no solo fascinante sino enriquecedora.

En esta obra Ferrajoli distingue que la cultura jurídica está compuesta por tres elementos: el primero, las producciones dogmáticas conformadas por un conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por filósofos y juristas de una época; el segundo, los modos de pensar el derecho y las ideologías de los operadores jurídicos; y el tercero, los sentidos cotidianos de una sociedad sobre el derecho y las distintas instituciones jurídicas. En síntesis, la cultura jurídica es la idea predominante de cómo se entiende y concibe al derecho en un lugar y tiempo determinado.

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador y magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú. En la actualidad trabaja en el equipo de investigación y capacitación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

Ferrajoli desempolva la historia del constitucionalismo italiano del siglo XX, para entender de mejor manera la cultura jurídica garantista que se desarrolló en este país europeo. El autor inicia revisando que la cultura jurídica del liberalismo ilustrado del siglo XIX tuvo un fuerte revestimiento del derecho natural, sin embargo, a finales del siglo XIX la cultura jurídica cambió con una fuerte influencia de la escuela pandectista alemana. A través del pandectismo se utilizaron las instituciones del derecho romano reelaboradas para aquellas épocas. De esta forma, la cultura jurídica predominante argumentaba que la doctrina jurídica era una ciencia que solo podía ser manejada por los técnicos jurídicos. Esto produjo una autonomía de la ciencia jurídica, haciendo que el derecho se volviera a-valorativo y a-político.

En cuanto al concepto del Estado predominaba la teoría del Estado persona que miraba a los derechos como autolimitaciones del mismo, por lo que bien podía disponer sobre ellos en cualquier momento. Todas las ramas del derecho tendieron a actualizarse hacia el pandectismo, dejando a un lado la exégesis y considerando como anticuado todo aquello que no se sumó a esta cultura jurídica.

Luego, en la época del fascismo la cultura jurídica a-valorativa y neutra permitió que se implementara un Estado autoritario y corporativista. Si bien la cultura jurídica no tenía afanes autoritarios, pero su autonomía del mundo político consintió los postulados fascistas. La legislación italiana se inundó de textos autoritarios en los que se podía ver que se transformó el principio del *in dubio pro reo* por el *in dubio pro republica*; además se reintrodujo la pena de muerte, se implementaron delitos de opinión y delitos contra la personalidad del Estado.

Luego de la etapa fascista, Italia transcurrió un momento histórico en el que se formaron acuerdos trascendentales que fundaron la Constitución de 1948. Con esta se rompió definitivamente con el fascismo y se plasmó el compromiso de la población hacia una convivencia civil. Por primera vez en Italia se forma una Constitución material que informa a todo el ordenamiento jurídico, determinando la validez de las normas infraconstitucionales y la garantía de los derechos. La nueva Constitución pretendía abrir una nueva cultura jurídica, sin embargo, en la práctica hubo una resistencia de los operadores jurídicos que imposibilitó el pleno desarrollo de la Constitución. En la interpretación judicial consideraban a

la Constitución como una norma programática vaciándola de su contenido sustancial.

Pero en las décadas de 1960 y 1970 la apertura de nuevas traducciones académicas, la recepción de la politología, sociología y filosofía analítica hicieron un redescubrimiento de la Constitución tomando en serio los derechos. Dentro de la misma magistratura se generó el debate del nuevo papel del juez considerando que deben aplicar directamente la Constitución, reenviar a la Corte Constitucional las leyes que no pueden tener una interpretación constitucional e interpretar la legislación conforme a la Constitución.

Los avances en la cultura jurídica fueron evidentes, sin embargo las décadas de 1980 y 1990 evidenciaron nuevos retos provocados por la degeneración de la representatividad política y el desarrollo de un infra Estado clandestino coludido por mafias. De esta forma, se vio que la Constitución se convirtió en un obstáculo para estos grupos.

Esta obra, si bien recoge los antecedentes históricos del constitucionalismo italiano —del cual Ecuador también ha sido influido— genera en el lector varias interrogantes, entre ellas: ¿En qué momento se encuentra el constitucionalismo ecuatoriano? ¿Tal vez la Constitución 2008 es aquella que pretende romper la vieja cultura jurídica que aún opone resistencia?

Colaboradores

Pamela Aguirre Castro. Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador; diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, UASB-E; magíster en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Candidata doctoral por la UASB-E. Profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). En la actualidad, Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

Jorge Benavides Ordóñez. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho Constitucional y máster en Filosofía y Cultura Moderna, Universidad de Sevilla, España. Diploma superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Profesor en la Universidad de las Américas y Universidad de Los Hemisferios; profesor invitado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. En la actualidad, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Jhoel Escudero Soliz. Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, doctor en Jurisprudencia, abogado y mediador, Universidad Central del Ecuador; máster en Derecho, mención Derecho Constitucional y candidato a doctor, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Actualmente, coordinador de investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC); profesor de la Especialización en Derecho Constitucional, UASB-E.

María del Carmen Maldonado Sánchez. Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; magíster en Cooperación Internacional, Universidad Complutense de Madrid. Ha sido profesora universitaria en la Universidad de las Américas, Universidad SEK, Universidad Del Pacífico. En la actualidad, jueza de la Corte Constitucional del Ecuador.

Ruth Gabriela Melo Flores. Magíster en Gobierno y Cultura de las Organizaciones, Universidad de Navarra- España. Abogada, Universidad San Francisco de Quito-Ecuador. Asesora de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

Wendy Molina Andrade. Abogada, Universidad Internacional del Ecuador; especialista superior en Derecho Administrativo Universidad Andina Simón

Bolívar; doctora, Universidad Internacional del Ecuador. Profesora universitaria de posgrado en la Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad Estatal de Guayaquil; en pregrado Universidad Central del Ecuador y Universidad Estatal de Bolívar; profesora invitada en la Universidad de Pisa, Italia. En la actualidad, vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador

Diego Núñez Santamaría. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador y magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú. En la actualidad trabaja en el equipo de investigación y capacitación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Patricio Pazmiño Freire. Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. Ha ejercido la docencia en Programas de Maestría en Derecho Constitucional, cátedra Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador y Bolivia y en la Universidad Estatal de Guayaquil. Fue presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008); presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición (2008-2012). En la actualidad, presidente de la primera Corte Constitucional del Ecuador (2012-2015).

Esteban Polo Pazmiño. Licenciado en ciencias jurídicas y abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

Alfredo Ruiz Guzmán. Abogado, magíster y especialista en Procedimientos Constitucionales, Universidad de Guayaquil. Ha sido decano de la Facultad de Jurisprudencia y profesor en la Universidad de Guayaquil. En la actualidad, juez de la Corte Constitucional del Ecuador.

Fabián Soto Cordero. Magíster en Derecho (c) y especialista superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de los juzgados y tribunales de la República, Universidad Central del Ecuador. En la actualidad trabaja en el equipo de investigación y capacitación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

Ximena Velasteguí Ayala. Doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Máster en Derecho, mención Derecho Internacional Económico, y Diploma Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

umbral

Revista de Derecho Constitucional

Política editorial & Normas de publicación

Política editorial & Normas de publicación

Política editorial

Umbral, revista de publicación semestral, recibe artículos entre octubre y noviembre para incluirlos en la primera edición del año, y entre abril y mayo para la segunda edición. Los artículos deben ajustarse a la política editorial y a las normas de publicación.

De preferencia los artículos deben presentar resultados o avances de investigación en derecho constitucional ecuatoriano y comparado, derechos humanos. También se aceptan ensayos sobre teoría del derecho o historia del derecho constitucional sustentados en bibliografía especializada, análisis de coyuntura nacional o internacional con orientación académica.

Las secciones de revista *Umbral* son las siguientes:

- **Debate y reflexión.** Incluye artículos cuyo enfoque motiva la discusión sobre la base de argumentos del pensamiento y realidad nacional e internacional.
- **Jurisprudencia.** Presenta artículos de la jurisprudencia como fuente del derecho, criterios de interpretación de las normas, instrumentos jurídicos, etcétera.

- **Reseñas.** Presenta reseñas o comentarios críticos sobre libros relacionados con las ciencias jurídicas, derechos humanos u otras disciplinas de las ciencias sociales.
- **Entrevistas.** Presenta diversos puntos de vista sobre el derecho constitucional.

Normas de publicación

1. Criterios de admisibilidad y elegibilidad de los artículos o ensayos

Idioma. Español.

Calidad. Serán escogidos aquellos cuya calidad técnica, carácter crítico e innovador y relevancia del tema desarrollado se destacan.

2. Autoría

- El artículo o ensayo debe ser original.
- En el caso de ensayos no inéditos, es decir, que han sido publicados anteriormente, el autor o autores son responsables de gestionar la respectiva autorización y remitir las referencias de la publicación previa a la Coordinación de Publicaciones del CEDEC.

- El autor debe autorizar expresamente su publicación.
- Se indicará claramente el título del trabajo, luego del cual irán el o los nombres y apellidos del autor o autores.
- Junto al trabajo, el autor o autores enviarán su hoja de vida abreviada.

3. Consideraciones generales

- El artículo o ensayo no podrá contener más de diez palabras. Los editores se reservan el derecho de modificarlo previo acuerdo con el autor.
- Los ensayos incluirán un resumen del contenido de no más de 10 líneas, y un máximo 5 palabras clave (*key words*) que describan globalmente los temas tratados.
- Deben estar escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word versión 2010 (o inferiores), con tipo de letra *Calibri*, tamaño 12 puntos, en una sola cara a espacio sencillo.

Extensión del artículo:

Detalles	Extensión Mínima	Extensión Máxima
Páginas	10	20
Palabras	5.000	10.000
Caracteres sin espacios	30.000	60.000
Caracteres con espacios	34.000	68.000

Gráficos y diagramas que contengan los trabajos se enviarán con archivos de respaldo en cualquiera de los formatos siguientes: jpg, eps, gif o psd.

Se recomienda indicar con claridad la jerarquía de títulos y subtítulos. Por ejemplo:

Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

César Landa Arroyo

Derechos procesales

1. Naturaleza del derecho procesal constitucional
2. Debido proceso y tutela judicial efectiva
3. Debido proceso
 - 3.1. Concepto
 - 3.2. Dimensiones: debido proceso formal y sustantivo
 - 3.3. Diferencia con el derecho a la tutela judicial efectiva
 - 3.4. Ámbito de aplicación
 - 3.5. Derechos integrantes del debido proceso
 - 3.6. Principios integrantes del debido proceso
4. Derecho a la tutela judicial efectiva

El autor o autores deben consignar su dirección y demás datos de ubicación, con el propósito de notificar la recepción de los trabajos, así como cualquier otro requerimiento del CEDEC.

4. Elaboración de bibliografía o lista de textos consultados

Estas pautas sirven para las referencias bibliográficas que van como notas al pie, o como bibliografía final, en los libros y revistas.

El ejemplo siguiente corresponde a una entrada sobre un libro escrito por un solo autor. Se presentan los componentes con una estructura lógica y puntuación, de la que se derivan las otras formas con sus respectivas variantes de elaboración de bibliografía.

Apellido del autor, Nombre del autor.
Título del libro (a partir de la segunda, incluir el dato de la edición). Lugar de publicación, editorial, año de publicación.

a) Un solo autor

Gargarella, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.

b) Una antología o compilación

Antón Mellón, Joan, ed. *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid, Tecnos, 2.^a ed., 2012.

Fernández, Arturo y Cecilia Lesgart, comps. *La democracia en América Latina*. Rosario, Homo Sapiens Ediciones, 1.^a ed., 2008.

c) Dos o más libros escritos por el mismo autor

Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2000.

_____. *El tercero ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.

d) Dos o tres autores

Habermas, Jürgen y Jhon Rawls. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona, Paidós, 1998.

Mossset Iturraspe, Jorge, Tomás Hutchinson y Edgardo Alberto Donna. *Daño Ambiental*, t. I. Buenos Aires, 2.^a ed., ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

e) Más de tres autores

Wray, Alberto et al. *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*. Quito, Abya Yala, 1993.

f) Un trabajo publicado en una antología

Martínez Dalmau, Rubén. “De Punto Fijo a la constituyente. Los bolivarianos, entre la acción y la reacción”. *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*. Coord. Juan Torres López. Barcelona, Icaria, 2006.

5. Artículos en publicaciones periódicas

“En el caso de los artículos escritos en publicaciones periódicas (diarios, revistas, especializadas, etc.) tales entradas tienen —y de aquí se derivan todas las otras formas— los siguientes componentes.”

Apellido del autor, Nombre del autor.
“Título del artículo”. Nombre de la publicación (lugar de publicación), número (fecha de publicación): número de las páginas en las que se encuentra el artículo.

a) Publicación académica con paginación diversa en cada número

Domènech, Antoni. “Ortega y el ‘niño mimado de la historia’. O qué se puede aprender políticamente del uso incongruo de una metáfora conceptual”. *Revista Sin Permiso* (Barcelona), 2 (2007): 77.

b) Publicación académica con paginación continuada a lo largo de todo un volumen

Seijas Rengifo, Teresa de Jesús. “The disregard of the legal entity”. *Revista*

de Derecho y Ciencia Política (Lima), 64.1-2 (2007): 399.

En este caso el “64.1-2” significa “volumen 64”, “números 1 y 2”.

c) *Publicación académica identificada solo por número*

Welp, Yanina. “El referendo en América Libre. Diseños institucionales y equilibrios de poder”. *Revista Nueva Sociedad* (), 228 (2010): 26-42.

d) *Artículo en una revista*

Rojas Bolaños, Manuel y Rotsay Rosales Valladares. “Democracia electoral y partidos políticos en Centroamérica. Heterogeneidad y trayectorias inciertas”. *Revista Sistema*. (Madrid), 208-209 (enero 2009): 193-209.

6. Trabajos de otras fuentes

a) *De Internet*

Sandoval Carrión, Iván. “Ver morir a Froilán”. Editorial. *El Universo* (12 octubre 2010). Internet. www.eluniverso.com. Acceso: 16 junio 2011.

“Gerardo Pisarello”. Internet. www.trotta.es. Acceso: 15 abril 2011.

“El alza de tarifas llegó a las cortes”. *El Comercio* (17 junio 2011) Internet. www.elcomercio.com. Acceso: 18 junio 2011.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Internet. www.uv.es. Acceso: 13 abril 2011.

b) *De un correo electrónico (e-mail)*

Romero Flores, Miguel. Correo electrónico al autor. 14 marzo 2013.

7. Textos normativos

Las referencias de textos normativos nacionales indicarán, en la primera referencia, el título de la ley en cursivas, el número de Registro Oficial y la fecha de publicación. En caso de referencias normativas internacionales se indicará el título de la norma en cursivas y en lo posible, el año de publicación.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449, 20 octubre 2008.

Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989, Conferencia General de la OIT, ratificado por el Ecuador el 15 mayo 1998.

Las referencias de sentencias deberán contener al menos los siguientes datos: Institución y país, tipo de acción, número, año, página o páginas y juez ponente.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia n.º 001-10-SIN-CC*, 2010, p. 59, juez ponente: Patricio Pazmiño Freire.

Las referencias de sentencias reiteradas contendrán a más de la información arriba indicada una frase indicativa.

Jurisprudencia reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-424 de 1992,

magistrado ponente: Fabio Morón Díaz; T-596 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón; T-273 de 1993, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

8. Uso de varios recursos

a) *Notas al pie de página*

Se presentarán de acuerdo con la estructura indicada en “Elaboración de bibliografía o lista de textos consultados”.

b) *Citas consecutivas*

Cuando la nota o cita bibliográfica corresponde al mismo autor y obra citada anteriormente, se utilizará el latinismo *ibíd.*, que significa ‘allí mismo, en el mismo lugar’.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985, p. 39.

Ibíd.

Ibíd., p. 95

c) *Citas textuales de hasta cuatro renglones*

Se escribirán entre comillas y seguido al texto. Ejemplo:

En su análisis de las decisiones discrecionales, por ejemplo, Joel Handler ha mostrado en qué forma “la dominación que surge de las exigencias de la tarea burocrática encuentra un hogar acogedor en las ideologías de las profesiones”.

d) *Citas textuales de más de cuatro renglones*

Cuando las citas textuales excedan los cuatro renglones, deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra menor (un punto menos), con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después. Si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes. No hace falta utilizar comillas. Ejemplo:

Por tanto, y como bien señala Claudia Mosquera:

Las acciones afirmativas son más una llamada de atención a la sociedad como conjunto que ha practicado el olvido, y que ha permanecido en silencio o en la indiferencia ante el hecho de que un buen número de ciudadanos y ciudadanas racializadas permanezcan en situaciones de exclusión pudiendo aportar mucho más al desarrollo, a la profundización de la democracia y a la convivencia social en el país.

e) *Cursiva*

- En locuciones latinas. Por ejemplo:

In dubio pro homine
Pacta sunt servanda
Ratio decidendi

- Palabras en otros idiomas. Por ejemplo:

Affaire
Leitmotiv
Sumak kawsay

umbral

La existencia de un sistema democrático implica necesariamente contar con una justicia constitucional fuerte e independiente, en la medida en que gracias a su actuación efectiva se garantiza la supremacía constitucional, así como los derechos y garantías ciudadanas en ella recogidos; de ahí que aparece como una afirmación ampliamente difundida, la consideración de observar a los derechos como aquellos elementos esenciales que permiten la democracia, pero que a la vez son su resultado.

Es en ese contexto, donde se inscriben los esfuerzos que realiza la Corte Constitucional en su lucha por la vigencia del Estado constitucional, por eso este número 3 de Revista Umbral, bajo el título general *Garantías jurisdiccionales y derechos constitucionales*, pretende precisamente engarzar el análisis teórico reflexivo con la jurisprudencia emitida por el máximo órgano de control e interpretación constitucional.



- Cuando se quiera resaltar o poner énfasis en alguna palabra o idea. Por ejemplo:

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...

Su utilización será excepcional dentro del texto. No se utilizarán negritas ni subrayados.

f) *Abreviaturas (recomendadas)*

capítulo, cap.
compárase, cf.
compilador, comp.
edición o editor, ed.
ibídem, *ibíd.*
número, n.º
organismo no gubernamental, ONG
página, p.
páginas, pp.
por ejemplo, p. ej.
tomo, t.
traducción o traductor, trad.
volúmenes, vols.
y otros, *et al.*
y siguientes, ss.

g) *Siglas*

Para la escritura de siglas se utilizará la primera vez el nombre completo a la que hace referencia, y a partir de la segunda mención a dicha sigla, abreviaturas en mayúsculas. Por ejemplo:

En agosto de 2009, los directivos del Fondo Monetario Internacional (FMI) se reunieron para discutir sobre la

situación económica que atraviesa América del Sur, como consecuencia de la crisis mundial.

De acuerdo con sus atribuciones, FMI considera oportuno pronunciarse ante...

En las abreviaturas de más de 5 letras se utilizarán la letra inicial irá en mayúsculas y las restantes en minúsculas. Por ejemplo:

Mercosur
Unasur
Unesco

9. Consideración final

Con el fin de asegurar de que las publicaciones alcancen los fines propuestos con el más alto nivel, el CEDEC por intermedio de la Coordinación de Publicaciones evaluará los trabajos y realizará las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crea necesarias.

10. Recepción de los artículos

Se remitirán a la dirección electrónica siguiente: publicaciones@cce.gob.ec. También podrá hacérselo en CD a la dirección postal:

Corte Constitucional del Ecuador

Centro de Estudios y Difusión del
Derecho Constitucional (CEDEC)
Iñaquito E3-92 y Av. Amazonas
Quito - Ecuador

— umbral —