



VNIVERSITAT  
DE VALÈNCIA

**La acción extraordinaria de protección en Ecuador:  
cuestiones de legitimidad y eficacia**

**Tesis Doctoral**

Presentada por Leoncio Patricio Pazmiño Freire

Director

Roberto Viciano Pastor

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Constitucional

Programa de Doctorado

*“La Europa de las libertades”*

2014

## **ÍNDICE**

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. EL MARCO TEÓRICO CLÁSICO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONALIDAD Y SU ACTUALIZACIÓN .....</b>	<b>7</b>
I.1 LAS CONDICIONES MATERIALES Y LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL DEBATE CLÁSICO .....	10
<i>I.1.1 El constitucionalismo burgués como estructura jurídico política         del capitalismo industrial.....</i>	<i>10</i>
<i>I.1.2 El paradigma paleopositivista y el constitucionalismo monoclasa .....</i>	<i>17</i>
<i>I.1.3 Los términos del debate: .....</i>	<i>21</i>
<i>I.1.3.1 El problema del origen .....</i>	<i>21</i>
<i>I.1.3.2 La cuestión de la rigidez.....</i>	<i>35</i>
<i>I.1.3.3 La objeción contramayoritaria .....</i>	<i>51</i>
<i>I.1.3.4 La idea del legislador negativo y el impacto del reconocimiento             constitucional de los derechos fundamentales .....</i>	<i>73</i>
I.2 CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LAS CONDICIONES MATERIALES Y LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL DEBATE CLÁSICO (SÍNTESIS) .....	83
<b>CAPÍTULO II. LEGITIMIDAD Y EFICACIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO .....</b>	<b>94</b>
II.1 CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL .....	97
II.2 DELIMITACIÓN MATERIAL: SU EXPLICACIÓN HISTÓRICA .....	103
II.3 PARADIGMAS INTERPRETATIVOS: CONSTITUCIONALISMO LIBERAL DE TERCERA GENERACIÓN, CONSTITUCIONALISMO LIBERAL DE SEGUNDA GENERACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO DE TRANSICIÓN .....	126
II. 4 EL PAPEL DE LOS DERECHOS EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO .....	160
II.5 LA ESTRUCTURA DE PODERES EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO .....	170
II.6 EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO: CUESTIONES DE LEGITIMIDAD Y EFICACIA .....	176
<b>CAPÍTULO III. LEGITIMIDAD Y EFICACIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR.....</b>	<b>182</b>
III.1 LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO .....	183
<i>III.1.1 Antecedentes.....</i>	<i>183</i>
<i>III.1.2 La regulación constitucional.....</i>	<i>189</i>
<i>III.1.3 El desarrollo legislativo .....</i>	<i>211</i>

III.2 LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN .....	222
III.2.1 <i>El papel de la jurisprudencia en el surgimiento de la Corte</i> <i>Constitucional: cuestiones de legitimidad</i> .....	227
III.2.2 <i>El Oficio Nro. 002-CC-SG</i> .....	228
III.2.3 <i>Análisis jurídico-constitucional</i> .....	238
III.3 EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL DESARROLLO DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL: CUESTIONES DE LEGITIMIDAD Y EFICACIA (SÍNTESIS).....	250
<b>CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN .....</b>	<b>282</b>
IV.1 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL, LEGAL Y REGLAMENTARIA Y NATURALEZA JURÍDICA .....	284
IV.2 CUESTIONES DE LEGITIMIDAD .....	324
IV.2.1 <i>Los métodos de interpretación</i> .....	325
IV.2.2 <i>Las decisiones de fondo: la interpretación de los</i> <i>derechos constitucionales</i> .....	327
IV.2.2.1 <i>Derecho al debido proceso</i> .....	328
IV.2.2.2 <i>Seguridad jurídica</i> .....	332
IV.2.2.3 <i>El principio-derecho a la igualdad y</i> <i>la prohibición de discriminación</i> .....	333
IV.2.2.4 <i>El derecho al trabajo</i> .....	337
IV.2.3 <i>La relación entre la acción extraordinaria de protección y los procesos</i> <i>de selección y revisión</i> .....	339
IV.3 EL EJERCICIO MATERIAL DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN: CUESTIONES DE EFICACIA .....	341
IV.3.1 <i>Casos resueltos</i> .....	347
IV.3.2 <i>Tipo de legitimado activo</i> .....	349
IV.3.3 <i>Jurisdicción o tipo de procesos en los que se alega violación de</i> <i>derechos constitucionales</i> .....	353
IV.3.4 <i>Territorio</i> .....	355
IV.3.5 <i>Derechos constitucionales en que se fundamenta la activación de la</i> <i>acción extraordinaria de protección</i> .....	356
IV.3.6 <i>Forma en que se vulneran los derechos constitucionales</i> .....	359
IV.4 CUADRO RESUMEN DE LAS ACCIONES EXTRAORDINARIAS DE PROTECCIÓN ANALIZADAS .....	360
IV.5 PROPUESTA DE REFORMA (SÍNTESIS) .....	393
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>396</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>406</b>

# INTRODUCCIÓN

La presente Tesis Doctoral aborda el estudio de la acción extraordinaria de protección regulada en el artículo 437 de la Constitución del Ecuador que dice:

**Art. 437.-** *Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. 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.*

La acción extraordinaria de protección, en la medida en que enlaza instituciones tales como la cosa juzgada, los derechos fundamentales, la supremacía constitucional y el papel de la justicia constitucional, se encuentra en el centro mismo del debate sobre la legitimidad y eficacia de ésta.

Como sucede en otros países con instituciones análogas (amparo frente a sentencias, etc.) esta acción se mueve entre dos extremos igualmente peligrosos.

Por un lado, su consideración absolutamente excepcional con lo que se hace imposible la progresiva asunción de los valores constitucionales y, específicamente, de los derechos fundamentales por parte de la justicia ordinaria, con la consiguiente ruptura del orden jurídico y jurisdiccional en un universo ordinario en el que rige la ley y su interpretación por parte del juez ordinario conforme a paradigmas interpretativos paleopositivistas y legicéntricos; y un pequeño reducto de constitucionalidad para casos excepcionales en el que se aplican los principios y valores constitucionales por encima de la ley, desde un paradigma puramente constitucional y expansivo de los derechos.

Por otro, su conversión en una tercera instancia en la que terminan todos o la mayoría de los casos, saturando a la Corte y dividiendo el universo argumentativo en dos instancias regidas por la ley, y una tercera regida por la constitución.

Legitimidad y eficacia aparecen, así, como vasos comunicantes entre los que es preciso encontrar un equilibrio que permita la imposición constitucional de los valores y derechos constitucionales por parte de la Corte a la jurisdicción ordinaria, sin caer en una

inasumible carga de trabajo o en un automatismo rutinario de inadmisiones que sólo beneficia a los abogados litigantes.

Para tratar de determinar cómo está funcionando y cómo podría mejorarse dicho funcionamiento en el sistema constitucional ecuatoriano, se propone una investigación repartida en cuatro capítulos.

En el primero se analiza el marco teórico clásico de la justicia constitucional desde tres puntos de vista fundamentales para la caracterización de una propuesta teórica y práctica para la interpretación y mejora de la acción extraordinaria de protección.

En concreto, se trata de analizar, por un lado, cuáles son las bases materiales en las que se desarrolla el debate, es decir, cuáles son los condicionantes de orden histórico, político, económico y cultural que subyacen a las posturas de autores como Kelsen, Schmitt o Bryce. Por otro, cuáles son los paradigmas teóricos que utilizan estos autores en su argumentar: legicentrismo, paelopositivismo, consideración política de la constitución, etc.

En segundo lugar, se analizan cuáles son los términos del debate, haciendo hincapié en cuatro cuestiones fundamentales. El problema del origen o surgimiento de la justicia constitucional, desde el punto de vista de su legitimidad de origen. El problema de la así llamada objeción contramayoritaria, es decir, el problema de la legitimidad de ejercicio en el contraste entre una legitimación democrática más o menos directa del poder legislativo y una legitimidad técnica del poder judicial, en diferentes momentos históricos. La configuración de la rigidez constitucional como supuesto teórico del control abstracto de constitucionalidad y su traducción jurídico positiva. Y, por último, la progresiva inserción en el debate de la cuestión de los derechos fundamentales, primero en su dimensión subjetiva y luego en su dimensión objetiva (o de irradiación).

Por último, en este primer capítulo, se procederá a una revisión crítica de estos presupuestos materiales y teóricos y, a partir de la misma, a una reformulación crítica de los términos del debate antes mencionado. Es decir, origen, carácter contramayoritario, rigidez y papel de los derechos.

El capítulo segundo trata de aplicar las conclusiones obtenidas en el primero al caso concreto del constitucionalismo latinoamericano democrático. Se estudian en este capítulo seis cuestiones fundamentales.

Se comienza con una delimitación terminológica y conceptual del nuevo constitucionalismo democrático, distinguiéndolo de otras terminologías y conceptos afines como nuevo constitucionalismo, neoconstitucionalismo, etc.

Si este primer apartado opera una suerte de definición por comprensión, el segundo se detiene en su definición por extensión. Es decir, en la delimitación de los casos concretos cubiertos por el concepto, abordando algunos casos complejos (como el de la Constitución colombiana) y detallando el contexto histórico material subyacente a este movimiento, es decir, los rasgos de la llamada necesidad constituyente.

En el tercer apartado se pasa revista a algunos de los modelos interpretativos propuestos para este paradigma constitucional. En concreto, se distingue entre conceptualizaciones que podemos llamar de liberalismo de tercera generación, de estado social de segunda generación y de constitución de transición.

A partir de este análisis, se procede, como preparación para el apartado final, a estudiar el tema de la constitucionalización de los derechos y de la estructuración de los poderes en el constitucionalismo democrático latinoamericano. Pues, como ya se ha dicho, la justicia constitucional en el presente es la clave de bóveda donde se intersecta la cuestión de los poderes con la cuestión de los derechos.

En el último apartado de este segundo capítulo, por fin, se trata de categorizar la justicia constitucional en el constitucionalismo democrático latinoamericano, atendiendo tanto a su caracterización constitucional, como a su realidad material. En este sentido, se abordan tanto la cuestión de su instauración, en muchos casos marcada por las resistencias de diferentes actores políticos y constitucionales y las propias dificultades de integración; como lo relativo a su funcionamiento efectivo y su papel dentro de los nuevos sistemas constitucionales.

En el tercer capítulo se aplican las conclusiones de orden teórico del primer capítulo y de orden dogmático del segundo al análisis de la justicia constitucional en el caso ecuatoriano.

Se analizan los preceptos constitucionales y su desarrollo legislativo y reglamentario, buscando detectar la posible presencia de lagunas y antinomias. Se incluye el estudio de las tres fases existentes en el país, desde el antiguo Tribunal Constitucional del Ecuador, pasando por la Corte de Transición hasta llegar a la actual Corte Constitucional del Ecuador. En este sentido, resulta especialmente relevante el estudio de las propias decisiones jurisprudenciales de asunción pretoriana de competencias constitucionales.

Por último, se analiza el papel de la Corte Constitucional en el desarrollo del sistema constitucional ecuatoriano desde el punto de vista de la eficacia de su contribución.

El cuarto capítulo constituye el núcleo central el estudio de la Tesis Doctoral. En él se aplican las conclusiones teóricas del capítulo uno, las conclusiones dogmático comparadas del capítulo dos y el análisis constitucional de la Corte Constitucional del capítulo tercero a la caracterización de la acción extraordinaria de protección del artículo 347 constitucional. Se estudia su regulación constitucional, legal y reglamentaria para determinar tanto su naturaleza jurídica, como la potencial presencia de lagunas y antinomias.

De manera específica se trata el tema de la cosa juzgada y los problemas de legitimidad para el orden normativo que su relativización puede generar, tanto por exceso –conversión en una tercera instancia–, como por defecto –conversión en una suerte de *certiorari*–, aduciendo aquí experiencias comparadas de otros países como Estados Unidos o España; y lo relativo a la restauración efectiva de las violaciones

Se realiza un seguimiento a la evolución jurisprudencial de la institución mediante el análisis minucioso de las sentencias emitidas por la primera Corte Constitucional, tanto en lo relativo a sus procedimientos argumentativos como en lo que hace referencia a sus dimensiones sociológicas (demandantes, demandados, derechos alegados y reconocidos,

etc.) y se concluye con algunas propuestas de reforma para mejorar su legitimidad y eficacia.

**CAPÍTULO I: EL MARCO TEÓRICO CLÁSICO  
DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU  
ACTUALIZACIÓN**

La finalidad del presente capítulo no es tanto la de realizar una descripción histórica de las formas específicas en las que surge la justicia constitucional y de los debates que acompañaron dicho nacimiento<sup>1</sup>, sino la de fijar una serie de elementos en su marco histórico y jurídico, de manera que nos permitan construir una base de reflexión y comparación con su incorporación en el constitucionalismo latinoamericano democrático, que se aborda en el capítulo II.

En este sentido, se comenzará con una caracterización general del constitucionalismo en el que se inserta el fenómeno de la justicia constitucional para poner de relieve ciertos parámetros de comprensión de este fenómeno, destacando, específicamente, algunos elementos de orden teórico (como el paradigma paleopositivista o el constitucionalismo monoclasa) que sirvan para explicar el tipo de conflictividad asociado a la justicia constitucional clásica.

Igualmente, se abordan cuatro cuestiones concretas dentro de este orden ideas: el debate en torno al origen de la justicia constitucional, la cuestión de la rigidez como presupuesto del control de constitucionalidad, el surgimiento de la objeción contramayoritaria y su progresiva evolución y reformulación en diferentes contextos, y el concreto papel que los derechos fundamentales desempeñan dentro de este tipo de constitucionalismo.

En el segundo apartado, en cambio, se somete este planteamiento a una primera crítica que pretende elucidar las constricciones materiales de elaboración de esta doctrina y las limitaciones teóricas del paradigma empleado, todo ello como preparación del análisis de la justicia constitucional en el nuevo escenario social y teórico del constitucionalismo latinoamericano actual, marcado, precisamente, por una base material muy diferente y un sistema de elaboración constitucional que, según se sostendrá, aspira a superar muchos de los elementos del sistema clásico.

Como es natural, se trata de una cuestión muy amplia por lo que se seleccionarán aquellos aspectos que resulten más relevantes para entender los problemas de legitimidad

---

<sup>1</sup> Sobre lo que existe, además, una inagotable bibliografía, parte de la cual se considerará en páginas sucesivas. Véase, por ejemplo, ACOSTA Sánchez, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.

y eficacia en el contexto de la acción extraordinaria de protección del Ecuador, objeto central de la presente Tesis.

### I.1 Las condiciones materiales y los presupuestos teóricos del debate clásico

#### I.1.1 *El constitucionalismo burgués como estructura jurídico política del capitalismo industrial*

Para abordar adecuadamente el problema clásico de la legitimidad y eficacia de la justicia constitucional, debemos empezar por señalar que ésta no nace en un vacío histórico o teórico, sino que se inserta directamente en las estructuras jurídico constitucionales promovidas por el constitucionalismo liberal-burgués, a partir de los primeros años del s. XIX.

Se trata, como es sabido<sup>2</sup>, de un modelo de organización jurídico-política, surgido de las luchas revolucionarias contra el Absolutismo en Francia y, en parte, en Estados Unidos, que trata de superar algunas de las limitaciones estructurales que el *Ancien Régime* imponía, de un lado, al desarrollo de las fuerzas productivas, de otro, a las capacidades de dirección del gobierno y, por último, a las aspiraciones políticas de las ascendentes clases burguesas<sup>3</sup>.

Efectivamente, aunque el Estado Absoluto había creado las precondiciones para el desarrollo capitalista, instaurando un mercado único nacional de tamaño suficiente al suprimir el particularismo jurídico medieval, atesorando los recursos financieros necesarios para el primer desarrollo del capital gracias a su política económica mercantilista e igualando al conjunto de habitantes en la categoría formal de súbditos frente a la vieja categorización en señores, siervos y vasallos del orden feudal; sin embargo, constreñía las posibilidades de desarrollo de las fuerzas productivas, especialmente, en relación con dos de sus factores esenciales: la tierra y el trabajo.

Sobre la tierra operaba una doble limitación, subjetiva y objetiva, que suponía, en la práctica, su consideración de *res extra commercium* y, por tanto, la exclusión del recurso más valioso (hasta la revolución industrial) del mercado capitalista. Esta exclusión subjetiva se manifestaba, según las modalidades locales, bien en una patrimonialización

---

<sup>2</sup> Véase, por todos, CABO Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, vol. II, *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, Barcelona, PPU, 1993.

<sup>3</sup> En general, véase JESSOP, Bob, *Putting Capitalist State in its Place*, Polity, Cambridge, 1990.

de todos los bienes inmuebles en cabeza del Soberano, bien en su asignación en forma hereditaria a las clases aristocráticas. Desde el punto de vista objetivo, toda propiedad era considerada en forma más o menos usufructuaria, en la medida en que aparecían sumamente limitadas las facultades de uso extintivo y enajenación, puesto que se partía de una vinculación hereditaria de los bienes, que “perteneían” antes a la casa señorial que a la persona individual de su titular.

Frente a esta primera limitación se levantarán tanto los discursos en términos de derechos, como los que encabezará John Locke, como el discurso civilista que culminará en *Le Code*, a través de una particularísima interpretación del derecho romano de propiedad (el *ius quiritium*) y sus evoluciones medievales<sup>4</sup>. Interesa destacar desde ahora esta doble faceta del proyecto revolucionario liberal, en términos, por un lado, de derechos y, de otro, de apropiación patrimonial. Es decir, la mezcla de dos lógicas antitéticas (universalista, la una; particularista, la otra<sup>5</sup>) mediante un cierto instrumental jurídico que culmina, en último término, en la constitución como instrumento de ordenación jurídico-política de la comunidad. Aunque desde un punto de vista histórico, pueden separarse cada una de estas atribuciones, distinguiendo el “mito de lo universal” de la burguesía del que hablara J. Paul Sartre<sup>6</sup>, desde un punto de vista conceptual, el constitucionalismo liberal aparece para las generaciones sucesivas como esa mezcla inescindible de elementos potencialmente contradictorios (como lo son, en otra dimensión paralela, sus potencialidades democráticas, con sus impulsos liberales limitadores del poder).

El trabajo, por su parte, en tanto que asociado a la tierra en un largo proceso que condujo del colonato tardorromano a la servidumbre feudal, impedía la movilización de estos recursos al servicio de la producción y el mercado capitalista, al suprimirles tanto la movilidad, como la especialización o la diversificación del consumo. Será ésta, justamente, una de las banderas del constitucionalismo en todas las latitudes. Al punto de que, en la retórica política, constitucionalismo y servidumbre aparecerán como

---

<sup>4</sup> Cf. GARNSEY, Peter, *Thinking about property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión, de manera sumamente completa y compleja, FERRAJOLI, Luigi, “Derechos Fundamentales” en FERRAJOLI, Luigi y otros (G. Pisarello y A. de Cabo, comp.), *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 19-56.

<sup>6</sup> SARTRE, J. Paul, “Presentación” al número 1 de la Revista *Les Temps Modernes*, 1945. Para un análisis muy fino de los avances y retrocesos del proceso derivado de las revoluciones burguesas, véase PISARELLO, Gerardo, *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2012, especialmente, pp. 51-118.

expresiones antitéticas. Desde un punto de vista más técnico, las revoluciones burguesas van a operar la supresión de los estatutos personales<sup>7</sup> y a sustituirlos por los principios de libertad formal e igualdad ante la ley. Mediante esta conversión, expresada, nuevamente, en términos de derechos (*liberté, égalité*) se posibilitaría la incorporación de los trabajadores al mercado de trabajo, y mediante la equiparación de la relación laboral con el arrendamiento (*locatio operis*), la conversión de la fuerza de trabajo en mercancía, que es una de las tareas estructurales de los estados capitalistas.

En segundo lugar, las revoluciones burguesas van a tratar de superar la limitación en términos de técnicas de gubernamentalidad<sup>8</sup>, en particular, en lo relativo a la capacidad de procesamiento operativo de la información<sup>9</sup>. Aunque el Estado Absoluto había avanzado mucho en ciertas técnicas de la gubernamentalidad como la encuesta, etc. al punto de que son típicos de aquéllos los relevamientos de la riqueza nacional en los que se van a basar, en último término, las técnicas modernas de control demográfico, estadístico y contable de los estados capitalistas, existía un creciente déficit en términos de capacidad de procesamiento político de la información.

Las cortes en torno a los soberanos en las que se forjaban las decisiones públicas carecían de los instrumentos de acopio y gestión de la información necesarios para determinar las políticas óptimas para defender los intereses de las clases a las que representaban. Es decir, carecían tanto de la sensibilidad para detectar los problemas, como de la rapidez necesaria para intervenir frente a ellos<sup>10</sup>. Las clases aristocráticas y los *corps intermédiaires* en los que se apoyaban carecían de la capilaridad necesaria como para aportar el suficiente caudal de información a los órganos directivos (soberanos, validos, favoritos) y éstos, a su vez, carecían del músculo burocrático requerido para su procesamiento, formación de políticas, ejecución y control y seguimiento.

---

<sup>7</sup> Sobre la noción jurídica de estatuto personal, véase, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., Editorial Trotta, Madrid, 2010, vol. 1, pp. 176-178.

<sup>8</sup> Para el concepto de técnicas de gubernamentalidad, véase, FOUCAULT, Michel, “La “gubernamentalidad”” en FOUCAULT, Michel, *Estética, ética y hermenéutica*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 175-198.

<sup>9</sup> Se sigue aquí, en lo esencial, la propuesta de Jessop citada en la nota 3, *supra*.

<sup>10</sup> Estas dificultades se van a hacer endémicas en los estados capitalistas y están en la base de la crisis de los parlamentos desde los años setenta y del giro mercantilizador de las formas de gobierno de carácter neoliberal asociado al Consenso de Washington.

Nuevamente, en una forma típica de esta peculiar amalgama de lo privado y lo público<sup>11</sup>, de lo universal y lo particular que es el constitucionalismo burgués, esta exigencia se va a traducir constitucionalmente en la imposición de formas representativas de gobierno<sup>12</sup>. Éstas se van a comprender, simultáneamente como formas de expresión de derechos políticos y de autodeterminación (“*no taxes without representation*”) y como técnica de ejercicio del poder, insertándose en un modelo *à la Montesquieu* de división de poderes y democracia elitista. En todo caso, lo que interesa ahora es cómo los parlamentos aumentaron exponencialmente el volumen de información necesaria para la adopción del modelo de gubernamentalidad requerido por los estados liberales. Ello se complementaría con el robustecimiento y profesionalización de los aparatos burocráticos, que no dejarían de crecer y perfeccionarse en los siguientes doscientos años, superando su dependencia de la (potencialmente) limitada aportación de las segundas líneas de iglesia y aristocracia.

Íntimamente relacionada con lo anterior, está la cuestión netamente política de la ocupación de los órganos directos del aparato estatal. Este acercamiento resulta esencial para comprender lo que se dirá en el epígrafe siguiente sobre el paradigma jurídico y constitucional que aparece en el estado liberal burgués.

Efectivamente, como es sabido, el Estado Absoluto se caracterizaba, desde el punto de vista político, por una concentración máxima del poder en el Soberano y un reparto de funciones y prebendas políticas entre un reducido grupo de aristócratas que conformaban su corte. Ello implicaba, naturalmente, la exclusión de las clases burguesas de los diferentes órganos de poder estatal y de los beneficios inherentes a su ocupación.

Beneficios que debemos entender de una doble forma. Por un lado, individualmente, en tanto que los cargos llevaban aparejados tanto beneficios directos, como exenciones fiscales y posibilidades de lograr negocios en los monopolios estatales. Pero, por otro, colectivamente, en la medida en que la presencia en los órganos del estado les permitiría modificar la política económica del Estado Absoluto –el mercantilismo<sup>13</sup>–

---

<sup>11</sup> Con tratamiento muy amplio, véase CABO de la Vega, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1997.

<sup>12</sup> En general, véase MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

<sup>13</sup> Sobre el contraste entre el mercantilismo y la política económica del primer liberalismo, véase MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Trotta, Madrid, 2005.

que, en último término favorecía al Soberano y a las clases nobles, por una política económica de carácter liberal que permitiría el máximo desarrollo de los intereses económicos de la burguesía.

Esta transformación general de la estructura de poder del estado se va a operar a través de tres factores: una amplia alianza de clases, una modificación jurídica de los requisitos de acceso al poder y una modificación de la estructura interna de los órganos del poder.

La ruptura del monopolio político de la monarquía y la aristocracia se plantea, en términos ideológicos, como una sustitución de la soberanía monárquica por la soberanía nacional o popular, y en términos de lucha sociológica como un *appel au peuple* en el que se pretende concitar a todo el arco social, desde sus estratos más marginales hasta la alta burguesía y algunos sectores de la propia aristocracia. Se trata del tipo de planteamientos que provocará la obra de autores como J.J. Rousseau y Th. Paine. Y de la realidad material que se vivirá en las calles de París en 1789 cuando coincidan desde la marginalidad (*canaille*), pasando por el artesanado, el protoproletariado de sectores como la imprenta, la pequeña burguesía, la gran burguesía, la aristocracia libertina (y libertaria) y un sector de la aristocracia más consciente que trata de encauzar las aguas antes de que se desborden por completo. O el tipo de movimiento que se dará entre los jacobinos negros de Haití<sup>14</sup> y, con mayor o menor claridad, en otros puntos del continente americano en el marco de los procesos de independencia.

Naturalmente, esta coincidencia de objetivos y formas de lucha tendrá una vigencia limitada y pronto quedará sustituida por un arraigado temor a las mayorías que se manifiesta de forma especialmente violenta en el caso norteamericano<sup>15</sup>, pero va a atravesar todo el constitucionalismo burgués como una fuerte tensión entre retórica de legitimación de poder y ejercicio efectivo del mismo, que aflorará tanto en el nivel teórico con el enfrentamiento de las versiones elitistas y radicales de la democracia, como en el nivel práctico, en las múltiples modulaciones que adoptará el constitucionalismo liberal a lo largo de los siglos XIX y XX.

---

<sup>14</sup> Sobre el movimiento constituyente en Haití, véase JAMES, C. R. L., *Los jacobinos negros*, trad. de Ramón García, Madrid, Turner-Fondo de Cultura Económica, 2003.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión, véase lo que se dice más abajo en el epígrafe sobre *1.1.3.1 El problema del origen*.

El resultado final de estos dos factores será la apertura del parlamento a la incorporación de representantes de la burguesía a través de procedimientos de democracia representativa masculina, blanca y censitaria. En términos absolutos, se trata de un ensanchamiento muy modesto de la base estructural del poder, que pasa de unos cientos a unos cientos de miles en la mayor parte de los casos; aunque desde el punto de vista relativo, se trata de un cambio formidable en el bloque del poder.

Desde el punto de vista técnico-constitucional, quizá lo más interesante, como antes se avanzaba, sea la extraordinaria modificación que se va a operar en la estructura interna de los aparatos estatales del poder.

Por diferentes razones históricas, las clases burguesas van a lograr su incorporación a los aparatos del estado a través del poder legislativo, de los parlamentos. En este resultado van a confluír razones de tipo ideológico, de tipo cultural y de tipo político.

Desde un punto de vista ideológico, como ya quedó señalado, el movimiento burgués va a introducir una componente democrática –de poder popular– que encontraba su ubicación natural en los órganos representativos. La visualización simbólica de esa lucha de clases contra la aristocracia de los estados, era, justamente, su desplazamiento físico de las curules que ocupaban en las asambleas. Igualmente, al tratarse de un órgano con un número elevado de puestos para repartir (más de cien, por lo general), ello permitía acomodaciones menos violentas con los diferentes grupos sociales que habían protagonizado la alianza amplia de clases que terminaría en revoluciones y estados liberal-burgueses.

Desde un punto de vista cultural, además, la burguesía es hija del paradigma racionalista de la ilustración, basado, justamente, en la publicidad y el debate, como mecanismos heurísticos para el hallazgo de la verdad. Igualmente, este paradigma ultrarracionalista concebía los problemas sociales, económicos y políticos, no en términos de contraste entre tradiciones, creencias o intereses materiales, sino en términos de verdad. Habría una respuesta correcta y muchas incorrectas para cada cuestión política, económica o social, y la forma de encontrarla no es otra que el debate público. Por último, la componente ultraindividualista del pensamiento ilustrado (*cogito ergo sum*) presuponía un

sistema de interacción intersubjetivo en el que se diluyeran las relaciones sociales, económicas o políticas para hacer aflorar un encuentro de puras racionalidades individuales.

Todos estos factores culturales, como sucedía antes con los ideológicos, encontraron su encaje natural en un órgano como el Parlamento que sería definido por C. Schmitt como el “órgano público, deliberativo de la sociedad”<sup>16</sup>. Es decir, como la expresión institucional de estos valores de individualismo, racionalidad, publicidad y debate.

Desde un punto de vista estrictamente político, además, las clases burguesas pronto encontrarían un acomodo en numerosos ámbitos con el anterior bloque de poder, adoptando la forma de liberalismo doctrinario en lo ideológico<sup>17</sup> y de monarquías parlamentarias o constitucionales en lo organizativo. De forma tal que se operó una suerte de reparto de espacios de poder en el que las burguesías asumían el poder parlamentario, mientras el resto de sectores del bloque hegemónico se distribuían por el poder ejecutivo y judicial. Posteriormente, esta relación se irá desequilibrando hasta conseguir, en la mayor parte de los casos, el monopolio del poder político, con su consiguiente repercusión en la teoría y práctica de la división de poderes.

Lo que interesa comprender aquí es este modelo inicial de división de poderes, como división sociológica de los poderes en las diferentes ramas del Estado. Esta noción – y el protagonismo en ella de la burguesía– nos permite acercarnos a algunos aspectos de la arquitectura básica del poder en los estados liberal-burgueses y, en lo que ahora importa, al paradigma jurídico-constitucional que lo sostiene.

---

<sup>16</sup> SCHMITT, Carl, *Los fundamentos históricos-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, trad. de Pedro Madrigal, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

<sup>17</sup> Sobre esta evolución, véase el clásico estudio de DE RUGGIERO, Guido, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos García de Posada, Editorial Comares, Granada, 2005; y, para el caso español, DÍEZ del Corral, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

### *1.1.2 El paradigma paleopositivista y el constitucionalismo monoclasa*

El objetivo del presente epígrafe es tratar de correlacionar las características estructurales del estado constitucional burgués con algunos de los rasgos de su paradigma jurídico, en particular, de aquellos que tienen una incidencia directa en la construcción de los sistemas de justicia constitucional.

En la descripción y análisis que sigue se asume un modelo de constitucionalismo burgués más o menos maduro (es decir, posterior a los momentos de fervor revolucionario) y se opera una considerable generalización y simplificación del sistema, tratando de aislar tan sólo un par de elementos constitutivos de suma importancia para el objeto de investigación: la cuestión más general del paradigma paleopositivista y la más específica del constitucionalismo liberal-burgués como constitucionalismo monoclasa. Todo ello con el fin de delinear el modelo clásico de justicia constitucional para comprender los debates que a él se refieren sobre eficacia y legitimidad; y contrastarlo después, en el capítulo segundo, con el modelo que prevé el actual constitucionalismo latinoamericano democrático.

Aunque con unos intereses diferentes a los que aquí se persiguen, L. Ferrajoli ha realizado, en diferentes ocasiones<sup>18</sup>, la descripción completa y canónica de este paradigma que se asocia a las nociones de vigencia y validez formales, pretensiones de avaloratividad, interpretación técnico-jurídica, concepción piramidal del derecho en torno al principio de jerarquía, etc.<sup>19</sup>.

Lo que aquí interesa destacar principalmente es la cuestión de legicentrismo. Es decir, la ubicación de la ley como fuente fundamental y casi única del derecho, dotada de un valor sacralizado o mítico, expresión (presunta) de la voluntad popular y sin limitación material alguna (la omnipotencia de la ley). Una ley, más técnicamente, concebida como

---

<sup>18</sup> Por ejemplo, en FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, trad. de Perfecto Andrés y otros, Editorial Trotta, Madrid, 1995 o en FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., Editorial Trotta, Madrid, 2010.

<sup>19</sup> Para un análisis desde la perspectiva latinoamericana, véase, MONTAÑA Pinto, Juan y PAZMIÑO FREIRE, Patricio, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, especialmente, pp. 26 y ss. y MONTAÑA Pinto, Juan, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 18-23 y 95-97. Un enfoque diferente en CABO Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

dotada de estatalidad, generalidad y permanencia, unidad formal, unilateralidad, imperatividad y carácter proposicional.

En definitiva una trasposición al plano de las fuentes del derecho de las pretensiones de la burguesía de imponer, de un lado, su capacidad política de decisión en la marcha del estado heredado de las revoluciones y, de otro, su paradigma cultural racionalista heredado de la Ilustración.

Este modelo va a sufrir importantes tensiones en su desarrollo histórico pues, si bien, tiende a afirmarse como patrón incontestado de la regulación de la convivencia, en tanto que expresa doblemente la verdad (la verdad racional surgida del debate público, intersubjetivo; y la verdad política de provenir de la clase social dominante<sup>20</sup>), y, en ese sentido, no va admitir controles de ninguna naturaleza y, menos que ninguno, los jurisdiccionales. Por otro, va a persistir el citado temor a las mayorías –sobre el que se volverá luego– que se traducirá en una inquietud permanente sobre cómo controlarlas y las diferentes propuestas, políticas y jurisdiccionales, que concluyeron en la creación del modelo clásico de justicia constitucional.

Lo interesante es ver que se trata de un modelo que trata de conciliar los intereses de dominación irrestrictos de una clase instalada en el poder, con las dimensiones conservadoras y de protección frente a la llegada de sectores diferentes a esas mismas instancias. En buena medida, el progresivo debilitamiento de la noción de ley, puede entenderse en este marco de relación ambivalente de las clases dirigentes con su propio sistema de fuentes. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Desde un punto de vista estrictamente constitucional conviene señalar uno de sus rasgos más generales y transversales: el hecho de que se trata de lo que ha dado en llamarse un constitucionalismo monoclasa.

Con ello quiere indicarse, por un lado, que se trata de un constitucionalismo que tiene como origen o fuente sociológica a una sola clase. Y, por otro, que es un constitucionalismo que, del mismo modo, tiene como destinatario a esa misma clase.

---

<sup>20</sup> Es decir, que aquí *auctoritas veritasque faciunt legem*.

Efectivamente, las constituciones liberales típicas son el fruto de la actividad política de las clases burguesas que por mecanismos ya sea violentos, ya sea pacíficos, consiguen instaurar un nuevo orden constitucional. Aunque, como ya hemos dicho, con frecuencia en las fases previas existe algún tipo de alianza con otros grupos sociales (piénsese, por ejemplo, en el papel de los pueblos indígenas en las luchas de independencia en América Latina que dan lugar al constitucionalismo liberal de esta región), estas alianzas son olvidadas o preteridas apenas el enemigo (ya sea la corona, la metrópoli, una nación invasora, etc.) ha sido derrotado. Lo que queda, normalmente, es un grupo considerablemente homogéneo y reducido que impulsa un texto constitucional y actúa así, al menos formalmente, como poder constituyente.

De hecho, la propia constitución se convierte en un importante elemento simbólico y material de unificación de esas clases burguesas, que pasan a identificarse como grupo amparado por ella en sus pretensiones de acceso al poder a través del orden jurídico.

Por otro lado, además, estas constituciones tienen como destinatario a esa propia clase burguesa: la estructura de poderes y derechos que diseña no tiene como destinatario al pueblo sociológico o realmente existente, sino a la nación, entendida como una abstracción histórico-cultural cuyos representantes legítimos son las clases propietarias. Se trata de constituciones, pues, que hurtan sectores enteros de la realidad. Son constituciones que no contienen una constitución económica, pero que la presuponen (el capitalismo de libre mercado); son constituciones que no establecen una división en clases, pero que, igualmente, la toman como base.

Esto tiene importantes consecuencias en el orden jurídico y político del país. Por un lado, en tanto que se dirigen a grupos homogéneos en cuanto a valores, creencias e intereses, pueden realizar una regulación armoniosa y eficaz de sus posibles diferencias (que nunca serán radicales). Surge así el típico derecho liberal que ejemplifica *Le Code* en el que parecen contemplarse todas las eventualidades concebibles, en un sistema técnicamente depurado, sin lagunas ni contradicciones y expresado en un lenguaje particularmente preciso y acendrado desde un punto de vista gramatical.

Pero, por otro, ello provoca una considerable reducción de la juridicidad de estos sistemas. Si entendemos que el derecho es un sistema de resolución pacífica de conflictos

dotada de una serie de características formales (estabilidad, predictibilidad, objetividad, externalidad, etc.<sup>21</sup>), un orden normativo será tanto más jurídico, cuantos más conflictos sea capaz de resolver con las herramientas propias del derecho. Sucede aquí que el constitucionalismo monoclasa excluye (dándolo por supuesto) el conflicto básico de las sociedades capitalistas, que es el que separa a los propietarios de los medios de producción de quienes no disponen sino de su fuerza de trabajo. En este sentido, en tanto que se deja fuera del mundo del derecho el conflicto social, este derecho aparece como una estructura con capacidad normadora de ciertas relaciones sociales, pero que queda al margen de un buen número de ellas.

La progresiva aparición para el mundo del derecho de sujetos y conflictos va a ser una de las dinámicas principales que explica la diferencia entre el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social clásico y el constitucionalismo democrático latinoamericano actual.

Nuevamente, es en este marco de paradigma jurídico paleopositivista y legicéntrico y de sistema constitucional monoclasa en el que hay que entender el surgimiento de los sistemas de jurisdicción constitucional y los debates que lo acompañaron.

---

<sup>21</sup> Para una aproximación a esta idea de derecho, véase, por ejemplo, BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, trad. castellana de Eduardo Roza Acuña, Debate, Madrid, 1991.

### *1.1.3 Los términos del debate:*

En el presente epígrafe se analizan cuatro cuestiones básicas para entender la situación del modelo clásico de justicia constitucional y poder compararlo con su realización en constitucionalismo latinoamericano actual. Como ya se advirtió antes, no se pretende hacer un estudio general del modelo clásico de justicia constitucional, lo que constituiría una investigación independiente por sí misma, sino fijar algunos puntos de referencia para la comparación y para comprender cómo se ha modulado la cuestión de la eficacia y la legitimidad de la justicia constitucional, como consecuencia de ese nuevo marco constitucional.

#### *1.1.3.1 El problema del origen*

La razón para referirse al origen o surgimiento de la justicia constitucional<sup>22</sup> no estriba en la pretensión de hacer una historia más o menos detallada o erudita de este fenómeno histórico, sino en intentar comprender las determinaciones políticas y jurídicas que lo explican, y situar los debates que, desde ese mismo origen, se replantean una y otra vez en relación con las citadas cuestiones de legitimidad y eficacia.

Según la interpretación más habitual<sup>23</sup>, la jurisdicción constitucional habría surgido en Estados Unidos como resultado de la combinación de dos ideas básicas que habrían estado en la base del proceso constituyente norteamericano: por un lado, la idea de soberanía popular y, por otro, la idea de limitación del poder de los gobernantes. Ambas nociones habrían conducido, primero, a la de supremacía constitucional y rigidez constitucional y, de ahí, a la de garantía jurisdiccional de la Constitución. Efectivamente, en la Constitución de 1787 aparecía en su artículo 6.2 esta idea de supremacía constitucional (*surpreme law of the land*) y en el artículo 5 se establecía un procedimiento

---

<sup>22</sup> Se sigue en esta exposición sintética, para la parte americana a CABO Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, PPU, Barcelona, 1993, vol. II, pp. 236 y ss. Para la parte europea, AJA, Eliseo, “El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados Europeos”, Prólogo a AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. XI-XXXII y VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 93 y ss.

<sup>23</sup> Pero no compartida por todos, véase, por ejemplo, ACOSTA Sánchez, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 95.

agravado de reforma, lo que, en la terminología de Bryce, implicaría la idea de rigidez constitucional.

De acuerdo con este entendimiento, lo que habría faltado habrían sido las garantías secundarias o jurisdiccionales para el caso de incumplimiento de estos principios. Garantías que habrían sido creadas pretorianamente por el Tribunal Supremo en 1803.

Por el contrario, en Europa, tras la época de auge revolucionario en la que se percibe a la constitución como el acto fundacional de un nuevo modelo de estado (la República Francesa, por ejemplo, en la Constitución del 91), lo que se impondrán serán formas pactadas o compartidas de soberanía entre monarquía y burguesía (asambleas), por lo que faltaría el presupuesto democrático básico de la justicia constitucional, lo que se traduciría en la aprobación de constituciones flexibles y de ordenamientos jurídicos contruidos sobre la noción de omnipotencia de la ley.

En el caso norteamericano habrían contribuido al surgimiento de la justicia constitucional no sólo la intensidad de su rigidez<sup>24</sup>, sino la experiencia previa de control del derecho de las colonias que debía respetar siempre tanto los *statutes* del Parlamento inglés como los precedentes del *Common Law*<sup>25</sup>.

Además, el hecho de que los Estados Unidos contaran con una estructura federal situaba de forma inmediata sobre la mesa la cuestión de la resolución de contradicciones entre leyes federales y leyes estatales, o los conflictos de competencias entre los diferentes niveles de gobierno.

Con todo, a pesar de que la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos legislativos sí que fue abordada en la Convención Constitucional<sup>26</sup>, no aparecería recogida en el texto finalmente aprobado.

---

<sup>24</sup> CAPELLETI, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix- Zamudio, UNAM, México, 1966, p. 19.

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, el análisis de GRANT, James A., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, UNAM, México, 1963, pp. 29-30 del caso *Winthrop v Lechmere* del Kings Privy Council de 1727.

<sup>26</sup> Como consta en HAMILTON, Alexander, “Artículo LXXVIII” en HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 336 “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe

Como es por todos conocido, la sentencia *Marbury v. Madison*<sup>27</sup> habría construido la teoría de la *judicial review* a partir de la consideración de la Constitución como norma superior del ordenamiento y directamente aplicable, y de la idea de que la garantía más adecuada de esta supremacía estriba en que todos los órganos del poder judicial puedan llevar a cabo el control de constitucionalidad. Al margen de otras consideraciones teóricas y prácticas que se harán luego, el hecho cierto es que, pese a que no suela reconocerse así, para lo primero no hay base textual alguna (la Constitución iguala claramente Constitución, leyes y tratados en cuanto a jerarquía: todos son *supreme law of the land*) y lo segundo no es sino un juicio de oportunidad de los que típicamente se confían al legislativo.

Una práctica de este tipo, en cambio, se había venido asentando en los tribunales inferiores que, con base en la *Judiciary Act* de 1789, se habían negado a aplicar diferentes leyes por considerarlas inconstitucionales<sup>28</sup>.

Así pues, en resumen<sup>29</sup>: 1) En Estados Unidos se contaba con instrumentos técnico-jurídicos provenientes de la Colonia para el control de la jerarquía normativa con anterioridad a la Constitución; 2) Estos instrumentos reflejaban y eran empleados en contexto de lucha entre poderes (ya fuera entre Rey y Cámaras o entre Colonias y Metrópoli), por lo que siempre tuvieron un sentido netamente político; 3) En la constituyente norteamericana se impuso el criterio de que estos conflictos políticos no eran posibles porque todos los poderes procedían del pueblo de lo Estados Unidos; 4) Cuando estos conflictos reaparezcan no se resolverán como tales, sino que se formalizarán dándoles un apariencia técnico-jurídica; 5) Justamente, lo que hace la *sentencia Marbury v. Madison* es utilizar esos instrumentos preexistentes pero justificarlos ahora de forma puramente normativista.

---

preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.

<sup>27</sup> Un análisis en líneas análogas al que aquí se plantea en SANÍN Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011.

<sup>28</sup> Pueden consultarse los casos (*Vanhome's Lessee v. Dorrande*, *Hylton v. Estados Unidos*, etc.) en CURRIE, David P., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888*, University of Chicago Press, Chicago, 1985.

<sup>29</sup> Se sigue aquí la argumentación de BALBUENA Cisneros, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México*, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2005.

El carácter *ad hoc* y netamente político de esta decisión se muestra en el hecho de que, una vez pronunciada, quedó sin aplicación ulterior durante casi cincuenta años. Justamente, hasta el momento en que, como se verá en el epígrafe *I.1.3.3* reaparezca el conflicto político.

En definitiva, se observa un paralelismo en los hechos con lo que se anunciaba antes en la teoría: una posición ambivalente. En la medida en que el derecho burgués deja fuera el conflicto, debe mantenerse la omnipotencia de la ley como expresión de la voluntad popular; pero, en la medida en que el conflicto no puede ser extinguido por la mera ignorancia que de él hace el derecho, hay una presión para controlar la posible acción de las mayorías adversas al interés del grupo dominante.

Interesa, ahora, especificar un poco más ese contexto político de surgimiento del control de constitucionalidad. En cierto sentido, parafraseando a H. Zinn<sup>30</sup>: la otra historia del surgimiento de la justicia constitucional. Sólo comprendiendo esta suerte de “pecado de origen” se comprenden los importantes problemas de legitimidad que ha arrastrado la justicia constitucional clásica a lo largo de más de doscientos años y el papel radicalmente diferente que se postula para las cortes constitucionales en el nuevo constitucionalismo democrático<sup>31</sup>.

Debemos comenzar por lo más evidente. La Constitución norteamericana no afirma literalmente que la Constitución sea la norma suprema, sino que la Constitución, las leyes y los tratados internacionales son la norma suprema. Lo que, al menos, textualmente, no prejuzga la relación entre ellos<sup>32</sup>.

La afirmación irrestricta de la supremacía constitucional surge, en realidad, no de ningún razonamiento jurídico ni de un determinado apoyo textual, sino como consecuencia de la lucha política en la que las clases dirigentes comienzan a ver con preocupación la influencia de la ciudadanía (pese a las exclusiones de mujeres, pueblos

---

<sup>30</sup> ZINN, Howard., *La otra historia de los Estados Unidos (desde 1492 hasta hoy)*, Hiru, Hondarribia, 2005.

<sup>31</sup> Para este entendimiento del surgimiento de la justicia constitucional en Estados Unidos son básicos, ACOSTA Sánchez, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998 y GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996. Para la bibliografía anglosajona, véase la que se cita en el apartado *I.1.3.3*.

<sup>32</sup> De hecho, como es sabido, algunas constituciones otorgan rango constitucional a ciertos tratados internacionales.

indígenas, afrodescendientes, etc.) sobre las legislaturas locales. Se hace urgente, así, buscar un “defensor” para la Constitución y, dado el clima político del momento, éste no parece que pueda ser otro sino el poder judicial.

En concreto, las disposiciones normativas que ponen en marcha este proceso tienen que ver con normas económicas en favor de los deudores de los grandes terratenientes. Ello hará, por ejemplo, que Alexander Hamilton hable de “despotismo de la Legislatura”, de “tiranía opresiva (...) de una mayoría victoriosa”<sup>33</sup>. Se considera, entonces, necesario defender a esa minoría (de millonarios acreedores) presuntamente oprimidos por las mayorías de las legislaturas locales. En el pensamiento de Madison, la sociedad aparecía dividida en grupos y, en la versión que de ella hiciera Hamilton (que se convertiría en dominante entre las clases dominantes), estos grupos no eran, en realidad, sino dos: la mayoría pobre y la minoría rica. En sus propias palabras “ambas partes, entonces, deben contar con el suficiente poder, que les permita a cada un[a] defenderse de la otra”. El sistema de contrapesos en el que Adams convertiría el principio de separación de poderes de Montesquieu (el veto presidencial, la oposición de cada cámara a la decisión de la otra y, en último término, el control judicial de las leyes) nace de este panorama ideológico.

Por otro lado, conviene aclarar lo equívocas que resultan aquí las expresiones mayoría y minoría, puesto que estamos hablando, en ambos casos, no sólo de minorías, sino de minorías extraordinariamente restringidas. Si consideramos que, tanto para la mayoría como para la minoría, se está excluyendo a mujeres, pueblos indígenas y afrodescendientes, lo que nos encontramos enfrentados es a dos porcentajes de la población que, en ningún caso, pasarían del 30 % y, seguramente, quedarían muy por debajo. Tomar estos debates, pura y simplemente, como oposiciones entre mayoría y minoría, supone desnaturalizar los términos del debate, dando por buenas lo que, en realidad, son afirmaciones puramente ideológicas. De ahí que su relevancia para la situación actual deba ser profundamente matizada atendiendo al contexto histórico.

En todo caso, las clases dirigentes barajaron diferentes procedimientos para desarticular la capacidad de influencia de la “mayoría”. En esencia, se reforzaron las

---

<sup>33</sup> Las referencias en GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, p. 18.

elecciones indirectas y se crearon enormes distritos electorales que presuponían recursos económicos abundantes en los candidatos y poca relación elegido-elector, con el fin de romper la correa de transmisión de las peticiones económicas. Además, se impusieron límites de edad, estudios y tenencia de propiedad para diferentes cargos para garantizar que sólo salieron elegidos, en palabras de la época, los “ricos y bien nacidos”<sup>34</sup>. La eficacia de estos métodos explica los citados 50 años de silencio constitucional del Tribunal Supremo tras la sentencia fundacional.

El problema era, pues, cómo desequilibrar la balanza, por un medio o por otro, entre Ejecutivo (que se presuponía, como sucede hasta hoy, que siempre estaría en manos del sector dirigente) y Legislativo (potencialmente colonizable por los intereses “mayoritarios”). Así, “el control de constitucionalidad no se dirige originariamente a asegurar la supremacía de la Constitución, sino a suplir los mecanismos de defensa del Ejecutivo frente al Legislativo. O sea, la defensa de la Constitución se sitúa en el terreno de las consecuencias y no en el de las causas de la iniciativa constituyente de instituir tal órgano de control de las leyes. No se crea mirando a la Constitución, sino al juego de fuerzas entre el Legislativo y el Ejecutivo, para debilitar al primero y reforzar al segundo”<sup>35</sup>.

Dicho en otros términos, la asunción de funciones de control de constitucionalidad tiene un origen marcadamente político y antidemocrático en los Estados Unidos. Sobre su evolución posterior, véase el epígrafe *I.1.3.3*.

Más de cien años después se volverá a asistir al proceso de creación de la jurisdicción constitucional, esta vez, en Europa.

Como antes se hizo para el caso norteamericano, se analizará ahora el surgimiento de la justicia constitucional en Europa, no con la imposible pretensión de dar cuenta de todo el proceso, sino tratando de establecer algunos puntos de contraste con lo que será su inclusión en el modelo democrático latinoamericano que se analiza en el Capítulo Segundo, y en su especificación posterior para el caso ecuatoriano.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>35</sup> ACOSTA Sánchez, José, *op. cit.*, p. 85.

En este caso, se tratará de contrastar dos ideas básicas: la derivación del sistema de justicia constitucional europeo no del principio de jerarquía, sino del principio de competencia y su rearticulación teórico-práctica en el modelo kelseniano.

Ya se indicó antes que la readaptación del principio revolucionario a la conservación de parte de las estructuras del poder aristocrático-real condujo en Europa a un sistema centrado en el legislativo y orientado por la idea de omnipotencia de la ley.

Será en los estados de estructura federal donde aparezcan las primeras formas de control orientadas a determinar si la norma dictada lo ha sido formalmente dentro o fuera de las competencias, con independencia de su contenido sustantivo.

Mario Capelletti<sup>36</sup> ha indicado tres tipos de razones por las que un sistema de jurisdicción constitucional sería totalmente ajeno a la tradición liberal de países centralistas como Francia. Por un lado, nos encontraríamos con la profunda desconfianza burguesa hacia el poder judicial, coto privado de la aristocracia; por otro, una concepción del principio de división de poderes según el cual resulta inadmisibles cualquier interferencia del poder judicial (que no es sino *la bouche qui prononce les paroles de la loi*) en el poder legislativo. Y, en tercer lugar, en consonancia con todo lo anterior, la intención predominante de controlar no al Legislativo, sino al Ejecutivo mediante el *Conseil d'État* y al judicial mediante la *Cour de Cassation*.

Como puede verse, la argumentación de Capelletti gira en torno, simplemente, al hecho de que las clases burguesas se instalan en el poder legislativo y, desde él, reconstruyen el paradigma jurídico y político de dominación. En tal estrategia no cabe un control sustantivo de la acción de las cámaras.

Así pues, en Francia, superada la fase revolucionaria inicial en la que la defensa de la Constitución es concebida como una defensa existencial y no jurídica en manos del pueblo como sujeto revolucionario (la garantía social de la que habla el artículo 23 de la Constitución del año I<sup>37</sup>) no vuelve a plantearse la cuestión del control de constitucionalidad hasta que no madure la citada interrelación entre principio de

---

<sup>36</sup> CAPELLETI, Mauro, *op. cit.*, p. 290.

<sup>37</sup> Article 23. - *La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale*

competencia propio de estados federales y relectura kelseniana del problema (con su alternativa weimariana).

Siguiendo a Cruz Villalón<sup>38</sup> podemos hacer un breve recorrido de esta experiencia a través de los casos de Suiza, Alemania, Austria, Checoslovaquia y España, tratando de generalizar los elementos esenciales de los mismos, para relacionarlos con la recreación kelseniana. Comenzando por la importante constatación de que, todos ellos, son estados con estructuras políticas descentralizadas<sup>39</sup>.

En el caso suizo nos encontramos con un modelo típico de control sobre entidades federadas. La reforma total de la Constitución de 1848 realizada en 1874, conocida como Constitución Federal Helvética, otorgaba al Tribunal Federal la competencia para determinar si las leyes cantonales violaban o no las leyes federales a través de la reclamación de derecho público; adicionalmente, establecía un procedimiento denominado recurso de derecho público en virtud del cual se protegían los derechos fundamentales (federales) frente a la acción de los cantones. En ambos casos, era la Sala de Derecho Público del Tribunal Federal la encargada de resolver los asuntos<sup>40</sup>.

También en Alemania, la Constitución de Weimar de 1919, preveía un sistema de control de constitucionalidad de tipo federal, al que los jueces, por construcción pretoriana, añadirían uno de control de las leyes del *Reich*. Se trataba de un sistema relativamente mixto, en tanto que concentrado e incidental ante el Tribunal de Estado del Reich que parte siempre de un conflicto constitucional (no de una impugnación la norma), pero con valoración abstracta de la constitucionalidad de la norma y efectos *erga omnes*<sup>41</sup>.

Checoslovaquia, por su parte, en su constitución de 29 de febrero de 1929 previó un Tribunal que ejercía el monopolio del control de constitucionalidad. Se establecía en el artículo 1 del mismo texto el principio de supremacía constitucional, en el segundo la nulidad de las normas que la contravengan y en el tercero al Tribunal Constitucional como

---

<sup>38</sup> CRUZ Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

<sup>39</sup> El propio Kelsen diría que "... ciertamente es en el Estado Federal donde la Justicia constitucional adquiere una importancia mayor" en su obra fundacional sobre justicia constitucional, cf. KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", epígrafe 24 en KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Juan Ruiz Manero, Editorial Debate, Madrid, 1988.

<sup>40</sup> Cf. *Ibidem*, pp. 49-69.

<sup>41</sup> Cf. *Ibidem*, pp. 71-227.

garantía. Sin embargo, este Tribunal no llegó a actuar en ningún momento durante la I República, por lo que su interés es puramente teórico<sup>42</sup>.

En general, en cambio, se asocia habitualmente el surgimiento de la justicia constitucional europea con la Constitución de Austria de 1920<sup>43</sup>. También en este caso, como en Suiza o Alemania, se parte de un sistema de control del reparto federal de competencias legislativas y no de una noción abstracta de supremacía constitucional. Sucede aquí que las sucesivas ampliaciones de la esfera competencial del Tribunal terminaron por convertirlo en un órgano general de control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Por un lado, el Tribunal, regulado en el artículo 140<sup>44</sup>, resultaba competente para anular no sólo las leyes de los *Länder*, sino también las federales cuando fueran contrarias al reparto competencial, por otro, se permitía que el Tribunal se planteara de oficio la constitucionalidad de las normas en cualquier proceso del que entendiera y, por último, se le otorgaban competencias en amparo de derechos fundamentales.

El Tribunal, además, terminaría arrogándose la potestad de controlar las leyes no sólo por vicio de incompetencia, sino por cualquier infracción constitucional.

Ahora bien, hay que matizar que este control se realizaba, bien de oficio, bien en el seno de una impugnación por parte de los gobiernos federal o de los *Länder*, pero no por iniciativa parlamentaria, ni de jueces inferiores (cuestión de inconstitucionalidad).

El elemento político-constitucional fundamental para comprender y valorar esta evolución es la aparición del sufragio universal (masculino) tanto en Weimar en 1919,

---

<sup>42</sup> Cf. *Ibidem*, pp. 286-287.

<sup>43</sup> Para la evolución del sistema austríaco, véase también BRAGE Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1998, pp. 62-64.

<sup>44</sup> 1. El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de Land a instancia del Gobierno federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de Land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional. 2. El recurso mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento; el recurrente debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de Land o federal. 3. La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una Ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller federal o al correspondiente Presidente (Landeshauptmann) de Land a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación, a menos que el Tribunal constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder los seis meses.

4. Lo dispuesto en el artículo 79, apartado 1, no es de aplicación al control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional.

como en Austria en 1920. Ello va a suponer un vuelco en la estructura de poder parlamentario. Junto a los partidos clásicos (liberales y conservadores) hacen su irrupción los partidos socialistas, lo que provoca el temor en los sectores dirigentes de que los parlamentos puedan alterar las reglas básicas de los estados. De ahí surgirá la necesidad de considerar rígidas a las constituciones, es decir, de blindarlas frente al cambio democrático mediante procedimientos complejos de reforma (*referenda*, mayorías cualificadas, etc.) y de establecer procedimientos de control jurisdiccional de la legislación parlamentaria. Se comprende así, como luego se expondrá con mayor amplitud, que la jurisdicción constitucional tiene uno u otro sentido y valor dependiendo del tipo de constitución que pretende garantizar<sup>45</sup>. O, por decirlo con mayor claridad, dependerá de la calidad democrática del texto que se garantiza.

El sistema se completaría con las reformas constitucionales de 1925 y 1929. La primera establecería un sistema de consulta previa de competencia tanto para la Federación como para los *Länder* que funcionaba como una suerte de “interpretación auténtica” de la misma (artículo 138.2).

La segunda sería de mucho mayor calado jurídico y político. Por un lado, autorizaba al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo (artículo 140) a elevar consultas de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, es decir, formas de control concreto de la constitucionalidad. Por otro, se establecían plazos máximos (un año) para la efectiva derogación de una ley declarada inconstitucional y se regulaba la reviviscencia de las normas derogadas por otra declarada inconstitucional.

Pero, desde el punto de vista político, lo más significativo es la modificación en la forma de designación de los magistrados (artículo 147). En esencia, lo que el nuevo artículo constitucional venía a realizar era la limitación de la intervención parlamentaria en la designación de los jueces de la Corte. Por un lado, se constitucionaliza su número, tanto en titulares como en suplentes, lo que disminuye el riesgo de *court-packing*; y, por otro, se establece que las cámaras presentarán ternas al Presidente de la República para seis titulares y tres suplentes, mientras que el resto de los magistrados, el Presidente y el Vicepresidente serán nombrados a propuesta del Gobierno federal. Además se amplía de

---

<sup>45</sup> En palabras de Cruz Villalón: “... el significado de la jurisdicción constitucional sólo puede alcanzarse a partir de la Constitución cuya supremacía le corresponde asegurar”, *op. cit.*, p. 224.

dos terceras partes a todos sus integrantes la incompatibilidad entre el cargo de legislador y el de magistrado.

Por último, los magistrados perdían la condición de vitalicios pasando a la jubilación en la edad reglamentaria para el resto del poder judicial y, lo que es muy significativo, se disponía (en la ley de acompañamiento de la reforma) el cese con fecha 15 de febrero de 1930 de todos los anteriores miembros del Tribunal. Se hacía, pues, tabla rasa de la anterior Corte para dar inicio a una nueva, supuestamente marcada por el carácter técnico pero materialmente impulsada por el temor político a las “mayorías”<sup>46</sup>.

En resumen y, a reserva de lo que luego se dirá, podemos constatar, desde un punto de vista muy general, que la jurisdicción constitucional en su versión europea clásica nace como evolución de los sistemas federales de control de la legislación de las entidades federadas, es decir, como un control competencial. La idea de rigidez y justicia constitucional propiamente dicha, va a derivarse de la aparición del sufragio universal y del riesgo efectivo de toma de control por parte de partidos socialistas o de orientación popular. Como ya se dijo, los parlamentos liberales habían contado con la suficiente homogeneidad interna como para no necesitar este tipo de control exterior. Es ante el riesgo de perder la mayoría, cuando surge el debate de la protección de las minorías. Minorías, justamente, caracterizadas no por su situación de debilidad, sino por su situación de privilegio. Tal como se vio para el caso norteamericano, quizá en este caso con menor sinceridad por parte de sus promotores, nos encontramos con que un temor a la democracia trata de resolverse mediante un artificio técnico: la cadena que une supremacía constitucional, rigidez constitucional y jurisdicción constitucional.

Quedaría, por último, considerar el caso español. En esto, como en tantas otras cosas, la Constitución española de 1931 merece un tratamiento independiente. Se encuentra, en realidad, a medio camino de los tanteos de los años diez y veinte en Centroeuropa y de lo que será, después, el constitucionalismo social. Igualmente, se

---

<sup>46</sup> Esta deposición en bloque de Cortes Constitucionales no constituye un caso único, sino que se ha repetido en diferentes contextos políticos y con diferentes valoraciones en otras latitudes. Por ejemplo, en México en 1994.

encuentra entre un ejercicio de vanguardia constitucional y una subyacente realidad de la “[o]ligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España”<sup>47</sup>.

Efectivamente, en esta Constitución se recogerá un órgano denominado Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>48</sup> que debía controlar la constitucionalidad de las leyes, ya fuera mediante consulta de los órganos judiciales o por impugnación de ciertos órganos. Se trataba de la primera ocasión en que el control concreto mediante consulta se generalizaba a todos los jueces (aunque los municipales necesitaban el visto bueno de los de primera instancia, artículo 81). Igualmente, el Tribunal era competente para resolver los recursos de amparo por violación de derechos, los conflictos de competencias entre estado central y regiones, para actuar como tribunal electoral para la elección presidencial y como tribunal de aforamiento para las altas magistraturas de poder ejecutivo y del poder judicial (artículo 121).

Ahora bien, se observa, en primer lugar, que la amplitud de competencias rebasa, con mucho, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas y, por otro, su composición, lo aleja incluso más de la condición de órgano técnico<sup>49</sup>.

El hecho cierto es que el Tribunal tuvo una relativamente escasa actividad jurisdiccional<sup>50</sup> y que quedaría atrapado en la extrema agitación política que concluiría en la sublevación militar que pondría fin a la República.

---

<sup>47</sup> De la que hablara Joaquín Costa en 1901, pero cuya penosa actualidad se constataría trágicamente en los actos que condujeron a la sublevación militar. Cf. COSTA, Joaquín, “Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y necesidad de cambiarla”, en *Revista del Trabajo*, Madrid, 1975, disponible en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01476185400181684199079/index.htm> (visitada el 17/04/2014).

<sup>48</sup> En general, véase, BASSOLS Coma, Martín, *El Tribunal de Garantías constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010. Igualmente, CRUZ Villalón, *op. cit.*, pp. 301-340.

<sup>49</sup> El artículo 122 establecía: Compondrán este Tribunal: Un presidente designado por el Parlamento, sea o no Diputado. El presidente del alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el art. 93. El presidente del Tribunal de Cuentas de la República. Dos Diputados libremente elegidos por las Cortes. Un representante por cada una de las Regiones españolas, elegido en la forma que determine la ley. Dos miembros nombrados efectivamente por todos los Colegios de Abogados de la República. Cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España. El artículo 93, por su parte, dice: Una ley especial regulará la creación y el funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes. Entre estos organismos figurará un Cuerpo consultivo supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley.

<sup>50</sup> El estudio clásico es el de BASSOLS Coma, Martín, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

Lo interesante del caso, como también sucede en el de Checoslovaquia –no en vano, dos experiencias comúnmente tenidas por fracasadas–, es la suerte de prueba negativa que ofrece respecto de la caracterización ensayada en el resto de ejemplos, es decir, en los exitosos.

Porque lo que muestran estos dos ejemplos es la suprema importancia del contexto político para entender y valorar los tribunales constitucionales y su función. Tanto Checoslovaquia como España estaban viviendo verdaderas fundaciones o refundaciones. En el caso checo se trataba de la constitución que daba paso al nuevo estado, en el caso español, se abandonaba la monarquía histórica para fundar una república de trabajadores de toda clase. Checoslovaquia levantaba su proyecto nacional contra la imposición de ciertas minorías, especialmente la minoría alemana que había controlado dicho territorio durante un largo período; en el caso español, frente a la minoría que representaban la monarquía, la corte y la Iglesia (articuladas en forma esencialmente caciquil). Para ambos proyectos resultaba esencial una defensa existencial de la constitución como la que vimos aparecer en la Constitución jacobina del año I de Francia. Por ello, son los órganos políticos, el Presidente de la República, las cámaras y, en último término, el pueblo (como se probaría trágicamente), los llamados prioritariamente a adquirir protagonismo en una defensa política y social de la constitución, antes que jurídica.

Por eso se hablaba antes de prueba negativa. Lo que nos han mostrado los otros ejemplos es que cuando la minoría dirigente siente el riesgo de perder su situación de poder y privilegios frente al ejercicio de la participación democrática, se instauran sistemas de protección jurisdiccional de la constitución y se ponen en marcha los correspondientes discursos legitimadores, al tiempo que se desarrollan todas las estrategias posibles para evitar que dicho riesgo se materialice (el éxito de estas otras estrategias, referidas a la manipulación de los sistemas electorales en el más amplio sentido de la palabra, se muestra en los largos períodos de inactividad de estas jurisdicciones constitucionales, como vimos para el caso norteamericano). Ahora bien, cuando dichas minorías ya han sido efectivamente desplazadas del poder (alemanas en la República Checa; oligarquía caciquil en España), no aparece esa presión hacia una tecnificación jurisdiccional de la defensa de la Constitución. Que la lucha ha sido político-

existencial, antes que jurídica, tiene igualmente una triste confirmación en el destino histórico final de ambas experiencias.

Lo que es interesante para el análisis sobre el que luego se volverá en el apartado II de este primer capítulo, es que esta realidad es vista por la doctrina estándar<sup>51</sup> en términos de madurez y neutralidad. Se afirma, así, que la justicia constitucional no pudo desarrollarse en la República Checoslovaca ni en España a cabalidad, porque ambas experiencias no estaban lo suficientemente maduras. Y, a la hora de intentar explicar qué cosa sea esto de la madurez constitucional, se explicita que mientras las constituciones de Alemania o Austria eran constituciones neutrales, las de España o la República Checoslovaca, habrían sido constituciones parcializadas. Es decir, que cuando las minorías oligárquicas siguen manteniendo el suficiente poder como para imponer mecanismos de control del ejercicio democrático por parte de las mayorías, nos encontramos ante una constitución neutral; por el contrario, cuando estas minorías han sido políticamente derrotadas (aunque no necesariamente jurídicamente excluidas, baste recordar que los partidos monárquico-conservadores no sólo siguieron presentándose a las elecciones en España, sino que llegarían a ganarlas dando paso al llamado bienio negro), entonces las constituciones no son lo suficientemente neutrales como para superar un ejercicio técnico de la jurisdicción constitucional.

---

<sup>51</sup> Particularmente explícito es CRUZ Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 417-419.

### *I.1.3.2 La cuestión de la rigidez*

Como es sobradamente conocido, es a partir de la idea de rigidez constitucional, además de sobre la noción de supremacía de la que antes se habló, sobre la que se ha construido la deducción de la necesidad técnica de la jurisdicción constitucional.

Nuevamente, de lo que aquí se trata no es tanto de una exposición sistemática de los rasgos de esta institución, sino de tratar de determinar qué elementos de su formulación clásica presentan problemas de legitimidad y eficacia para la justicia constitucional, y cuáles son las diferencias entre este paradigma clásico y el resultante de la nueva configuración constitucional en el constitucionalismo democrático latinoamericano.

Más específicamente y adelantando las conclusiones posteriores, se pretende demostrar que el fenómeno de la rigidez 1) no es un fenómeno unitario, por lo que más que de rigidez habría que hablar de diferentes tipos de rigideces y 2) que la rigidez además de un carácter formal de un determinado tipo de norma, posee un contenido material (diferente en cada caso) en el que reside lo esencial de su importancia. Por decirlo más gráficamente, existe la rigidez frente a diferentes formas de modificación del ordenamiento y en defensa de diferentes contenidos normativos. La rigidez como puro carácter formal de una norma, independientemente de su contenido, no ha existido nunca ni tampoco ha sido ésta la teorización que de la misma se ha hecho, cuando menos hasta los tiempos más recientes.

Quizá convenga comenzar por advertir que, como sucede en parte con la justificación por supremacía del Juez Marshall o con elaboración kelseniana a favor de la jurisdicción constitucional concentrada, la teoría sobre la rigidez constitucional constituye un caso curioso dentro del Derecho Constitucional ya que arranca prácticamente de una sola obra y, en más de cien años, no parece haber avanzado mucho más allá, considerándose igualmente válida para cualquier contexto histórico o geográfico imaginable.

Este hecho, naturalmente, no ha pasado inadvertido para la doctrina y las palabras que, en 1962, encabezaban la edición del clásico de Bryce, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, del Instituto de Estudios Políticos, las suscribirían probablemente

hoy la mayor parte de los estudiosos<sup>52</sup>. Esta situación de perpetuación teórica se complementa con un desentendimiento casi absoluto de la doctrina por la innovación teórica en cuanto al problema de la rigidez<sup>53</sup>. No se trata, propiamente de que no haya referencias al tema, sino de que se limitan a menciones de pasada en artículos o manuales, y a algunas reflexiones más amplias en la literatura dedicada a la reforma constitucional (tampoco particularmente extensa). Este desinterés por la noción de rigidez se observa también en la jurisprudencia, por ejemplo, del Tribunal Constitucional español que, aunque su máximo garante, no ha emprendido la tarea de proceder a su elaboración teórica, al margen de unas menciones de pasada y, con más frecuencia, para hablar de los Estatutos de Autonomía o de otras normas que de la propia Constitución<sup>54</sup>.

Esta situación se complementa con lo que podría denominarse una "degradación" de la teoría original. Es decir, que las referencias posteriores a la idea de rigidez van rebajando progresivamente la complejidad del planteamiento inicial y volviéndolo cada vez más trivial<sup>55</sup>. En tal sentido, en las páginas que siguen se analizan las aportaciones teóricas del propio Lord Bryce, su traslado a la doctrina española en la obra de Posada, la polémica entre Pace y Varela que es reflejo de la más amplia polémica existente en Italia

---

<sup>52</sup> "Las ideas básicas que expone y discute están hoy hasta tal punto divulgadas que leerlas produce el curioso fenómeno de vivir la repetición de la actualidad en el pasado. Desde este punto de vista, el libro de Bryce es, en cierta manera, tópico", "Advertencia" a BRYCE, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 7. En relación con la delimitación temporal hay que advertir que aunque este trabajo se publicó en 1901, inicialmente, se escribió en 1884.

<sup>53</sup> "... sus opiniones se propagan en línea recta, por así decirlo, subsistiendo como puntos de partida seguros desde la reiteración de los cuales, la disciplina progresa", *ibíd.* p. 8.

<sup>54</sup> Cf., por ejemplo, STC 137/1984 (leyes orgánicas), SSTC 76/1983, 165/1986, 181/1988, 56/1990 y 118/1996 (estatutos de autonomía), STC 26/1987 (derechos fundamentales), SSTC 179/1989,45/1995 (reglamentos parlamentarios), 17/1990 (leyes de transferencia), 36/1991 (normas internacionales). O sobre las leyes en general en STC 254/1994.

<sup>55</sup> Es interesante, en este sentido, que exista una bibliografía específica sobre la rigidez, por ejemplo, en la Constitución de 1812, pero no tanto para las demás constituciones españolas (por otra parte, en su mayor parte, flexibles), *vid.* ROURA Gómez, Santiago A., "Supremacía y rigidez constitucional en la Constitución de 1812", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 23, 1997, pp. 133-154; CALZADA Conde, Rogelia, "El principio configurador y garantista de la Constitución de Cádiz", en CANO Bueso, Juan (ed.), *Materiales para el estudio de la Constitución de Cádiz*, Parlamento de Andalucía/Editorial Tecnos, Sevilla, 1989, pp. 141-168; FERNÁNDEZ Sarasola, Ignacio, "Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812", en SÁNCHEZ Ferriz Remedio, y GARCÍA Pechuán, Mariano (coords.), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene Edicions, Valencia, 2001, pp. 185-189; LORENTE Sariñena, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Y, en general, para el constitucionalismo histórico español, ROURA Gómez, Santiago, *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

(si bien, como se verá, por razones muy concretas de la historia constitucional de dicha nación), y las aportaciones más recientes de, entre otros, Ignacio de Otto.

Conviene advertir, desde el primer momento, que Bryce no trató de caracterizar formalmente a diferentes tipos de constituciones, sino de clasificar las Constituciones existentes o, para ser más exactos, trató de encontrar una clasificación de las Constituciones que supiera dar cuenta del peculiar fenómeno del constitucionalismo inglés. Efectivamente, Bryce comienza enunciando ciertos caracteres que distinguen al constitucionalismo más moderno o estatutario, a saber que "El instrumento –o instrumentos– en que están contenidas estas constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza" (*ibíd.*, p. 20) y que "las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria" (*ibíd.*, p. 25). Ello frente al constitucionalismo de modelo más antiguo, flexible o de *Common Law* en el que por no darse las circunstancias antes citadas "técnicamente, nos es imposible marcar una distinción entre las leyes constitucionales y las que no lo son. Estrictamente hablando, no hubo Constitución romana, como tampoco existe Constitución británica. Es decir, no existen leyes que de manera definitiva puedan ser consideradas como leyes fundamentales y definidoras y distribuidoras de los poderes del Gobierno, la manera de crear autoridades públicas y los derechos y libertades cívicas" (*ibíd.*, p. 29).

Como puede advertirse, Bryce introduce ya elementos sustantivos y no puramente formales. Las Constituciones rígidas no sólo tienen los caracteres formales citados sino que definen y distribuyen los poderes del Gobierno y los derechos y libertades. O, dicho en otros términos, la rigidez no es la mera distinción entre dos tipos de normas, sino que la norma rígida (la Constitución) debe tener un concreto contenido normativo. Es decir *no ser una norma cualquiera*.

Esta combinación de dos elementos, uno normativo (rigidez) y otro político (contenido) fue abandonada (u olvidada en la práctica) casi desde el principio. Cabría hablar, así, de una primera fase teórica de la "desrigidificación" que sería, pues, la de vaciar a la constitución de contenido y hacerla no una norma, sino una ordenadora del sistema de normas (Kelsen) y, ahí sí, seguir predicando su rigidez, rigidez que, en todo

caso, sería *sui generis* para Bryce, ya que se trataría de una rigidez técnica y no política, y hay que recordar que Bryce hablaba expresamente de que "estas características [las citadas anteriormente que diferencian los tipos de constituciones o las verdaderas constituciones de las que, en realidad, no lo son], en parte políticas y en parte legales [*sc.* jurídicas], son las que distinguen los dos tipos de constituciones" (*ibíd.*, pág. 21).

Como se verá, inmediatamente, de las palabras de Bryce cabe deducir que la rigidez se hace necesaria a raíz de dos fenómenos. De un lado, la juridificación del núcleo esencial del modo de producción. Es decir, en la Edad Media o Antigua no hay rigidez en las normas, porque las normas no se ocupan del núcleo esencial de las relaciones feudo vasalláticas o de esclavitud. Estas categorías no dependen del Derecho, sino de la religión, la moral, etc. Por ello, las normas pueden cambiar al ritmo de los tiempos sin que sea preciso establecer un límite en esta dirección. Cuando el capitalismo juridifica las relaciones económicas (mercancía, etc.) es cuando surge el problema. Cuando la propiedad-mercancía se hace un concepto jurídico es cuando resulta peligroso que, con el derecho en la mano, pueda modificarse (o intentarse hacerlo) tal concepto. De otro lado, "las constituciones aparecen cuando algún esquema representativo hace familiar la distinción entre la autoridad del pueblo en sí y la de sus representantes, ya que hasta ese momento no existe un método que se proponga promulgar un tipo de ley superior a la que crea el cuerpo legislativo ordinario" (*Ibid.*, p. 37). O "la creación de una Constitución verdaderamente rígida viene más tarde, cuando aparece algún sistema representativo", p. 39]. Si sustituimos "pueblo" por burguesía (siguiendo la frase célebre de Sieyès<sup>56</sup>) parece que estas palabras refuerzan más aún el argumento anterior.

"Se ha sugerido a menudo la posibilidad de que el Parlamento llegara a emplear su enorme fuerza en la transformación rápida y atolondrada de las Instituciones fundamentales, por lo cual sería prudente poner ciertos frenos a la acción parlamentaria" (*Ibid.*, p. 62). Bryce concreta aún más sus ideas, al aclarar que no se trata de un Parlamento cualquiera sino, efectivamente, de uno dominado por los nuevos partidos de masas: "No han faltado quienes trazaran el cuadro aun más horrible de un partido máquina –que llamaban Conventículo o Junta Secreta (*Caucus*)– que dictaría, de una parte, una política a los electores, y de otra, al Gabinete. Esto equivaldría a reinar con el espíritu de

---

<sup>56</sup> "Qu'est-ce que le Tiers état? — TOUT".

un tirano bajo las formas de una Constitución. Si la Constitución británica, como la conocemos hasta ahora, tuviese que perecer, no hay muchos motivos para creer que lo hiciese de una manera tan eminentemente innoble" (*Ibíd.*, p. 63). Y ello, porque "Existe una a manera de atracción natural entre una aristocracia y una forma de gobierno elástica e indefinida –como empiezan por ser estas constituciones– en la mayoría de los países modernos, y una repulsión natural entre tal forma y una democracia pura" (*Ibíd.*, p. 65).

Bryce se propone, así, dejar clara la intención de su obra. La rigidez es un límite a la acción democrática, necesario como consecuencia de la incorporación del principio democrático a la organización liberal. Ahora bien, Inglaterra, por lo armonioso de su organización, sigue siendo capaz de evitar una penetración efectiva de este principio democrático sin necesidad de prohibir jurídicamente la transformación. "Una corporación compuesta de representantes en su mayoría satisfechos del mundo tal y como es, y los suficientemente capacitados para respetar las tradiciones de la administración, no se inclina tanto –excepto cuando surge una *cuestión que excita las pasiones de clases*– a una acción irreflexiva como una Asamblea a [sic] todos los ciudadanos (...) Si al mismo tiempo que este cambio, sobreviniera –como algunos presagian– un control más directo y constante de los electores sobre los miembros de la Asamblea representativa los miembros de ésta, antes que hombres elegidos para hablar y votar por su fidelidad e inteligencia serían delegados que actuaría de acuerdo con instrucciones y desaparecería gran parte del valor moderador que es propio del sistema representativo (...) Lo que quiero hacer resaltar es que se ha producido un cambio en las condiciones bajo las que actúa una Asamblea representativa, condiciones que la hace responsable más inmediatamente ante el sentimiento público y aumentan algunos de los peligros propios de un Gobierno popular" (*Ibíd.*, p. 72-75).

Existen, sin embargo, ciertas situaciones en que, incluso en sistemas con partidos de masas democráticos, resulta conveniente facilitar la flexibilidad: "Estas constituciones [las flexibles] parecen convenir especialmente a los países que atraviesan por un período de cambio interno o externo. Cuando nuevos grupos humanos tienen que ser admitidos en la participación del poder político o cuando los habitantes de territorios recientemente adquiridos tienen que ser incorporados como ciudadanos, esta faena se lleva a cabo más fácil y rápidamente por la acción de la legislatura ordinaria" (*Ibíd.*, p. 89).

"Las mismas consideraciones que han hecho odiosas a algunos reformadores americanos las restricciones del poder popular tras las cuales se han atrincherado las grandes corporaciones y los llamados Trust y, en general, los *intereses capitalistas*, han llevado a no pocos en Inglaterra a aplaudir dichas restricciones, como *garantías inapreciables para la propiedad*. Un poco tarde se han dado cuenta éstos de que el poder político ha pasado en Inglaterra de unos pocos a muchos, y temen el empleo que estos muchos pueden hacer de él. Alarmados por el precedente que la legislación agraria sentó en Irlanda, están impacientes por encadenar la legislatura británica antes de que sea tarde, valiéndose de provisiones que impidan las injerencias extrañas en el control que un hombre solo ejerce sobre lo que él llama su propiedad, restrinjan la expropiación para usos públicos, aseguren la libertad completa de contratación y prohíban la intervención en los convenios ya hechos.

Otros, en su deseo de preservar las instituciones políticas que consideran en peligro, proponen en Inglaterra, detener toda acción popular súbita, poniendo a esas instituciones en un grupo aislado, fuera del alcance de la actividad ordinaria del parlamento".

En otras palabras que, "la idea de establecer una especie de Constitución rígida ha empezado a ser defendida justamente por las personas menos dispuestas a confiar en la democracia. (...) ¿No necesitaría tal país [Inglaterra] para su seguridad, algo mejor que una Constitución complicada y delicadamente equilibrada que descansara principalmente en la tradición, una Constitución que en cualquier momento pudiera ser alterada fundamentalmente por una mayoría que actuara impelida por un espíritu revolucionario pasajero, aunque por procedimientos perfectamente legales? ¿No debería tal país colocar por lo menos la base de su sistema y los principios vitales de su gobierno fuera del alcance de una mayoría parlamentaria irresponsable, haciendo que los trámites para alterarla fuesen tan lentos y difíciles que diesen tiempo a las fuerzas conservadoras para rehacerse y disponer su defensa antes de que pudieran llevarse a cabo cualesquiera cambios fatales?" (*Ibíd.* pp., 162-164).

En resumen, que Bryce lejos de haberse limitado a decir que son rígidas las constituciones que prevén un mecanismo de reforma más agravado y difícil que el que se sigue para la legislación ordinaria, trató de poner en claro (no sin contradicciones): 1) que

las constituciones modernas (o las Constituciones, a secas) tienen un determinado contenido político además de ciertos caracteres formales; 2) que los caracteres formales (la rigidez) están estrechamente vinculados al principio democrático y que, en buena medida, aquéllos se usan como protección frente a ésta pero; 3) que la valoración que se haga de la relación citada entre rigidez y democracia debe ser, necesariamente, una valoración histórica<sup>57</sup>; y 4) que Inglaterra se encuentra en una situación especial en la que, dependiendo de la evolución política que siga, resultará necesario o no acudir a mecanismos de rigidez.

Como antes se dijo, esta reflexión ha ido perdiendo algunos de sus elementos en sus sucesivas elaboraciones. Entre la doctrina española la primera recepción del pensamiento de Bryce la encontramos en Adolfo de Posada<sup>58</sup>. En ella, se destaca un sentido nítidamente político de la rigidez, pero con una conexión menos clara con los partidos de masas y la extensión del sufragio como detonantes de la institución.

Muy sintéticamente, Posada afirma que "Se califica tal problema de esencialmente político, en atención a que su solución, distinta en los diferentes Estados, revela el influjo que en la elaboración de los Derechos positivos constitucionales, han ejercido y ejercen las circunstancias "políticas", los ideales políticos y las exigencias "políticas", circunstanciales. La índole política del problema que consideramos quizá se olvida, *cuando se pretende elevar a teoría general del Estado, algunas de las soluciones históricas del constitucionalismo*. El problema a que se hace referencia, y del que ya se ha tratado antes, es el siguiente: la ley, como expresión formal del Derecho constitucional, ¿es en esencia de naturaleza distinta de las demás leyes en que se concreta el Derecho positivo? O de otro modo: el Estado, como órgano del Derecho, ¿deberá, por motivos derivados de su propia naturaleza jurídica, como tal Estado, proceder tomando precauciones y garantías formales especiales cuando actúa como legislador de sí mismo,

---

<sup>57</sup> "Hace un siglo los revolucionarios eran los apóstoles de las constituciones rígidas y los conservadores, sus enemigos. Todavía hace cuarenta años la flexibilidad de la histórica Constitución británica constituía su gloria para los ojos de los admiradores del sistema británico, y para los demócratas fervientes, la gloria de la Constitución americana era la rigidez" (*Ibid.*, pp. 163-164). Esta situación no es muy diferente, en realidad, de la que afecta a la *judicial review* en Estados Unidos. Como se verá, la labor del Tribunal Supremo ha sido defendida alternativamente por progresistas y conservadores dependiendo del *contenido político* de las Sentencias, cuando éstas favorecían sus intereses, la *judicial review* era una competencia necesaria e inalienable, cuando los contradecían suponía una intolerable injerencia contramayoritaria e inconstitucional. *Vid. infra* I.1.3.3.

<sup>58</sup> POSADA, Alfonso de, *Tratado de Derecho Político*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, vol. II, pp. 101 y ss.

es decir, cuando elabora o transforma su Constitución?" (*Ibíd.*, p. 106, subrayado añadido).

"En general, el Derecho constitucional se ha establecido, en los Estados modernos, como resultado de una lucha de ideologías inspiradoras de fuerzas políticas, y al modo de una conquista lograda a menudo en momentos históricos determinados y críticos, mediante la acción de Asambleas representativas o de Convenciones, conquista, además, disputada y difícil de consolidar sin transacciones y componendas" (*Ibíd.*, p. 110).

"La doctrina según la cual la ley constitucional es distinta y superior a la ordinaria, y que se sintetiza en la supremacía de la constitución escrita, es, según todo lo expuesto, una doctrina de cimentación histórica y política y de consecuencias jurídicas, que se condensa en un régimen que Hauriou define como régimen de "superlegalidad constitucional" (*Ibíd.*, p. 112). "Los conceptos de flexibilidad y de rigidez constitucionales tienen, pues, una significación histórica y una explicación política, y además, un alcance jurídico, o mejor, técnico-jurídico".

Vemos, pues, que para Posada lo principal es el valor "político" que, además tiene un alcance técnico-jurídico. Curiosamente, para Posada lo "normal" es que la Constitución sea flexible si la Constitución está sostenida por el Pueblo (es decir, si no hay disputa por el poder dentro de la clase dominante o entre clases). En tal caso, no se suscita "el problema de la diferenciación específica de lo "constitucional"". Se trata, por tanto, hasta cierto punto de un planteamiento contrario al de Bryce, si para éste lo que hay que explicar es la peculiar situación inglesa, para Posada lo que precisa explicación es la existencia del tipo rígido. En su opinión, dicho tipo rígido se deriva de tres tipos de consideraciones:

1) Supuestos teóricos del Derecho Constitucional moderno. A su juicio, dichos supuestos son a) que la ordenación estatal es resultado de la actuación reflexiva del legislador solicitada por quien se reputa soberano (es decir, que el Estado se construye no aparece); b) que dicho período de intervención es extraordinario (constituyente), y c) que el resultado del mismo (la Constitución) tiene, por realizarse a instancias del soberano, un valor político excepcional.

2) De la existencia de una técnica constitucional específica. Esta técnica habría surgido por las siguientes causas: a) "La aplicación del criterio apriorístico y deductivo a la vida del Estado" (es decir, al uso de la *Allgemeine Staatslehre*); b) la transformación revolucionaria del Estado; c) la desconfianza hacia los órganos ordinarios de gobierno, bien por experiencias pasadas, bien por recuerdo de las tendencias absolutistas, bien por temor "a las instituciones mismas que se crean constitucionalmente"; d) la juridificación de las relaciones sociales, bien mediante la difusión de una conciencia que apoya el respeto jurídico a las normas que regulan el Estado, bien mediante la creación de una técnica constitucional específica (jerarquía, rigidez, control).

Vemos, pues, que, aunque por diferentes caminos, Posada llega a un punto semejante al de Bryce: las condiciones históricas han llevado a una necesaria juridificación de las relaciones que salvaguarden determinados elementos que se juzgan imprescindibles para el funcionamiento de la sociedad. Ahora bien, dicha salvaguardia puede provenir de una "conciencia que apoya el respeto jurídico a las normas" (Inglaterra) o de una técnica constitucional específica (resto del continente). Si se opta por esta segunda posibilidad, los efectos son a) la distinción entre períodos constituyentes y períodos ordinarios; b) la consideración de la Constitución como norma suprema; c) la existencia de un procedimiento especial de reforma de la Constitución y, en consecuencia, un "recurso judicial contra la inconstitucionalidad de la ley ordinaria".

Al final de su trabajo, sin embargo, Posada rectifica, en parte, lo anteriormente expresado, pues si hasta este momento la rigidez dependía del "sentimiento constitucional" y éste –hay que suponer– de la no existencia de impugnación política del grupo dirigente, ahora parece que se tratara de aliviar la carga peyorativa que la rigidez supondría para los sistemas que la emplean (en cuanto que sería tanto como decir que son sistemas sin estabilidad democrática que precisan de "mecanismos extraordinarios" de protección), alegando que ello también puede hacerse por "razones históricas", sin que se quede totalmente claro de qué razones se habla<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> "El Derecho Constitucional con Constitución rígida puede también ser expresión manifiesta de la superior estimación nacional o social, en un momento dado, de determinados valores jurídicos (de contenido ético, político, económico, cultural, etc.) y que, por razones históricas, se colocan en lo más alto de la jerarquía en el sistema del derecho positivo, sustrayéndolos a la acción más rápida en su funcionamiento de los poderes legislativos ordinarios" (*ibid.*, p., 123).

Cabría decir, en resumen, que Posada: 1) afirma categóricamente el contenido político de la noción de rigidez; 2) afirma que también tiene consecuencias técnico-jurídicas que se analizan con mayor detenimiento que en el caso de Bryce; 3) no parece ser capaz de ofrecer un razonamiento claro sobre cuáles son concreta e históricamente las razones que inducen a la adopción o no del sistema de rigidez, ni las consecuencias políticas que de dicha opción se derivan.

Otro paso en la elaboración teórica del concepto de rigidez lo ofrece Lucas Verdú<sup>60</sup>. Conviene destacar, en primer lugar, y aunque ello es pueda resultar obvio, partiendo de su conocida tesis de la “fórmula política”, que la rigidez no puede ser nunca axiológicamente neutra, sino tener como contenido el de la propia fórmula.

El origen de la rigidez estaría, según su argumentación, en los intentos de consolidación de los sistemas políticos instaurados con las Revoluciones Burguesas. "En términos generales, pues, las Constituciones rígidas se basan sobre sociedades democráticas, sobre estructuras sociales que arrancan de los cambios revolucionarios, empezando por la gran transformación operada por la Revolución francesa que alumbró una serie de Constituciones rígidas. La burguesía quiere seguridad jurídica, prefiere la clara delimitación de las esferas de actuación del Estado, de los derechos y deberes del ciudadano; anhela un orden jurídico fundamental estable y duradero que consagra, definitivamente, los cambios realizados por la revolución" (*ibíd.*, p. 604).

Conviene distinguir, sin embargo, si dichas transformaciones fueron asumidas mayoritariamente por la sociedad. En el primer caso, la rigidez no es estrictamente necesaria, en el segundo, puede ser más bien un intento de un determinado grupo por imponer jurídicamente sus convicciones políticas. "Hay que tener presente si en cada país concreto existe, o no, una homogeneidad ideológica y una estabilidad social relativas porque si ésta, o aquélla, brillan por su ausencia, entonces la rigidez tiene un sentido peculiar: conseguir por procedimientos normativos extraordinarios lo que no existe en la base espiritual y social. Por eso, no es extraño que países de Constitución flexible, como Inglaterra posean una estructura social estable y una relativa homogeneidad ideológica, en la medida que cada inglés coincide con los demás, en un núcleo de afirmaciones político-

---

<sup>60</sup> LUCAS Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Editorial Tecnos, Madrid, 1972, Cap. IX.

sociales básicas. En cambio parece ser que la rigidez constitucional, en la perspectiva actual, es un reflejo, por los contenidos que pretende asegurar, de sociedades desgarradas política y socialmente en numerosas contraposiciones irreductibles. Indudablemente, se ha abusado del sistema de la rigidez constitucional, utilizando materias ajenas al orden jurídico fundamental para satisfacer a aquellos grupos políticos que tienen fuerza numérica suficiente en la Asamblea Constituyente. Así estos grupos imponen su decisiones y la hacen inmodificables o difícilmente reformables" (*Ibíd.*, p. 608).

Lucas Verdú pasa, a continuación, a examinar la vigencia de este modelo argumental para la situación actual. A tal efecto, duda en primer lugar de la pretensión ilustrada de transformación por la ley y aclara, a continuación, las transformaciones en la rigidez derivadas de la impugnación del papel dirigente de la burguesía por parte de las clases trabajadoras (es decir, el impacto del principio democrático).

En este sentido, afirma que "hay que puntualizar que el intento de regular de antemano el devenir político que acompaña a toda Constitución rígida es resultado del racionalismo ilustrado que creía era posible ordenar por completo, sin fallos, la sociedad con una Constitución" (*Ibíd.*, p. 613). Por lo que, lógicamente, desaparecido el uno, el otro se vuelve en buena medida retórico.

Pero es que, además, "[p]arece ser que una de las consecuencias producidas por el cambio social de nuestro siglo es la debilitación del papel director desempeñado por la burguesía, al revés de lo ocurrido en el siglo XIX. (...) En este sentido, el abandono por las Constituciones clásicas de la reglamentación social ha favorecido su permanencia, pues ello permitió al legislador ordinario, sin verse obligado a modificar expresamente el texto constitucional, dictar estatutos reguladores de la estructura económica y social. En EE. UU. el *New Deal* después de vencer la resistencia del Tribunal Supremo, verificó cambios estructurales notables; algo parecido ha sucedido en Canadá y Australia. No es pues la preocupación del constituyente por elaborar leyes constitucionales la actitud más adecuada para enjugar el cambio social, sino la acomodación por interpretación extensiva (*broad construction*) o por la producción de normas jurídicas ordinarias que afronten el problema, aunque, naturalmente, este procedimiento corre el riesgo de poner en tela de juicio el sistema de rigidez constitucional, ya de modo inmediato (inconstitucionalidad expresa), ya mediatamente (*Verfassungswandlung*). De manera inconsciente se está

produciendo, merced a las transformaciones sociales de nuestro tiempo, una traslación de la gravitación política fundamental de las Constituciones a los diversos ordenamientos legales de la producción económica, regulación de las inversiones, de la mano de obra, del consumo, a la reglamentación de los partidos políticos y grupos de presión (*Lobby Act* 1946 en EE. UU), a las leyes sobre la sindicación obrera y patronal, etc. De esta manera la Constitución política contendrá, amparada por su rigidez, como ocurría en las cartas constitucionales decimononas, sólo dos elementos de los tres de que se compone la fórmula política: una ideología concreta y una determinada forma de organización del Estado. El tercer elemento, la estructura social, aparece recogido en la variada legislación sobre materias económico-sociales antes aludida, que constituye una verdadera Constitución económico social. (...) Teniendo en cuenta esto, es, en cierto modo, superfluo proteger, con preceptos constitucionales difícilmente reformables, las medidas e instituciones que expresan esa tendencia. En efecto, la realización de una política económica y social encaminada a tal meta no depende de las garantías formales sino de la eficaz labor de un Estado. Así, en las democracias nórdicas, se han seguido tales derroteros sin necesidad de textos constitucionales que vinculasen al legislador ordinario. (...) El sistema de rigidez constitucional puede, con relativa fortuna, amparar las soluciones adoptadas en los planos ideológicos y de organización política, porque en este ámbito la movilidad no es tan intensa como en el social. (...) Es inútil que los defensores de la situación periclitada se rasguen las vestiduras clamando por la legalidad constitucional, porque cuando el empuje social es poderoso nadie toma en serio tales advertencias y escrúpulos. Ciertamente, hay postulados valorativos, incluso motivaciones políticas respetables que han de tenerse en cuenta; no obstante, conviene que los constitucionalistas concentren su atención sobre estos hechos". (*Ibíd.*, p. 615-618).

Podemos decir, en resumen, que Lucas Verdú: 1) hace coincidir el surgimiento de la rigidez con la pretensión burguesa de afianzar sus conquistas sociales tras las revoluciones; 2) que la necesidad de tal procedimiento está en relación inversa a la penetración social de la ideología de la clase dirigente; 3) que dicha pretensión se apoyaba, en todo caso, en una concepción ilustrada de la omnipotencia del Derecho que hoy debe considerarse superada; 4) que la compleja regulación de la vida social que realiza el Estado en las sociedades contemporáneas, ha conducido a la consideración de la Constitución como sólo rígida en lo que se refiere a dos de los elementos de la fórmula

política (el ideológico y el de organización estatal) pero no así con relación a la estructura socioeconómica que ha pasado a depender de la legislación ordinaria.

La reflexión doctrinal en torno a la rigidez adopta su forma clásica en la obra de Ignacio de Otto<sup>61</sup>. En ella, ya se ha completado ya este doble proceso de 1) neutralización axiológica de la rigidez y 2) aceptación acrítica de su existencia. Como se recoge a continuación, Otto hace de la rigidez un carácter exclusivamente formal de la norma constitucional y acepta su existencia como consecuencia directa de los artículos 166 y siguientes de la Constitución española. Es, justamente, frente a este tipo de interpretación la que se contrasta con una lectura alternativa y –según lo aquí sostenido– más coherente históricamente con su propio origen.

En todo caso, Otto comienza con una definición absolutamente estándar de la rigidez: "La Constitución española de 1978, como la mayor parte de las del siglo XX, contiene normas que regulan la reforma constitucional sujetándola a procedimientos agravados, es decir, más complejos que los utilizados en la legislación ordinaria. Es lo que se llama una Constitución rígida, concepto al que se contraponen el de Constitución flexible, reformable por los mismos procedimientos que se utilizan para la legislación ordinaria", (*Ibíd.*, p. 56).

A partir de dicha definición, analiza las relaciones entre rigidez y modificación de la constitución, entre rigidez y supremacía constitucional y entre supremacía y cambio de la constitución. "La rigidez constitucional persigue el doble objetivo de asegurar la estabilidad y posibilitar el cambio (...) De otro modo –con una reforma absolutamente flexible– no desaparecería la superioridad de la Constitución respecto de las restantes normas, pero el legislador tendría libre disposición acerca de su contenido y esa superioridad vería mermado su alcance práctico" (*Ibíd.* p, 59). Es decir, que aunque la flexibilidad no implica que la norma no sea suprema, ello mermaría su alcance práctico. Cabe preguntarse qué es el "alcance práctico" de la supremacía de una norma o, dicho en otros términos, de que sirve que se predique de una norma la supremacía si ello carece "de alcance práctico".

---

<sup>61</sup> OTTO, Ignacio de, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 56-63.

Otto abandona provisionalmente el tema de la supremacía y pasa a analizar la conveniencia de que exista la rigidez (pp. 59 a 61). Afirma que existe una contradicción entre el principio democrático de equivalencia de las opciones (en una democracia pluralista no hay opciones preferibles que deban recibir una especial protección jurídica, sino que hay que garantizar el mecanismo por el que todas las opciones reciben un trato democrático, es decir, igualitario) y la idea de rigidez. "En términos prácticos todo esto significa que quienes pretenden una reforma constitucional se ven enfrentados a obstáculos mucho más serios que quienes se oponen a ella. En otras palabras, el principio de equivalencia ha sido sustituido aquí por el de preferencia en favor de la continuidad de la Constitución en su contenido actual" (p. 60). Sin embargo, afirma: a) es dudoso que la democracia implique una equivalencia absoluta de opciones (tortura, dictadura, etc.) y b) desde un punto de vista técnico jurídico siempre tiene que haber una preferencia por el mantenimiento, en caso contrario si ni la reforma, ni la conservación de la norma obtuvieran mayoría, se produciría un vacío jurídico incompatible con la noción de "ordenamiento".

De ambas razones, sólo sigue desarrollando la segunda, lo que, entre otras cosas, supone negar la distinción entre poder constituyente y poder de reforma y, en definitiva, entre soberanía popular y poderes constituidos, y afirma que, sin embargo, la rigidez constitucional es más "desviada" que la citada de conservación del ordenamiento, porque mientras ésta se basa en un contenido sea el que sea de la ley, aquélla sólo opera selectivamente en lo efectivamente regulado en la Constitución. El hecho de que la Constitución haya sido aprobada democráticamente no altera el problema (igual que no se puede eliminar democráticamente la democracia). Por ello, sólo deberían contar con rigidez aquellas normas que sirven para perpetuar el sistema democrático es decir, para que "el proceso político se mantenga abierto y que la mayoría del momento no disponga de la posibilidad de cerrarlo suprimiendo o recortando la libertad de los individuos" (pág. 61). Es decir, las relativas a derechos y libertades y procedimiento democrático (acaso división de poderes). "Esta justificación falta, sin embargo, cuando se trata de preceptos que no se refieren a la democracia en cuanto tal, sino a otras instituciones, por importantes que sean".

Como puede verse, Otto aboga así por una desrigidificación de la Constitución en todo lo que no afecte a derechos y procedimiento democrático o, lo que es lo mismo, ir hacia una "constitución mínima". Estas ideas, aunque no expresadas con esta claridad están en la base del funcionamiento real del fenómeno de la rigidez. A este argumento hay que hacer, al menos dos observaciones desde el punto de vista de su lógica interna. Uno, que parece contradecir la definición inicial en que sólo se daba entrada a la existencia de un procedimiento de reforma. Y, dos, que aunque cabría pensar que la lógica consecuencia de todo ello es que no debería haber otras instituciones rígidas, ello no es así, y no lo es por invocación de unas "importantísimas y bien conocidas razones" que, desde luego, no estaría de más conocer. La pureza metodológica parece ser de aplicación *ad casum*: "Así, la extraordinaria rigidez de las normas que regulan la Corona se justifica por importantísimas y bien conocidas razones históricas, que exigen sustraer la institución al debate político en términos prácticamente absolutos. En otros casos la inclusión de ciertas instituciones en la Constitución sólo puede explicarse por razones más fugaces, o simplemente por la necesidad de obtener consenso, el apoyo necesario para el texto constitucional. En todos esos casos la justificación de la preferencia sólo puede encontrarse en razones históricas que exigían que fuera ésa concretamente la base social sobre la que se asienta el sistema".

Volviendo a la relación entre rigidez y supremacía (pp. 62 y 63), Otto afirma que el carácter de norma superior se conserva aunque se reforme con el procedimiento ordinario siempre que dicha reforma deba ser expresa, es decir, que afirme que reforma la Constitución, ya que "lo que identifica una norma como constitucional no es su procedimiento de aprobación". Estas afirmaciones, además de olvidar lo que antes se dijo sobre la falta de "alcance práctico" de tal supremacía, no parecen ser muy coherentes internamente. La afirmación de reforma expresa que se exige para reformar la Constitución, si es algo, es parte del procedimiento de aprobación pues, evidentemente, no es parte del contenido de la norma reformadora.

Pese a tales dificultades, Otto concluye que "En definitiva, forma constitucional y rigidez constitucional son técnicas que obedecen a objetivos distintos. La primera sirve a la identificación de las normas constitucionales y la segunda a su estabilidad, en cuanto con ella se pretende dificultar su cambio" (p. 63).

Cabe resumir, por tanto que para I. de Otto, 1) la rigidez depende exclusivamente de la existencia de un procedimiento agravado de reforma; 2) que la falta de rigidez no hace que la constitución no sea norma suprema aunque le priva de "alcance práctico"; 3) que la rigidez sólo debería afectar al sistema democrático y a los derechos porque en caso contrario se contraría la "neutralidad" que exige el "pluralismo democrático" y que, a estos efectos, es indiferente que dicha ampliación de la rigidez se haya hecho por vía democrática; 4) que, sin embargo "por importantísimas y conocidas razones" también se puede ampliar la rigidez a otras instituciones; 5) que para que la constitución sea suprema basta que la reforma se realice expresamente, al margen del procedimiento empleado.

No parece necesario insistir en la insuficiencia de esta versión estándar de la rigidez para los fines del constitucionalismo democrático actual. Al margen de ello, habría que decir que el punto 5) contradice al 2) y que el punto 3) conduce a un camino sin salida. Si las preferencias democráticas no influyen en la valoración de las normas por la "neutralidad" que debe presidir las sociedades pluralistas, cabe preguntarse cuál es la razón para preferir esta pluralidad y neutralidad, si no es la propia elección democrática y, en tal caso, sigue sin saberse por qué una decisión democrática debería valer más que otra. Por último, el punto 4) no guarda relación alguna con el resto de la argumentación<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Más recientemente, se han producido algunas aportaciones novedosas e interesantes al estudio de la rigidez constitucional. Así: GARCÍA Herrera, Miguel Ángel, "Rigidez constitucional y estado social" en ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (dir.), *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 33-88; FERRERES Comella, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 23, 2000, pp. 29-48, luego en VV. AA., *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 2002, Madrid, pp. 227-246; AGUILÓ Regla, Josep, "Sobre la resistencia constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, 2003, pp. 9-33; DÍAZ Ricci, Sergio, "Supremacía de la Constitución", en MORODO, Raúl y VEGA, Pedro de (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, IJ-UNAM y Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, vol. 2, pp. 895-930, constituye un estudio general sobre estas nociones construido con el aparato categorial aristotélico de la causa material, formal, eficiente, etc. En este sentido, en las antípodas del aquí utilizado Por último, aunque se trata de un problema claramente diferente del aquí abordado, las propuestas de Luigi Ferrajoli en torno a la implicación recíproca entre "rigidez constitucional" y ciencia jurídica como "ciencia normativa", expuestas en diferentes ocasiones han sido debatidas por diferentes autores en CABO, Antonio de y PISARELLO, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, y después en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, en especial por GUASTINI, Riccardo, "Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica", *ibid.*, pp. 245-249.

### *1.1.3.3 La objeción contramayoritaria*

Como se ha hecho en epígrafes anteriores, de lo que se trata, ahora, es de revisar los supuestos materiales y metodológicos en los que se encuadra el problema teórico-práctico de la objeción contramayoritaria que, como es sabido, constituye junto con la cuestión del legislador negativo, el principal escollo a la hora de la legitimación de la justicia constitucional en el modelo clásico. Como se ha venido repitiendo, no se trata de hacer un estudio general sobre esta materia, sino de seleccionar algunas de sus vertientes más importantes para contrastarlas con los desarrollos operados en el constitucionalismo latinoamericano democrático para detectar hasta qué punto estas objeciones y razonamientos siguen siendo relevantes y en qué medida han cambiado los términos de la discusión.

Aunque, en principio, una jurisdicción constitucional difusa parecería tener menos problemas de democraticidad que una jurisdicción constitucional concentrada, ha sido, justamente, en la cuna de la jurisdicción constitucional difusa donde esta cuestión ha sido más ampliamente debatida tanto en la doctrina como en la propia jurisprudencia. Por ello, centraremos este estudio en su desarrollo en los Estados Unidos<sup>63</sup>.

Siguiendo el análisis de Friedman distinguiremos, desde el punto de vista histórico, ocho fases históricas en el surgimiento del debate sobre la cuestión contramayoritaria. A continuación, revisaremos algunas posiciones teóricas y sus posibles clasificaciones.

Como es obvio, este debate –y la propia jurisdicción constitucional– surgen al hilo de la elección del Presidente Jefferson en 1800. En este momento, aunque Jefferson y el candidato del partido Federalista habían conseguido los mismos representantes en el

---

<sup>63</sup> La versión canónica de este problema es hoy, FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, en *New York University Law Review*, vol. 73, núm. 2, pp. 333-433, *Íd.*, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 4, 2000, pp. 971-1064; *Íd.*, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, en *Yale Law Journal*, vol. 153, 2002, pp. 112 y ss.; *Íd.*, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstructions’s Political Court” en *Georgetown Law Journal*, vol. 1, 2002, pp. 91 y ss.; *Íd.*, “The History of the Countermajoritarian Difficulty Part III: The Lesson of Lochner” en *New York University Law Review*, 2001, pp. 76 y ss. Una temática análoga fue previamente desarrollada en su *Íd.*, “Dialogue and Judicial Review”, en *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, 1993, pp. 577-682. Obviamente, la cuestión también ha sido abordada desde otras realidades y perspectivas, *cf.*, p. ej., GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996

Colegio Electoral (en virtud del peculiar sistema indirecto de elección norteamericano), era el partido Demócrata-Republicano el que disfrutaba de la mayor parte de los puestos de elección representativa. En este contexto, un partido de inspiración popular-democrático con fuerte respaldo electoral, se enfrentaba a un partido que trataba de refugiarse en los jueces y era abiertamente contrario al sufragio universal. Con todo, se trataba de dos partidos fuertemente elitistas, por lo que las ideas de mayoría deben manejarse con cuidado. En todo caso, lo importante en los casos de esta época (sobre la *Repeal Act*, sobre el *impeachment* de Chase y sobre la llamada “conspiración de Burr”) nos remiten a una época en la que la *judicial review* era entendida como un procedimiento exclusivamente intrajudicial, es decir, relativo tan sólo al sistema de selección de fuentes en el marco de un proceso concreto, pero no como un sistema para declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos *erga omnes* y, más específicamente, con capacidad vinculante para el Ejecutivo o el Legislativo<sup>64</sup>. Efectivamente, el Presidente se negaría a cumplir el mandamiento del juez Marshall, por ejemplo, en el caso de la conspiración de Burr.

Con el Presidente Jackson –segunda fase– el enfrentamiento adquiere un matiz diferente. En este caso, no se produjeron anulaciones de leyes federales o choques directos entre el Ejecutivo y el Judicial, sino que el Tribunal trató de anular –sin resultado práctico alguno– ciertas decisiones de los estados. En una nueva oleada democratizadora en la que se propuso la elección directa de Presidente y Vicepresidente, algunos estados y el propio ejecutivo le reprochaban al Judicial su falta de responsabilidad frente a la nación, entre otras cosas, porque numerosos Federalistas se habían refugiado entre sus filas.

La tercera fase comienza con el caso *Dred Scott v. Sandford*<sup>65</sup>, primera sentencia que afectó a una ley federal desde *Marbury v. Madison* (50 años, por tanto, de inactividad en términos prácticos). Los hechos que condujeron a esta decisión son sobradamente conocidos. En el contexto del enfrentamiento que comenzaba a larvarse entre el norte y el sur, el Senador Clyton decidió trasladar la cuestión sobre la licitud de la esclavitud al

---

<sup>64</sup> El propio Jefferson declararía: “The opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the legislature and executive also, in their spheres, would make the judiciary a despotic branch”, Carta de Jefferson a John Adams (1804), en BERGH, Albert Ellery (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*, Memorial Edition, Washington D.C., 1903, p. 51.

<sup>65</sup> 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).

Tribunal Supremo con el fin de aliviar la tensión política. El Tribunal terminaría concluyendo que los esclavos afrodescendientes no eran ciudadanos, que no tenían derecho a apelar a los tribunales y que, en cuanto una forma de propiedad privada protegida constitucionalmente por el debido proceso, el Congreso carecía de competencia para prohibir la esclavitud.

Resulta difícil determinar si esta decisión era mayoritaria o contramayoritaria. Por un lado, el Tribunal no hizo sino reafirmar lo que habían sostenido el Presidente y un buen número de Estados. De otros, es más que evidente que estas mismas personas no constituían la mayoría sociológica del país (quedando excluidos los propios esclavos, las mujeres, los pueblos originarios y otros colectivos por razones diversas (analfabetismo, por ejemplo)).

En todo caso, esta decisión provocó súbitos cambios de bando sobre el valor de la jurisdicción constitucional<sup>66</sup> y extraños alineamientos doctrinales<sup>67</sup>, demostrando, una vez más, la estrecha interrelación entre política y derecho<sup>68</sup>. Finalmente, esta decisión –el primer uso de la judicial review de leyes federales– se sumaría a los hechos que condujeron a la guerra civil.

La cuarta fase se produce durante la llamada “era de la reconstrucción”, es decir, durante el intento de reincorporación de los estados sudistas. En ella se produjeron los intentos más evidentes –y fructíferos– de influir sobre las decisiones del Tribunal. En una situación política sumamente compleja (que supondría, entre otras cosas, el intento de *impeachment* del presidente Johnson), el Congreso surgido de unas elecciones con la participación electoral más alta hasta ese momento, empleó todas sus herramientas para imponer sus decisiones, lo que condujo a la Corte a un repliegue formalista.

Efectivamente, el Congreso haría uso de dos herramientas de control de los tribunales que se han vuelto clásicas: la *jurisdiction stripping* y el *court-packing*. Frente a

---

<sup>66</sup> Por ejemplo, Lincoln que la defendía en 1856 declaró en su “First Inaugural Address” en 1861: “... if the policy of the government, upon vital questions affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court (...) the people will have ceased to be their own rules”, en FRIEDMAN, B., “The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One”, *cit.*, p. 422.

<sup>67</sup> Efectivamente, quienes abogaban por un Poder Judicial Federal enérgico (como Lincoln) estuvieron radicalmente en desacuerdo con lo decidido, mientras que quienes sostenían la soberanía de los estados y se oponían a la *judicial review*, aplaudieron la decisión.

<sup>68</sup> Un análisis en esta misma línea en FINKELMAN, Paul, “The *Dred Scott* Case, Slavery and the Politics of Law”, en *Hamline Law Review*, núm. 20, 1996.

la decisión del Tribunal en *Ex Parte McCordle*<sup>69</sup> ante la concesión de un *habeas corpus* a un opositor a la legislación de la reconstrucción, el Congreso se limitó a suprimir la competencia del Tribunal para revisar *habeas corpus* federales. Es decir, el Congreso reafirmó su capacidad de definir (ampliar o reducir) las funciones del Tribunal Supremo.

Al hilo de los casos sobre moneda de curso legal (la posibilidad de pagar deudas en papel moneda y, en último término, la capacidad del Congreso no sólo de “acuñar moneda” (terminología constitucional), sino de emitir papel moneda), este último terminaría alterando tres veces entre 1860 y 1869 el número de miembros del Tribunal Supremo y el Presidente Grant nombraría a dos jueces con la explícita misión de revocar *Hepburn v. Griswold*, lo que efectivamente lograrían en *Knox v. Lee* (por 5-4).

En definitiva, el primer gran enfrentamiento entre la Corte y el poder legislativo, se saldaría no ya con el desconocimiento de sus sentencias, como en fases anteriores, sino con la imposición al tribunal de que modificara el contenido de sus sentencias para hacerlo acorde con la orientación política del país.

Siguiendo el planteamiento de Friedman, la sexta etapa sería la de la Era Lochner. Nos encontramos en este caso, ante un tribunal –el Tribunal Fuller– que desarrolló una intensa labor de activismo judicial en abierta oposición a las convicciones generales de la opinión pública. Ello generaría un enorme debate crítico respecto a la jurisdicción constitucional que tendría como resultado teórico, de un lado, el afianzamiento del realismo jurídico y, de otro, la propuesta teórica del *judicial restraint*.

El Tribunal Fuller tiene ciertas concomitancias con el tribunal Renquist lo que ha provocado por parte de la doctrina más conservadora una importante campaña de rehabilitación de la actuación de aquél. En definitiva, lo que se debate es si el Tribunal Fuller se limitó a convertir en sentencias sus opiniones políticas personales o si aplicó correctamente la interpretación de la Constitución y de los precedentes, sin preocuparse por las consecuencias políticas que sus decisiones pudieran tener<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> 73 U.S. (6 Wall.) 318 (1867) rev., 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1868).

<sup>70</sup> La visión revisionista, por ejemplo, en SIEGEL, Stephen A., “Let Us Now Praise Infamous Men”, en *Texas Law Review*, vol. 73, 1995, pp. 661 y ss. La visión tradicional, por ejemplo en, GILLMAN, Howard, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993.

En esencia, lo que sucedió entre finales del siglo XIX y las dos primeras décadas del XX es que el Tribunal se manifestó reiteradamente contra las propuestas que trataban de controlar las actividades de los grupos monopolistas tanto en el campo como en la ciudad, mediante la aprobación de medidas anti-trust y legislación en materia laboral (salarios, seguridad e higiene en el trabajo, trabajo infantil, etc.).

El caso emblemático de este período es *Lochner v. New York*<sup>71</sup> que llevaría en los años previos a la I Guerra Mundial a Roosevelt a incluir entre sus propuestas de campaña la revocación popular de los magistrados y la revocación por el Congreso de las decisiones del Tribunal Supremo. El Tribunal justificó su activismo reformistas alegando, de un lado, la defensa del derecho de propiedad y, de otro, la imposibilidad del Congreso de legislar en favor de una parte o sector de la sociedad (los trabajadores), debiendo hacerlo siempre en nombre de la sociedad en su conjunto.

En cambio, sus críticos sostenían tres líneas principales argumentales. La primera es que el “*reasonableness test*” que aplica el Tribunal es una pura petición de principio. Se considera constitucional lo que es razonable y es razonable lo que es constitucional, sin que quepa predecir qué leyes superaran o no dicha prueba. En segundo lugar, el Tribunal parecía descubrir todo tipo de contenidos en cláusulas como el *due process of law*, sin mayor argumentación jurídica. Por último, el Tribunal parecía dictar sus sentencias a partir de una determinada teoría socioeconómica antes que jurídica (“*this case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain*”<sup>72</sup>). Así, mientras las acciones concertadas de las empresas se consideraban legales, las huelgas eran prohibidas como monopolios laborales (para lo que no existía base textual alguna en la ley Sherman).

Frente a lo que había sido un Tribunal muy deferente en la era de la reconstrucción (recordemos que su prestigio era ínfimo en aquel momento, como consecuencia de sus decisiones sobre la esclavitud), en esta era nos encontramos ante un tribunal selectivamente activista que anularía, entre 1905 y 1930 unas 200 normas de carácter

---

<sup>71</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>72</sup> Oliver Wendel Holmes en *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (Holmes, J., dissenting), p. 75.

económico. Este cambio de actitud provocaría un importante debate político pero también doctrinal<sup>73</sup>.

El *New Deal* marca una interesante modulación en los enfrentamientos entre Corte y órganos con legitimidad democrática. En efecto, si en la era Lochner el planteamiento era directamente contra la capacidad de la Corte de imponer su interpretación constitucional al país, en el *New Deal* el conflicto, por así decirlo, se personalizó contra los concretos jueces incapaces de adaptarse a la marcha de los tiempos. Ello explica el tipo de solución buscado por Roosevelt (*court-packing*) y la práctica desaparición de la polémica una vez que la corte cambia su criterio (el célebre “*switch in time*”).

El momento más intenso del enfrentamiento, como es sabido, lo marca *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*<sup>74</sup> que declaraba inconstitucional el salario mínimo femenino en Nueva York.

Resulta interesante, para lo que luego se verá en relación con el constitucionalismo democrático latinoamericano, analizar las razones de la modulación en la crítica, porque, de nuevo, ponen de manifiesto la honda relación existente entre situación política y articulación jurídico-constitucional.

Hasta la Depresión la democracia norteamericana había opuesto una concepción elitista y una concepción populista. Como resultado de la Guerra, la opción populista se había impuesto con la idea de que lo caracteriza a una democracia es que el gobierno responda a los deseos del pueblo. Por ello, cualquier intervención judicial que contrariara esos deseos era interpretada en clave antidemocrática y la solución propuesta era, consecuentemente, el control de la jurisdicción por los órganos con legitimidad democrática.

Sin embargo, la Depresión cambiaría radicalmente esta percepción. La misión del gobierno no era ya la de responder a los deseos de la población, sino la de resolver los problemas sociales. En este contexto, no se trataba de alegar si la Corte respondía o no a los deseos de la población (es decir, si era democrática), sino de determinar si contribuía o

---

<sup>73</sup> Por ejemplo, POUND, Roscoe, “The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” en *Journal of the American Judicature Society*, vol. 46, 1962, pronunciado en conferencia pública en 1906.

<sup>74</sup> 298 U.S. 587 (1936).

no a resolver los graves problemas que enfrentaba la nación (es decir, si resultaban útiles o contribuían a los resultados esperados por el *New Deal*).

Desde el punto de vista de la interpretación constitucional esto se traduciría en el abandono del formalismo que había sido dominante desde el s. XIX y que creía en la existencia de un sentido único y descubrible en el texto constitucional, para ser sustituido por un enfoque que destacaba la capacidad de adaptación del texto constitucional y las virtudes de una hermenéutica evolutiva.

Así, tras su victoria del 36, Roosevelt, alegando el retraso en las sentencias (es decir, un problema de eficacia) que achacaba a la edad de los magistrados, anunció que nombraría un juez adicional por cada juez mayor de setenta años que no dimitiera. Nada de esto resultaría necesario porque en 1937 a través de *NBLR v. Jones, Laughlin Steel Corp*<sup>75</sup> y *West Coast Hotel v. Parrish*<sup>76</sup> se revocaría, entre otros, el precedente de *Morehead*, dando por constitucionales las normas sobre relaciones laborales. Con todo, Roosevelt terminaría nombrando 8 jueces del Supremo por jubilaciones y fallecimientos lo que cambiaría notablemente su orientación.

La objeción contramayoritaria adquiriría su forma canónica con el Tribunal Warren<sup>77</sup> entre 1939 y 1969<sup>78</sup>. Este tribunal, consecuencia, entre otras cosas, de los nombramientos de Roosevelt, tendría una importante tarea en defensa tanto de las libertades civiles como de los derechos democráticos. Inicialmente el Tribunal se dedicaría esencialmente a anular algunos de sus precedentes, sin anular ni una sola ley durante un largo período. En *Brown v. Board of Education*<sup>79</sup>, sin embargo, se trataría de poner fin a la discriminación racial en las escuelas, en 1957 en las llamadas decisiones “comunistas” el Tribunal pondría límite a la caza de brujas de la guerra fría, entre 1962 y 1963 se prohibiría la oración o lectura de la Biblia en las escuelas públicas, en *Reynolds v.*

---

<sup>75</sup> 301 U.S. 1 (1937).

<sup>76</sup> 300 U.S. 379 (1937).

<sup>77</sup> Para la corte Warren, cf. ÁVILA Santamaría, Ramiro, “Los derechos sociales y el activismo judicial: la situación de los Estados Unidos y su jurisprudencia”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-Red por el Constitucionalismo Democrático, Quito, 2012, pp. 151-177.

<sup>78</sup> Y su propia denominación que proviene de la obra de BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.

<sup>79</sup> 347 U.S. 483 (1954).

*Sims*<sup>80</sup> se impuso el principio una persona, una voto para todas las elecciones, finalmente, en *Miranda v. Arizona*<sup>81</sup> se aclararían los derechos de los detenidos. El nivel de apoyo popular para estas decisiones es muy variable. Posiblemente, las decisiones contra la discriminación racial en las escuelas fueran mayoritariamente aceptadas, si bien los estados del sur y las fuerzas más conservadoras lanzaron una feroz campaña en su contra; en cambio, las decisiones sobre oración en las escuelas y control de la persecución anticomunista no tuvieron un gran respaldo popular. A su vez, las decisiones sobre democratización parecen, por su propia naturaleza, mayoritarias, mientras que la defensa de los detenidos, justo cuando comenzaba a aparecer el problema de la delincuencia en el imaginario colectivo, tuvieron posiblemente escasa aceptación. De hecho, Nixon nombraría Warren Burger para revertir estas decisiones y acabaría así con esta fase progresista del Tribunal.

En el mundo académico, la fijación con el carácter contramayoritario de las decisiones del tribunal se basaban en tres presupuestos sumamente discutibles: el carácter democrático de la Constitución norteamericana, el hecho de que la mayoría estaba representada en el Congreso y la idea de que los tribunales no reflejan la voluntad popular. Pese a que ninguna de las tres afirmaciones anteriores parece reflejar una verdad absoluta y, en algunos casos, parece estar totalmente en contra de las constataciones empíricas, la objeción contramayoritaria sigue siendo un argumento comúnmente utilizado en el análisis de la justicia constitucional en el constitucionalismo clásico.

De su análisis histórico Friedman concluye que la virulencia de la crítica contramayoritaria depende de una serie de presupuestos estructurales. En concreto, de lo siguientes: de en qué medida el grupo afectado por las decisiones puede construir un discurso que le permita afirmar que habla en nombre del pueblo (en lo que influye, a su vez, aunque no de manera mecánica el número total de los afectados); de en qué medida se producen las decisiones coincidiendo con períodos en los que el sentimiento democrático es particularmente vivo, en especial, en sus formas más populares o directas; de en qué medida rige en la doctrina la idea de que el contenido de la Constitución es racionalmente determinable; y de en qué medida la supremacía constitucional aparece como un valor importante.

---

<sup>80</sup> 377 U.S. 533 (1964).

<sup>81</sup> 348 U.S. 436 (1966).

De una u otra forma, casi toda la doctrina constitucional se ha manifestado en torno a esta posición. Podemos decir, en términos muy generales que la defensa de la *judicial review* frente a la objeción contramayoritaria ha seguido los argumentos de Bickel, Dworkin y Ely, mientras que sus ataques pueden resumirse en las posiciones de Waldron<sup>82</sup>.

En el análisis clásico de Bickel se comienza por distinguir dos aspectos de toda actividad política: por un lado, las preferencias que expresa y, por otro, su coherencia con los valores constitucionalizados. Mientras que en el primero de los campos (lo que podríamos llamar el juicio político de oportunidad), los Tribunales no tienen nada que decir, en el segundo, estarían llamados a dar su opinión (vinculante) al encontrarse en mejores condiciones que las mayorías políticas para percibir estos valores como consecuencia de su formación, de las posibilidades de análisis reposado de los problemas y de su posición estructural de independencia. Estos valores no son propiamente para Bickel principios jurídicos, sino valores humanos en el más amplio sentido de la palabra. Para determinar cuáles son estos valores constitucionalizados, “*The Court should declare as law only such principles as will –in time but in a rather immediate future– gain general assent*”. Como puede verse, Bickel encomienda a la Corte una suerte de papel, a medio camino entre la guía prospectiva y el oráculo sobre los valores futuros. Como ha señalado Gargarella<sup>83</sup>, esta tarea puede entenderse en términos fuertemente elitistas (la Corte, por su superior estado de conocimiento, debe indicar qué valores deben prevalecer) o en términos más dialogantes, como intérprete del sentir popular. En este segundo caso, se atenúa un tanto el carácter contramayoritario de la Corte. Ahora bien, aun suponiendo que tales valores compartidos existan en una sociedad (lo que no necesariamente sucede), no queda claro si esta estrategia de interpretar valores de la mayoría es lo que se requiere para la tutela, justamente, de los derechos de las minorías.

---

<sup>82</sup> Existen varios análisis interesantes de esta cuestión que adoptan diferentes puntos de partida. Unos, restringen su estudio al desarrollo posterior a la obra de Bickel, por ejemplo, BAYÓN, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985, pp. 137-153; ARBÓS, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 44, 1995, p. 263-298; otros, por el contrario, lo consideran una constante en el desarrollo de la *judicial review* y amplían su campo de estudio también al s. XIX Así, DORADO Porrás, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 3, Dykinson, Madrid, 1997; PISARELLO, Gerardo, “Jueces y Constitución en los Estados Unidos (Elementos para una reflexión sobre el activismo)”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, enero-julio, 2000, pp. 273-284.

<sup>83</sup> GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, p.74.

Aunque los posicionamientos teóricos de Dworkin son sobradamente conocidos<sup>84</sup>, conviene recordar aquí lo que tiene que ver con su defensa de la legitimidad de la justicia constitucional, pero también con los límites que le impone.

Dworkin, como Bickel, distingue entre dos tipos de acción política: la que se refiere a los derechos individuales y la que se refiere a los fines sociales colectivos. Las primeras corresponden por igual a todos los ciudadanos, mientras que los segundos implican opciones, por lo que deben ser decididas por mayoría. Los jueces, pues, deben restringirse a controlar las segundas, sólo cuando afecten a las primeras.

Para determinar cómo, concretamente, deben guiarse para su tarea los jueces, Dworkin introduce su conocida distinción entre conceptos y concepciones. Los primeros serían formulaciones abstractas de valores y los segundos las expresiones socialmente determinadas de los mismos. Todas las sociedades consideran que existe la crueldad, pero no todas coinciden en qué es cruel concretamente. Los conceptos, naturalmente, estarían positivizados en la Constitución, las concepciones serían, justamente, lo que los jueces deberían determinar para establecer si han sido violadas o no en un caso concreto. El problema, naturalmente, es a partir de qué parámetros establecen los jueces cuales son las concepciones vigentes en cada momento.

Según Dworkin, el Juez Hércules (el dotado de las mejores condiciones y cualidades) debe guiarse por una serie de principios para evitar caer en la arbitrariedad y en la ilegitimidad. Hay que recordar que Dworkin está aquí reaccionando contra el realismo jurídico norteamericano, según el cual, lo que los jueces harían es pura y simplemente aplicar sus valores y hacerlos pasar por valores constitucionales. Frente a ello, Dworkin propone la aplicación de los casos típicos y el respeto a la integridad del derecho.

Los casos típicos, como su propio nombre indica, son los comúnmente tenidos por representativos de un cierto concepto. Así, el garrote vil es tenido comúnmente por cruel. Pues bien, a la hora de proponer una concepción o su aplicación concreta a un caso, los jueces no podrían hacerlo si las causas de esa crueldad no están presentes en los casos

---

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984. Un buen resumen en WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, Civitas, Madrid, 1991, pp. 459 y ss.

típicos. Es decir, los jueces no podrían ampliar arbitrariamente las razones más allá de las que se derivan de los casos típicos. La integridad del ordenamiento, por su parte, supondría que la conversión de un concepto en concepción no puede hacerse comprometiendo otros conceptos constitucionales. Partiendo de la idea de que la constitución expresa un panorama valorativo coherente, esta tesis supone que un concepto al convertirse en concepción no puede cambiar el puesto que ocupa dentro de ese universo valorativo constitucional. Esto implica una nueva restricción a la construcción de concepciones que no pueden, por tanto, ni aducir razones extrañas a los caso típicos, ni suponer una modificación de las relaciones recíprocas entre valores constitucionales.

La razón de fondo por la que es necesaria la jurisdicción estibaría en que mientras en las decisiones sobre determinación de fines sociales existen una serie de controles derivados del *checks and balances*, de forma que ninguna decisión es adoptada por la pura regla de mayoría (lo que distinguiría a las democracias constitucionales de la democracias puras), en el caso de los derechos individuales el poder aparece como un todo homogéneo y hostil. Es decir, que son conflictos entre la mayoría y un individuo, por lo que sería totalmente inaceptable que fueran resueltos por esta misma mayoría (que sería juez y parte).

Ello no obsta para que un tribunal en concreto, en lugar de actuar como Juez Hércules (es decir, siguiendo los principios dworkianos), lo haga como defensor ilegítimo de sus intereses particulares, pero ello no demostraría que la justicia constitucional es ilegítima, sino que los jueces han sido mal seleccionados, formados, etc.

Como puede verse, la defensa dworkiana de la *judicial review* no resulta especialmente tranquilizadora porque aunque pretende salvar su legitimidad, digamos, de origen o estructural, deja pendiente su legitimidad efectiva de que se cuente con los correspondientes Jueces Hércules, lo que no siempre parece posible.

Ely, por su parte, sostiene una posición incluso más moderada de defensa<sup>85</sup> de la *judicial review*. Su obra se plantea, en parte, como una respuesta a Bickel, al que acusa de haber minusvalorado las posibilidades de la Corte de imponer sus criterios sobre los de los

---

<sup>85</sup> ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, Colombia 1997.

órganos democráticamente legitimados. Lo que exigiría considerar cuidadosamente la cuestión de su carácter contramayoritario.

Ely critica la idea de que exista un orden jurídico natural que deba ser defendido por los jueces, pero aclara que, en la actualidad, la cuestión se ha convertido en la afirmación de la existencia dos órdenes normativos, uno constitucional y otro legal, entre los que pueden existir antinomias. El problema es que las defensas típicas, como la de Dworkin, de la jurisdicción constitucional, parten de algún tipo de razonamiento de filosofía moral (los conceptos y concepciones dworkianas, por ejemplo) para el que los jueces estarían especialmente preparados. Lo que sucedería, simplemente, es que los jueces (y, en realidad, todos los operadores jurídicos) instalarían como valores y razonamientos morales, lo que no son sino expresión de sus intereses y creencias debidas a su clase, *status*, educación, etc. Ni existiría un orden objetivo de valores, ni los jueces estarían situados en una posición especialmente adecuada para captarlos.

Si no existe este orden objetivo de valores (ni, aunque existiera, los jueces tendrían ninguna prioridad interpretativa sobre él), entonces, en opinión de Ely no cabe recurrir más que a la tradición o al consenso. Sucede, por un lado, que no existe, en realidad, una tradición, sino tradiciones diversas y contradictorias y que, en todo caso, no parecen existir razones para que las decisiones del pasado deban imponerse sobre las del presente.

Con el consenso sucede lo mismo que con los valores. No existe, en realidad, un consenso objetivo, sino diferentes percepciones personales de lo que se considera consensuado y, en todo caso, descubrir cuál sea ese consenso siempre será más fácil para una cámara representativa que para unos jueces profesionales.

Por ello, Ely va a introducir un cambio en la teorización de Dworkin, en lugar de distinguir entre conceptos y fines sociales, va a distinguir entre procedimientos y fines y valores de la legislación. Mientras que los segundos serían de competencia irrestricta de los órganos representativos éstos, podrían, sin embargo, entrar en contradicción con los procedimientos. Estas contradicciones deberían ser resueltas por los jueces puesto que en caso contrario, nuevamente, las asambleas actuarían como juez y parte. Como vemos, subyace una misma confianza en los especialistas, aunque se trate, ahora, de especialistas en tareas distintas (procedimientos frente a conceptos).

Ely trata de dar especificidad a su argumentación tratando de señalar cuáles son, en concreto, esos procedimientos y cómo ello influye en la tarea de los tribunales. En sus propias palabras: "... en una democracia representativa, las determinaciones valorativas deben ser adoptadas por nuestros representantes elegidos y si, de hecho, la mayor parte de nosotros no está de acuerdo, podemos votar para removerlos de sus cargos. El mal funcionamiento se da cuando el *proceso* no inspira confianza, cuando 1) quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político o se aseguran de permanecer en el poder y excluir a los demás, o 2) cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz o voto, los representantes comprometidos con una mayoría efectiva sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses y, al hacerlo, niegan a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos. Obviamente, nuestros representantes elegidos son las últimas personas en quienes confiaríamos para identificar cualquiera de estas dos situaciones"<sup>86</sup>. Como puede verse, aflora aquí la misma estructura argumentativa que en Dworkin, aunque con otro contenido: existen riesgos en la acción mayoritaria y esa misma mayoría no puede resolverlos: debemos confiar en ciertos especialistas. En este caso, los especialistas tendrían que luchar contra el *self-entrenchment* político de las minorías (como se verá, concebida como una suerte de *self-entrenchment* social).

Para la primera de las tareas, Ely señala cuatro áreas prioritarias: las que tienen que ver con las condiciones para hacer posible y efectiva la participación, la propia participación como ejercicio del voto, la publicidad en el procedimiento legislativo y el carácter normativo de la legislación. Así pues, dos *ex ante* y dos *ex post*.

Estas condiciones no serían otras que la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de asociación y participación, etc. Sobre estos terrenos los tribunales deben aplicar un test de constitucionalidad estricto frente a cualquier restricción, que sólo serían válidas en presencia de algún interés legítimo del Estado.

En relación con el sufragio, sucede que la Constitución norteamericana no lo menciona como derecho específico (como también sucede con el derecho de asociación),

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 130.

pese a lo cual, en su opinión, negar el derecho de sufragio sería el ejemplo paradigmático de obstrucción al procedimiento democrático.

La publicidad es la vieja aspiración liberal a un gobierno mediante la opinión pública, que se plasma en la necesidad de estar informado de los actos de gobierno para poder informar sobre ellos, por oposición al secreto característico del *Ancien Régime*.

El último de los puntos se refiere a que la legislación sea lo suficientemente precisa en cuanto a objetivos, mecanismos, etc. como para no permitir a la Administración actuar como legislador a través de sus actos de aplicación, por el menor control democrático a que están sometidos éstos.

El segundo de los aspectos resulta, en la argumentación de Ely, más problemático. Pues, en principio, podría pensarse que bastaría con que los jueces garantizaran el acceso al circuito democrático a todos y, por tanto, también a las minorías. Si luego el ejercicio del gobierno redundaba en tratos diferenciales, en eso consiste precisamente la adopción de medidas políticas: en juzgar la oportunidad sobre cuándo y dónde se debe actuar.

Sin embargo, Ely sostiene que si una mayoría legisla sistemáticamente en su beneficio ello perpetuaría la situación de mayoría dominante, impidiendo, de facto, que la minoría deje de serlo. Esto se traduce en términos prácticos en dos guías para la *judicial review*: por un lado, debe aplicarse el *strict scrutiny test* a cualquier clasificación sospechosa, en la medida en que la pura designación de minorías “discretas e insulares”, presupone que dicha minoría habrá tenido un escaso margen de participación en la adopción de las decisiones; de otro, en la constitucionalidad de las *affirmative actions*, en tanto que *sensu contrario*, nada hay de sospecho en que “una mayoría discrimine contra sí misma” (p. 206).

Esta posición de Ely ha sido el blanco de las críticas de casi todos los autores posteriores que, de una u otra forma, se muestran escépticos acerca de la *judicial review*. Algunos, no aceptan prácticamente ninguno de los presupuestos políticos y filosóficos del

razonamiento<sup>87</sup>. Pero, incluso entre quienes comparten, digamos, la orientación filosófica general del proyecto de Ely, se han señalado, al menos, tres debilidades argumentales.

Por un lado se ha puesto de manifiesto que el entendimiento de la constitución en términos procesualistas y no de valores o contenidos es, en sí mismo, una opción sustantiva que, al margen de un mayor o menor apoyo textual en la Constitución, no le correspondería (según el propio Ely) realizar a los jueces, sino que, en todo caso, una *judicial review* de esta naturaleza, debería ser impulsada legislativamente o impuesta en la propia constitución. En segundo lugar, qué valor relativo se dé a cada uno de los requisitos o condiciones de la participación, determinará probablemente el resultado de la misma y ello se hará con base en las opciones valorativas (y no procesuales de los jueces)<sup>88</sup>. Por último, la clásica crítica de Nino<sup>89</sup> a este tipo de procedimentalismo viene a decir que la selección de las condiciones para una participación significativa que realiza Ely adolece de un insalvable sesgo de clase. En efecto, sólo entre las clases privilegiadas puede considerarse que son requisitos para participar políticamente la libertad de prensa o la libertad de expresión, pero no el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad, a la vivienda, etc. Siendo esto así, lo que sucede es que los jueces tendrían que controlar todos los derechos, lo que, de nuevo, según Ely nos devolvería a decisiones sustantivas y no procedimentales para las que los jueces no estarían capacitados. Dicho de otro modo, no puede defenderse el procedimiento sin tomar en consideración las condiciones sustantivas en las que éste se desarrolla.

En todo caso, resulta llamativo que no se considere el caso en que la minoría legisla contra la mayoría que, en ciertos contextos, es lo habitual. Se refleja nuevamente aquí una confianza un tanto ingenua sobre las virtudes democráticas del sistema norteamericano y un análisis numéricamente muy superficial sobre qué quiere decir ser la “mayoría”, confundiendo la mayoría legal con la mayoría sociológica, en definitiva una reedición de la vieja categoría medieval de la *maior et sanior pars*. Como se dijo antes al

---

<sup>87</sup> Por ejemplo, SUNSTEIN, Cass, “Beyond the Republican Revival”, en *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, pp. 1548 y ss.

<sup>88</sup> Por ejemplo, GARGARELLA, Roberto, “La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos” en VV.AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 200 y ss.

<sup>89</sup> NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en VV.AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 125 y ss.

hablar sobre el problema del origen de la justicia constitucional, esta consideración de las mayorías y las minorías tan alejada de la realidad pone en entredicho la utilidad de estos argumentos para contextos que pretenden construir formas genuinamente democráticas y participativas de gobierno. Sobre esta cuestión se volverá después en el epígrafe 2 de este mismo capítulo.

Ahora bien, si aceptamos la argumentación de Ely cabría concluir que, en su opinión, la característica principal de la Constitución norteamericana sería su carácter democrático y que la actuación de los tribunales sería, justamente, la de actuar como garantes de esta misma democracia. Paradójicamente, para poderlo hacerlo deberían, según esta tesis, adoptar una estructura no democrática. Serían unos valedores no democráticos de la democracia.

Dentro de estas argumentaciones clásicas sobre la materia, el representante por excelencia de la oposición al control judicial es Waldron<sup>90</sup>. Aunque Waldron comparte un buen número de presupuestos filosóficos y morales con Dworkin o Ely (es decir, no proviene de corrientes diferentes como el marxismo o la teoría crítica del derecho), sin embargo, va a adoptar un planteamiento totalmente diferente en el que va a ocupar un papel central la cuestión de la autoridad. Aceptando, pues, el papel de los derechos y, justamente, porque ocupan una posición axial es por lo que no puede existir una jurisdicción constitucional basada en ellos.

Recordemos, pues, cuáles son los cuatro pasos argumentativos de Waldron, puesto que, cada uno de ellos señala un importante núcleo polémico a la hora de fundamentar la legitimidad y eficacia de la justicia constitucional. Estos cuatro asuntos son: qué relación existe entre la defensa moral de los derechos y su constitucionalización; en qué medida y por qué procedimientos son definibles los derechos; qué papel debe desempeñar la cuestión de la autoridad al hablar de derechos; y, por último, por qué no es deseable que exista una jurisdicción constitucional de los derechos.

En relación con el primero de los temas, Waldron comparte con Ely o Dworkin la convicción acerca de la bondad de los valores que los derechos expresan, tales como la

---

<sup>90</sup> Aunque Waldron lleva sosteniendo esta postura en diferentes trabajos, la forma canónica de esta crítica aparece en WALDRON, Jeremy, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 18-51.

libertad, la independencia, etc. Lo que Waldron quiere señalar es que su conversión de derechos morales en derechos legales no es una necesidad lógica de los mismos (recordemos que ya antes se habló de la concepción jacobina de la defensa social), sino que se basa en el juicio de que la técnica de los derechos fundamentales, con sus notas de universalidad, igualdad, etc. sería la más eficaz para su defensa. Ahora bien, según Waldron, esto será así o no dependiendo del contexto. Y, en todo caso, requeriría de una prueba adicional por lo que no puede darse como una verdad analítica a partir de la afirmación de los derechos morales. Y, al contrario, la opción por los derechos juridificados puede también responder a estrategias que no necesariamente se propongan maximizar los valores encarnados en los derechos morales. Si esto es así en general, más aún lo será en relación con la constitucionalización que, nuevamente, no es más que una particular técnica de juridificación asociada a la rigidez, supremacía, etc. En definitiva, estar a favor de los derechos morales es una cosa, estar a favor de convertirlos en derechos legales es otra y querer constitucionalizarlos es una tercera. Cada una de ellas debe ser defendida con argumentos propios y no considerarse como una mera cadena de derivación lógica.

Waldron ofrece algunos argumentos por lo que esta legalización y constitucionalización no resultarían deseables. Por un lado, está la cuestión de los requisitos del lenguaje jurídico. Para que éste resulte aplicable tiene que poseer un alto grado de determinación. La seguridad jurídica exige que se sepa a ciencia cierta lo que el derecho dice, rechazándose formulaciones abstractas o generales. En cambio, el mundo de los valores reclama, justamente, este tipo de expresiones genéricas. Sucede que, de las muchas expresiones en las que se podría encerrar un derecho moral, sólo puede legalizarse una y, si además se constitucionaliza, esa expresión (como consecuencia de la rigidez y supremacía) habrá desplazado a cualquier otra, provocando una considerable pérdida de riqueza semántica.

Además de esta sospecha epistémica sobre la constitucionalización, Waldron añade una consideración sobre el problema de la autoridad. En sus propias palabras: *“To embody a right in an entrenched constitutional document is to adopt a certain attitude towards one’s fellow citizens. That attitude is best summed up as a combination of self-assurance and mistrust: self-assurance in the proponent’s conviction that what she is*

*putting forward is a matter of fundamental right and that she has captured it adequately in the particular formulation she is propounding; and mistrust, implicit in her view that any alternative conception that might be concocted by elected legislators next year or the year after is so likely to be wrong-headed or ill-motivated that her own formulation is to be elevated immediately beyond the reach of ordinary legislative revision”*<sup>91</sup>.

En realidad, Waldron, más que dos argumentos en contra de la constitucionalización, lo que nos ofrece es un argumento complejo sobre la necesidad de abordar el tema de la autoridad en cualquier teoría sobre los derechos. Dicho razonamiento viene a decir, más o menos, lo siguiente: justamente porque razonar en términos de derechos es sumamente complejo (hay que elegir los valores –los conceptos dworkianos– y su relación recíproca (su estructura topológica); hay que determinar sus formulaciones jurídicas –las concepciones– que especifiquen las obligaciones, los titulares, los obligados, etc.), lo más probable es que diferentes sujetos o colectivos no estén de acuerdo y, porque no lo están, de lo que se trata es de decir cómo vamos a decidir quién y cómo impondrá su criterio. Cualquier forma de esencialismo (los derechos *serían* insoslayablemente tal o tal cosa) o de iusnaturalismo (existe un discurso externo al derecho positivo que marca las lindes de su validez), lo único que hace es escamotear el tema de la autoridad (pero no suprimirlo) y pueden resumirse diciendo que el que enuncia esas supuestas esencias o ese supuesto discurso extrapositivo lo que en realidad afirma es que él (por sus conocimientos, por su experiencia o por la razón que sea) posee la *autoridad* para definir los derechos. El propio Waldron señala el obvio vínculo que existe entre su razonamiento y el clásico de Hobbes sobre quién hace la ley (*auctoritas non veritas facit legem* y ello porque, sencillamente, por el hecho de que como todos intentamos imponer *nuestra* verdad (y *la* verdad no existe), necesitamos una autoridad que nos resuelva el problema).

Este planteamiento nos permite separar dos cuestiones: ¿qué consideramos justo? y ¿cómo creemos que debe resolverse la discrepancia en caso de que no haya acuerdo con los demás sobre lo que creemos justo?

---

<sup>91</sup> Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 27.

Esta distinción permite explicar el carácter paradójico de algunos de los posicionamientos históricos señalados en el tema de la objeción contramayoritaria en Estados Unidos. Efectivamente, que pensemos que las discrepancias deban resolverse de algún modo (por ejemplo, por el Tribunal Supremo) no garantiza que siempre y en todo caso estemos de acuerdo con sus decisiones sustantivas. Pero lo importante aquí es que, si se acepta que se necesita una autoridad (porque no podemos ponernos de acuerdo), entonces siempre sucederá que las decisiones serán, de algún modo, *injustas*, injustas naturalmente para quienes sostienen lo contrario a lo decidido. No tiene, por tanto, sentido preocuparse por cómo encontrar la decisión más justa (como hacen Ely o Dworkin) porque ésta sólo será justa para quienes compartan los valores, conceptos, etc., sino que debemos preocuparnos por encontrar el método de resolución de conflictos que todos concibamos como aceptable. No cabe ignorar las grandes dosis del típico *fair play* inglés que traduce la posición de Waldron, al tiempo que una aproximación sumamente pragmática al problema, pero con la virtud de no simplificarlo indebidamente. El debate sobre la justicia (entendido como qué es lo justo) es siempre y necesariamente inacabable, no así el debate sobre cómo ponemos fin a la discrepancia (es decir, qué autoridad señalamos para que dé una solución, justamente, porque no somos capaces de ponernos de acuerdo).

Recordemos, brevemente, cuál es ese método que, concretamente, propone Waldron, asumiendo que, como es obvio desde su teoría, deberá adoptarse el que mayoritariamente sea preferido por la población.

Waldron sostiene en esta materia un principio de coherencia, en virtud del cual el método de resolución de conflictos que se proponga debe ser coherente con la concepción de justicia material que se sostenga, para evitar caer en una disonancia racional.

En este sentido, Waldron va a abogar por un concepto de la justicia basado en la participación (lo que, como se verá después, resuena intensamente en el nuevo constitucionalismo democrático). La participación sería un derecho especial porque, de un lado, es la dimensión política de la libertad y de la personalidad (o, visto colectivamente, de la pluralidad). Y lo es porque participar no es otra cosa que tener la posibilidad de mostrarse libremente como diferente de los demás, es decir, la posibilidad de disentir. En segundo lugar, porque actúa como metaderecho. Cuanta mayor sea la participación

(individual y colectiva) menos probable será que se adopten decisiones consideradas injustas por los que participan. Al revés que los demás derechos, la participación no puede concederse paternalistamente, porque es la puerta para la obtención de todos los demás en la específica forma deseada por el que participa (y no por el que *otorga* el derecho). Incidentalmente, hay que señalar que este tema es sumamente importante a la hora de hacer valoraciones sobre algunas cuestiones candentes en la crítica del constitucionalismo latinoamericano democrático como el hiperliderazgo, el presidencialismo o el caudillismo, pues, de alguna forma, la participación es, a un tiempo, el antídoto contra y el termómetro de estas patologías.

Waldron añade a continuación una interesante reformulación del planteamiento procesualista de Ely, alcanzando conclusiones opuestas. Se trate de una versión del razonamiento epistémico a favor de la deliberación pública. A priori, parece razonable suponer que cuantos más participen en la decisión, menos probable es que sea errónea y, adicionalmente, será más fácil detectar y corregir, posteriormente, los errores cometidos, si se sigue participando<sup>92</sup>. Ahora bien, en lugar de concluir como Ely que, por eso mismo, los procedimientos deben salvaguardarse de las mayorías para salvar a la democracia de sí misma, lo que Waldron sostiene es que también los procedimientos de participación son valores sustantivos sobre los que no hay acuerdo, por lo que ellos también deben quedar sometidos al argumento de la autoridad.

Hay que tener presente que la metadecisión sobre cómo resolver conflictos no prefigura la decisión sobre cómo resolverlos. Es decir, podemos decidir por mayoría (metadecisión) que ciertas decisiones no se adopten mayoritariamente (decisión).

Ahora bien, Waldron, analizando el caso norteamericano, trata de mostrar por qué, en su opinión, eso sería un error<sup>93</sup>. Para hacerlo, pasa a tres defensas clásicas de la *judicial review*. La primera es la de su inevitabilidad que surge con *Marbury v. Madison*. Porque

---

<sup>92</sup> Aunque Waldron no lo especifica, esta versión (como, en general, la confianza en la deliberación) presupone la existencia de una racionalidad análoga en todas las personas y la creencia en la posibilidad de encontrar una solución mejor que otra. Este argumento, pues, es vulnerable a casos contrafácticos como ¿mejorará la solución si todos participan en resolver una integral por partes en lugar de sólo hacerlo los matemáticos? De otro lado, parece contradecir en parte la afirmación anterior de que no es posible encontrar una solución mejor que otra y que, justamente, por eso necesitamos una autoridad. En todo caso, se trata de un argumento colateral y el centro de su teoría puede mantenerse incluso prescindiendo de él.

<sup>93</sup> Recordemos que la obra de Waldron se escribe al hilo de la polémica en Inglaterra sobre la conveniencia de adoptar algún tipo de control constitucional de los derechos inspirado en la *judicial review* norteamericana.

los jueces tienen que aplicar la Constitución y las leyes, no les queda más remedio que interpretar y decidir sobre los derechos. Frente a este razonamiento lo que quedaría por demostrar es por qué no pueden interpretarlos también otros sujetos y, sobre todo, por qué su decisión debería ser la definitiva. Es eso justamente lo que está en discusión (argumento de autoridad). Existe aquí una paradoja adicional porque o el texto constitucional está perfectamente claro y no requiere interpretación<sup>94</sup> y, en tal caso, casi todo lo que ha construido el Tribunal Supremo sobre *due process of law*, *takings clause*, etc. es a todas luces una invención ilegítima, o se admite que el texto está sometido a un proceso dinámico de actualización y, entonces, aunque resulta legítimo que lo haga el Tribunal Supremo pero resurge la pregunta de por qué debe hacerlo exclusivamente o en última instancia.

La segunda es la de la democraticidad procedimental del Tribunal Supremo, al ser elegidos por la acción de dos órganos con legitimidad democrática como son el Presidente y el Senado. Nuevamente, para Waldron esto es indiscutible pero en buena medida irrelevante. De lo que se trata es de por qué debería imponerse su autoridad sobre otros órganos que, indudablemente, son más democráticos que él.

La tercera es la que trata de desmontar el carácter democrático de las legislaturas o los ejecutivos, como consecuencia de las imperfecciones del sistema democrático norteamericano. Aquí, sin citarlo explícitamente, Waldron anticipa razonamientos del tipo de los sostenidos por Boaventura Santos<sup>95</sup>, en el sentido de que la democracia no se mejora, sino practicándola y que, consecuentemente, la imperfección de un órgano democrático no mejora confiando en otro que lo es aún menos.

Waldron termina su ataque a la *judicial review* (recordemos, como propuesta para Inglaterra) tratando de despejar lo que considera dos equívocos. El primero es el de la legitimación *ex constitutione* de la *judicial review* y el segundo el que se deriva de la noción de límites habilitantes.

El primero vendría a decir que, en aquellos caso en que la *judicial review* y los derechos aparecen constitucionalizados en un proceso participativo y mayoritario (lo que,

---

<sup>94</sup> El supuesto ideal napoleónico de que “la ley debe ser clara, interpretarla es corromperla”.

<sup>95</sup> Como las contenidas en SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.), *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

como se sabe *no* es el caso en Estados Unidos), ello implica que tal decisión es necesariamente democrática. Waldron distingue aquí dos facetas del problema. Efectivamente, en los casos en que esto sea así, tal decisión satisface el requisito de autoridad y es, por tanto, legítima; pero en la concreta opinión de Waldron (argumento de justicia) seguiríamos teniendo que encontrar razones para defender que este sistema sea mejor (o más democrático) que otros (es decir, seguir permitiendo la participación sobre tal asunto).

El segundo suele enunciarse diciendo que la democracia tiene que ser protegida frente a las decisiones que en el futuro podrían tomar las mayorías seducidas irracionalmente por la pasión del momento y que conducirían a su destrucción. Waldron aclara que este escenario es contrafáctico en lo relativo a derechos y *judicial review*. Las discrepancias entre mayorías y minorías en esta materia no son futuras, sino presentes, y no están movidas por extraños cantos de sirenas, sino por discrepancias racionales (o, al menos, tan racionales como las que puedan exhibir los jueces).

Por la fecha de publicación del trabajo de Waldron, nos encontramos ya en la última modulación de este debate en lo que hemos considerado su forma clásica, justamente coincidiendo con el nacimiento del constitucionalismo latinoamericano democrático que se analizará en el capítulo II, tratando de buscar los puntos de contacto, pero también de diferencia, con la situación anterior.

### *I.1.3.4 La idea del legislador negativo y el impacto del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales*

El otro campo de discrepancia teórica fundamental en torno a la legitimidad y eficacia de la justicia constitucional en el discurso clásico asociado al constitucionalismo liberal y social europeo, es el que se refiere a la compleja interrelación entre la noción de legislador negativo y la constitucionalización de los derechos fundamentales.

También en este apartado de lo que se trata no es de hacer una revisión general de esta polémica, sino de fijar una serie de elementos básicos que puedan permitir una comparación fructífera con las bases en las que se apoya el proyecto del constitucionalismo latinoamericano democrático.

A tal fin, se expondrá, en primer lugar, de manera resumida, la versión canónica de la justicia constitucional como legislador negativo tal como fuera propuesta por Kelsen<sup>96</sup>, para añadir después algunas consideraciones sobre la evolución posterior del debate en algunos países europeos.

Hans Kelsen comienza por asociar su propuesta con su propia concepción escalonada del ordenamiento, en virtud de la cual, el derecho sería una serie ordenada de concreciones normativas que irían de la Constitución al acto jurídico, cada una de las cuales tomaría su validez de la norma superior, de la que sería aplicación y a la que no podría contradecir. En este marco, la Constitución tendría como peculiaridad el no tener ninguna otra por encima, actuando de base legitimadora y ordenadora del resto del derecho. Justamente por esta condición de base del ordenamiento es por lo que suele contar con unas garantías que aseguren su estabilidad. En particular, mediante la rigidez y el procedimiento de reforma constitucional.

Como puede verse, Kelsen opta por una visión estática del derecho en la que la transformación tiene menos importancia que la seguridad jurídica. En todo caso, lo que resultaría relevante es que las Constituciones (ya a partir de esa fecha) no sólo contienen normas sobre órganos y procedimientos de creación del derecho, sino que también incluyen normas sobre derechos, por lo que la Constitución deja de ser una regla

---

<sup>96</sup> Como es obvio, en su trabajo de 1928, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *op. cit.*, a la que se refieren todas las alusiones y citas sucesivas.

exclusivamente procedimental y pasa también a ser una norma sustantiva, lo que involucra que, junto a la inconstitucionalidad formal, puede existir también una inconstitucionalidad material. A su vez, esto arrastra a que la inconstitucionalidad ya no puede predicarse sólo de las leyes (que serían las que hipotéticamente podrían violar los procedimientos legislativos), sino de cualquier elemento del derecho (incluidos los actos), que sea concreción directa de la Constitución, pero viole sus contenidos materiales.

El remedio que Kelsen propone para esta situación es la anulación de los actos (en sentido amplio) inconstitucionales por parte de un Tribunal Constitucional. Es justamente la unión de anulación y tribunal especializado la que cambiaría la naturaleza de la *judicial review*, haciendo del Tribunal Constitucional, en realidad, un legislador negativo. En palabras de Kelsen: "...“...el órgano al que está encomendada la anulación de las leyes inconstitucionales, aunque reciba –por la independencia de sus miembros– la organización propia de un tribunal, no ejerce, sin embargo, verdaderamente una función jurisdiccional. En la medida en que se puede distinguir entre ellas, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que ésta crea normas generales, mientras que aquélla sólo crea normas individuales. Ahora bien, anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo”<sup>97</sup>.

Admitido este carácter de legislador negativo, a Kelsen le parece autoevidente que debe tratarse de un órgano judicial el encargado de la tarea porque, justamente, los que deben ser controlados son el Legislativo y el Ejecutivo. Además, según su opinión, mientras que la anulación de una norma es un acto de mera aplicación de la Constitución, es decir, que no involucra elecciones valorativas, la legislación positiva supone un juicio de oportunidad y de medios que es típicamente político. La anulación, por tanto, aunque materialmente es legislación (negativa) se asemeja formalmente al tipo de tareas que ordinariamente realiza la jurisdicción: la aplicación del derecho.

---

<sup>97</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 130.

Quizá convenga recordar aquí que Kelsen aborda también el problema de la utilización del derecho internacional como parámetro de constitucionalidad. En su opinión, tal utilización sólo es posible cuando la Constitución ha incorporado explícitamente el reconocimiento del derecho internacional integrándolo en el derecho estatal con rango constitucional.

Igualmente, Kelsen advierte que si crea un Tribunal Constitucional, entonces la Constitución debe abstenerse de utilizar conceptos generales como justicia, igualdad, libertad, etc. En caso contrario, sucedería que unos pocos jueces impondrían sus propias concepciones acerca de estos conceptos, en lugar de hacerlo la mayoría parlamentaria responsable de la aprobación de las leyes. Esta advertencia suele ignorarse cuando se justifica kelsenianamente la acción de los Tribunales Constitucionales actuales que, como puede verse, Kelsen, en realidad, habría rechazado. O, dicho de otro modo, la justificación kelseniana de la justicia constitucional no resulta de aplicación prácticamente a ningún sistema actual, puesto que todos ellos contienen ese tipo de conceptos que, en opinión de Kelsen, conducen a que la opinión de los jueces (no de la Constitución) prevalezca sobre la legislación. Sucede aquí, como en tantas otras ocasiones, que se separa un argumento de sus condiciones de validez y se trata de aplicar universalmente. Es por ello por lo que a lo largo de este primer capítulo se ha insistido en las condiciones materiales, jurídicas, etc. en las que se desarrollan los debates y en las que surgen sus instituciones, porque dichas condiciones nos marcan las condiciones de aplicabilidad de los razonamientos (independientemente, claro es, de su mayor o menor aceptabilidad interna).

Y esta observación hay que aplicarla también, como condición de validez de su propuesta, a la que es, probablemente, su principal virtud. El haber planteado la justicia constitucional desde el punto de vista político como una herramienta de defensa de la democracia: “Al asegurar la elaboración constitucional de las leyes y en particular su constitucionalidad material, la justicia constitucional es un medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría (...) Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea. La simple amenaza del

recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquélla y para oponerse así en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría”<sup>98</sup>.

Pese a todo, afloran en el razonamiento kelseniano algunas determinaciones históricas importantes. Por un lado, la traslación literal de mayoría parlamentaria a mayoría sociológica y de minoría parlamentaria con minoría sociológica, lo que no siempre es el caso. Y, adicionalmente, aunque argumentando en términos de discurso democrático, se adivina la idea de miedo a las mayorías. Recordemos que estamos en el momento en que parece que las mayorías parlamentarias pueden cambiar de bando (pasando de los partidos burgueses a los partidos obreros), por lo que parece operarse una suerte de intercambio: se admite el sufragio universal y la posibilidad de que los partidos obreros lleguen a gobernar, pero se arbitra un procedimiento de garantía residual para las *minorías*.

Si contemplamos la cuestión desde un punto de vista más amplio y general, podemos afirmar que, de un lado, la respuesta kelseniana es un intento de conciliar intereses y finalidades de diversa naturaleza y que, en la práctica, este modelo (que, aceptadas sus premisas, resolvía los dilemas) no se ha podido poner en práctica, aunque haya seguido actuando como referente teórico. Del mismo modo que las constituciones europeas han emprendido, al menos desde los años setenta, un camino de pérdida de normatividad, la Justicia Constitucional se ha ido alejando del modelo que supuestamente lo justifica hasta hacerlo irreconocible. En definitiva, se justifica de una forma, pero se funciona de otra.

Más específicamente, en Europa nos encontramos con una enorme desconfianza frente a los jueces heredada de las revoluciones burguesas, lo que condujo a su subordinación total al poder legislativo. Al mismo tiempo, el temor liberal de que la política degenerara en dictadura o de que los partidos obreros se hicieran con el control parlamentario, condujo a la creación de un Tribunal como guardián de la Constitución. Para evitar que una y otra tesis se anulen (tribunales ordinarios limitados pero tribunal

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 152.

constitucional omnipotente) se formula la teoría del legislador negativo. Ahora bien, la fuerza de los hechos ha alejado notablemente a los tribunales de esta propuesta teórica (en lo relativo al control abstracto, en lo relativo a la anulación, en lo que se refiere a la interpretación de conceptos indeterminados, la ponderación, etc., etc.) dejándolos, en cierto sentido, huérfanos de todo discurso legitimador que no sea el de que *desearían* ser legisladores negativos<sup>99</sup>.

Efectivamente, el universo político, jurídico y social en el que se generalizan y afianzan los tribunales constitucionales, poco tiene que ver con el que pudo imaginar Kelsen en 1920 o 1928. El constitucionalismo posfascista es, en primer lugar, un constitucionalismo fuertemente cargado de valores, fines, cláusulas teleológicas, etc. Es decir, lo que Kelsen consideraba incompatible con el recto funcionamiento del Tribunal<sup>100</sup>. Es, en segundo lugar, un constitucionalismo en el que la cuestión de la defensa existencial de la constitución vuelve a adquirir toda su trágica importancia ante las experiencias de los fascismos en Europa; en tercer lugar, es un constitucionalismo que opera en una sociedad fuertemente corporativizada, donde a la dialéctica mayoría-minoría viene a superponerse una dialéctica consociacional y de negociación extrajurídica. Es, en cuarto lugar, un constitucionalismo fuertemente intervencionista, donde las políticas públicas aparecen exigidas por los textos constitucionales. Finalmente, es un constitucionalismo que tiende a disolverse o descaracterizarse en su última época al abrirse al derecho internacional y regional antes *de facto* que *de iure* y al adoptar formas de mediación mercantil como sustitutos de la normatividad. Nada de todo esto se parece a esa estructura jerárquica del derecho (*Stufenbau*) que, recordemos, es el *presupuesto* de la teoría de la justicia constitucional.

No es extraño, pues, que la configuración y funciones que realmente han adoptado los tribunales constitucionales europeos estén, en realidad, tan alejados de su presunta teoría legitimadora.

---

<sup>99</sup> Sobre estas dificultades, véase, en general, AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

<sup>100</sup> De manera explícita: "... excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y la ideología", KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1986, pp. 232.

Lo que ha sucedido, en realidad, no es sólo que se han incorporado tareas de tutela de los derechos a la jurisdicción constitucional, sino que el carácter expansivo de los mismos ha determinado que todas las funciones de los Tribunales Constitucionales, incluyendo el control abstracto de constitucionalidad, se desarrollan tomando como parámetros principales a los derechos. Y, en la medida en que se trata de darles efectividad, es evidente que las técnicas de la anulación de la norma y la justificación como legislador negativo, resultan insostenibles. Esta compleja situación se traduce, en términos prácticos, en la aparición de sentencias que, lejos de buscar la anulación, tratan de modular el ordenamiento en pro de los derechos, ya sea que se llamen sentencias intermedias, de interpretación conforme, aditivas, interpretativas, restrictivas, constructivas, directivas, manipulativas, sustitutivas, etc. En todas ellas, lo principal es que el Tribunal no actúa como un legislador negativo, sino positivo. Por eso, cada vez que alguna sentencia resulta fuertemente disonante con la opinión pública o con la opinión del ejecutivo y el legislativo, resurge con intensidad el problema de cuál es el origen de su legitimación.

Por otra parte, esta asunción, de un lado, de competencias específicas de protección de los derechos y, de otro, la utilización para todos los procedimientos de los derechos como parámetro esencial de la constitucionalidad, han colocado sobre los tribunales una enorme carga de trabajo que compromete radicalmente su capacidad de respuesta y coloca sobre el tapete el tema de la eficacia. Frente a este problema, prácticamente universal en la justicia constitucional, se adoptan posiciones que van de una intervención absolutamente restrictiva, seleccionando los casos más importantes (como en el *certiorari* norteamericano), lo que traslada el problema de la imposición subjetiva de los valores de los jueces a la sociedad, a la cuestión, ahora, de determinar qué es lo importante (¿la alimentación, la libertad de expresión, las cuestiones tributarias?); hasta la conversión de la justicia constitucional ya sea en una tercera instancia general para todos los casos, ya sea en un orden jurisdiccional general y alternativo a la justicia ordinaria, al que, tendencialmente, tienen acceso privilegiado quienes son capaces de reformular sus peticiones en términos de derechos, saliendo, así, de la una jurisdicción ordinaria, en muchas latitudes lenta y no totalmente confiable.

Generalizando una propuesta doctrinal<sup>101</sup> referida originalmente a los derechos sociales, pero aplicable con carácter general a la cuestión de la relación entre justicia constitucional y legislación como consecuencia de la constitucionalización de las declaraciones de derecho, podemos plantear las siguientes reflexiones.

Como han señalado los autores citados, esta cuestión suele abordarse desde la doctrina con dos perspectivas claramente diferenciadas. De un lado estarían quienes consideran que la política debe primar sobre el derecho, en la medida en que la primera se identifica de forma más clara con la democracia, por lo que los sujetos y órganos del circuito democrático deben prevalecer sobre las decisiones de los jueces, de los que se desconfía, ya sea en general por razones ideológicas, ya sea en particular, de los concretos jueces existentes (por su formación, por su proceso de selección, por sus intereses, etc.).

El grupo contrario, también por razones múltiples, parte de una cierta desconfianza hacia la democracia representativa, prefiriendo la estabilidad, previsibilidad y neutralidad que ofrecería el derecho.

De lo que se trataría, sería de evitar las *falacias* politicista y juridicista. La primera consistiría en el desprecio o la negación de los Tribunales sin entrar a analizar el contenido y efecto de las sentencias, al tiempo que se predica una confianza, también a priori de la política, sin someter a examen la actuación de las mayorías realmente existentes. La segunda estibaría en la confianza a priori en los tribunales y el derecho, sin entrar a considerar cuál es su verdadero funcionamiento.

La realidad, en cambio, precisa de un análisis más complejo. Si partimos de que, independientemente de su legitimidad y concentrándonos ahora en la cuestión de la eficacia, uno de los objetivos prioritarios de las constituciones es la maximización de su programa de derechos, debemos considerar, al menos dos variables: la intervención legislativa y la intervención judicial.

---

<sup>101</sup> Se trata de CABO, Antonio de y PISARELLO, G., “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos” en MORODO Leoncio, Raúl y VEGA García, Pedro de (coords.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000, vol. III, pp. 1807-1830; y CABO, Antonio de y PISARELLO, G., “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?” en APARICIO, Miguel Ángel, *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonómico organizado por el Grupo de Estudios sobre la Forma de Estado de la Universidad de Barcelona*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001, pp. 219-244.

La intervención legislativa puede ser en pro del desarrollo de normas y políticas de maximización de los derechos o puede ser una intervención omisiva o regresiva. A su vez, los jueces pueden adoptar actitudes activistas o deferentes frente al poder democráticamente legitimado. Es la combinación de estas dos variables la que determina que los derechos se maximicen o se minimicen y la que, a su vez, puede provocar la existencia o no de tensiones entre ambas esferas.

En primer lugar, deben evaluarse las probabilidades de que existan o no tensiones. En principio, cabría esperar que dado que todos los poderes, en definitiva, responden en el constitucionalismo clásico a un mismo bloque de poder (por su formación, por la forma de selección, por su extracción social, etc.) las posibilidades de enfrentamientos reales son pocas y, cuando se dan, se impone finalmente el poder proveniente del circuito democrático. Ahora bien, la fuerte fragmentación de los intereses, sobre todo a partir de la crisis del estado social, hace que el bloque de poder no actúe de forma absolutamente monolítica, por lo que quedan espacios para la confrontación. También, en principio, donde existe jurisdicción concentrada, los choques serán siempre más abruptos (anulación frente a inaplicación o, en todo caso, efectos *erga omnes* frente a efectos *inter partes*), por lo que serán igualmente menos frecuentes. Desde el punto de vista histórico, las posibilidades más frecuentes son cuatro.

La primera hipótesis conflictiva se da entre parlamentos que tratan de desarrollar los derechos y Tribunales que tratan de impedirlo, como sucedió en el *New Deal* con la legislación social impulsada por Roosevelt (fenómeno que, en parte se ha reproducido, en algunas fases de transición del constitucionalismo democrático latinoamericano).

La hipótesis contraria se verifica cuando existen legislaciones regresivas en materia de derechos, como las que tratan de dismantelar el aparato protector del estado social, o las que atentan contra libertades públicas inspiradas en políticas securitarias contra el terrorismo o el narcotráfico, que se encuentran con tribunales que tratan de hacer valer los derechos constitucionales, ya sea anulando estas normas regresivas o manipulando las leyes para incluir a colectivos excluidos ilegítimamente. Este tipo de intervenciones judiciales pueden contar o no con un apoyo popular por fuera de las instituciones políticas, lo que, en buena medida, determinará su capacidad de resistencia frente a las presiones políticas. Una variante de esta situación se produce cuando el

legislador se limita a mantenerse omisivo para imposibilitar el desarrollo de los derechos constitucionales y el Tribunal reacciona supliendo esta falta de actividad. En este caso hay una intromisión más directa en las tareas legislativas, lo que exige una cuidadosa ponderación por parte de los jueces de los valores en juego y del equilibrio de poderes.

Las hipótesis cooperativas surgen de la deferencia judicial. Desde el punto de vista cuantitativo hay que recordar que muchos tribunales pasan largos años sin declarar inconstitucional una sola norma (o, al menos, una norma en vigor).

La tercera de las situaciones se da cuando la legislación restringe o suprime el desarrollo de los derechos y la deferencia judicial se limita a acompañar y legitimar mediante su deferencia este retroceso constitucional. Una variante de esta situación se produce cuando la estrategia legislativa para la minimización de los derechos en lugar de ser activa es omisiva, pero encuentra igualmente deferencia judicial ante su inacción.

El reverso de esta situación se encuentra cuando existe una legislación que desarrolla y maximiza los derechos y ésta no encuentra obstáculos jurisdiccionales, sino que se ve acompañada de la correspondiente deferencia judicial que, en este caso, resulta también maximizadora.

Como puede deducirse de este análisis multivariable, lo importante es tomar conciencia de la mutabilidad histórica de las relaciones entre jurisdicción y legislación y de las complejas interacciones que pueden presentar a la hora de determinar su eficacia a la hora de cumplir el programa constitucional. Esta cuestión de la eficacia, como se verá luego más ampliamente, es particularmente relevante para el caso del constitucionalismo latinoamericano democrático –y, justamente por eso, se coloca junto a la legitimidad como objeto central de análisis– como consecuencia de su carácter fuertemente programático, teleológico y transformador. Aparecen, efectivamente aquí con carácter eminente –e incluso con un mayor desarrollo– algunos de los rasgos que Gomes Canotilho<sup>102</sup> asoció al llamado constitucionalismo dirigente que se instauró en Portugal, tras la *Revolução dos cravos* en la Constitución de 1976.

---

<sup>102</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; y CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un

Cabe decir, en conclusión que existe una tensa relación entre legitimación y eficacia en el modelo clásico, de suerte que las diferentes justificaciones sobre origen y funcionamiento han sido desbordadas por elementos fácticos pero también jurídicos de la realidad, haciendo que resulten insuficientes para un cabal entendimiento de la tarea de la justicia constitucional en el presente.

## **I.2 Consideración crítica de las condiciones materiales y los presupuestos teóricos del debate clásico (síntesis)**

El propósito del presente epígrafe es recoger de forma sistemática y sintética algunas de las observaciones incluidas a lo largo del primer capítulo para elaborar un discurso coherente que sirva de punto de comparación entre el modelo clásico y el que apunta en el constitucionalismo democrático latinoamericano de los últimos años, en lo relativo a la legitimidad y eficacia de la justicia constitucional.

La primera idea que conviene dejar sentada es la estrecha vinculación existente entre la estructuración de los poderes, los sistemas de garantía de la misma y los discursos que los justifican, y una determinada composición del bloque dirigente.

Efectivamente, poco sentido tiene plantearse las posibilidades y límites del sistema clásico de reparto de poderes y jurisdicción constitucional si no atendemos a las precondiciones económicas, sociales y políticas impuestas por la burguesía.

Estas precondiciones son las que han determinado una cierta interpretación de la democracia y de su relación con el derecho, en la que prima una muy intensa selectividad estratégica<sup>103</sup> respecto del tipo de conflictos cuya resolución se confía al derecho.

La misma restricción que el voto censitario imponía a la discusión política en el parlamentario, era aplicada al derecho mediante una determinada concepción individualista y propietaria de la ciudadanía, sólo dentro de la cual se podían producir conflictos jurídicos.

Del mismo modo que existe un derecho parlamentario adecuado para la democracia censitaria, existe un sistema jurisdiccional adecuado para una constitución y un ordenamiento jurídico monoclase.

Sucede que ambos han desbordado ampliamente la época histórica para la que fueron ideados, en una suerte de eficacia *ultra vires* del liberalismo burgués. Así, mientras

---

<sup>103</sup> Según el concepto acuñado por Bob Jessop, inspirado en la “selectividad estructural” de Offe. Cf. OFFE, Claus, “Structural problems of the Capitalist State: Class Rule and the Political System. On the Selectiveness of Political Institutions” en VON BEYME, Klaus, *German Political Studies*, Sage, Beverly Hills, 1974, vol. I, pp. 31-54; JESSOP, Bob, *Putting Capitalist State in its Place*, Polity, Cambridge, 1990 y JESSOP, Bob, *El futuro del Estado Capitalista*, trad. de Aniza García y Antonio de Cabo, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.

los parlamentos<sup>104</sup> conservan (al menos formalmente) casi todos los rasgos distintivos de su origen (como la inmunidad y la inviolabilidad, el mandato representativo, una concepción individualista y propietaria de la libertad de expresión que ampara el filibusterismo parlamentario, etc., etc.), al margen de las concretas funciones que los Parlamentos han pasado a ocupar (en especial, desde la crisis del estado social, a partir de los años setenta) y de los poderes efectivamente representados en ellos (como consecuencia de la adopción del sufragio universal y de toda una serie de mutaciones que han conducido, en muchos casos, a democracias de baja intensidad<sup>105</sup>).

Del mismo modo, los sistemas de garantía previstos para funcionar con estos prerequisites de selectividad, por un lado, y de monopolio jurídico estatal, por otro, siguen aplicándose en contextos en los que el contenido normativo de las constituciones los contradice (en especial, por la incorporación de derecho, fines y políticas sociales y el reconocimiento de los grupos sociales enfrentados que es característica del constitucionalismo social) y en los que, además, hay una fuerte competencia entre ámbitos jurídicos diversos por ostentar la primacía normativa, y entre el sistema jurídico y otros sistemas de resolución de conflictos.

La aparición de los sujetos colectivos (primero, en forma de reconocimiento de los trabajadores, después, en un proceso imparable de surgimiento de identidades que ha conducido a la corporativización característica de los estados sociales en su fase tardía) y de los derechos sociales (junto con las políticas sociales que los hacen posibles y los fines de transformación social que con unos y otras se pretenden lograr) han venido a dislocar considerablemente las bases de legitimación de los sistemas de justicia constitucionales,

---

<sup>104</sup> Una breve síntesis de estas cuestiones, por ejemplo, en CABO, Antonio de, “Comisiones parlamentarias”; “Congreso de los Diputados”; “Cortes Generales”; “Cuestión de confianza”; “Derecho Parlamentario”; “Disolución de las Cámaras Legislativas”; “Grupos parlamentarios”; “Iniciativa legislativa”; “Proyecto de ley; Proposición de ley; Inmunidad”; “Interpelaciones y preguntas parlamentarias”; “Investidura”; “Inviolabilidad (de ciertos sujetos)”; “Legislatura”; “Mandato imperativo”; “Mandato representativo”; “Mayoría absoluta y cualificada”; “Moción de censura”; “Parlamentario (individual)”; “Parlamentario (sistema de gobierno)”; “Prerrogativas parlamentarias”; “Procedimiento legislativo”; “Promulgación y publicación”; “Quórum (o número legal)”; “Sanción”; “Semipresidencialismo”; “Senado”; “Sesión parlamentaria”; “Veto” en LUCAS Verdú, Pablo (coord.), *Prontuario de Derecho Constitucional*, Editorial Comares, Granada, 1996, pp. 31-33; 40-42; 67-69; 71-73; 119-121; 144-145; 188-189; 201-203; 203-205; 205-206; 207-209; 209-211; 228-229; 261-262; 263-265; 265-266; 269-271; 307-309; 309-311; 336; 347-349; 349-351; 357-358; 379-380; 385-386; 387-388; 391-392; 424-426.

<sup>105</sup> Véase, al respecto, PISARELLO, Gerardo, “Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad”, en CAPELLA Hernández, Juan Ramón (coord.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 129-150.

pensados para la defensa de los derechos de minorías (poderosas) y para la protección general del sistema frente, justamente, a ese tipo de acciones del poder público.

Como se ha visto en epígrafes anteriores, la *judicial review* nace en Estados Unidos en un intento de controlar mayorías estatales que proponían medias redistributivas en relación con las deudas frente a los grandes prestamistas latifundistas. La Constitución norteamericana que había diseñado en lo federal un cuidadoso sistema de *checks and balances*, en el que no sólo se equilibraban las relaciones entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino, sobre todo, entre ciudadanía y poder político, introduciendo toda una serie de mecanismos para relativizar la influencia democrática sobre el poder y para garantizar su conservación por parte de las clases dirigentes (tamaño de las circunscripciones, voto indirecto, requisitos para el sufragio activo y pasivo, etc.), –mecanismos que, por otra parte, siguen actuando, en parte, todavía hoy–, se enfrentaba a las tendencias populistas de las legislaturas locales en las que estos mecanismos no actuaban o lo hacían con menor intensidad. Para cerrar este frente de conflicto se rehabilitaron algunas técnicas tradicionales de control de la legislación inferior provenientes de la experiencia colonial, ahora con una justificación (textualmente tenue) en el articulado constitucional.

En todo caso, esta estrategia inicialmente, se correlacionaba, con la estructura agraria latifundista en la que el Sur dominaba económicamente el país. El cambio en la estructura del bloque dirigente del poder hacia un capitalismo de tipo industrial y, posteriormente, financiero que llevará, entre otras cosas, a una guerra civil, se traduce en términos de *judicial review* en su más honda crisis de legitimidad hasta el momento. Efectivamente, la Corte se alinearán con los intereses sudistas y será sometida a una intensa reconfiguración por parte de los poderes triunfadores en la era de la reconstrucción.

Superada la crisis económica de los treinta que obliga a una suerte de unificación de poderes (con un gobierno de salvación nacional económico) en la que se atenúan los principios de *checks and balances*, el Tribunal va a reflejar esa época característica de relativo equilibrio de poderes entre capitales industriales y clases trabajadoras, emitiendo su jurisprudencia más importante en materia de derechos civiles y libertades públicas. La situación de prosperidad hizo que la pobreza se entendiera como discriminación de minorías, antes que como un riesgo que afecta potencialmente a la minoría. Es en este muy concreto contexto histórico en el que algunas de las herramientas tradicionales de

defensa de las minorías, aplicadas ahora a minorías diferentes (raciales, especialmente) y complementadas con otras nuevas (*class actions*, por ejemplo) desplegaron toda su eficacia y rehabilitaron la legitimación de la *judicial review*.

La crisis económica que se desata a partir de mediados de los años setenta, va a cambiar el panorama radicalmente. De un lado, se agudizan las dificultades económicas generalizadas en la sociedad y, de otro, inspirada, entre otros, por las elaboraciones de la Trilateral<sup>106</sup>, una fuerte ofensiva conservadora va a deslegitimar algunas de las medidas más avanzadas del Tribunal en materia de libertades públicas. El Tribunal Renquist se irá escorando abiertamente hacia una defensa de los intereses de los grandes capitales financieros, apoyándose en el nuevo federalismo como instrumento de control para evitar políticas federales redistributivas y una concepción fundamentalista de la propiedad privada a partir de la *taking clause*<sup>107</sup>. Adicionalmente, se va a producir una considerable huida del derecho, ya sea mediante la adopción de sistemas de administración independiente (de agencias, en la terminología norteamericana) escasamente sometidas al *due process*, ya sea mediante formas de privatización, desregulación, adopción de métodos consensuales o de arbitraje de resolución de conflictos, o mediante la aplicación de foros alternativos (*forum shopping*) de normatividad y resolución de controversias en el ámbito internacional.

Este proceso va ir acompañado de un intenso trabajo de reflexión, tratando de apoyar uno u otro enfoque. Lo interesante es que todos ellos (Bickel, Dworkin, Ely y –aun en mayor grado, el originalismo textualista asociado al Tribunal Renquist<sup>108</sup>) es que organizan su argumentación a partir de la exclusión de una buena parte del quehacer del Estado. Introduciendo, así, una combinación entre la selectividad estratégica y el activismo judicial, de efectos deletéreos para todo intento de transformación. Al afirmar que las decisiones políticas de oportunidad (en la práctica, las políticas públicas) no son, *a priori*, susceptibles de control, se elimina la posibilidad para los Tribunales de apoyar el

---

<sup>106</sup> PALACIOS Romeo, Francisco, *La civilización de choque: hegemonía occidental, modernización y Estado periférico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

<sup>107</sup> Sobre estas orientaciones, véase CABO, Antonio de y CRIADO, Marcos, “Actualidad Constitucional en los Estados Unidos de América en 2000”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7 (2001), pp. 323-342.

<sup>108</sup> Y que encarna, paradigmáticamente, BERGER, Raoul, *Government by Judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977; BERGER, Raoul, *Congress v. The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1969; véase también, ACKERMAN, Bruce, *We the People: Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991.

desarrollo del programa normativo constitucional en cuestiones tales como los derechos sociales o la justicia social. Al mismo tiempo, al señalar como tarea de los tribunales el actuar sólo cuando dichas políticas afectan a las minorías, se establece un control último sobre el alcance de esas mismas políticas públicas. Dicho de otro modo, cuando las políticas públicas discriminan a la mayoría a favor de la minoría, como sucede con tantas políticas económicas que benefician a los grandes capitales, en materia fiscal, por ejemplo, nos encontraríamos ante una cuestión política no justiciable; por el contrario, cuando una política pública requiere el control de ciertos recursos (naturales o no), anteriormente en manos privadas, cualquier intervención es susceptible de control por afectar al derecho de propiedad (o de libre contratación, etc.) de esas mismas minorías.

También el planteamiento dworkiano parte de esta premisa de separación de las cuestiones políticas y las cuestiones de derechos, por lo que su noción de justicia es, en todo caso, conmutativa y no distributiva. Incluso dejando de lado la condición de contar con Jueces Hércules (en relación con lo cual no se aportan grandes soluciones prácticas sobre cómo formarlos, seleccionarlos, etc.), queda pendiente la cuestión de cómo hacer valer los intereses de las mayorías sociológicas (aunque no parlamentarias) en el diseño de las políticas públicas y, consecuentemente, en el cumplimiento del programa constitucional (en los casos en que éste existe, naturalmente). El procedimentalismo de Ely, por su parte, coloca la selectividad estratégica, en este caso, en el circuito electoral. Aquí de lo que se trata es de proteger a unos actores del circuito democrático frente a las prácticas de otros, pero se pasa por alto el hecho de que no ya unos actores, sino el sistema en su conjunto, ejerce una invencible selectividad sobre qué tipo de discursos y qué tipo de actores pueden incorporarse a la vida política, debido a las constricciones de índole financiero, cultural, etc. que actúan en un sistema diseñado, hay que recordarlo, para garantizar que sólo los *mejores* fueran elegidos.

Incluso el intenso compromiso democrático de Waldron, parece presuponer un cierto mercado libre de las ideas políticas, en las que no cabría ninguna intervención externa al sistema, con una confianza en las democracias realmente existentes que bordea lo que antes se ha denominado falacia politicista.

Naturalmente, el textualismo originalista no es sino una versión descarnada de esta actitud, en virtud de la cual se predica una justicia incuestionable en los redactores de la

constitución y una conexión privilegiada entre aquéllos y los jueces de la corte, como únicos intérpretes de su voluntad, apoyándose en la existencia de un supuesto orden objetivo de valores armonizado en la Constitución y expresado sin lugar a la ambigüedad o a la contradicción. Por difícil que parezca de justificar racionalmente, lo que se pretende hacer creer es que el *due process* o la *taking clause* tal como la aplican hoy los tribunales ya estaban en el *original intent* de los constituyentes. Se recuperan de estas formas prácticamente todas las exclusiones características del constitucionalismo liberal, retrocediendo incluso en materias tales como la oposición a la discriminación racial o las *affirmative actions*<sup>109</sup>.

En definitiva, una obsesión por la defensa de las minorías frente a un poder potencialmente tiránico de las mayorías parlamentarias, ha dejado de lado la cuestión de quién defiende a las mayorías sociológicas frente a las decisiones formalmente de mayoría, pero materialmente procuradas en interés de una minoría.

En Europa, por el contrario, se parte de una situación relativamente diferente, mientras las clases burguesas mantuvieron un control efectivo sobre el sistema representativo, su oposición de clase siguió siendo frente a los restos del *Ancien Régime*, refugiado, entre otros lugares, en el poder judicial. De ahí, la construcción de un modelo legicéntrico en el que no había lugar para la interferencia de los tribunales en la tarea de los Parlamentos.

La sucesiva ampliación del sufragio, sin embargo, fue introduciendo tensiones en este equilibrio que se van a traducir en, de un lado, la afirmación de la rigidez constitucional y, de otro, en la creación de Tribunales Constitucionales.

Como se ha expuesto en su lugar, Bryce va a identificar explícitamente la rigidez con la defensa de ciertos intereses materiales frente al riesgo de modificación por parte de unas legislaturas potencialmente susceptibles de ser controladas por partidos de clase. Ese riesgo no era otro que alterar esas exclusiones de la selectividad estratégica que dejaban

---

<sup>109</sup> Por ejemplo, *Del Monte Dunes v. City of Monterey*, 119 S. Ct. 1624 (1999), *Kimel v. Florida Board of Regents*, 120 S. Ct. 631 (2000), *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), *Aleen v. Maine*, 527 U.S. 706, 711 (1999), *College Savings Banc v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expenses Board*, 527 U.S. 666, 672 (1999), *Florida Prepaid Postsecondary Education Expenses Board v. College Savings Bank*, 527 U.S. 627, 634 (1999). Sobre esta cuestión, cf. CRIADO de Diego, Marcos y CABO de la Vega, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000”, en *Teoría y realidad constitucional*, vol. 7, 2001, pp. 323-340.

fuera del derecho las cuestiones básicas de estructura socioeconómica. La progresiva falta de exclusión de capas sociales del sufragio, podía traducirse en una ampliación correlativa de las materias sometidas a un derecho democratizado.

Inspirándose, en este caso, en las técnicas de control normativo de los estados federales, se van a poner en marcha los sistemas de control de constitucionalidad concentrado. Conviene recordar que su teorización (y, luego, su práctica) van a tener el mismo objetivo que la afirmación de la rigidez: evitar que ingresen a la arena político-jurídica aquellas cuestiones de estructura socioeconómica cuidadosamente excluidas por el constitucionalismo liberal. Kelsen, como ya vimos, va a requerir explícitamente que las constituciones no incluyan cuestiones valorativas sobre justicia, igualdad, progreso, etc., por no hablar, claro, de requerimientos concretos de políticas públicas orientadas a fines de transformación social.

Con todo, la idea de un legislador negativo procedimentalista actuando sobre un texto avalorativo, disuena tan intensamente, tanto de los textos constitucionales del estado social aprobados tras la II Guerra Mundial, como de la actividad política con marcados tintes de oposición de clase durante, al menos, los años sesenta y setenta (pensemos en las grandes huelgas obreras de Francia o Italia, por ejemplo), que los tribunales constitucionales han tenido que ir forzando progresivamente sus normas de creación y desarrollo para dar cabida a ciertas técnicas que les permitan actuar en consonancia con el programa constitucional y la realidad política. Ello ha conducido a que hayan intervenido en algunas ocasiones abiertamente como legisladores positivos, innovando el derecho y creando pretoriamente normas que antes no existían, mediante diferentes tipos de sentencias intermedias, de interpretación conforme, aditivas, interpretativas, restrictivas, constructivas, directivas, manipulativas, sustitutivas, etc. Al no estar constitucionalmente previsto este tipo de actuaciones, ello ha dado lugar a una situación ambigua sobre el carácter político o no de la institución, lo que se ha traducido en un debate que gira, en esencia, sobre la forma de designación de los magistrados y su posible (beneficiosa o perjudicial, según las distintas opiniones) colonización partidocrática.

No cabe ignorar, por último, que también en Europa se ha asistido a los procesos de fuerte descomposición del orden jurídico entendido como *Stufenbau*. Al contrario de lo que ha sucedido en Estados Unidos, en este caso, dicha alteración no se ha producido

prioritariamente mediante la salida del circuito del derecho estatal de numerosos elementos administrativos, ya sea mediante la creación de administraciones independientes, empresas o fundaciones públicas (aunque todos estos fenómenos, como es obvio existen), ni mediante la adopción de formas consensuadas extrajurídicas de regulación o resolución de conflictos (como son los consejos reguladores integrados por los propios actores sociales), sino como consecuencia del impacto del derecho de la Unión Europea<sup>110</sup>.

De la manera más resumida, podemos sintetizarlo en dos grandes transformaciones<sup>111</sup>, la primera tiene que ver con la alteración de algunos elementos básicos del orden normativo en los estados constitucionales; la segunda, con la propia estructura del derecho que viene a sobreponerse sobre ellos.

En relación con la primera cuestiones, hay que tener en cuenta que las técnicas aplicadas por la justicia de la Unión Europea para garantizar la aplicación conforme ha terminado suponiendo la suspensión de la supremacía<sup>112</sup> y rigidez constitucionales, sustituidas por una primacía del derecho europeo que, en la práctica, desplaza a la Constitución como norma aplicable y que, adicionalmente, supone la reforma ya sea material o formal de las constituciones de los estados miembros.

---

<sup>110</sup> Como es obvio, no es posible aquí abordar la cuestión de las relaciones entre ordenamientos europeo y nacional en el espacio de la Unión Europea. De lo que se trata es de dejar sentados algunos puntos esenciales para la comparación posterior con los sistemas latinoamericanos, ya que se prefiguran aquí cuestiones como la del control convencional, la integración regional, etc. En general, véase VICIANO Pastor, Roberto, “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 67-68, 2009, pp. 91-99; SILVA García, Fernando, “La Unión Europea: problemas constitucionales derivados de su estructura y funcionamiento institucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, 2002, pp. 589-620; GUTIÉRREZ Gutiérrez, Ignacio, “Globalización, Estado y Derecho Constitucional”, en *A distancia*, núm. 2, 2001-2002, pp. 17-21.

<sup>111</sup> Sobre esta cuestión, véase BALBUENA, Arminda y CABO, Antonio de, “El constitucionalismo postsocial como constitucionalismo atenuado y el Derecho Europeo como no-derecho: borrador de una crítica materialista de las formas de dominación a través de las formas jurídicas en el capitalismo actual”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, pp. 499-518.

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, SAIZ Arnáiz, Alejandro, “De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en LÓPEZ Castillo, Antonio, SAIZ Arnáiz, Alejandro y FERRERES Comellas, Víctor, *Constitución Española y Constitución Europea análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 51-75.

En unos casos, transformando su realidad constitucional. Es decir, mediante lo que habitualmente se consideran mutaciones constitucionales<sup>113</sup>. Por ejemplo, por vaciamiento competencial, al transferir áreas enteras del ordenamiento a las instancias europeas, lo que supone alterar el sistema de división de poderes interno, ya sea en el plano orgánico-funcional, ya sea en el relativo a la distribución de competencias entre los diferentes niveles territoriales de gobierno.

O por imposición de criterios sustantivos alternativos a los consagrados constitucionalmente, pensemos, por ejemplo, en la primacía de las libertades económicas sobre el resto de los derechos (sociales, entre otros) que impone el sistema europeo, tan alejado de las pretensiones de constituciones como la de Francia o Italia.

O por la imposición de compromisos de políticas públicas, que chocan con otras previsiones constitucionales, por ejemplo en materia fronteriza (Schengen) o económica (la eurozona, etc.).

En otros, suponiendo una reforma formal de los textos constitucionales, pero con alteración sustancial del proceso de reforma. Tanto en lo relativo a la iniciativa por parte de la propia UE (no prevista constitucionalmente), como por la conversión del procedimiento de reforma propiamente dicho en una mera correa de transmisión entre sistemas institucionales, sin ninguna capacidad efectiva de decisión por parte de los órganos legitimados y, en ocasiones, ausencia de participación ciudadana casi absoluta<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Según la terminología clásica de HSU, Daü-Li, *Mutación de la Constitución*, trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, IVAP, Oñati, 1998.

<sup>114</sup> Recordemos, para el primer caso, los *referenda* consecutivos de Irlanda y, paradigmáticamente, para el segundo caso, la reforma del artículo 135 de la Constitución española. Sobre lo primero, véase, MARTÍNEZ Sierra, José Manuel, “La reforma constitucional y el referéndum en Irlanda: a propósito de Niza”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 299-314; PETSCHEN Verdaguer, Santiago, “El referéndum irlandés: tendón de Aquiles estatalista” en FERNÁNDEZ Liesa, Carlos R., DÍAZ Barrado, Cástor Miguel, ALCOCEBA Gallego, María Amparo, MANERO Salvador, Ana, *El tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Dykinson, 2008, pp. 357-362. Sobre el caso español, con diferentes enfoques: REY Pérez, José Luis, “La reforma del artículo 135: Una alteración del título preliminar (estado social) por la puerta de atrás”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2001, pp. 231-245; SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “La constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 409-432; JIMENA Quesada, Luis, “La reforma del artículo 135 de la carta magna española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 335-356; GARCÍA-ESCUADERO Márquez, Piedad, “La reforma del artículo 135: ¿son suficientes trece días para la tramitación parlamentaria de una reforma constitucional?”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, pp. 79-88.

Como puede verse, supremacía, rigidez y reforma son conceptos que sólo desde una posición de formalismo extremo pueden seguir predicándose en su forma clásica del constitucionalismo europeo actual. Aparte de otras muchas consideraciones que podrían hacerse, lo que aquí importa es el difícil marco en el que esta situación coloca a una institución como la justicia constitucional concentrada que, al menos teóricamente, basa su legitimación, justamente, en la defensa de la supremacía y rigidez constitucionales, y en el aseguramiento del reparto competencial en los estados complejos. Tareas todas ellas a las que el derecho de la Unión Europea ofrece un punto de fuga.

Pero no sólo sucede que el derecho de la Unión Europea se ha colocado por encima de los derechos nacionales. Pues, en tal caso, podría suponerse que, en realidad, lo que se habría operado es un desplazamiento hacia un nivel superior (supranacional) del orden constitucional, pasándose, entonces, a predicarse la rigidez, supremacía, etc. de este nuevo nivel superior<sup>115</sup>. Sin embargo, esto no parece una descripción correcta de la situación por varias razones.

En primer lugar, en el derecho europeo hay una fusión permanente entre los elementos políticos y los elementos jurídicos. Es decir, se producen frecuentes interferencias entre lo legislado y lo que efectivamente sucede como consecuencia de las decisiones que se adoptan políticamente, incluso fuera de los órganos de la propia Unión Europea (por ejemplo, en reuniones informales de Jefes de Estado y de Gobierno). Recordemos los casos en que Francia o Alemania decidieron unilateralmente que no se someterían a la exigencia de control de déficit.

Adicionalmente, se produce una intensa desconexión entre el procedimiento de creación de normas y las normas realmente emitidas. Los acuerdos políticos se transforman en derecho sin mayor preocupación por respetar los procedimientos o la estructura de fuentes del derecho (como en el *opt-out* danés que, como se sabe, en su oposición a incorporarse a la Unión Monetaria Europea depositó ante Naciones Unidas su cláusula de exención, como si se tratara de derecho convencional, contraviniendo abiertamente el procedimiento de reforma de los tratados de la Unión Europea).

---

<sup>115</sup> Como, efectivamente, se pretendió en una de las posibles interpretaciones del fracasado proceso de constitucionalización europeo, cf. VICIANO Pastor, Roberto, “El largo camino hacia una Constitución europea”, en *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. 1, 2001, pp. 91-104.

En tercer lugar, la distinción norma/acto aparece con frecuencia desdibujada en un sistema en que los *actos* se definen funcionalmente y no por su tipo de pertenencia al sistema normativo. Todo ello acompañado de una extraordinaria prolijidad normativa y de un particularismo máximo, con una fuerte colonización por parte de los intereses privados organizados en forma de lobby.

Por último, hay que recordar que el Tribunal ha actuado en muchas ocasiones con una libertad pretoriana que rompe con toda idea de seguridad jurídica o de previsibilidad en las decisiones, en la medida en que, nuevamente, en lugar de buscar su apoyo en el texto de las normas, lo hace en las necesidades, objetivos o funciones de la Unión Europea.

Se trata, pues, de un sistema, que más allá de sus ventajas o inconvenientes o de lo que se pueda opinar sobre él, no se corresponde con un ordenamiento jurídico jerarquizado y sistemático en el que aplicar las técnicas clásicas de control jurisdiccional por parte de un órgano de justicia concentrado.

La permanente interrelación entre un ordenamiento constitucional sistemático y un ordenamiento europeo de nuevo cuño, en el que el primero va perdiendo normatividad, mientras que el segundo se expande indefinidamente, coloca a los Tribunales Constitucionales en una posición muy difícil en el que declaraciones más o menos retóricas sobre el control que se proponen realizar sobre el mismo<sup>116</sup>, no se ha traducido hasta ahora en una anulación o suspensión de norma europea alguna.

Todos estos elementos deben ser tomados en cuenta a la hora de valorar el nuevo modelo que apunta en el constitucionalismo latinoamericano democrático y, dentro del mismo, la posición que se otorga a la justicia constitucional. A esta tarea se dedica el capítulo segundo del presente trabajo.

---

<sup>116</sup> Especialmente, en el caso del Bundesverfassungsgericht. Véase, por ejemplo, la saga que inauguran *Solange I*, *Solange II* y *Maastricht*. (37 BverfGE 271, 29 de mayo de 1974; 73 BverfGE 339, 22 de octubre de 1986; y 20 EuGRZ 429, 12 de octubre de 1993); en general, véase KOKOTT, Juliane, “The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context, Report on Germany”, núm. 95/25, Florence, European University Institute, pp. 13-17.

**CAPÍTULO II. LEGITIMIDAD Y EFICACIA DE  
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO  
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO  
LATINOAMERICANO**

El propósito del presente capítulo II (*Legitimidad y eficacia de la justicia constitucional en el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano*) no es, naturalmente, el de operar una revisión general del sentido y características del movimiento constitucional de los últimos años en Latinoamérica, tarea que desbordaría ampliamente las posibilidades de este trabajo, sino el de realizar un análisis más circunscrito que ponga en relación, las características del modelo clásico que han sido analizadas (y seleccionadas como relevantes) a lo largo del capítulo I (*El marco teórico clásico de la justicia constitucional y su actualización*) tanto con las condiciones materiales en las que se desarrolla este constitucionalismo, como, con las previsiones normativas que sus textos recogen, con el fin de evaluar hasta qué punto resultan aplicables y en qué medida deben ser modificadas.

Con tal fin, se repasan las cuestiones relativas al origen de la justicia constitucional, a sus teorías legitimatorias (como la del legislador negativo) y a sus críticas (como la objeción contramayoritaria) y nociones más generales como la de rigidez, para ver cómo se han transformado en el nuevo paradigma constitucional.

El capítulo se estructura en seis epígrafes que tratan de acercarse progresivamente a la delimitación de las cuestiones de legitimidad y eficacia en el constitucionalismo latinoamericano democrático.

En primer lugar, se ensaya una delimitación terminológica y conceptual del fenómeno del constitucionalismo latinoamericano más reciente, exponiendo las diferentes formas de referirse a él por parte de la doctrina y evaluando sus virtudes y potencialidades.

En segundo lugar, se estudia cuál es el sustrato material unificador de estas nuevas constituciones. Es decir, cuáles son las condiciones materiales (económicas, sociales, políticas, culturales) que han permitido el surgimiento de este poderoso movimiento de renovación constitucional.

En el epígrafe tercero, por su parte, se aborda la cuestión crucial de los diferentes paradigmas interpretativos de estos textos y estas realidades constitucionales. Efectivamente, el constitucionalismo latinoamericano actual es un campo de lucha político, pero también académico, en el que diferentes estructuras de comprensión pugnan

por hacerse con el monopolio de sentido. Dado el carácter relativamente reciente de estas constituciones, se trata de un proceso en pleno desarrollo en el que no se ha alcanzado todavía una posición hegemónica por parte de ninguno de los contendientes.

El epígrafe cuarto se refiere, específicamente, a la forma de incardinación de los derechos en estos textos constitucionales y al papel que desempeñan dentro de la estructura constitucional. Atendiendo tanto a cuestiones sustantivas de nómina de derechos, como a las normas generales de aplicación y a los dispositivos orgánico-procesales tendentes a su garantía y defensa.

El quinto epígrafe repasa sucintamente la cuestión de los equilibrios institucionales de poderes en estas constituciones, atendiendo fundamentalmente a su repercusión en el mundo de los derechos y de los sistemas de justicia constitucional que en ellos aparecen.

El sexto epígrafe, por último, tiene carácter recapitulativo y trata de sintetizar la comparación entre el planteamiento clásico y las nuevas determinaciones materiales del constitucionalismo latinoamericano democrático exponiendo el papel de la justicia constitucional en los mismos, en particular, desde el punto de vista de su legitimidad y eficacia.

## II.1 Cuestiones terminológicas y delimitación conceptual

Aunque es evidente que, en cierto sentido, toda cuestión terminológica es una pura cuestión de conveniencia y que, superadas las posibles ambigüedad o indeterminaciones que pueda encerrar, cualquiera puede resultar aceptable, también es cierto que las palabras no son inocentes y que la elección de unas u otras viene acompañada no sólo de cuestiones denotativas, sino también de matices connotativos<sup>117</sup>.

<sup>117</sup> Sobre esta materia, existe una creciente bibliografía. Entre las referencias básicas, debemos señalar: VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 7-29; VILLABELLA Armengol, Carlos Manuel, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 49-76; MÉNDEZ López, Josefina A. y CUTIÉ Mustelier, Danelia “La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos”, en *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 94-115; PALACIOS Romeo, Francisco, *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la Crisis del Behemoth Occidental*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012; APARICIO Wilhelmi, Marco, “Ciudadanía intensas. Alcances de la refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia”, en NOGUERA Fernández, Albert (ed.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 245-272; NOGUERA Fernández, Albert, “América del Sur: ¿democratizando la justicia constitucional?”, en NOGUERA Fernández, Albert (ed.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 273-316; VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 11-50; VILLABELLA Armengol, Carlos, “El Derecho Constitucional del Siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 51-76; PRIETO Valdés, Martha, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Nuevos paradigmas político constitucionales”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 77-104; MÉNDEZ López, Josefina y ZALDÍVAR Abad, Martha L., “Revolución constituyente” en América Latina: Espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 105-170; PÉREZ Hernández, Lisette, “Democracia sin estándares. El poder en Cuba y Venezuela”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 171-196; FIALLO Monedero, Liliam y ZALDÍVAR Rodríguez, Abraham, “Un nuevo constitucionalismo para el proyecto de emancipación latinoamericana”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 197-214; MÉNDEZ López, Josefina y CUTIÉ Mustelier, Daniela, “La participación popular y los derechos. Fundamento y contenido del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 215-240; PÉREZ Martínez, Yuri, “La participación política como requisito funcional de la democracia Análisis desde el diseño constitucional de la República Bolivariana de Venezuela”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 241-268; GONZÁLEZ Quevedo, Joanna, “Bases jurídicas para el empoderamiento político en los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 269-298; GUZMÁN Hernández, Teodoro Yan, “Legados normativos para democratizar la revocatoria de mandato desde el (neo)constitucionalismo latinoamericano”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 299-328; JIMÉNEZ Morales, Caridad Rosa, “La estructura distrital a la luz del nuevo constitucionalismo”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 329-372; NOGUERA Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*,

En este sentido, debemos recordar que son tres las principales formas de referirse al objeto de estudio que más tarde se explicita por extensión: nuevo constitucionalismo latinoamericano, neoconstitucionalismo y (nuevo) constitucionalismo latinoamericano democrático.

La primera de las denominaciones citadas (nuevo constitucionalismo latinoamericano) es, probablemente, la más extendida. Y, seguramente, lo es porque es la menos comprometida conceptualmente. Se limita a señalar un área (Latinoamérica) y una apreciación cronológica. Sería un constitucionalismo nuevo en relación con otro que, consiguientemente, se presume viejo o anterior<sup>118</sup>. Ahora bien, lo que esta terminología no aborda es en qué sentido resultaría nuevo. Es decir, si se trata de una cuestión puramente de edad o si existen en él elementos no solamente recientes, sino también novedosos. Y, en tal caso, cuáles serían esas novedades principales frente al viejo constitucionalismo. Ello permite que esta terminología pueda utilizarse como un término refugio, con

---

Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; GARGARELLA, Roberto, “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas”, en HIERRO, Liborio L. (ed.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco – Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 129-144. MARTÍNEZ de Bringas, Asier, “Naturaleza de la(s) autonomía(s) indígena(s) en el marco de la Constitución boliviana: Una reflexión sobre el contenido de los derechos indígenas”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-20; VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-24; APARICIO Wilhelmi, Marco, “Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-24; MAESTRO Buelga, Gonzalo, “Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-30; NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert, “Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-33; STORINI, Claudia y Escudero Soliz, Jhoel, “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-33; CABO de la Vega, Antonio de, “Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-40; CRIADO de Diego, Marcos, “El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-44; PALACIOS Romeo, Francisco, “El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica: (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: *Quis custodiet ipsos custodes?*)”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-49; ESCOBAR Roca, Guillermo, “Los derechos civiles y políticos en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-50. VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en ÁVILA Linzán, Luis Fernando (ed.), *Política, justicia y Constitución*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-Red por el Constitucionalismo Democrático, Quito, 2012, pp. 157-188. (RCD) Sede Ecuador.

<sup>118</sup> Para este “viejo” constitucionalismo, véase, por ejemplo, un ajustado resumen en GARGARELLA, Roberto, “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica”, en *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 30-48.

independencia de cuál sea el paradigma interpretativo (*vid. infra* el epígrafe tercero de este mismo capítulo) que se sostenga. El inconveniente, naturalmente, es que genera una falsa impresión de consenso o identificación en torno al referente. Dos hablantes pueden estar usando un mismo término para referirse, en realidad, a objetos que categorizan de formas radicalmente diversas.

Frente a ella, la terminología neoconstitucionalismo presenta un perfil más complejo. En algunos de sus usos es simplemente una forma abreviada de la anterior, pero, con frecuencia, incorpora también el sentido de aproximar este constitucionalismo al enfoque teórico del neoconstitucionalismo<sup>119</sup>. Esta tesis, formulada originalmente por S. Pozzolo<sup>120</sup> se refiere a un cierto entendimiento de los textos constitucionales aprobados desde la segunda posguerra mundial y, particularmente, a partir de los años setenta, que incluirían, además de normas formales de distribución y control de poderes, numerosas normas sustantivas que señalan fines, objetivos, etc. y un amplio catálogo de derechos. Este tipo de textos habrían generado una actividad jurisprudencial en la que aparecen ciertas técnicas, como la ponderación, la proporcionalidad<sup>121</sup>, la razonabilidad, el efecto irradiación de los derechos y su maximización, la eficacia entre particulares, etc. acompañada, además, de una tarea hermenéutica en relación con los valores constitucionalizados. Además, existiría una importante influencia de la obra de los teóricos del derecho (Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, etc.) sobre los operadores jurídicos. Finalmente, estas constituciones se habrían proyectado sobre el conjunto del ordenamiento, provocando una suerte de hiperconstitucionalización. Como es obvio, esta hiperconstitucionalización estaría desapareciendo a marchas forzadas del contexto europeo, como consecuencia de la ampliación de los ámbitos de privatización y de cesión competencial a instancias supranacionales.

---

<sup>119</sup> Cf. CARBONELL, Manuel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Editorial Trotta, Madrid, 2003; Íd. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007; MOREIRA, Eduardo Ribeiro, *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição, Método*, São Paulo, 2007. ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

<sup>120</sup> POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación”, trad. de Josep M. Vilajosana, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social* (Buenos Aires, 1977), núm. 21, vol. II (1998), pp. 339-353.

<sup>121</sup> Sobre proporcionalidad y ponderación véanse los estudios de Alexy, Bernal, Moreso, Prieto Sanchís, etc., recogidos en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

En todo caso, se trata, pues, de un tipo de orientación en la que tienen una especial importancia la tarea de los tribunales y de la dogmática jurídica. En la que el derecho predomina sobre la política y en la que la democracia tiene un papel sumamente restringido. Como puede verse, se trata de una muy concreta interpretación del fenómeno constitucional. Y, aplicado a Latinoamérica, se trata de una visión con fuertes elementos elitistas y de control que, aunque pueden rastrearse en los propios textos constitucionales, no son, sin duda los únicos existentes. En definitiva, se trata de una terminología que incorpora un programa sobre lo que deberían ser las constituciones en Latinoamérica y que soslaya el elemento que, la última de las formas de denominación estudiada, coloca precisamente en el primer plano: la cuestión democrática.

Por último, la expresión constitucionalismo latinoamericano democrático o nuevo constitucionalismo latinoamericano democrático –denominación que se usa en este trabajo– incluye, igualmente, una cierta caracterización o entendimiento de los procesos y textos constituyentes más recientes en Latinoamérica.

En este caso, como se ha dicho, el énfasis se coloca, justamente, en la dimensión democrática. Y ello en un doble sentido, al calificar de democrático a este constitucionalismo, se quiere poner sobre el tapete el hecho de que una gran parte del constitucionalismo latinoamericano (y no latinoamericano) anterior, posee unas credenciales democráticas muy escasas. O se trató de textos impuestos directamente por las oligarquías, ya fuera en forma violenta mediante pronunciamientos militares, invasiones o guerras, o bien de textos adoptados en el contexto de democracias censitarias sumamente restringidas, con múltiples limitaciones del voto por razón de sexo, riqueza, raza, formación, etc. De textos, además, que no preveían formas democráticas de transformación o reforma, sino que dejaban en manos de los propios poderes constituidos su actualización. Esta llamada de atención es sumamente pertinente porque, con frecuencia, los textos liberales vienen calificados de democráticos, sin más, cuando sólo en comparación con las monarquías absolutas anteriores podrían merecer tal calificación.

Por otro lado, al calificar a este constitucionalismo de democrático se quiere señalar, igualmente, la distinción entre la forma de organización política que consagran y la que existe en otras latitudes, como consecuencia del protagonismo que se ha querido dar a la participación popular. Los propios textos han buscado fórmulas verbales como la

de democracia protagónica, directa o comunitaria para señalar, justamente, su alejamiento de un entendimiento de la democracia elitista y representativa de raíz montesquiana.

Más allá del empleo de una u otra terminología y de las valencias políticas o ideológicas que puedan acompañarlo, conviene aclarar, ahora, cuál es el referente material al que aquéllas apuntan. Es decir, cuál es su definición por extensión.

También en esta materia existen diferentes posiciones en la doctrina, atendiendo a que se amplíe en mayor o menor medida el canon de las constituciones admitidas y en tanto que se acepte una mayor o menor coherencia entre todas ellas.

Con carácter muy general, suele considerarse que el precursor de este tipo de constituciones sería la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Si admitimos esta caracterización, el constitucionalismo latinoamericano democrático habría cumplido sus primeros 25 años<sup>122</sup>. Se incluirían a continuación, la Constitución Política de Colombia de 1991, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la Constitución de Ecuador de 2008 y la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

Al lado de estas constituciones, habría que situar a otras que, por diferentes razones, no parecen responder a un mismo impulso constitucional, así como una serie de reformas constitucionales de diferente trascendencia. En México, el gobierno de Salinas, por ejemplo, reformaría el artículo 27, consagrando la contrarreforma agraria; en Perú, Alberto Fujimori impulsó una constitución presidencialista y antisocial en 1993; en Argentina, Carlos Menem reformó la Constitución en 1994 para permitir su reelección e introducir en el artículo 75 la defensa del “valor de la moneda” en plena concordancia con los preceptos neoliberales del momento; Colombia, por su parte, reformaría la Constitución en 1999 para dar seguridad a las inversiones extranjeras eliminando el artículo 57 relativo a la expropiación sin indemnización.

Estas consideraciones son importantes porque, como puede verse, no todo el constitucionalismo latinoamericano reciente pertenece a un mismo grupo en lo relativo a su orientación general. Por ello, no parece recomendable optar por una terminología

---

<sup>122</sup> En este sentido, por ejemplo, la Red por un Constitucionalismo Democrático, ha celebrado los 25 años de constituciones latinoamericanas democráticas mediante un Congreso en Quito en julio de 2014.

puramente cronológica que genera la impresión de que sólo existe un proyecto constitucional en la región, lo que resulta falso.

Es, pues, necesario adjetivar de alguna manera a este nuevo constitucionalismo latinoamericano, no sólo para distinguirlo del antiguo, sino para diferenciarlo del que siendo igualmente nuevo, presenta caracteres diferentes y *grosso modo* asociados al neoliberalismo o al conservadurismo autoritario, antes que a la transformación social.

Para el análisis que se realizará en los epígrafes siguientes de este modelo, se tomarán como referencia básica dos de sus ejemplo paradigmáticos –la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia–, reservando, en parte, lo relativo al sistema ecuatoriano para el Tercer Capítulo (*Legitimidad y eficacia de la justicia constitucional en el Ecuador*). Como luego se verá, las constituciones de estos dos países presentan más homogeneidad entre sí y con Ecuador que las demás. El caso posiblemente más disputado desde el punto de vista teórico sea el de la Constitución de Colombia, para el que existen modelos interpretativos radicalmente enfrentados, en función de la lectura que se haga de sus instrumentos participativos<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> A reserva de lo que luego se dirá, conviene señalar que la idea de que los mecanismos participativos en la Constitución del 91 pertenecen a un proyecto de gobernanza neoliberal y no de radicalización democrática, ha sido defendida enérgica y convincentemente en CARRERA Silva, Liliana *La democracia participativa en la constitución colombiana de 1991: las veedurías ciudadanas*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.

## II.2 Delimitación material: su explicación histórica

En el presente epígrafe se trata de exponer cuáles son las circunstancias históricas que determinaron el surgimiento de este modelo constitucional. Es decir, cuáles eran los condicionantes materiales y cuáles eran los agentes sociales que estuvieron en la primera línea del movimiento constituyente<sup>124</sup>.

La doctrina suele referirse a esta cuestión con la expresión necesidad constituyente. Con ello quiere enfatizarse la grave situación que existía en la región y la obligación de operar una renovación global del sistema. Igualmente, con esta expresión se enfatizan los elementos objetivos sobre las lecturas subjetivistas de la transformación histórica.

En todo caso, y aunque parezca paradójico, quizá convenga comenzar señalando que este constitucionalismo surge como un constitucionalismo improbable<sup>125</sup>. Un constitucionalismo improbable porque según la opinión común de la doctrina constitucional local y extranjera en los años ochenta, un nuevo constitucionalismo para Latinoamérica resultaba, simultáneamente, innecesario, inconveniente e imposible.

Un constitucionalismo innecesario porque, en general, se consideraba que los países afectados poseían democracias consolidadas y marcos jurídicos asimilables a los de otros países avanzados. En concreto, Venezuela y Colombia eran consideradas democracias modélicas en el contexto regional, que habían quedado fuera de las experiencias de dictadura militar y habían encadenado una larga sucesión de gobiernos (presuntamente) democráticos, al tiempo que habían sabido garantizar las condiciones jurídicas para la inversión extranjera. Aunque frecuentemente consideradas afectadas por los vicios del semanticismo o del nominalismo (en la terminología de Loewenstein<sup>126</sup>), se

---

<sup>124</sup> Existen dos obras fundamentales en lo relativo, específicamente, a este contexto histórico-constitucional, referidas, respectivamente a la República Bolivariana de Venezuela y al Estado Plurinacional de Bolivia: VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 y SCHAVELZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS-Plural Editores, La Paz, 2012. Cf. también, VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Ágora*, núm. 13, 2005, pp. 55-68.

<sup>125</sup> Para esta noción de constitucionalismo improbable, véase DE CABO de la Vega, Antonio de, “Lo improbable es posible” en <http://www.attac.tv/2013/02/18199> (visitada el 19 de mayo de 2014).

<sup>126</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986.

consideraban (paternalista y eurocéntricamente) como adecuadas para el contexto regional.

Obviamente, el tiempo demostraría rápidamente lo superficial de este tipo de análisis y hasta qué punto las diferentes variedades de turnismo<sup>127</sup> de la región ocultaban una crisis política insuperable para los partidos tradicionales.

En segundo lugar, se consideraba que, no sólo era innecesario modificar el sistema constitucional, sino que ello podía resultar intensamente inconveniente. Esta conclusión se apoyaba en la idea, por un lado, de que cualquier conmoción social o jurídica que pudiera poner en duda la estabilidad jurídica, política o económica de estos países, se traduciría en un temor y desconfianza por parte de los inversores extranjeros, que abandonarían sus posiciones en busca de lugares más seguros. La permanencia del orden jurídico sin alteraciones era considerada, pues, como un activo económico a la hora de conseguir el desarrollo económico mediante la capitalización con fuentes externas. Pero es que, además, el neoliberalismo en su versión consenso de Washington y, más precisamente, el sistema de las condicionalidades de las entidades de crédito internacional<sup>128</sup> contenía unos fuertes perfiles desregulacionistas y, en este sentido, cualquier reactivación del marco constitucional (como sistema de límites y vínculos al poder) era contemplado como una amenaza para los intereses económicos multinacionales y, consiguientemente, como un acto de hostilidad hacia los inversores. Como antes se apuntaba, el nominalismo y semanticismo que se predicaba del constitucionalismo latinoamericano adquiriría así, ahora, connotaciones positivas en el contexto económico de los años ochenta.

En tercer lugar, por último, se pensaba que era un constitucionalismo imposible. Imposible porque se partía de la idea de que sólo existiendo un demos homogéneo y

---

<sup>127</sup> Se trata, naturalmente, del Pacto de Punto Fijo venezolano que suscribirían AD, Copei y URD, el 31 de octubre de 1958, tras la caída de Marcos Pérez Jiménez para garantizar el reparto de poder entre dichos partidos y la exclusión del Partido Comunista de Venezuela. El texto del acuerdo original puede consultarse en [http://www.analitica.com/bitbliblioteca/venezuela/punto\\_fijo.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/venezuela/punto_fijo.asp). El resultado político de esta iniciativa desbordaría con mucho las pretensiones iniciales, convirtiéndose en una suerte de superconstitución material de la IV República. Y del Pacto de Benidorm colombiano entre liberales y conservadores el 24 de julio de 1956, por el que se establecía un sistema pacífico de reparto del poder público como alternativa a la anterior situación de casi guerra civil. También en este caso, el pacto fue ampliándose posteriormente (Pacto de Marzo, y Pacto de Sitges en 1957) determinando la forma efectiva de gobierno del país durante largos años.

<sup>128</sup> Si los pactos antes citados eran la verdadera constitución política del estado, su constitución económica quedaba dibujada, en cambio, por el círculo perverso de los préstamos internacionales, sus sistemas de condicionalidades y la correspondiente deuda externa endémica generada.

organizado<sup>129</sup> y una absoluta paz social era posible alcanzar los acuerdos necesarios para una refundación de la convivencia en un nuevo pacto social. Las sociedades latinoamericanas, por el contrario, aparecían como fuertemente divididas, con niveles bajos de organización social y asediadas por fenómenos de violencia en los que, se pensaba, no resultaría posible abrir un proceso constituyente que, irremediablemente, conduciría al caos y a la desintegración social.

El carácter fuertemente conservador de este tipo de análisis resulta autoevidente. Como es sabido, una de las funciones de los aparatos ideológico-culturales de las sociedades de clase consiste, precisamente, en la reiteración de que el cambio social no es necesario, deseable ni, en último término, posible. Resulta obvio que para que haya un cambio se requiere, de un lado, que se sienta la necesidad del mismo y, de otro, que dicho cambio pueda ser concebido dentro del imaginario colectivo. Es decir, hace falta derrotar los horizontes insuperables como límites a lo que es posible no ya hacer, sino decir o pensar.

En directa contradicción con esta forma de entender el cambio social, el movimiento constituyente latinoamericano ha sido categorizado a partir de la idea de necesidad constituyente.

Más allá del nivel de interminación y de imprevisibilidad que existe siempre en el desarrollo de los fenómenos históricos, lo cierto es que podemos establecer una secuencia de acontecimientos que, en su simultaneidad, se configuran como una causalidad prácticamente irresistible y que han ido manifestándose en forma de procesos constituyentes en diferentes sociedades, incluso en contextos muy complejos de diversidad social, atraso económico, desigualdad, racismo, etc.

Podemos resumir este contexto general en torno a la idea de tres fracturas que, como se decía antes, en su simultaneidad hicieron inviable la anterior organización

---

<sup>129</sup> Como es sabido esta idea aparece recurrentemente en los debates constitucionales de diferentes latitudes. Véase, por ejemplo, su versión en torno a una constitución para Europa en el debate entre Habermas y Grimm: GRIMM, Dieter "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, núm. 1, 1995; HABERMAS, Jürgen, "Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'" , *European Law Journal*, núm. 1, 1995.

política de estos estados<sup>130</sup>. Es importante aclarar que la noción de fractura involucra la presencia, de un lado, de elementos objetivos y, de otros, de elementos de percepción social. O, dicho de otra forma, estamos ante una fractura cuando algunos elementos objetivos de discontinuidad o ruptura son percibidos socialmente como una solución de continuidad y no como meros accidentes o alteraciones pasajeras. Aunque luego se volverá sobre esto, precisamente porque se trata de percepciones sociales es por lo que, independientemente de los actores que impulsan en cada caso los proyectos, resulta fundamental el papel de las clases medias, en la medida en que están en condiciones de instaurar una determinada lectura de sentido común.

La primera de estas fracturas es la fractura económica. Resulta totalmente evidente que amplias zonas de Latinoamérica sufren una regresión económica en los años ochenta en la que no en vano se denomina década perdida. Las economías centrales del capitalismo pusieron en marcha a partir de finales de los años setenta toda una serie de estrategias tendentes a exportar la crisis económica que se asocia, entre otras cosas, con la subida de los precios de las materias primas (y, en especial del petróleo), a raíz de ciertos cambios de comportamiento entre los países productores (del movimiento de los no alineados a la creación de la OPEP).

No es el momento ahora de hacer el relato del deterioro económico que sufrieron los diferentes países (que, en algunos casos, hizo que pasaran de los primeros puestos del mundo en términos de renta per cápita a los lugares de cola, siendo, en este sentido, el caso más notable el de Venezuela<sup>131</sup>) de la región, ni los procedimientos que pusieron en marcha tanto los estados centrales considerados individualmente, como las organizaciones regionales o multilaterales y las propias empresas y otros agentes privados, que terminarían confluyendo en el así llamado consenso de Washington.

Y ello porque no existe una relación directa entre deterioro económico e impulso de transformación social. Sobre este resultado influyen una amplia gama de factores, que van desde el ritmo del deterioro (no es lo mismo la decadencia por goteo, que el

---

<sup>130</sup> Un análisis en parte coincidente con el que aquí se realiza para el caso ecuatoriano en NAVAS Alvear, Marco, *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Intiyan – Ediciones CIESPAL, Quito, 2012.

<sup>131</sup> Cf. SILVA, José Ignacio y SCHLIESSER, Reinier, *La evolución de la pobreza en Venezuela*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 1998.

hundimiento súbito) hasta la composición de los diversos agentes sociales. Se constata con toda evidencia que existen sociedades en las que hay una pésima situación endémica o durante largos períodos, sin que ello se traduzca en el reclamo de procesos de transformación.

Resulta, pues, necesario, formular una interrelación entre elementos económicos, políticos, sociales, culturales y simbólicos para que el deterioro se convierta en fractura. Podemos señalar como ejemplos de estas complejas interrelaciones la secuencia de acontecimientos que van del Caracazo a la Constituyente, pasando por el intento de sublevación militar de 1992, para Venezuela, y la que comúnmente se conoce como guerra del agua en Cochabamba, en el caso boliviano, para aclarar estos conceptos.

El Caracazo o Sacudón es la forma en que se hace referencia a unos violentos incidentes que comienzan en Guarenas y pronto se trasladan a Caracas en febrero y marzo de 1989. El resultado final de los cuales sería la muerte de cientos (o miles, si incluimos a los desaparecidos, según las fuentes) de personas. La economía venezolana se había venido deteriorando desde principios de los ochenta, en una secuencia ininterrumpida de inflación, devaluación y endeudamiento público. La falta de inversiones, la corrupción y una cultura rentista colocaron al país al borde del desabastecimiento (o, al menos, de la escasez). El Presidente Carlos Andrés Pérez trató de hacer frente a esta situación mediante un “Paquete económico” pactado con el Fondo Monetario Internacional, en la más estricta ortodoxia neoliberal. Este organismo pasaba a ejercer la supervisión de la economía nacional, a cambio de 4.500 millones de dólares. Entre las condicionalidades del préstamo estaban, entre otras muchas, una subida del cien por cien del precio de la gasolina en tres años y la subida de las tarifas del transporte público en un treinta por ciento. El Gobierno pretendió aplicar el conjunto del paquete prácticamente con carácter inmediato. Así, decretaría una primera subida en febrero del treinta por ciento de la gasolina y del transporte público, anunciándose que, pasados tres meses, la gasolina subiría hasta el 100 por cien.

La pobreza y el desabastecimiento fueron la base material de las protestas. Pero también intervinieron otros factores. Especialmente, conviene señalar que estas acciones fueron leídas socialmente desde un triple marco de análisis: la corrupción, la injerencia extranjera y el carácter simbólico de los bienes afectados.

Por un lado, las medidas se interpretaron como un intento adicional de trasladar hacia manos corruptas unos fondos que saldrían, en último término, del bolsillo de los venezolanos. El gobierno se hacía con dinero fresco (4.500 millones de dólares) que se devolverían con formas más o menos encubiertas de tributación indirecta. La virulencia de la reacción tiene que ver, paradójicamente, con el fuerte apoyo que había recibido Carlos Andrés Pérez en las urnas, que obtuvo la cifra más alta de votos en unas presidenciales en Venezuela (tradicionalmente, abstencionista) hasta ese momento. Es decir, que hubo un efecto de desengaño o de percepción de traición en la forma en que se gestionaron las primeras fases del gobierno.

En segundo lugar, las medidas fueron interpretadas como un acto de entreguismo extremo. Aunque muchos países latinoamericanos han vivido siempre en un difícil equilibrio ideológico entre la dependencia y admiración hacia los Estados Unidos y la defensa en clave nacionalista de la independencia nacional, los gobiernos han pretendido, por lo general, mantener, al menos, una apariencia de autodeterminación de sus políticas públicas y de defensa de sus recursos naturales. La aceptación irrestricta y entusiasta de todas y cada una de las condicionalidades del paquete económico cimentaría una percepción que se expresaría popularmente en el calificativo, entre otros, de *vendepatrias*. Nuevamente, la imagen que se generó es que la pobreza (la escasez, la subida de precios, etc.) no era un fenómeno más o menos natural o inevitable, con el que no había más remedio que convivir con cierto fatalismo, confiando en que a medio o largo plazo el gobierno terminaría por hacer valer los intereses nacionales y que ello, aunque sólo fuera, por desbordamiento, terminaría calando de algún modo en el conjunto de la sociedad; sino, por el contrario, la de que la pobreza era, ahora, el resultado de una confabulación corrupto-extranjera para acabar con el país.

Un tercer elemento, terminaría de cerrar este círculo interpretativo. Las primeras medidas adoptadas se referían a unos bienes (los derivados del petróleo y, en particular, la gasolina) que no sólo tienen un efecto multiplicador en la subida de precios (y consiguiente bajada del nivel de vida) al atravesar el conjunto de la economía como uno de sus principales factores de producción (y de estructura de costes), sino que, en el caso venezolano, poseen un incalculable valor simbólico. La idea misma de la venezolanidad y las esperanzas de futuro de la nación, se habían construido sobre la *bendición* del petróleo

que otorgaba al país una situación única en la región, una excepcionalidad que justificaba casi cualquier comportamiento. Pasara lo que pasara, por mucha corrupción nacional o extranjera que hubiera, siempre quedaría el petróleo como solución a cualquier problema. Al colocar el precio de la gasolina en el paquete económico, se destruía esta fuerza simbólica del petróleo. El petróleo aparecía, ahora, no en el lado de la solución, sino como parte de problema. Y, si el petróleo también era un problema, entonces nada ya podría tener solución.

A partir de la confluencia de estas tres comprensiones del fenómeno de la pobreza en Venezuela, se fue imponiendo de forma devastadora una interpretación global del sistema que constituye la propia noción de fractura económica. De manera apodíctica podemos decir que hay fractura económica cuando se instaura la convicción de que ya no puede decirse “Al país le va mal, pero a mí me va (o me podría, si supiera moverme,) bien”, sino que la realidad es “A mí me va porque al país le va mal y, mientras no se arregle el país, no habrá forma de que me vaya bien”. Es decir, la idea de que es necesaria una salvación colectiva y no individual. Por eso, como antes se dijo, resultan tan importantes las clases medias. Las clases medias son las depositarias por excelencia de los valores individualistas (de hecho, las clases altas actúan por lo común en forma fuertemente corporativizada y las clases subalternas, salvo en procesos de honda aculturación, favorecen formas de convivencia social). Las clases medias son el cemento que sujeta la estructura social entre la ilusión de convertirse en clases altas (por tus propios méritos) y el miedo a caer en las clases populares (por tus propios errores). Las clases medias se autojustifican con base en su cultura del trabajo, del ahorro, del esfuerzo, del mérito, etc. Cuando las clases medias dejan de percibir una relación entre mérito y salvación, y comienzan a percibir la dimensión social de su incardinación en la estructura económica del país, entonces, la pobreza, la escasez, etc. aparecen desnudamente como resultado no de los defectos de las clases populares, sino como consecuencias sistémicas de un orden que ha dejado de funcionar.

Que las fracturas económicas generen o no impulsos de transformación social depende de su confluencia con otros factores. En el caso venezolano, una primera consecuencia sería la sublevación militar de 1992 que, a su vez, sería un importante elemento de consolidación de las fracturas sociales y, sobre todo, política.

En el caso de Bolivia<sup>132</sup>, la llamada “guerra del agua”, enfrentó en el 2000 a la población de Cochabamba, Bolivia, con las autoridades públicas y la gobernanza económico mundial, en lo que constituye, de un lado, un caso paradigmático de la lucha social por los derechos y, de otro, un ejemplo de fractura económica en un contexto muy diferente al venezolano.

En Bolivia se parte de una situación endémica de pobreza, como consecuencia de una distribución de la riqueza que ha excluido de forma casi absoluta a la población originario campesina. Ahora bien, a esta situación tradicional vino a sumarse una de las oleadas tardías de neoliberalismo. La impulsada por Gonzalo Sánchez de Lozada (uno de los hombres más ricos del país), desde su primer mandato de 1993 a 1997. Uno de los vértices de su programa de sometimiento a las presiones internacionales sería el intentar acabar con el cultivo de la coca, que provocaría en el año 2000 el surgimiento del Movimiento al Socialismo (MAS) encabezado por el campesino cocalero Evo Morales.

El otro sería el programa privatizador (ferrocarriles, minas, petróleo, electricidad, teléfonos, compañías aéreas y agua) a favor de empresas principalmente estadounidenses, incluyendo el compromiso con el proyecto del ALCA. También en este caso, la presión de los organismos internacionales de crédito, obligó al gobierno de Sánchez de Lozada a adoptar urgentes medidas económicas: el llamado Plan Bolivia que, en la práctica, suponía someter el desarrollo económico del país a los intereses y supervisión del Fondo Monetario Internacional. En el 2003 se desataría en El Alto la llamada guerra del gas, ante la pretensión del gobierno de exportar gas a Estados Unidos y a México a través del consorcio Pacific-LNG. También en este caso el conflicto causaría decenas (o centenares) de muertos y la dimisión de Sánchez de Lozada, siendo sustituido por Carlos Mesa, un relativo *outsider* de la vida política (presentador y comentarista de televisión), aunque de idénticas convicciones ultraliberales.

Ya desde 1997, el Banco Mundial se había propuesto la privatización del sistema de agua y ofreció al gobierno, a cambio, condonar 600 millones de dólares. En 1998, se comunicó al gobierno de Bolivia que sólo se aprobaría el crédito de 25 millones de dólares

---

<sup>132</sup> Un relato muy ajustado de los hechos en GARCÍA Morales, Aniza, *El derecho humano al agua*, Editorial Trotta, Madrid, 2008., que aquí se sigue de cerca.

para refinanciar el servicio del agua en Cochabamba, si el gobierno municipal vendía el servicio público del agua al sector privado.

Y, efectivamente, en un concurso con un sólo participante, las autoridades bolivianas entregaban el control del servicio municipal de agua a una de las más poderosas transnacionales del sector del agua, ello se tradujo de inmediato en un importante aumento en los recibos mensuales del agua.

La subida en el precio del agua generó amplias protestas de trabajadores y campesinos, que se recrudecieron con la llegada al gobierno de Hugo Banzer (1997-2001), ex dictador militar de los años setenta.

Además, en octubre de 1999, se aprobó en un tiempo récord la Ley 2029 de Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, con el objeto de privatizar el servicio de abastecimiento y poner fin a los subsidios gubernamentales, de conformidad con las recomendaciones del Banco Mundial. Se trataba de una ley que no respetaba los sistemas tradicionales de manejo del agua; prohibía el funcionamiento de sistemas alternativos de distribución de agua (asociaciones, comités, cooperativas); y permitía que las concesionarias actuaran en condición de monopolio.

La protesta social contra estas medidas adoptó diferentes estrategias desde la consulta popular a las marchas y bloqueos y la huelga general. El gobierno respondería con la ley marcial en abril de 2000 y, otra vez, con muertos y heridos. Pese a declararse el estado de sitio, la presión popular logró que el gobierno se viera obligado a rescindir la concesión y a revocar su legislación para privatizar el agua y a consensuar una nueva Ley de Aguas que garantizara a las comunidades campesinas este servicio.

Más allá de las importantes consecuencias de orden político, social y jurídico<sup>133</sup> de estas luchas, el aspecto que aquí interesa es el de fractura económica. Vemos reaparecer ciertos elementos que convirtieron una situación de deterioro económico en un cuadro masivamente percibido como de imposible resolución individual y que provocó, en consecuencia, una actuación masiva en las calles.

---

<sup>133</sup> Recordemos que la Declaración de Cochabamba es un importante hito en la configuración del derecho humano al agua.

También aquí se muestra la suma de elementos de corrupción y entreguismo, aunada a un detonante simbólico. En este caso, doble. Primero, la agresión al cultivo de la coca, luego, el intento de privar a las comunidades del agua. Y es que hay que recordar que, para los pueblos originarios, la falta de un acceso seguro al agua no implica sólo un problema de supervivencia en el sentido material, sino que amenaza también su integridad desde una perspectiva cultural, ya que su relación con la tierra y el agua está indisolublemente ligada a su identidad colectiva. Por tanto, la mercantilización del recurso supone poner e en riesgo la supervivencia de esos pueblos en armonía con su entorno, o bien, la condena a vivir bajo el paradigma cultural dominante.

Es, pues, una combinación de factores internos y externos, objetivos y subjetivos, materiales y simbólicos la que determina que, en último término, una crisis se convierta en fractura económica<sup>134</sup>.

A esta fractura económica hay que sumar la fractura política. Algunos de los elementos necesarios para comprender este tipo de fractura ya han sido propuestos antes al hablar del carácter presuntamente innecesario del cambio constitucional. Lo que se pretende, ahora, es, por un lado, ofrecer, por un lado, ciertos elementos adicionales y, por otro, realizar una generalización de sus características principales.

Hoy se admite comúnmente que los sistemas políticos que fueron desplazados por los procesos constituyentes de finales de los noventa y principios del siglo actual, habían alcanzado cotas extraordinariamente altas de ineficacia, ineficiencia y deslegitimación. Resultaban notablemente incapaces de mantener un diseño de políticas públicas y de llevarlo a la práctica, al tiempo que se granjeaban una creciente animadversión por parte de sectores cada vez más extensos de la población.

Conviene señalar, sin embargo, que un mal (o pésimo) gobierno no es condición suficiente para que se genere una fractura política. También en este caso, intervienen factores subjetivos y simbólicos, además de objetivos y materiales. Se constata, efectivamente, que gobiernos notablemente ineficaces y altamente cuestionados son, con frecuencia, sustituidos por otros de idénticas características (y, en algunos casos, incluso

---

<sup>134</sup> Podrían examinarse otros casos desde este mismo paradigma, para apreciar cuáles han sido las consecuencias políticas generales en cada caso y cómo en algunos de ellos han conducido a procesos de reforma global (constituyente) y en otros no, como, por ejemplo, el “corralito argentino” o el efecto tequila.

integrados por las mismas personas) sin que ello influya en la estabilidad general del sistema político, que se perpetúa en lo relativo a la permanencia del bloque de poder y a las formas de dominación que pone en práctica.

En términos muy generales<sup>135</sup>, cabe señalar que los sistemas políticos heredados de los acuerdos –tácitos o expresos– de turnismo político tenían una base esencialmente clientelar. En el caso venezolano, parece que “del 25 al 30 % de los venezolanos llegaron a militar en un partido político y el carné fue un elemento indispensable en la vida de cualquier venezolano que aspirase a un cargo público”<sup>136</sup>. Este tipo de arreglos institucionales han funcionado en numerosos países, en diferentes épocas, con frecuencia con enorme estabilidad (piénsese en el ejemplo clásico del turnismo español de Cánovas y Sagasta que dominó gran parte del s. XIX español, o en el sistema clientelar clásico del Partido Revolucionario Institucional en México).

Sobre este sistema general de distribución del poder político vinieron a impactar ciertos elementos que alterarían su estabilidad. Por un lado, como es obvio, la crisis económica. Un sistema basado en el intercambio de prebendas por fidelidad política es obviamente vulnerable a la escasez, en tanto que disminuyen las posibilidades de comprar adhesiones.

Ahora bien, conviene señalar el impacto que sobre este sistema han tenido dos factores adicionales que han contribuido fuertemente a su deslegitimación. De un lado, el binomio corrupción-impunidad; de otro, la llegada de los proyectos tecnocrático-modernizadores.

Efectivamente, la corrupción adoptó como signos distintivos, por una parte, la confusión casi completa de las dimensiones públicas y privadas de los negocios, de forma tal que lo público aparecía como una extensión de la estrategia comercial de ciertos sujetos y, por otra, se debilitaron hasta su casi total desaparición las formas de control interno tradicional en el seno de las familias políticas (en estrecha correlación con el segundo factor que se comentará a continuación). La percepción social de este fenómeno

---

<sup>135</sup> Podemos tomar como ejemplo el sistema venezolano; véase un ajustado análisis de esta cuestión en VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, *Cambio Político y Proceso Constituyente en Venezuela (1998-2000)*, cit., pp. 73-80.

<sup>136</sup> ALCANTARA Sáez, Manuel, *Sistemas políticos de América Latina*, Tecnos, Madrid, 1999, vol. I (*América del Sur*), pp. 509.

era, por tanto, la de que la corrupción tenía que ver no con el funcionamiento del sistema (lo que suele ser relativamente bien tolerado puesto que se piensa: “con corrupción, pero funciona”) sino con su privatización y descomposición<sup>137</sup>.

La escasez en las fuentes tradicionales de riqueza en las que se basaba el poder de las elites tradicionales como consecuencia de diversas alteraciones en el mercado mundial de las materias primas y en el reparto internacional del trabajo que desplazó algunas de sus actividades antes realizadas en Latinoamérica, principalmente, hacia Asia, obligó a estos grupos a buscar nuevas formas de incardinación en el sistema político y económico mundial, lo que habitualmente se presentaba con la apariencia de la modernización, apertura, liberalización o tecnificación del poder.

En este proceso conviene tener en cuenta, al menos, dos factores. Por una parte, la cuota de riqueza que las elites mundiales estaban dispuestas a dejar en manos de las elites locales era cada vez menor. No hay que olvidar que, más allá de otras consideraciones, la globalización neoliberal es el intento de exportar la insanable crisis económica de los estados sociales de los países centrales del capitalismo y la pretensión de reestructurar la ubicación de la plusvalía que, como consecuencia de la subida de las materias primas, la rentabilidad relativa de capitales y los costes de producción, se había desplazado, si quiera fuera marginalmente, de los países centrales del capitalismo a los países de la semiperiferia dando lugar a sus diferentes *booms* anteriores a los años ochenta. Es decir, que el discurso que se ofrecía a las minorías dirigentes ofrecía un cierto engaño en el sentido de que la vía de recuperación de la actividad económica que se ofrecía (el consenso de Washington) supondría, en todo caso, más allá de que hubiera crecimiento o no, una nueva forma de redistribución menos favorable para las burguesías nacionales. Ello estrechaba la base de legitimación de los sistemas clientelares, al reducir el acceso a los bienes; y estimulaba la adopción de formas de corrupción y fusión de lo público y lo privado, con las que tratar de compensar los menores ingresos *legítimos* generados por el nuevo arreglo institucional. Es decir, fomentaba el conflicto interno en el bloque de poder

---

<sup>137</sup> Ver, a este respecto, PÉREZ Perdomo, Rogelio, “Para un diagnóstico de la corrupción en Venezuela”, en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, núm. 1, 1997, pp. 179-186, para las cuestiones de percepción social de la corrupción y PETZOLD, Hermann, “Venezuela: una democracia, problemas y perspectivas de un sistema político”, en VV. AA., *El Derecho Constitucional en el umbral del siglo XXI. III Congreso venezolano de Derecho Constitucional*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1993, p. 309 para la confusión público-privado.

y la búsqueda de salidas personales, sin mayor consideración a los intereses más generales que pudieran ostentar como clase.

Por otra parte, la forma concreta en que se pretendía llevar a cabo la recuperación de la prosperidad (del bloque dirigente y, eventualmente, de la nación), es decir, el neoliberalismo tecnocrático presentaba una fuerte disonancia con las formas clientelares y corporativas de funcionamiento dentro de las elites nacionales y, muy particularmente, dentro de los partidos políticos que se habían encargado de encauzarlas.

Los partidos políticos se habían especializado en conseguir conciliaciones complejas y a largo plazo de intereses parcialmente contrapuestos, buscando formas de rotación y de distribución territorial de las prebendas y beneficios, basadas en el conocimiento personal, en el intercambio de favores y, en muchas ocasiones, planificando cuidadosamente formas de relación familiar y conyugal endogámicas y exogámicas. Es decir, técnicas de construcción de la legitimidad tradicional poco preparadas para el cambio brusco y la volatilidad, además de cuidadosamente cerradas a la entrada de *outsiders*. Nada de esto parecía ahora valioso a la hora de negociar con el Banco Mundial o con vistas a intervenir en un mercado mundial despersonalizado en el que las fortunas se construían y destruían en segundos, y en el que las alianzas de negocios pasaban por encima de cualquier forma de fidelidad ajena a la búsqueda del beneficio inmediato.

Las nuevas técnicas necesarias para la gestión de los intereses del bloque de poder desplazaron parcialmente a algunos de sus actores tradicionales y obligaron al reclutamiento de otros nuevos. Ninguno de estos dos fenómenos fue pacífico y contribuyó a reforzar la imagen de crisis del sistema político. Estas entradas de formas alternativas de poder en el seno de las antiguas son un problema muy difundido. En algunos casos, a esta entrada de formas tecnocráticas se sumó también la llegada de formas de narcopoder, que no siempre pudieron ser integradas armoniosamente con las viejas oligarquías tradicionales<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> Un caso especialmente lamentable de este impacto es el registrado en el sistema mexicano, con una guerra abierta entre viejas y nuevas oligarquías, viejos y nuevos clanes de la droga y narcopoder local e internacional, que ha conducido a la pérdida de miles de vidas. Cf. MÉNDEZ, Alfredo, “Documentan 136.000 por la lucha al narco. Más que un país en guerra”, La Jornada, 11 de diciembre de 2012 (disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2012/12/11/politica/015n1pol>, visitada el 26 de agosto de 2014).

En resumen, las estructuras del poder político vieron reducido el margen de su actuación como consecuencia de las nuevas políticas desreguladoras y trataron de suplir esta merma con formas extremas de corrupción y comportamiento individualista, fusionando sus perfiles públicos y privados. Además, la llegada de las técnicas de la gubernamentalidad tecnocráticas incapacitaron a una parte de estos mismos partidos para seguir ocupando instancias de poder público, al tiempo que supusieron el ingreso de nuevos sectores sociales a las estructuras partidarias, contribuyendo a la dislocación de los sistemas clientelares del turnismo tradicional.

El resultado combinado de estos factores, sumado a la crisis económica, fue la percepción de que se había producido un colapso en el sistema político. Éste ya no resultaba confiable para regir los destinos de la nación. Las clases medias y populares que con frecuencia admiten (con mejor o peor voluntad) malos gobiernos, en tanto que los identifican como gobiernos, son menos tolerantes con aquellas situaciones en las que lo que parece traducirse no es un mal gobierno, sino una situación de desgobierno o de incapacidad o impotencia para gobernar. La corrupción, irresponsabilidad e individualismo interesado en la clase política tradicional, junto con la incapacidad de mantener las formas tradicionales de legitimación clientelar, más la llegada de nuevas elites cuyas fuentes de legitimación (doctorados en universidades americanas, recomendación de organismos internacionales, etc.) eran difícilmente asumibles por capas amplias de la población, condujeron a una situación de fractura política.

Ésta, nuevamente, no se define como una situación de mal (o pésimo) gobierno, sino como la percepción general (y alentada especialmente por las clases medias) de que, primero, el sistema político en su conjunto carece de la capacidad de gobernar el país, que parece estar a la merced de elementos ajenos (extranjeros, organizaciones multinacionales, expertos tecnocráticos) o incontrolables (los mercados, el narcotráfico); y, en segundo lugar, de que carece de la capacidad de regenerarse endógenamente.

Nuevamente, conviene recordar el papel crucial que desempeñan aquí las clases medias como soporte del sistema político. Las clases populares suelen combinar una suerte de resignación fatalista en torno a la mala gestión del gobierno, con un apoyo local interesado en función de la capacidad del sistema de poner en marcha proyectos clientelares. Son las clases medias las que otorgan la respetabilidad política al sistema y

las que mantienen en funcionamiento muchos de sus resortes legitimadores (como las propias elecciones). Cuando dicho apoyo cae, se produce una clarificación y sinceración en la percepción de las clases populares en el sentido de que su sospecha de que el gobierno –todos los gobiernos– es, en realidad, su enemigo de clase, podría estar justificada.

Un indicio de que esta situación se está presentando en el sistema político de un país es la aparición de propuestas extrasistémicas o atípicas, no sólo por fuera de los partidos tradicionales, sino también en su interior.

La recuperación de líderes políticos del pasado, incluso de edad provectora<sup>139</sup>, el reclutamiento de personajes totalmente ajenos a la política (como futbolistas, cantantes o reinas de la belleza<sup>140</sup>), la suplantación del currículum político por el currículum empresarial o la mera ostentación de la riqueza como (presunta) garantía de éxito en la gestión política<sup>141</sup>. Como es sabido, esa tendencia a presentar candidatos de fuera del sistema, aunque con intenciones totalmente diversas, proseguiría en los procesos constituyentes que dieron lugar al constitucionalismo latinoamericano democrático.

Esta fractura política es un elemento fundamental para alterar una de las bases de sostenimiento de los sistemas políticos. La idea legitimadora fuerte de que elecciones más partidos políticos equivale a democracia. Lo que resulta interesante es que estas fracturas políticas han sido particularmente profundas, justamente donde pervivieron las elecciones y los partidos, antes que donde fueron sustituidas por gobiernos dictatoriales. Por el contrario, lo que vino a instalarse en el imaginario colectivo fue una creciente convicción de que, precisamente, los partidos (y, en cierto sentido, hasta las propias elecciones) eran justamente un problema para la democracia.

Si sumamos los dos elementos analizados, veremos la intensidad del movimiento transformador, puesto que hay que recordar que, si la democracia (entendida como partidos y elecciones) es el garante del subsistema político, la otra gran idea fuerza del

---

<sup>139</sup> Pensemos en el caso de Rafael Caldera, Presidente de Venezuela en el 69 y luego en el 94 y 99 (con 83 años), en Joaquín Balaguer candidato a las presidenciales dominicanas en el 2000 (con 94 años y prácticamente ciego).

<sup>140</sup> Como Palito Ortega (Ramón Bautista Ortega), candidato a la Vicepresidencia de la Nación en el 99, el Pibe Valderrama (Carlos Alberto Valderrama Palacio) candidato al senado colombiano en el 2014, etc.

<sup>141</sup> Como Álvaro Fernando Noboa Pontón, por ejemplo.

movimiento neoliberal es que democracia más mercados, igual a desarrollo. Nuevamente, la fractura económica puso en entredicho que los mercados como vía privilegiada fueran capaces de producir desarrollo.

La tercera fractura que cerraría el círculo de la necesidad constituyente es la fractura social. Esta fractura es, en cierto sentido, la más difícil de percibir y caracterizar, pero, al mismo tiempo, la más importante de todas, en tanto que afecta a los sujetos y a las colectividades en su integridad.

Para comprender la idea de fractura social es necesario remontarse conceptualmente a algunas de las ideas básicas de funcionamiento de los estados en general, y más precisamente de los estados capitalistas.

Empezando por esto último, como es sabido, uno de los cometidos básicos de los estados capitalistas tiene que ver con las misiones de agregación y desagregación social o, si se prefiere, de organización social.

Dicho en sus términos más sencillos, los diversos capitales son, por su propia naturaleza, competitivos, lo que implica que tienden a ocupar posiciones antagónicas en búsqueda de las oportunidades de maximizar sus plusvalías. Esta tendencia de los capitales a competir entre sí es un riesgo para el funcionamiento del capital en su conjunto, en tanto que el interés de una fracción de éste puede terminar entrando en conflicto abierto con las demás e imponiendo condiciones en las que la supervivencia a largo plazo del bloque de poder sea inviable. Precisamente por ello, los estados cuentan con instituciones de conciliación de los intereses de los grupos dominantes (paradigmática, pero no exclusivamente, los parlamentos) y el subsistema político tiene también sus propias vías de unificación del poder (como es, por ejemplo, el turnismo clientelar). El propio ordenamiento jurídico, entendido como sistema, como *Stufenbau*, desempeña de forma eminente (entre otras) esta tarea de conciliación de intereses de los grupos dominantes, que en lugar de aparecer en lucha hobbesiana lo hacen estructuradamente.

Por el contrario, la condición negativa o de privación de las clases subalternas, debería tendencialmente conducir las a una identificación colectiva de intereses y necesidades que, potencialmente, podría convertirse en unidad de acción. Es frente a esta

tendencia a la unificación frente a la que se construye toda una serie de estrategias estatales de fragmentación social y política de las clases populares. Estas estrategias de fragmentación son del más variado tipo y van desde la organización física del espacio en las ciudades o países, hasta el reconocimiento selectivo de demandas a ciertos grupos, siempre que no se presenten como generalizables sino en clave identitaria. Los sistemas electorales y de representación política reproducen con frecuencia esta misma lógica fragmentadora (siendo el *gerrymandering* sólo su modalidad más burda).

En resumen, los estados capitalistas disponen de dispositivos institucionales e ideológicos dedicados a promover la unidad del bloque dirigente y a desorganizar a las clases populares.

Ahora bien, paradójica (o dialécticamente), una de las misiones de todo estado es, justamente, la creación de un cuerpo social único que se identifique con ese mismo estado. Esta tendencia es especialmente acusada en los casos del estado-nación que ha terminado por imponerse en casi todo el mundo.

Efectivamente, la contraparte a la unificación del poder, del derecho y del fisco que realizan los estados (frente a formas desagregadas, fragmentadas o poliárquicas) es un cuerpo social único que sería el receptor de esa misma actividad estatal, completando así la tríada territorio, pueblo, poder que, según la versión más clásica, constituye la estructura misma de los estados modernos.

Los estados desarrollan, pues, toda una serie de actividades y estrategias tendentes a crear la ilusión de unificación del cuerpo social. Estas actividades y estrategias son muy variadas y tienen dimensiones tanto institucionales como simbólicas. Incluyen cuestiones tales como la creación de una historia común (manipulada) que culmina en la unificación nacional, el establecimiento de símbolos como la bandera o el himno, la fijación de enemigos o contrapartes exteriores frente a las que definirse, la imposición y normalización de una lengua común para todos los ciudadanos con una ortografía y una gramática unitarias, la celebración de competiciones, selecciones, muestras o ferias nacionales, etc. Su forma más elevada y, generalmente, más eficaz, es la creación de proyectos nacionales. Es decir, la unificación de las voluntades y esfuerzos de la nación en la consecución de un objetivo. Desde este punto de vista, es más importante lograr esta

canalización de la fuerza social que el objetivo mismo, con frecuencia, no alcanzado y que requiere la correspondiente manipulación histórica para su incorporación al imaginario colectivo como parte del acervo común de la nación.

Todos los estados han encontrado resistencias más o menos intensas a la creación de estos cuerpos nacionales unitarios. Incluso en los casos más exitosos (las naciones culturales, en la terminología original de Herder<sup>142</sup>), como podría ser Francia, hay que recordar que todavía en tiempos de la Revolución Francesa, sólo la mitad de la población de Francia hablaba francés, o que la decisión de imponer el inglés como lengua oficial de los Estados Unidos (frente al Neerlandés) se adoptó por una ajustada mayoría. Es decir, todos los estados han creado su unidad sobre un sustrato material de notable diversidad.

En el caso latinoamericano, aunque existen importantes variaciones regionales, el elemento que ha actuado como impugnación permanente de los intentos de unificación social, ha sido el componente indígena. Pese al largo tiempo transcurrido, este componente ha resultado en buena medida irreductible, sirviendo de fermento permanente a diferentes formas de desestabilización de los estados criollos.

De forma muy general, podemos decir que han sido tres las estrategias de incorporación de esta realidad al pretendido cuerpo social único. La más brutal y elemental ha sido el exterminio. En este caso, el elemento material irreductible desaparece, pero se reapropia en forma simbólica como legado cultural del pasado.

En la región andina, por razones históricas sobradamente conocidas relativas a la minería en altura, el exterminio acompañado o no de su sustitución por población afrodescendiente no ha resultado viable. En su lugar, se ha realizado una política más o menos eficaz de ocultamiento de la realidad originaria que suele adoptar una de estas dos formas (o una combinación de la dos).

O bien se ponen en marcha políticas integracionistas o asimilacionistas<sup>143</sup>. Es decir, se trata de fundir (por disolución) la realidad indígena en la realidad criolla, estableciendo programas en los que, presuntamente, se produciría una asunción de las

---

<sup>142</sup> Cf. RODRÍGUEZ Barraza, Adriana, *Identidad lingüística y nación cultural en Johann Gottfried Herder*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008.

<sup>143</sup> Sobre estas cuestiones, véase MONTAÑA Pinto, Juan, *Derecho indígena y cambio constitucional: la lucha por la visibilidad del derecho indígena en Colombia*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, Alicante, 2005.

formas y nivel de vida criollos por parte de las poblaciones originarias. Naturalmente, desde el punto de vista sociológico esta incorporación material nunca se ha producido, existiendo una más que evidente racialización de la pobreza en la región. El principal rendimiento de este tipo de discurso integracionista (análogamente a cómo funciona el discurso sobre los así llamados países en vías de desarrollo) es que permite explicar cualquier forma de cultura autóctona como un residuo que dificulta o imposibilita el progreso hacia formas más desarrolladas, al tiempo que, por motivos de respeto cultural, permite diferir indefinidamente dicha integración. Es decir, la cultura autóctona funciona, simultáneamente, como justificación tanto para la acción como para la inacción, dependiendo de cómo se interprete. O, dicho de otra manera, permite modular a voluntad hasta qué grado se conceden ventajas materiales a dichas comunidades.

Alternativa o simultáneamente, se han puesto en práctica políticas selectivas de conservación o incorporación de los elementos culturales autóctonos en una forma que podemos denominar folclórica o etnológica. Es decir, como interesantes peculiaridades nacionales que dan vistosidad al acervo cultural de la nación y que tienen un valor semejante al de las ruinas arqueológicas o las bellezas naturales del país. Se seleccionan ciertos caracteres, rasgos o prácticas que resultan especialmente llamativos o curiosos y se esencializan como equivalentes al conjunto de su realidad social, política y económica.

Por burdas que puedan parecer estas estrategias, el hecho cierto es que han permitido crear una ilusión (o ideología) de comunidad nacional con relativo éxito durante largos períodos de la historia regional. Una comunidad nacional en la que se exagera el patriotismo como elemento de disolución de las diferencias y se marginan, ocultan o folclorizan las culturas realmente existentes.

Pues bien, hablamos de fractura social cuando, en el imaginario colectivo, se disuelve la convicción de que existe tal cosa como un cuerpo nacional. Cuando, por así decir, cae la máscara unificadora que propugna el estado y afloran las radicales diferencias económicas, culturales, sociales y políticas que existen en el país.

Esta fractura social ha adoptado diferentes formas en la región, atendiendo a las realidades y sujetos involucrados en ella. Podemos distinguir, básicamente, dos modelos. El modelo venezolano y el modelo andino.

En el caso venezolano la fractura social se ha producido, esencialmente, siguiendo líneas económicas. Como es sabido, en Venezuela la pobreza y la pobreza extrema crecieron de forma exponencial como consecuencia de las diferentes crisis y programas de reajuste que experimentó el país. Esta redistribución de los estratos socioeconómicos cambió la percepción social del cuerpo nacional de manera muy profunda. Tradicionalmente, se había conseguido mantener una construcción ideológica en la que los estratos medios y altos se concebían colectivamente como representativos de la nación, mientras los estratos bajos eran concebidos como marginales a la realidad nacional o en situación provisional de pobreza a la espera de su incorporación a las clases medias.

El fuerte deterioro en el ingreso, acompañado de un notable índice de desigualdad, hizo que, progresivamente, los estratos medios se identificaran con los estratos bajos, rompiéndose la idea de nación en dos. Existiendo, por un lado, la nación oficial y de los estratos altos y, por otro, la nación real de los depauperados estratos medios y estratos bajos. En una cultura particularmente elitista y con un fuerte desprecio a la pobreza como era la venezolana del *boom* petrolero, las clases altas optaron por alejarse cada vez más de la nación real y refugiarse en ciertas zonas de la ciudad, en ciertos ambientes culturales, en ciertas actividades con abierta hostilidad a los *pataenelsuelo*.

Esta ruptura de la concepción nacional supone un reto muy difícil de superar para los estados, en la medida en la que todas sus políticas (sus proyectos nacionales) son contemplados con sospecha por la nueva mayoría social empobrecida, como pertenecientes no a la nación, sino a la *otra* nación. Que esta ruptura de la idea de unidad nacional ha sido extraordinariamente honda se manifiesta, entre otras cosas, en la necesidad de cambiar el propio nombre de los países, una vez que dan comienzo los proyectos de reagrupación nacional constituyente de los que se hablará luego.

En el modelo andino, que encarna con especial pureza Bolivia, la fractura se produce siguiendo líneas étnicas antes que exclusivamente económicas, aunque sin excluirlas.

Efectivamente, las políticas de invisibilización indígena tradicionales en la región sufrieron el embate económico de la crisis que provocó una retirada hacia formas comunitarias de vida e interrelación. Esta vuelta a la comunidad se acompañó,

simétricamente a lo que habían sido las políticas estatales, de una estrategia de ultravisibilización, tanto en lo relativo a la dimensión cultural, como en lo que se refiere a la posición económica de base que muchas comunidades tienen como proveedores de alimentos a las ciudades. Los bloqueos y la coreografía que los acompañan son la síntesis material de estas dos realidades. La diferencia y la condición de base del sistema económico, exigían, ahora, un doble reconocimiento o, si se prefiere, un reconocimiento diferenciado.

Hay que hacer notar que estas estrategias de las comunidades se enriquecieron con varios factores adicionales. Por una parte, el katarismo como teoría política de la articulación entre clase y etnia<sup>144</sup>, por otro, la descomposición del obrerismo minero (como consecuencia de la alteración de los mercados mundiales de las materias primas) y su recomposición en forma de campesinado (especialmente cocalero), y, a su vez, la agresión a las comunidades cocaleras por presiones internacionales. La confluencia de estos tres factores terminaría por hacer desaparecer del imaginario colectivo la idea de una Bolivia como país en vías de desarrollo con una comunidad nacional unificada. En su lugar, se instalaron los discursos de las dos Bolivias<sup>145</sup> que, en último término, conducirían a la denominación, por un lado, de Estado Plurinacional y, por otro, a la noción de indígena originario campesinos<sup>146</sup>.

En resumen, podemos establecer que la noción de necesidad constituyente se apoya sobre una triple percepción difundida en la sociedad hasta instalarse como sentido común mayoritario.

Por un lado, la idea de que no existe posibilidad de salvación económica individual en el marco existente, sino que cualquier proyecto individual sólo será viable si se produce un cambio general del rumbo económico. Que la pobreza se irá extendiendo hasta alcanzar a sectores crecientes de la sociedad y que las medidas económicas que se están adoptando atienden a los intereses de un grupo cada vez más reducido y corrupto de la clase dirigente y a sus aliados internacionales.

---

<sup>144</sup> Cf. SCHAVELZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS-Plural Editores, La Paz, 2012, pp. 83-92.

<sup>145</sup> *Ibid.*, pp. 143 y ss.

<sup>146</sup> Sobre la historia de esta última expresión, *Ibid.*, pp. 93-102.

En segundo lugar, que el sistema político, de un lado, es incapaz de gobernar y tiene el poder abandonado en manos de agentes extrapolíticos internos y externos; de otro, que constituyen un elemento de inestabilidad para el país, siendo una carga nociva para los recursos nacionales y un elemento que obstaculiza el desarrollo económico.

En tercer lugar, por último, la percepción de que no existe tal cosa como una comunidad nacional, sino diferentes grupos y colectivos, en parte aliados y en parte enfrentados, que aspiran a su reconocimiento colectivo pero que no se sienten integrados en el actual proyecto nacional.

Es muy posible que existan combinaciones diferentes de factores que, dependiendo de las circunstancias materiales y de los agentes locales, puedan desembocar en una situación de necesidad constituyente. Pensemos, por ejemplo, en los casos en los que nos encontramos ante la salida de una dictadura militar o la liberación nacional frente a una metrópoli, en los que la dimensión política parece predominar sobre cualquier otro factor. Sin embargo, lo que da una especial singularidad a estos proyectos es la determinación de romper con el orden jurídico-político sin pasar por un momento insurreccional o de enfrentamiento militar (aunque, naturalmente, no sin una amplísima lucha social) –lo que se traduce en expresiones como revolución ciudadana (Ecuador) o revolución pacífica pero no desarmada (Venezuela)– como consecuencia de la acción simultánea de estas tres fracturas que se realimentan en un espiral de movilización que lleva a la caída de los regímenes anteriores.

Es evidente, por otra parte, que existen factores puramente locales en cada uno de los procesos preconstituyentes y constituyentes que dotan de especificidad histórica a la dinámica política y social de cada uno de los países, justificando el resultado parcialmente diferente de sus experimentos constitucionales.

Lo que aquí ha pretendido ponerse de manifiesto es la existencia de una base material de coincidencias entre los procesos que culminarán en el constitucionalismo latinoamericano democrático para justificar, de un lado, que las semejanzas que se observan (y a las que nos referiremos luego) en los textos constitucionales no son puramente imitativas, sino que responden a una relativa identidad de condiciones materiales de surgimiento; y, de otro, para justificar la exclusión del análisis de ciertos

textos constitucionales que no vienen inspirados por movimientos de transformación social como los aquí descritos.

Dentro de la argumentación global del presente trabajo, los dos epígrafes anteriores pretenden sentar las bases sobre las que construir un discurso en términos de legitimidad del sistema de justicia constitucional. Efectivamente, antes se ha señalado cómo las argumentaciones sobre la objeción contramayoritaria o del legislador negativo, tienen uno de sus puntos de quiebre principales, no ya en problema del origen de la propia justicia constitucional, sino en el problema del origen de los textos constitucionales. En este sentido, para que algo sea contramayoritario (en sentido sustantivo) es necesario que, al otro lado, haya una mayoría no sólo en sentido jurídico sino en también en sentido sociológico; para que se defienda a un legislador negativo hay que predicar la existencia de un legislador positivo democrático. Justamente, lo que la experiencia latinoamericana demuestra es que en la región se reveló con carácter agudo el carácter puramente formal o ideológico de estas suposiciones, frente a las cuales trata de construirse un sistema constitucional auténticamente democrático y plural. Es en este nuevo marco en el que, en su momento, habrá que analizar las cuestiones de legitimidad y eficacia de la justicia constitucional y no haciendo una artificial e impropia importación de un modelo clásico nacido con unas determinaciones materiales radicalmente distintas.

En el epígrafe siguiente se tratará de analizar cómo esta necesidad constituyente se transformó, primero, en procesos constituyentes y, luego, en textos constitucionales. Examinando, de un lado, la influencia que esta situación material ha tenido en los textos y, de otro, algunas de sus características básicas a la hora de delinear un sistema de justicia constitucional.

### **II.3 Paradigmas interpretativos: constitucionalismo liberal de tercera generación, constitucionalismo liberal de segunda generación y constitucionalismo de transición**

En el presente epígrafe se abordan algunas cuestiones relativas a los procesos constituyentes y a los propios textos del constitucionalismo latinoamericano que se consideran relevantes para determinar, con carácter general, el marco en el que se inserta la justicia constitucional en esta organización.

En los dos epígrafes siguientes se trata, de manera más sistemática, la cuestión de los derechos y la cuestión de los poderes en los textos constitucionales, en la medida en que la justicia constitucional como órgano de garantía siempre se encuentra en un equilibrio relativamente inestable entre estos dos enfoques: el valorativo de los derechos y el organizativo de los poderes. Enfrentada además a la dinámica de controlar los poderes y ser ella misma un poder.

El último epígrafe, por fin, aborda de manera monográfica la cuestión de la justicia constitucional a la luz de las conclusiones obtenidas en los tres acápites anteriores.

Comenzaremos, pues, por la cuestión de los procesos constituyentes para tratar de determinar su influencia sobre los textos efectivamente abordados. Y quizá convenga señalar, en primer lugar, el carácter fuertemente paradójico de los momentos constituyentes<sup>147</sup>. Efectivamente, cuando se produce un momento genuinamente constituyente, es decir, una subversión del orden político-constitucional que supone una solución de continuidad con el orden anterior y que inaugura una nueva era de causalidades político-normativas, ello supone que se ha producido una muy intensa convulsión social. Es decir, que nos encontramos en momentos de agitación que, incluso allí donde son notablemente pacíficos, como ha sido el caso en el constitucionalismo aquí analizado (en la medida en que no ha habido guerras, golpes de estado o revoluciones armadas), los ánimos están particularmente exaltados, las contradicciones agudizadas y los enfrentamientos enconados.

Pues bien, es precisamente en estos momentos de máxima agitación cuando se pretende dar una respuesta duradera y estable a las cuestiones de organización política,

---

<sup>147</sup> Para esta observación, cf. CABO Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003.

definir, con el carácter más general, el orden valorativo de construcción del imaginario ético y político de la sociedad, y ordenar las bases económicas del país. En este sentido, lo que cabría esperar son procesos sumamente desordenados y caóticos, siendo, por el contrario, casi inexplicable una ordenación racional del procedimiento. Es a partir de estos parámetros desde los que hay que juzgar las idas y venidas, contradicciones y relativos fracasos de todo proceso constituyente.

En el caso del constitucionalismo latinoamericano democrático conviene señalar que, como hemos visto, se parte de una sociedad transida de fracturas. Es decir, extraordinariamente fragmentada y que es precisamente desde la asunción de esta fragmentación desde la que se pretende construir una nueva integración<sup>148</sup> (tarea, como es sabido, fundamental en todo proyecto constitucional y sobre la que se volverá luego).

Quizá estas condiciones explican que los procesos constituyentes vengan precedidos de dos elementos importantes: de una fase de limpieza del panorama político que podemos caracterizar como el “que se vayan todos” (es necesario que se vayan todos para que todos podamos entrar en la Constitución). Es decir, una demanda social de expulsión de quienes integran el bloque de poder, sin distinción de afiliaciones o afinidades políticas, lo que suele llamarse la fase destituyente<sup>149</sup>, y relativa a todo tipo de autoridades, no sólo del Ejecutivo, sino también de los partidos, del Legislativo, del Judicial, etc.

Y de una victoria electoral nucleada en torno a un proyecto o alianza no convencional o no proveniente del período anterior. Lo que suele llamarse fase preconstituyente. Hay que tener en cuenta que el carácter no violento de estos procesos hace imprescindible algún tipo de victoria electoral desde la que construir la desintegración del orden político anterior y la creación del nuevo. En este sentido, estas fases destituyente y preconstituyente tienen el valor añadido de haber colocado a la democracia como mecanismo y, al tiempo, haber roto la identidad de la idea de democracia con la idea de partidos políticos. Se sembraría así uno de los principales

---

<sup>148</sup> Por ejemplo, en el sentido en que lo utiliza GRIMM, Dieter, “Integración por medio de la Constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2004, pp. 53-69.

<sup>149</sup> Un tratamiento sistemático de la lógica destituyente y constituyente en PISARELLO, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, Madrid, 2014.

rasgos distintivos de este constitucionalismo y se apreciaría, incluso en la fase preconstitucional la confianza en la democracia y la apuesta en un concreto modelo de democracia que supera la democracia representativa. Es decir, la apuesta por el desbordamiento democrático como método.

Nuevamente, sin entrar en excesivos detalles particulares, conviene señalar algunos de los elementos del proceso constituyente que han dejado una cierta impronta en los textos constitucionales y han determinado el marco de entendimiento institucional.

Tres elementos parecen aquí claves: las resistencias anticonstitucionales, el experimentalismo en el poder y la cuestión del liderazgo.

Que se hayan manifestado las fracturas y que, por ende, existan signos de debilidad en el bloque dirigente anterior no debe entenderse como un derrumbamiento o una desaparición de las instancias de poder existentes. Muy al contrario, éstas continúan existiendo y ofrecen una férrea resistencia al cambio. El producto constitucional final sólo puede entenderse como el resultado dinámico entre las pretensiones constituyentes y las resistencias anticonstitucionales<sup>150</sup>. Estas resistencias son básicamente de seis tipos: legales, económicas, internacionales, políticas, militares y mediáticas. Naturalmente, esta clasificación es puramente analítica, puesto que, en la realidad, aparecen mezcladas y encarnadas por unos mismos agentes. Del mismo modo, no se pretende decir que lo militar o lo mediático, no sea también político, sino destacar algunos rasgos particularmente importantes para el devenir del proyecto constitucional y de la propia realidad constitucional posterior. Nuevamente, en términos puramente analíticos, podríamos agrupar todas estas resistencias en dos grandes grupos, las que se refieren al Estado cuya supervivencia está en juego, por lo que naturalmente trata de frustrar el proceso constituyente, y las que se refieren al grupo social que se beneficia (o cree beneficiarse) del anterior estado de cosas.

---

<sup>150</sup> Este tema quizá sea especialmente ostensible en el caso del Estado Plurinacional de Bolivia donde, como es sabido, la propia constitución ha sido objeto de negociación, incluso sobre su texto final y por encima del poder constituyente, demostrando la pervivencia de formas de poder tradicionales de extraordinaria intensidad. Recordemos que se habla de la “guerra de la aprobación” y toda la compleja casuística que va de la aprobación en grande a los retoques posteriores pactados con la oposición. Sobre todo ello, *vid.* SCHAVALZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS-Plural Editores, La Paz, 2012, pp. 329-414; otra visión en SERHAM Jaldin, Gamal. *La historia no oficial de la Asamblea Constituyente*, número especial de *Revista Opiniones y análisis*, La Paz, 2008.

En todo caso, para lo que aquí importa, conviene señalar en primer lugar la cuestión de la resistencia jurídica, es decir, la utilización del derecho y de la constitución en particular como mecanismo para intentar frustrar (por ilegal o inconstitucional) el proceso constituyente. Se trata de lo que se suelen denominar los candados constitucionales. Efectivamente, muchas constituciones prevén mecanismos legales cuyo resultado práctico es hacer imposible (jurídicamente) su supresión. Una primera trinchera es, pues, alegar la imposibilidad (con independencia de la deseabilidad) de abrir un proceso constituyente. Hay que recordar que, por su propia naturaleza, cualquier supresión de un ordenamiento jurídico y su sustitución por otro, difícilmente podrá hacerse de forma legal, desde el punto de vista paleopositivista. Efectivamente, el presunto acto inconstitucional, en tanto que inaugura un nuevo orden normativo, constituye el nuevo marco y parámetro de enjuiciamiento, por lo que no tiene sentido predicar de él su conformidad con el ordenamiento extinguido. O, dicho en otra terminología, el acto constitucional es el único acto legal que no tiene detrás una norma sino un poder y, consecuentemente, no puede ser válida ni inválida<sup>151</sup>.

Por el contrario, la presunta ilegalidad o inconstitucionalidad del proceso constituyente ha sido un arma utilizada tanto en su forma propia, es decir, tratando de conseguir la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad, y la consiguiente prohibición o anulación de las actuaciones, como, más frecuentemente, como amenaza deslegitimadora, en un ejercicio de derecho simbólico<sup>152</sup>.

Como luego se verá, estas dificultades dejaron una considerable huella en los textos constitucionales finalmente emitidos que tienen un tratamiento radicalmente novedoso de esta cuestión que, precisamente, es una de las bases para su consideración desde un paradigma de constituciones de transición, al incorporar, en último término al constituyente permanente y la democratización radical de la alteración constitucional.

---

<sup>151</sup> Sobre esta cuestión, cf. CABO de la Vega, Antonio de, “Posibilidades prácticas de activación del poder constituyente en la actualidad: obstáculos jurídicos y políticos”, en MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, pp. 324-334; y FERRAJOLI, Luigi, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., Editorial Trotta, Madrid, 2010, vol. 1, pp. 804-812.

<sup>152</sup> En el mismo sentido en el que se habla de “derecho penal simbólico”, cf. DÍEZ Ripollés, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 3, 2002, pp. 63-97.

Un segundo elemento que debe considerarse es el de la guerra o boicot económico al proceso constituyente. Hay que recordar que una parte del impulso fundamental de estos procesos de transformación tiene que ver con la agudización de la crisis económica neoliberal desde finales de los ochenta. De este modo, los procesos constituyentes se veían sometidos a una doble presión. Por un lado, tratar de resolver el problema de fondo mediante la configuración de un nuevo orden político-social; de otro, resolver los acuciantes problemas de la población en el cortísimo plazo. Dicho de otra forma, si no se conseguían resultados tangibles en las necesidades urgentes, ello tendría un efecto devastador sobre la credibilidad de las propuestas de futuro. En este contexto, estrategias de acaparamiento, desabastecimiento o inflacionistas aparecían como mecanismos de evidentes réditos políticos. Con diferente intensidad, comportamientos del tipo *lock-out* patronal (guarimbas, paro petrolero, etc.) han sido una constante en los procesos constituyentes de la región.

También esta guerra económica ha dejado su impronta en los textos constitucionales. Efectivamente, las fuerzas políticas que auspiciaban el cambio se vieron forzadas a construir con carácter inmediato estrategias de atención a las necesidades inmediatas de la población que, con frecuencia, escapaban al marco jurídico-administrativo clásico y apostaban por formas más sociales y participativas, experiencias que vendrían luego a incorporarse con mayor o menor amplitud a los textos constitucionales, creando una cierta bifurcación entre una administración de corte clásico y otras de corte comunitario, que es uno de los rasgos más visibles, por ejemplo, del sistema político venezolano<sup>153</sup>. Junto a ello, aparece en estos textos constitucionales una evidente preocupación por el control de los recursos naturales, de los medios de producción, del control social de la economía, de la planificación y la intervención pública que, a diferencia de los mecanismos antes mencionados, pretenden, no superar una situación coyuntural de escasez o desequilibrio, sino el crecimiento a largo plazo y la democratización de la economía<sup>154</sup> (sobre lo que luego se volverá).

---

<sup>153</sup> En este caso, a través de las llamadas misiones.

<sup>154</sup> En esta materia, quizá la Constitución que tiene un desarrollo más sistemático es la Constitución de Ecuador. En ella, además de las preocupaciones por los recursos naturales, hay un intento de compatibilizar sistemáticamente las cuestiones ecológicas y las relativas al desarrollo, a los que se dedican un buen número de artículos, especialmente en el título VI dedicado al régimen de desarrollo.

Un tercer escenario de enfrentamiento es el internacional. Como ya se ha dicho, las políticas que se adoptaron, de manera especialmente aguda en los años ochenta, tenían como beneficiario principal a potencias o empresas extranjeras, pertenecientes a los países centrales del capitalismo. De esta forma, se venía a sumar al interés político o estratégico que siempre había tenido, sobre todo, Estados Unidos en la región, una compleja coyuntura política en la que la realización de los beneficios de algunas corporaciones multinacionales dependía esencialmente de sus resultados en Latinoamérica (tendencia que, como es sabido, no ha hecho más que agudizarse, al punto de que, algunas de ellas, como MoviStar, compensan desde la crisis del 2008 todas sus pérdidas mundiales con sus beneficios en la región).

Nada tiene, por tanto, de particular que se haya producido una intensa campaña internacional intentado dificultar (o, en su caso, desestabilizar) a estos procesos. Campaña que ha ido desde la retirada de la condición de país beneficiario de ayudas o tratos favorables, hasta las denuncias ante los organismos internacionales de arbitraje y resolución de conflictos en materia de inversiones, pasando por las acciones ante la jurisdicción ordinaria, las vías diplomáticas propiamente dichas (tanto en lo bilateral como, quizá con mayor intensidad aún, en lo multilateral y especialmente ante la Organización de Estados Americanos), el apoyo o la financiación externa a grupos políticos o sociales contrarios al proyecto constituyente, hasta llegar, aparentemente, a formas de guerra sucia o de injerencia directa<sup>155</sup>. También estas resistencias han dejado su huella en los textos constitucionales en varias formas. Por un lado, haciendo imprescindible una reafirmación nacional o soberanista frente a las potencias y empresas extranjeras. En segundo lugar, estableciendo un programa constitucional de integración regional alternativo al propuesto por las potencias coloniales de uno y otro lado del océano<sup>156</sup>. Y, por último, estableciendo limitaciones específicas a las posibilidades de participación económica, política o social, individual o colectiva, por parte de extranjeros en el país<sup>157</sup>. Asuntos, además, como el terrorismo<sup>157</sup> y el narcotráfico se han convertido en

---

<sup>155</sup> Siendo el caso más llamativo el de la intervención norteamericana en el golpe de estado de Honduras ante la posibilidad de que pudiera abrirse un proceso constituyente en el país.

<sup>156</sup> Es decir, tanto frente a la Organización de Estados Iberoamericanos como frente a la OEA y otros proyectos de integración neoliberal como el ALCA o los Tratados de Libre Comercio.

<sup>157</sup> Políticas que tienen su precedente regional en las disposiciones de la Constitución de Querétaro que, por otra parte, han ido siendo suprimidas o limitadas en progresivas reformas hasta el presente.

un verdadero campo de batalla entre las presiones internacionales y los proyectos nacionales de transformación.

Un cuarto escenario es el que podemos denominar político propiamente dicho. Es decir, la resistencia que oponen, justamente, aquellos que ocupan las instituciones (y aquellos en cuyo beneficio se ejercen) que pretenden ser suprimidas en el proceso de renovación de la convivencia política. Es decir, esos *todos* a los que se insta a marchar como condición de renovación nacional. Como es obvio, existe una resistencia legítima<sup>158</sup> que no es más que el uso de los mecanismos de la disputa político-electoral entre quienes secundan unas u otras posiciones. Se trataría, aquí, de la tantas veces citada polarización como uno de los rasgos de estos procesos políticos. Efectivamente, se ha producido una considerable convergencia entre quienes apoyan y quienes enfrentan el proyecto constitucional, que culmina en la creación de diferentes formas de frentismo. Si bien existen importantes peculiaridades nacionales, atendiendo a cuestiones como la distribución territorial del voto, la mayor o menor amplitud de las victorias electorales o la dependencia del país del extranjero.

Ahora bien, al lado de estas formas legítimas de ejercicio de la política, se han dado fenómenos peculiares de creación de espacios de resistencia al estado (a su dirección política) dentro del propio estado. Es decir, el fenómeno de ganar las elecciones sin ganar el poder.

Podemos destacar tres espacios de resistencia interna desde el estado con características distintivas: el Parlamento, el Poder Judicial y el Servicio Exterior. Cada uno de ellos con ciertas peculiaridades e importante transcendencia en lo que ha sido la evolución posterior de los proyectos constituyentes y de los sistemas constitucionales que salen de ellos.

En primer lugar, para entender el funcionamiento del Parlamento como órgano de resistencia hay que recordar ciertas características políticas y constitucionales de la región. De un lado, la obvia consideración de que se trata de sistemas presidenciales en los que, por su propia naturaleza, puede existir la cohabitación y en los que, además, los ritmos de

---

<sup>158</sup> Aunque algo relativizada por los fenómenos de turnismo, corrupción y autoatrincheramiento que, como ya vimos, caracterizaron la política en la región en las décadas anteriores a la oleada constituyente.

elección del legislativo y el ejecutivo no coinciden. Por otro, la peculiar forma de organización política de las fuerzas proconstituyentes. Hay que recordar que, como ya se dijo, dentro del reclamo popular de limpieza política (*que se vayan todos*), se vieron particularmente los partidos tradicionales. Ello provocó, simétricamente, que, por lo general, las fuerzas proconstituyentes no adoptaran formas puramente partidarias, sino de movimientos, colectivos, organizaciones de la sociedad civil, etc. Y que la reivindicación de la apertura de la constituyente se ventilara en elecciones presidenciales (plebiscitarias en este sentido), antes que en las legislativas.

La combinación de estos dos factores, permitió a los partidos tradicionales conservar una cierta hegemonía en las cámaras, incluso después de que los ejecutivos hubieran cambiado de signo con el programa casi único de convocar a la constituyente. Hay que hacer notar que, adicionalmente, los parlamentos veían con suma inquietud la creación de cámaras constituyentes que pudieran arrogarse también funciones de legislativo ordinario.

Aunque se trató de una resistencia relativamente coyuntural, puesto que también en las legislativas terminaría cambiando el signo político de las mayorías; ello ha dejado una cierta convicción antiparlamentaria y su identificación como órganos retardatarios de la acción presidencial. Eso se muestra tanto en el nivel de articulación de los poderes en las constituciones (sobre lo que se vuelve en epígrafes posteriores), como, sobre todo, en la dinámica político-constitucional claramente impulsada por la iniciativa del ejecutivo.

Por otro lado –como luego se verá–, incluso en parlamentos integrados por fuerzas mayoritariamente proconstitucionales se ha dejado sentir el peso de la lógica de una institución que está en el corazón mismo del constitucionalismo liberal-burgués, impregnando con frecuencia su actuación de modos, fines y valores provenientes de época pretéritas.

Un segundo espacio de resistencia ha sido el poder judicial. No sólo en la forma antes mencionada de activación de candados constitucionales, sino abiertamente como actores políticos, ya sea en defensa de intereses ideológicos o corporativos. Como es sabido, la extracción social y profesional del personal juzgador ha sido una de las garantías estructurales de su alineamiento con los intereses de las clases dominantes. A

ello se añadía el carácter (y la ideología) fuertemente conservadora que tiene el derecho que, por su propia naturaleza y estructura, tiende al mantenimiento de las situaciones, a la previsibilidad y estabilidad, etc.

Pues bien, ello ha dado lugar, durante la fase constituyente, a una guerra abierta con las cortes en un doble plano: el sustantivo y el de la integración de los tribunales. En el plano sustantivo, mediante la emisión de sentencias contrarias a las acciones del gobierno, ya fueran las relativas a sus acciones inmediatas para paliar la mala situación económica (nacionalizaciones, intervenciones de empresas, incautaciones de tierras, etc.), como en la resistencia a alterar la composición orgánica de los órganos juzgadores. Esta última modalidad de resistencia ha dejado trazas en las constituciones en las comisiones de renovación de los tribunales y en las disposiciones transitorias que se analizan luego en el epígrafe *II.6*. Un factor que ha contribuido de forma destacada a que estas resistencias hayan podido perpetuarse en el tiempo tiene que ver con el monopolio del conocimiento por parte de ciertos sectores sociales. Efectivamente, el carácter técnico de la labor jurisdiccional hace que no sea fácil sustituir a la vieja clase judicial con nuevos jueces que, más allá de su asunción de los valores y fines constitucionales, posean también los conocimientos y la formación técnica necesaria. En especial, considerando la apuesta meritocrática que reflejan en varios de sus artículos estos textos constitucionales y sus normas de desarrollo<sup>159</sup>.

Algo semejante ocurre con el tercero de los espacios estatales considerados: el servicio exterior. También aquí se unen razones de extracción social con razones de conocimiento técnico constituyendo un campo en el que el autoatrincheramiento resulta muy difícil de derrotar. Es evidente que dentro de los procesos constituyentes se sustituyó a los Ministros de Relaciones Exteriores apenas los Presidentes tomaron posesión de su cargo, el problema radicaba en los niveles medios. Allí una tupida trama de relaciones personales (con frecuencia, familiares) que atraviesa incluso las fronteras, unida a la necesidad de conocer las tradiciones, idiomas, legislación, usos y costumbres del mundo diplomático, otorgaba una considerable capacidad de obstaculización a las tareas del Ejecutivo del que legalmente dependen.

---

<sup>159</sup> Y que se refleja en los requisitos constitucionales de formación y experiencia que se exige a los candidatos a jueces y magistrados.

El quinto escenario mencionado es el de las resistencias militares. La compleja interrelación entre cuestiones de soberanía, injerencia extranjera, intereses económicos y afinidades políticas ha determinado posicionamientos variables de las fuerzas armadas en relación con los procesos constituyentes. Como es sabido, las posiciones se han movido desde el golpe de estado a la alianza cívico-militar en favor de los procesos constituyentes. También esta relación entre fuerzas armadas y proceso constituyente se ha reflejado, de un lado, en los textos constitucionales y, de otro, en los sistemas constitucionales derivados de ellos, apareciendo, alternativamente, como aliados, vigilantes o potenciales enemigos.

Un último escenario fundamental de resistencia ha sido el ámbito mediático. La situación de partida en la región es que existe una incidencia mínima de los medios de comunicación públicos y una considerable concentración de los medios privados en ciertos grupos sociales y políticos. Además, se trata de medios de comunicación intensamente politizados. De hecho, una de las características de los últimos años ha sido que, conforme ha ido bajando el prestigio y la capacidad de los partidos políticos para realizar su tarea, ésta ha sido progresivamente asumida por los medios de comunicación. También en este terreno encontramos una mezcla entre la legítima tarea de los medios de comunicación de informar y opinar, y su conversión en verdaderos agentes políticos, en ocasiones vinculados directamente a acciones ilícitas, subversivas o de boicot<sup>160</sup>. Esta relación tan conflictiva con los medios dejaría su huella en el tratamiento que las constituciones dan al derecho a la información y, posteriormente, en el impulso recibido por los medios comunitarios como alternativa a los medios tradicionales y en las tensas relaciones entre el estado y algunos medios de comunicación.

Pues bien, es en este complejo tablero táctico de resistencias en el que se produce la llegada al poder de los grupos sociales y políticos que impulsaron el constitucionalismo latinoamericano democrático. Como es lógico, al existir un número tan elevado de variables, necesariamente se han producido importantes diferencias entre un proceso y otro. Lo que aquí se ha tratado de poner de relieve son algunos rasgos comunes de la realidad material de los procesos constituyentes que han tenido trascendencia en los textos

---

<sup>160</sup> Como, por ejemplo, en el golpe de estado en Venezuela en 2002. Sobre el comportamiento de la prensa, cf. CASADO Gutiérrez, Fernando, *Venezuela en la prensa internacional: procesos de información y desinformación*, Tesis Doctoral, Universidad de La Laguna, La Laguna, 2012.

constitucionales, que permiten explicarlos y que justifican, en parte, la evolución posterior de los sistemas constitucionales.

Otra razón de la necesaria individualidad de cada proceso se deriva del trabajo reconstructivo, en términos sociales, que tomaron como primera tarea. Ya se ha señalado reiteradamente la circunstancia de la fragmentación o fractura política, económica y social, lo que conviene añadir es que todo programa de refundación nacional debe apoyarse, necesariamente, sobre una alianza amplia de clases. En este sentido, los componentes de esta alianza son evidentemente distintos en un país como Bolivia y en un país como Venezuela. Sirva esta aclaración para evitar una excesiva impresión de homogeneidad histórica.

En todo caso, la llegada al poder de las nuevas fuerzas políticas viene acompañada de un intenso experimentalismo<sup>161</sup> en el ejercicio del poder. El rechazo a las formas anteriores de la política y la proveniencia de muchos de sus cuadros de sectores sociales ajenos al mundo clásico de las políticas públicas, la mezcla de ingredientes culturales muy diversos (incluyendo los de los pueblos originarios) y la juventud de muchos de sus dirigentes, provocó una intensa búsqueda de formas de organización del gobierno, de la democracia, de la participación, etc. en la que se abordaron sucesiva y simultáneamente numerosos experimentos. Naturalmente, no todos resultaron exitosos y muchos fueron abandonados, pero este experimentalismo inicial se ha manifestado, por un lado, en la riqueza institucional de estas constituciones (con largas enumeraciones sobre formas de organización, de participación, etc.) que, como se verá después, a veces superponen diferentes entramados institucionales para una misma función. De otro, desde el punto de vista social, ello ha generado una apertura de la ciudadanía hacia formas diferentes de organización y un interés por comparar y valorar instituciones fuera del estrecho círculo de la tradición liberal.

Un último aspecto que debe ser tenido en cuenta es la cuestión del liderazgo. Efectivamente, estos procesos están marcados, desde su fase constituyente, por personalidades carismáticas dotadas de un intenso liderazgo. En relación con esta cuestión –y a reserva de lo que luego se dirá al hablar del sistema institucional– conviene distinguir

---

<sup>161</sup> En el sentido de SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.), *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

tres elementos. Uno estructural –y podemos decir que impuesto–, otro coyuntural o histórico y otro subjetivo. El elemento objetivo tiene que ver con la propia estructura del constitucionalismo liberal y, en particular, en su forma presidencial. Sucede, efectivamente, que el carácter fuertemente individualista de todo el proyecto civilizatorio liberal ilustrado, parte de una concepción también absolutamente individualista de las comunidades humanas. Este individualismo se proyecta de manera especialmente intensa en su confianza en los órganos unipersonales y en su separación (o independencia) del proceso de selección (o elección). En este sentido, la concentración de poder que supone una figura como la de jefe de estado es sólo explicable en una sociedad individualista y no se corresponde con las formas de ejercicio del poder más comunitarizadas que existen en otras latitudes.

Además, en el caso de procesos constituyentes que nacen, como hemos visto, rodeados por fuerzas anticonstitucionales que presentan una batalla múltiple, esta concentración de poder se agudiza en cuanto que adquiere, además, un valor simbólico, es lo que denominábamos antes el factor coyuntural o histórico. La forma de derrocar el proyecto, entre sus adversarios, es, básicamente, derrocar al líder por lo que, simétricamente, el líder adquiere existencialmente las virtudes del proyecto.

Dicho en otros términos, la estructura del poder del constitucionalismo liberal, más una fuerte oposición en los terrenos político, jurídico, económico, social, mediático, etc. no tienen más salida posible –si se pretende tener éxito– que una notable concentración de poder (legal y simbólico) en una sola persona. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que este tipo de concentración del poder entra en buena medida en contradicción con los presupuestos políticos y culturales de las bases sociales que apoyan a los líderes y son, consecuentemente, una condición impuesta y no deseada de las condiciones materiales en las que se desarrolla el enfrentamiento político<sup>162</sup>.

El elemento subjetivo tiene que ver con las concretas personalidades de quienes han ocupado posiciones de liderazgo en los procesos constituyentes. No cabe duda de que, algunas de ellas, han destacado en el plano nacional e internacional por una especial

---

<sup>162</sup> Este tema ha dado lugar a una considerable polémica dentro de los propios procesos. Véase, por ejemplo, el debate auspiciado por la Fundación Miranda (Caracas) sobre esta cuestión en junio de 2009.

capacidad empática y discursiva, combinando elementos racionales con otros afectivos o simbólicos en formas que han resultado muy convincentes.

En resumen, cabe decir que la conducción de los procesos constituyentes a buen término, además de las condiciones objetivas de disputa, ha dependido de la capacidad de generar discurso, símbolo y liderazgo con las capacidades integradoras suficientes como para reconstruir las fracturas políticas, económicas y sociales en forma de una nueva alianza impulsora de un innovador pacto social constitucional.

En todo caso y con independencia de las dificultades y resistencias, el hecho cierto es que a lo largo de dos décadas se van redactando y aprobando este grupo de constituciones que estamos estudiando. El principal objetivo de este epígrafe es el de exponer los diferentes paradigmas interpretativos desde los que se están explicando y también tratando de construir el sentido común jurídico y político. Como elemento previo para esta tarea hermenéutica nos proponemos ahora señalar, de forma sucinta, algunos de los rasgos esenciales de estos textos<sup>163</sup>, dejando para los epígrafes siguientes las

---

<sup>163</sup> Para el análisis que sigue, se utilizan de forma prioritaria, los siguientes textos. Para la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: RODRÍGUEZ Díaz, Isaías, “Evolución de los derechos civiles y políticos y su regulación en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” en *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 25-43; CRIADO de Diego, Marcos, “Democracia y derechos participativos: elementos de ruptura con la democracia liberal”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), en *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 45-68; CABRERA Romero, Jesús Eduardo, “Las proyecciones del estado social de derecho y de justicia”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 71-86; PALACIOS Romeo, Francisco, “Quiebra del estado liberal-aleatorio, constitucionalización material del estado social y apertura de un nuevo sistema comunitario”, pp. 97-135; ESCARRÁ Malavé, Carlos, “Consideraciones libres sobre los derechos colectivos”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 139-169; APARICIO Wilhelmi, Marco, “La Constitución venezolana y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas: diferencias sin jerarquías”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 171-184; ORTEGA Díaz, Luisa, “La política criminal como instrumento fundamental del estado para garantizar la justicia y la paz social”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 187-201; PISARELLO Prados, Gerardo, “Garantismo social e institucional: una lectura republicano-democrática”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 203-225; FLORES, Cilia, “Aportes para una historia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 229-256; CABO de la Vega, Antonio de, “El poder legislativo: el reto pendiente de la eficacia y la participación”, en PALACIOS

Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 257-274; ARIAS Rodríguez, Julio César, “El redimensionamiento orgánico de la administración pública nacional, a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 277-314; NOGUERA Fernández, Albert, “Reflexiones a partir del análisis del presidencialismo en la Constitución venezolana: acción de gobierno y articulación ejecutivo-ciudadanos”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 315-329; MORALES Lamuña, Luisa Estella, “Justicia, derechos humanos e integración regional”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 336-361; RUSSIÁN, Clodosbaldo, “El poder ciudadano en Venezuela: reivindicación histórica de un planteamiento bolivariano”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 365-391; STORINI, Claudia, “El poder ciudadano: una visión paradigmática del control social y de la participación ciudadana en la gestión del estado”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 393-411; CARRASQUERO López, Francisco Antonio, “Poder electoral: fundamentos y condiciones del sistema electoral venezolano en la Constitución de la República bolivariana de Venezuela”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 415-433; MARTÍNEZ Dalmau Rubén, “El poder electoral: entre la innovación institucional y las exigencias de la democracia participativa”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 435-453; SILVA Calderón, Álvaro, “Régimen socioeconómico y acción del estado en la economía nacional”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 457-483; MAESTRO Buelga, Gonzalo, “Intervención y transformación en la Constitución económica bolivariana”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 485-501; ÁLVAREZ Medina, Víctor y HERNÁNDEZ Kondryn, Gilberto, “Visión constitucional de la seguridad y defensa de la nación y su interrelación con la política exterior venezolana”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 505-540; CARRERA Silva, Liliana, “La defensa integral de la nueva soberanía global: la política exterior, soberanía, seguridad y defensa en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 541-578. Para el caso boliviano: VV. AA, *Dictamen sobre el Proyecto de Constitución de Bolivia*, REPAC, La Paz, 2007. Para el caso ecuatoriano: GRIJAVA Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012; ECHEVERRÍA, Julio, “El estado en la nueva Constitución”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 11-20; TRUJILLO, Julio César, “Sociedad civil, Estado y participación” en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 21-44; OYARTE Martínez, Rafael, “Relaciones Ejecutivo-Legislativo”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 45-92; AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo, “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 93-104; VICIANO Pastor, Roberto, “Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e*

*instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 105-118; EGUIGUREN, Genaro, “Visión de la Administración pública en la nueva Constitución”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 119-134; SALGADO, Judith, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 137-156; PORRAS Velasco, Angélica, “Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución. Algunos lineamientos para el cambio legislativo”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 157-178; LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 179-210; BALTAZAR Yucailla, Rosa, “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 211-234; ANDRADE UBIDIA, Santiago, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 239-268; GRIJALVA, Agustín, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 269-286; STORINI, Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 287-312; TROYA Jaramillo, José Vicente, “El modelo económico, financiero y tributario de la Constitución de 2008”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 315-328; EGAS Reyes, Pablo, “La propiedad en la Constitución de 2008”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 329-352; SUING Nagua, José, “El sistema nacional descentralizado de planificación participativa”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 383-402; ÁVILA Santamaría, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 405-428; TORRES, Luis Fernando, “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 429-450; APARICIO Wilhelmi, Marco, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 19-40; PALACIOS Romeo, Francisco, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*” en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 41-66; CHÁVEZ Vallejo, Gina, “El derecho propio: ¿destapando la Caja de Pandora!”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 67-88; ÁVILA Santamaría, Ramiro, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008” en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 89-110; CASTRO Riera, Carlos, “Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 111-129; NOGUERA Fernández, Albert, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez,

consideraciones que más inciden sobre la cuestión de la jurisdicción constitucional (el sistema de derechos (II.4), el sistema de poderes (II.5) y la justicia constitucional propiamente dicha (II.6)).

Desde el punto de vista aquí adoptado podemos señalar ocho rasgos principales de estos textos constitucionales<sup>164</sup>. Naturalmente, no todos ellos han alcanzado, después, el mismo nivel de desarrollo, por lo que su importancia en los sistemas constitucionales no es homogénea. El orden de la exposición, sin embargo, no prejuzga su fundamentalidad. Por otra parte, la distinción entre unos y otros tiene un carácter académico puesto que,

---

Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 133-158; VICIANO Pastor, Roberto, “La función legislativa en la nueva Constitución de Ecuador”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 159-170; BALDA Santistevan, Rafael, “Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 171-188; MONTAÑA Pinto, Juan, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 189-216; ARIAS Manzano, Tania, “¿Hacia un nuevo ordenamiento territorial? De la descentralización a la carta a competencias explícitas y obligatorias. El régimen autónomo descentralizado aprobado en Montecristi”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 217-240; FLORES Aguirre, Xavier A., “Las Relaciones Internacionales en la Constitución del 2008: un análisis sistemático”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 241-253; GRIJALVA Jiménez, Agustín, “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 257-278; MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 279-290.

<sup>164</sup> Al margen de la cuestión de los derechos que se trata en el epígrafe II.4. *El papel de los derechos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*; y del tema de la estructura de poderes que ocupa el epígrafe II.5. *La estructura de poderes en el constitucionalismo democrático latinoamericano*, temas, por otra parte, íntimamente interrelacionados, como pone, por ejemplo, de relieve, ÁVILA Santamaría, Ramiro, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 15-50. Un análisis similar, en este caso para Ecuador, en MONTAÑA Pinto, Juan y PAZMIÑO FREIRE, Patricio, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp.38-47; cf. también MONTAÑA Pinto, Juan, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, Capítulo II: La teoría constitucional latinoamericana, pp. 39-74.

tanto en la realidad constitucional, como en el articulado varios de estos rasgos pueden tener un mismo soporte material.

En todo caso, el primer rasgo de estos textos constitucionales, de carácter puramente formal, pero con importantes consecuencias materiales, es que se trata de constituciones largas y muy detalladas (reglamentistas). La extensión y complejidad de estos textos responde a motivaciones *pro pasato* y *pro futuro*. Trata, por un lado, hacer frente a la pretensión de operar una renovación completa del orden jurídico-político, lo que obliga a entrar en prácticamente todas las materias al tratar de introducir enfoques, valores y principios nuevos en ellas. Dicho de otra manera, en la medida en que no se quiere dejar vigente casi nada de lo fundamental del ordenamiento anterior y para no provocar lagunas por derogación (tácita o expresa) se hace necesario redactar un texto más largo de lo normal. Por otra parte, el reglamentismo de estos textos, *pro futuro*, se establece como una garantía de que las decisiones fundamentales adoptadas popularmente no puedan ser alteradas, después, por vía de desarrollo legal o de interpretación. Late en el fondo una cierta desconfianza hacia los poderes constituidos que se complementa, como veremos, con las posibilidades de intervención correctora del electorado, vía iniciativa legislativa o de reforma constitucional, entre otras. Esta desconfianza se justifica, materialmente, en la subsistencia de algunos de los enemigos del proceso constituyente, que, como era previsible, siguieron activos tras la aprobación final de las constituciones.

La contraparte de esta extensión es cierta farragosidad en la redacción de algunos artículos y la multiplicación de las posibilidades de contradicciones o mala articulación técnica entre unos y otros artículos. Estos defectos se dan con diferente intensidad en estos textos, siendo más acusados quizá en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, lo que refleja, entre otras cosas, las muy complejas condiciones materiales en las que se llevó a cabo el proceso redaccional. En todo caso, lo que resulta patente es que los constituyentes aceptaron como un riesgo asumible estas posibles imperfecciones, otorgando mayor valor al hecho material y simbólico de contar con un texto con el suficiente detalle constituyente.

Para el ejercicio de la jurisdicción constitucional esta extensión y detalle de los textos constitucionales se traduce en que los tribunales disponen de un material más abundante que en otros sistemas lo que, por un lado, enriquece sus posibilidades de control

y, de otro, limita sus posibilidades creativas en la medida en que el constituyente se ha encargado ya de tomar las opciones que considera más adecuadas para una amplia gama de asuntos. De esta manera, se minimiza el riesgo de que los tribunales, vía interpretación, estén suplantando al constituyente y sustituyendo los vacíos constitucionales por sus propias convicciones. Una situación, pues, notablemente distinta a que se da, por ejemplo, en el caso de la justicia constitucional norteamericana que dispone de un material bruto sumamente parco para realizar sus interpretaciones y que explican la virulencia del debate entre originalismo, interpretativismo, etc. al que antes se ha hecho referencia.

El segundo de los rasgos que interesa destacar sobremanera, pues modifica muy intensamente la comprensión total del fenómeno constitucional, es la pretensión de máxima inclusión. Es evidente que toda comunidad política se define, entre otras cosas, por la exclusión de aquellos que no están incluidos en ella. Y, en ese sentido, adopta unas fronteras (geográficas<sup>165</sup> o de otra índole (raciales, religiosas, étnicas, etc.) como elementos diferenciadores. Ahora bien, lo característico del constitucionalismo burgués, en general, y del latinoamericano en particular, es que había operado con una fuerte exclusión interior. Es decir, que se excluían, con frecuencia *ex silentio*, habitantes que efectivamente quedaban incluidos bajo el poder soberano de ese estado. Como hemos visto, la fractura social puso sobre el tapete la exclusión como un rasgo intolerable y puso como primera necesidad del nuevo orden político la inclusión lo más amplia posible (que se vayan todos para que *todos* puedan entrar).

Además de esta pretensión de inclusión (o integración social en la terminología constitucional clásica antes citada) es importante destacar la peculiar forma de inclusión adoptada. Sin entrar en excesivos detalles, podemos decir que estos textos se proponen una integración no asimilacionista o, dicho en terminología positiva, multicultural,

---

<sup>165</sup> ÁVILA Linzán, Luis Fernando, “Constitucionalización de la movilidad humana y la(s) democracia(s) en clave intercultural”, en ÁVILA Linzán, Luis Fernando, *Emancipación y transformación constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011, pp. 175-212; PÉREZ Ruales, Nicole, “El impacto de la globalización en los derechos de los migrantes”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 273-310; PÉREZ Ruales, Nicole y VALLE Franco, Álex (eds.), *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

pluricultural o intercultural<sup>166</sup>. La integración de los diferentes colectivos –y, muy especialmente, de los pueblos originarios y afrodescendientes– no se realiza fundiéndolos en la identidad cultural criolla, sino asumiéndolos como entidad con naturaleza y sustantividad propias. Este modelo de incorporación y de reintegración nacional, se refleja en el propio cambio del nombre de los estados tal como figura en el título de sus constituciones (Estado Plurinacional de Bolivia o República Bolivariana de Venezuela).

Más allá de estos principios generales, en cuanto a la intención, fines y valores, existe un importante debate doctrinal sobre hasta qué punto el articulado ha conseguido dar cabal cumplimiento al reconocimiento cultural en materias tales como la jurisdicción, los derechos políticos, la relación de los pueblos con la naturaleza, etc.<sup>167</sup>. Cuestiones todas ellas que no es posible abordar aquí. Baste con decir que, más allá de las discrepancias doctrinales y políticas que puedan tenerse sobre el tema, lo que parece incontestable y unánimemente aceptado es que estas constituciones presentan un rasgo incomparablemente más alto de inclusión que ninguna de las anteriores, y que lo hacen con un grado de aceptación y apreciación de la diversidad como valor, igualmente sin parangón en la historia de la región.

Este esfuerzo de inclusión en la diversidad tiene dos importantes consecuencias en la configuración y entendimiento del sistema de justicia constitucional. Por una parte, coloca en términos sociológicamente realistas la cuestión de las mayorías y las minorías, abandonando, así, las ficciones jurídicas sobre quién actúa mayoritaria o contramayoritariamente en un entorno general de exclusión, como vimos que sucedió en diferentes fases del modelo clásico. Por otro, altera hondamente la cuestión de los juicios valorativos –especialmente– sobre derechos, al reconocer diferentes universos axiológicos y al incorporar, con carácter general principios no provenientes de la cultura hasta entonces dominantes, como el buen vivir<sup>168</sup>. En el caso boliviano, además, esta pluralidad cultural ha adquirido dimensiones orgánicas al trasladarse como exigencia de paridad en

---

<sup>166</sup> Véase, por ejemplo, LLASAG Fernández, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora” en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 311-355.

<sup>167</sup> Así, SILVA Portero, Carolina, “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?” en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 111-154;

<sup>168</sup> Sobre estas dificultades, cf. SANTOS, Boaventura de Sousa, *Derecho y emancipación*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011, Capítulo 3: Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos, pp. 147-188.

su integración al Tribunal Constitucional Plurinacional (artículos 196 y ss., especialmente 197.1).

El tercero de los rasgos aparece íntimamente relacionado con el anterior puesto que, en último término, expresan una determinada convicción sobre la naturaleza de la comunidad política que se pretende reglar. Se trata del modelo de democracia adoptado.

Ya vimos cómo la fractura política puso en entredicho el modelo de democracia delegativa, partidocrática y clientelar que había dominado la región en las últimas décadas. Frente a ello se ha pretendido la construcción de un modelo nuevo que suele llamarse de democracia participativa, protagónica, directa, semidirecta, sustancial<sup>169</sup>, etc. entre otras denominaciones. Con justa razón, este rasgo se ha convertido en una de las señales distintivas de estos textos y una de las razones por las que han alcanzado difusión en otras latitudes. Efectivamente, el intento de articular una gramática compleja de la democracia es omnipresente<sup>170</sup>. Podemos decir que “existen mecanismos de participación (más allá de la democracia representativa, naturalmente) en relación con los siguientes rubros: nombramientos y designaciones (incluyendo su revocación), participación en la legislación, autorizaciones o decisiones fundamentales, reforma constitucional, control y gestión administrativos y políticas públicas, en el ámbito socioeconómico y en, lo que, a falta de mejor denominación, podemos llamar formas participativas transversales o de autogobierno. Quedarían fuera de este planteamiento las formas de organización, justicia y gobierno propios de los pueblos originarios que, con frecuencia, adoptan formas participativas”<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> MORALES Viteri, Juan Pablo, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 85-122; MORALES Viteri, Juan Pablo, “Los nuevos horizontes de la participación”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 155-200.

<sup>170</sup> Baste como ejemplo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere al fenómeno participativo en más de una treintena de artículos. Sobre esta cuestión *cf.*, además de la bibliografía citada en la nota 163, CRIADO de Diego, Marcos “Democracia y ejercicio de la soberanía en la Constitución venezolana de 1999: Participación y corresponsabilidad”, *Ágora*, núm. 14, 2006, pp. 125-142; y VICIANO Pastor, Roberto, “La columna vertebral de la revolución: el fenómeno participativo en la Venezuela bolivariana”, en J. Torres López (coord.), *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*, Icaria, Barcelona, 2006, pp. 45-60.

<sup>171</sup> CABO de la Vega, Antonio de, “Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 9.

Estas diversas formas de participación responderían a cuatro rasgos fundamentales (que aquí se ejemplifican<sup>172</sup> tomando como referencia a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela): 1) el principio de corresponsabilidad entre sociedad civil y estado en la conducción de la vida nacional (artículo 4) obliga a concebir la participación como un deber ciudadano de carácter general (artículos 62 y 132) con proyección en ámbitos concretos de la vida pública (artículos 79, 80, 81, 83, 84, 102, 127 y 333); 2) el carácter vinculante para el poder público de las decisiones adoptadas por instancias participativas como las asambleas de ciudadanos (artículo 70); 3) la extensión de la participación desde el ámbito político a lo social y económico (artículos 70, 118, 305, 308) con el objetivo de profundizar la democracia en sus distintas manifestaciones (Preámbulo); 4) la obligación para el legislador de considerar como “nuevos sujetos de la descentralización” a las asociaciones surgidas de la autoorganización (artículo 184.6) con el objetivo de transferirles competencias en régimen de cogestión y autogestión (que ha dado lugar a la estructura de Consejos Comunales y Comunas).

Ahora bien, desde el punto de vista que aquí importa, quizá lo más destacable sea la nueva noción de poder constituyente y la participación popular en la transformación constitucional. Efectivamente, el sesgo participativo se manifiesta en este caso en que, con carácter general, no se admite modificación de la constitución sin participación popular directa, ya sea en la iniciativa, ya sea en la ratificación. En línea con la desconfianza antes expresada frente al viejo sistema de partidos y a la subsistencia de las resistencias anticonstitucionales, los textos constitucionales no han querido dejar en manos de los poderes constituidos una posible subversión constitucional. Esto importa, particularmente, porque dado el carácter relativamente sencillo de intervención popular en la reforma<sup>173</sup>, cambia el terreno de juego entre poder legislativo, corte constitucional y electorado, en el sentido de que del mismo modo que si el Parlamento no está de acuerdo con una determinada interpretación constitucional puede buscar su reforma, con ratificación

---

<sup>172</sup> Siguiendo a CRIADO de Diego, Marcos “Democracia y ejercicio de la soberanía en la Constitución venezolana de 1999: Participación y corresponsabilidad”, en *Ágora*, núm. 14, 2006, p. 126.

<sup>173</sup> En el caso de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el artículo 333 establece un deber genérico en la ciudadanía de devolver la vigencia a la Constitución en el caso de que haya sido suspendida violentamente o reformada de forma irregular. Según los artículos 341 y 342, la iniciativa de enmienda y de reforma constitucional le corresponde, entre otros, al 15% del electorado. Según el artículo 348 este mismo porcentaje puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. En la Constitución del Ecuador, para la enmienda se exige un ocho por ciento y para la reforma parcial un uno por ciento de firmas. Además de las previsiones de convocatoria popular a Asamblea Constituyente.

popular; también la población si está en desacuerdo, ya sea con la tarea legislativa, ya sea con las interpretaciones constitucionales, puede buscar imponer su propia lectura mediante el correspondiente procedimiento de enmienda o reforma. De este modo, se relativiza notablemente la idea de última palabra en materia constitucional y se desdramatizan las relaciones y potenciales conflictos entre poder legislativo y justicia constitucional, en la medida en que aparecen trianguladas por el juicio directo de la ciudadanía. Cabe decir, en este sentido, que mediante esta apertura del procedimiento, se normaliza la participación popular en la creación del derecho constitucional<sup>174</sup>.

Un cuarto rasgo fundamental es lo relativo al entendimiento de la relación existente entre el ser humano y la naturaleza. Se incluyen bajo este rubro cuestiones tales como el enfoque ecológico, la noción de desarrollo sustentable, el tratamiento de los recursos naturales y, en general, las relaciones con el entorno y el planeta<sup>175</sup>. Como es sabido, tanto el constitucionalismo liberal como el constitucionalismo social clásicos no abordaron estas cuestiones. El primero, porque no contenía una constitución económica explícita (sino que daba por presupuesta la que se derivaba de los presupuestos sociales y económicos del Código Civil) y el segundo, porque adoptaba un modelo productivista y extractivista en el que se suponía que mediante los ajustes keynesianos al funcionamiento del capitalismo se podría lograr un círculo virtuoso de plena producción de la capacidad instalada, plena adquisición de lo producido y pleno empleo, que sustituiría las crisis capitalistas por un crecimiento regular e ilimitado. Dicho de otra manera, se daba por hecho que cualquier nivel de explotación de la naturaleza sería sostenible a largo plazo y que la tecnología iría resolviendo los posibles problemas que se fueran planteando. Todo ello dentro de la racionalidad desencarnada característica del proyecto civilizatorio occidental en el que se parte de una radical separación del sujeto individual del resto de los sujetos y, más aún, de su entorno, que es sólo visto como objeto de su actividad. Pues bien, el constitucionalismo latinoamericano democrático se coloca, al menos en el campo de los principios, en una posición diametralmente opuesta. Dos factores han contribuido a alcanzar este resultado. De un lado, el surgimiento de la conciencia ecológica en el

---

<sup>174</sup> Recordemos que la reforma constitucional es la única fuente del derecho específica del derecho constitucional. Cf., a este respecto, CABO Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>175</sup> Sobre esta cuestión, véase PRIETO Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013.

panorama internacional con posterioridad a la redacción de las constituciones del constitucionalismo social clásico; de otro, la incorporación de la cosmovisión de los pueblos originarios con una percepción por completo distinta de su inserción en la naturaleza. La suma de estos dos hechos ha creado un complejo panorama valorativo en estas constituciones que combina cuestiones más puramente económicas<sup>176</sup> o de modelo de desarrollo<sup>177</sup>, con aspectos antropológicos que las trascienden. Posiblemente, éste sea uno de los nudos más complejos desde el punto de vista interpretativo que deberá irse resolviendo en los próximos años.

En concreto, desde el punto de vista de la interpretación constitucional que, entre otros, corresponde a los tribunales constitucionales, parecen existir dos núcleos problemáticos. Por un lado, se hará necesario establecer las líneas de demarcación de lo constitucionalmente lícito entre las exigencias de cobertura social (es decir, las exigencias de igualdad y satisfacción de las necesidades básicas en el marco de los derechos sociales reconocidos), el modelo económico establecido en la constitución (es decir, lo relativo a la concepción del desarrollo o crecimiento), las concretas previsiones existentes en relación con los recursos naturales, las especiales relaciones de los pueblos originarios con la naturaleza<sup>178</sup> y los mandatos genéricos de protección y respeto a la naturaleza junto con los derechos constitucionales que los especifican.

Por otro, aparece el tema de los derechos de la naturaleza. Se trata de una innovación radical en la dogmática de los derechos fundamentales, en la medida en que se amplía el campo de los sujetos de los mismos no sólo a las personas físicas y jurídicas, sino a entes naturales no humanos<sup>179</sup>.

La articulación de los valores y principios citados en primer lugar y la incorporación de las consecuencias de esta desantropocentrización de los derechos

---

<sup>176</sup> Para el modelo económico, véase MAESTRO Buelga, Gonzalo, “Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-30.

<sup>177</sup> PÉREZ Ruales, Nicole, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 201-226.

<sup>178</sup> Piénsese, por ejemplo, en la taxativa prohibición de actividades extractivas en presencia de pueblos en aislamiento voluntario en la Constitución ecuatoriana (artículo 57, *in fine*).

<sup>179</sup> Sobre este tema, véase, además de las obras ya citadas, especialmente, ESPINOSA Gallegos-Anda, Carlos y PÉREZ Fernández, Camilo (eds.), *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011.

constituye, sin duda, un reto de primera magnitud para la justicia constitucional del constitucionalismo latinoamericano democrático y para el que existe muy poco de lo que servir en las elaboraciones doctrinales clásicas.

Un quinto rasgo es la reelaboración del concepto de soberanía. Como se vio anteriormente, uno de los factores comunes a las fracturas que construyeron la necesidad constituyente fue la injerencia exterior; otro, el de la pérdida de control interior. El nuevo énfasis en las cuestiones de soberanía tiene, históricamente, la justificación de pretender hacer frente a lo que se percibieron como dos graves déficits heredados de la década neoliberal. Esta doble dimensión, interior y exterior de la soberanía, frente a sujetos públicos y privados, pero también frente a prácticas económicas o políticas que impiden el autogobierno efectivo de las sociedades está en la base de la complejidad y multidimensionalidad con la que se incorpora esta noción de soberanía.

Si, por un lado, nos encontramos con cuestiones relativas a la prohibición de injerencia extranjera o al control de sus actividades en el territorio nacional, por otro, aparecen conceptos de nuevo cuño como el de soberanía alimentaria, soberanía energética, soberanía hídrica, etc. Esta incorporación está a su vez relacionada con las nociones de seguridad, entendida ya no sólo como seguridad militar, sino, nuevamente, como seguridad alimentaria, energética, etc. En la práctica, estos conceptos están dando lugar a una compleja dialéctica, en la medida en que, por ejemplo, la garantía de la seguridad alimentaria (es decir, la garantía del acceso a alimentos en la cantidad y calidad suficientes) puede resultar contradictoria con la soberanía alimentaria (es decir, la no dependencia exterior o de agentes monopólicos interiores en lo relativo al suministro y distribución de alimentos)<sup>180</sup>.

Se trata también en este caso de desafíos hermenéuticos inéditos como resultado de una configuración mucho más compleja de un concepto tradicional, que tendrá que ir siendo despejado por la acción de los diferentes actores constitucionales y, en su caso, por la labor jurisprudencial de las cortes constitucionales.

---

<sup>180</sup> Véase, por ejemplo, el estudio para el caso venezolano en CASTRO Aniyar, Daniel, “*Hecho en socialismo*”. *El sistema socialista de soberanía alimentaria en Venezuela como ejemplo de nuevos tipos de políticas públicas participativas (febrero 1999-febrero 2012)*”, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.

Un sexto rasgo, íntimamente relacionado con el anterior y que contribuye a crear una red de relaciones conceptuales incluso más compleja, es la explícita voluntad integracionista latinoamericana de estos textos constitucionales.

En ellos aparece una vocación decidida de entenderse como miembros de una comunidad latinoamericana más amplia que la de las propias fronteras. Al tiempo que se reconoce la pluralidad (plurinacional, pluricultural<sup>181</sup>, pluriétnica, etc.) en lo interior, se reconoce la confluencia en lo exterior en una amplia área geográfica.

Lo característico de esta vocación es la forma en que aparece reconfigurada<sup>182</sup>. Efectivamente, el ideal de integración regional ha existido en la región con diversos grados de expresión retórica desde los tiempos mismos de las luchas por la independencia. Lo que cambia, ahora, respecto del pasado inmediato (invocando, en ocasiones, un pasado histórico construido como momento fundante ideal), es con quiénes se produce la integración y desde qué parámetros.

Así, la realidad de las décadas anteriores había estado dominada por una integración tutelada por las metrópolis antiguas y modernas. La Organización de Estados Iberoamericanos y la Organización de Estados Americanos expresaban, justamente, esta integración supervisada por una potencia (más o menos) hegemónica exterior. Frente a ello, los textos constitucionales apuestan por una integración netamente latinoamericana<sup>183</sup> entre iguales.

Por otro lado, junto a esta integración neocolonial las décadas anteriores habían visto desarrollarse proyectos de integración (casi) exclusivamente económica. Desde los casos más evidentes como ALCA o los resultantes de los diversos tratados de libre comercio, hasta, con diferentes intensidades, los que se proponían en la Comunidad Andina de Naciones o en el Mercosur.

---

<sup>181</sup> Cf. ZAMBRANO Álvarez, Diego, “Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de derechos”, en ÁVILA Linzán, Luis Fernando, *Emancipación y transformación constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011, pp. 273-306.

<sup>182</sup> DÁVALOS Muirragui, María Daniela, “¿Existe la ciudadanía universal? Análisis de las ideas del cosmopolitismo plasmadas en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 73-110.

<sup>183</sup> Que se concretará en proyectos como ALBA, UNASUR o CELAC.

Las nuevas estructuras de integración latinoamericana nacen con una vocación social y política, además de económica. En ocasiones, incluso, con una notable desmercantilización o, al menos, con una concepción radicalmente distinta de la economía<sup>184</sup>.

Estos procesos de integración deberían traducirse para el caso de la jurisdicción constitucional en una progresiva latinoamericanización del paradigma interpretativo y en una consecuente confluencia en las soluciones adoptadas frente a problemas comunes. Esta actitud ya está, de hecho, presente en las propias sentencias en las que cada vez son más numerosas las referencias a las soluciones dadas a problemas análogos en países vecinos<sup>185</sup>.

Un séptimo rasgo que debemos destacar es la irrupción constitucional del enfoque de género. Nuevamente, ni el constitucionalismo liberal ni el constitucionalismo social había incorporado a su universo valorativo la cuestión de género<sup>186</sup>. El primero porque, sencillamente, no la compartía y asumía un reparto tradicional de roles en el que la mujer quedaba excluida de la esfera pública y recluida a la esfera doméstica. En este sentido, se trataba de un constitucionalismo (implícita o explícitamente, según los casos) militantemente patriarcal. El constitucionalismo social, por su parte, sólo avanzó a la consideración del problema de género en términos de igualdad formal, admitiendo, como mucho, algunas formas de medidas compensatorias, pero sin alterar, en el fondo, el paradigma cultural patriarcal occidental heredado del liberalismo.

Nuevamente, la evolución internacional en el entendimiento de los problemas de género como consecuencia del desarrollo de la segunda y la tercera ola del feminismo, más la decidida vocación incluyente e integradora (de la que antes se hablaba) en términos de diversidad y no de asimilación que tienen los textos del constitucionalismo

---

<sup>184</sup> Como puede ser el caso del SUCRE.

<sup>185</sup> Sin duda, en esta cuestión, ha sido inicialmente dominante la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, especialmente, la de sus primeros años, aunque se observa una progresiva generalización del empleo de argumentos provenientes también del resto de los países contemplados en este capítulo.

<sup>186</sup> Cf. MONTAÑA Pinto, Juan, "Editorial" en *Umbral. Revista de Derecho Constitucional*, núm. 2 (Monográfico sobre "Género y diversidades"), 2012, pp. 9-23. En general, véase también, ÁVILA Santamaría, Ramiro, SALGADO, Judith y VALLADARES, Lola (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

latinoamericano democrático, han dado como resultado la presencia activa de la cuestión de género.

Como es patente, esta nueva valoración de la cuestión se traduce, en primer lugar, en términos de uso político del lenguaje, desterrando la presunción de que el masculino genérico se refería, de hecho, sólo a los hombres, mediante la utilización de expresiones que se refieran individualmente a personas de uno y otro sexo.

Por otro lado, además de las cuestiones puramente relativas a la igualdad o a la no discriminación, encontramos un tratamiento sustantivo de las cuestiones relativas a las mujeres o a la maternidad, con una extensión inédita hasta el momento. Junto a ello aparecen también referencias a cuestiones de identidad sexual.

Pese al gran paso adelante dado, posiblemente todavía exista un déficit en cuanto a la asunción de valores femeninos como generales de la sociedad y a la transversalización de la perspectiva de género. En todo caso, esta feminización de las constituciones supone, también, un desafío interpretativo para la justicia constitucional que, como todas las jurisdicciones, ha estado hasta ahora en manos de varones y ha asumido una cultura patriarcal y androcéntrica como referencia.

Un octavo rasgo tiene que ver con la revitalización del Poder Judicial<sup>187</sup>. En la estructura de poderes clásica en Latinoamérica, el Poder Judicial había ocupado una posición política de casi total subordinación al Poder Ejecutivo y, sobre todo, un abandono sociológico o una fuerte dualización. Es decir, existía una proverbial falta de medios para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, acompañada de una igualmente inveterada falta de preparación en el personal juzgador. O, para ser más preciso, existía un pequeño segmento en la justicia federal o las cortes nacionales o superiores, según los casos, en los que una elite bien formada, bien remunerada y con medios era, sin embargo, sumisa a los deseos del sistema político, y una gran base jurisdiccional local, provincial, estadal, municipal, parroquial, etc. con casi total falta de medios, de preparación y una vulnerabilidad extrema a la corrupción y al clientelismo.

---

<sup>187</sup> Véase, en general, ANDRADE Ubidia Santiago y ÁVILA Linzán Luis Fernando (eds.), *La transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, especialmente, PÁSARA, Luis, “Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina”, *ibíd.*, pp. 85-108. Para el caso ecuatoriano, PÁSARA, Luis (ed.), *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011.

Pues bien, los nuevos textos han tratado de reforzar el Poder Judicial estableciendo requisitos y sistemas de acceso basados en el mérito y la capacidad, profesionalizando la carrera judicial y racionalizando las plantas judiciales. Como luego se verá con más amplitud al hablar, precisamente, de la jurisdicción constitucional (y como ya se anunciaba antes), es éste un tema en el que el despliegue de las previsiones constitucionales está encontrando considerables problemas. Por un lado, las resistencias de los viejos poderes judiciales a transformarse obstaculiza la puesta en marcha de los nuevos modelos. Por otro, no siempre es fácil conseguir en corto plazo el personal formado idóneo (también moralmente) para las nuevas tareas<sup>188</sup>. Una última dificultad tiene que ver con los problemas para interiorizar el nuevo discurso jurídico que plantea este constitucionalismo y que supera los paradigmas paleopositivistas liberales tradicionales y de monismo jurídico<sup>189</sup>. Superar este reto involucra cambiar también las instituciones educativas, por lo que, necesariamente, es una tarea de medio o largo plazo.

Llegamos así a la parte conclusiva de este epígrafe: A saber, ¿configuran estos rasgos un modelo unitario y coherente? Y, en tal caso, ¿cómo podríamos caracterizar este modelo?

Conviene advertir que son varias las dificultades que se deben afrontar para intentar dar respuesta a estos interrogantes: Por un lado, el poco tiempo transcurrido desde la aprobación de estos textos provoca, en primer lugar, que haya habido poco espacio para generar un debate doctrinal sobre la interpretación de sus preceptos, pero, sobre todo, en segundo lugar, que estas constituciones no hayan podido todavía desplegar a cabalidad sus

---

<sup>188</sup> Sobre el caso concreto de la reparación integral como nueva tarea, cf. MARTÍN Beristain, Carlos, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009. También: ESCUDERO Soliz, Jhoel, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”, BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 273-289.

<sup>189</sup> GARCÍA, Fernando, “La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”, en ANDRADE Ubidia Santiago y ÁVILA Linzán Luis Fernando (eds.), *La transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 479-498; ESPINOSA Gallegos-Anda Carlos y Caicedo Tapia, Danilo (eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009. Sobre el problema del pluralismo y los pueblos afrodescendientes, véase, PILA Avendaño, Viviana Jeanneth, ANTÓN Sánchez, Jhon y CAICEDO Tapia, Danilo, *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: Del reconocimiento a las acciones afirmativas. Una perspectiva jurídica, antropológica, sociológica e histórica de los derechos humanos de los afrodescendientes en el Ecuador*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011; y, especialmente, CHÁVEZ Vallejo, Gina, “¿Los capítulos que se le olvidaron a Cervantes?”, *ibíd.*, pp. 319-340; CHÁVEZ Vallejo, Gina y GARCÍA, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO Sede Ecuador, Quito, 2004.

efectos. Es decir, que tengamos constituciones aprobadas, pero sistemas constitucionales en construcción. Parece evidente que existe una relación de retroalimentación entre la interpretación constitucional y el sistema constitucional, en la medida en que la primera determina en parte la forma seguida por el segundo, pero este último actúa, indudablemente, como marco para la interpretación. En este sentido, según avance la interpretación constitucional propiamente dicha (derivada de los tribunales con competencia para hacerlo) y, en general, la derivada de la actuación constitucional<sup>190</sup> se irá decantando con más claridad la existencia o no de un modelo propio y, en su caso, sus características.

Pero, sobre todo, la dificultad se deriva de que toda constitución es la condensación de un momento histórico en un texto, lo que involucra el ingreso de preceptos a su redacción final provenientes de sujetos que sostienen enfoques políticos y jurídicos no necesariamente compatibles. La forma en que se aprueban los textos constitucionales no es tanto la de una discusión deliberativa a la búsqueda de un consenso, sino una negociación de equilibrios en los que las diferentes fuerzas políticas, en función de su fuerza en la asamblea y en la sociedad en general, tratan de imponer sus criterios. El resultado es, en todo proceso legítimamente constituyente<sup>191</sup>, una compleja mezcla de tradiciones y finalidades no necesariamente armonizadas.

Por ello, apenas se aprueba un texto constitucional, se abre una lucha por determinar su sentido. Una lucha en la que intervienen agentes sociales y políticos, la academia y los tribunales, tratando de imponer un determinado sentido común constitucional. O, dicho de otra forma, tratando de otorgar una interpretación unitaria, coherente y sistemática mediante la apropiación del texto y su procesamiento hermenéutico.

Este debate está, en la actualidad, abierto en Latinoamérica. Si podemos constatar una primera fase en la que parte de la doctrina, identificada con los textos constitucionales anteriores, se limitó a ignorar los nuevos textos o a declararlos ilegítimos

---

<sup>190</sup> Cf. HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución” en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, núm. 11, 2008, pp. 29-61 29.

<sup>191</sup> Es obvio que las constituciones absolutamente monolíticas en su enfoque (como lo son algunas liberales, por ejemplo) parten de apariencias de procesos constituyentes en los que una minoría se limita a convertir en mandato general sus propias convicciones.

por haber interrumpido (inconstitucional o ilegalmente, en su opinión) el orden legal preexistente, progresivamente se ha ido produciendo una apropiación de las constituciones por las instituciones educativas, académicas, jurídicas, políticas, sociales, etc. de cualquier orientación ideológica, sustituyéndose la fase de negación por una de interiorización en la que se trata de imponer una determinada visión del texto constitucional.

En sus términos más generales, creo que es posible rastrear en estos textos indicios de, al menos, tres proyectos distintos. Conviene destacar que todos ellos, posiblemente, tienen apoyos textuales (es decir, artículos o fragmentos de artículos que parecen abonar esa concreta interpretación) y no son, por tanto, puras invenciones o constructos ideológicos, pero, igualmente, hay que señalar que, según lo que aquí se sostendrá, no todos ellos parecen quedar acogidos globalmente con la misma intensidad, ni en el conjunto de los textos, ni en los procesos constituyentes que los impulsaron.

Dicho de manera sintética, podemos decir que estos tres proyectos serían: un constitucionalismo liberal de tercera generación, un constitucionalismo social de segunda generación y un constitucionalismo de transición. Dependiendo del modelo que se postule para estas constituciones, la tarea de la justicia constitucional resultará notablemente distinta y los problemas a los que tendrá que hacer frente, los paradigmas interpretativos y las técnicas jurisprudenciales, consecuentemente, diversos.

Según la primera de las interpretaciones<sup>192</sup>, el constitucionalismo latinoamericano actual no sería sino la versión más actualizada del constitucionalismo liberal clásico. En él se habrían llevado a su máximo desarrollo cuestiones tales como el equilibrio y control de poderes, el reforzamiento de la democracia representativa mediante la depuración del proceso electoral y el establecimiento de garantías con la creación de un poder electoral independiente, el sistema de protección de los derechos, entendidos sobre todo como derechos individuales, y los procedimientos de vigencia y garantía de la constitución, mediante la adopción de un complejo sistema mixto, en parte concentrado, en parte difuso. Este tipo de interpretación es mayoritario, por ejemplo, para muchas de las

---

<sup>192</sup> Que hemos llamado un constitucionalismo liberal de tercera generación porque, desde este punto de vista, el constitucionalismo social no sería más que un constitucionalismo liberal de segunda generación, en la línea, por ejemplo, de Forsthoff, cf. MEIL Landwerlin, Gerardo, “El estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, Dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm 42, 1984, pp. 211-225.

reformas que se han realizado recientemente en México (aunque no sea uno de los casos aquí incluidos) y sostenida por parte de la doctrina para la Constitución de Colombia. En realidad, existirían aquí dos variantes, una neoliberal y otra neoconstitucional. Para la primera, ocuparía, además, un papel destacado, el papel otorgado a la sociedad civil organizada en términos de gobernanza y la aparición de mecanismos de arbitraje y solución horizontal de conflictos, más la aportación que provendría de ciertos acuerdos internacionales o regionales en esa misma línea. Para la segunda, en cambio, serían preponderantes cuestiones relativas a la interpretación constitucional, a las normas generales sobre los derechos, a la apertura al derecho internacional<sup>193</sup> o a las normas autoaplicativas constitucionales.

Según la segunda de las interpretaciones, lo que estas constituciones habrían puesto en pie sería una versión renovada del constitucionalismo social clásico que se desarrolló en los países centrales del capitalismo en la segunda posguerra mundial. Desde este punto de vista, lo esencial sería la actividad interventora del estado para garantizar un funcionamiento ordenado del capitalismo, en la que se habrían tratado de paliar o superar algunas de las limitaciones que, desde diferentes puntos de vista, tenía el estado social clásico. En particular, se habrían tratado de abordar cuestiones como la limitación económica que en los sistemas clásicos se derivaba, de un lado, de una noción extractivista y depredadora respecto de la naturaleza que impulsaba a la búsqueda del crecimiento limitado y no tenía en cuenta ni los riesgos ambientales, ni las posibilidades de regeneración de la naturaleza. Y, de otro, de su construcción sobre la utilización de un mercado de materias primas con precios artificialmente bajos derivados del control colonial o poscolonial de los países productores. Aparecerían aquí, en cambio, preocupaciones ecológicas y sobre desarrollo sostenible. Igualmente, este nuevo constitucionalismo habría tratado de hacer frente a la limitación democrática, mediante la introducción de técnicas de democracia participativa que complementarían a las de la democracia representativa, otorgando protagonismo político no sólo a los partidos, sino también a otro tipo de organizaciones y movimientos sociales. En tercer lugar, habría tratado de superar la limitación cultural (androcéntrica, eurocéntrica, monocultural, etc.)

---

<sup>193</sup> A partir del clásico de ABREGÚ, Martín., y Courtis, Christian (coords.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, véase también PÁSARA, Luis, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

del constitucionalismo social incorporando la perspectiva de género, de los pueblos originarios y algunas formas de pluralismo jurídico. En cuarto lugar, frente a la concepción del estado social en un solo país que latía en el modelo clásico, se habría propuesto la creación de una región social latinoamericana mediante formas no economicistas de integración. Se trataría, en definitiva, de un constitucionalismo que salvaguardaría algunas de las opciones básicas de los estados sociales del s XX (como la opción por una economía capitalista, el papel de árbitro del estado en las relaciones sociales, la protección social o la vigilancia de un funcionamiento tendencialmente equitativo de la economía), pero incorporándole algunas novedades derivadas del desarrollo político de la segunda mitad del siglo (ecologismo, feminismo, etc.) y ciertas innovaciones propias de la tradición latinoamericana (relación con la naturaleza o concepto de buen vivir, por ejemplo).

Según la tercera de las interpretaciones, por último, el conjunto de innovaciones antes reseñado habrían terminado por configurar un paradigma original y diferente al del estado liberal o al del estado social y que, a falta de mejor denominación, podemos llamar constitucionalismo de transición<sup>194</sup>. Este tipo de enfoque comparte muchos rasgos con el anterior, pero se diferencia porque, en su opinión, la acumulación de innovaciones daría paso a un salto cualitativo que precisaría de un enfoque general diferente para una correcta interpretación de estos textos.

Por un lado, este enfoque enfatiza la condición legítimamente democrática de este constitucionalismo, concebido, desde el proceso constituyente, como un proceso participativo. Por otro, separa claramente las tareas de los poderes constituidos de las del poder constituyente, impidiendo toda reforma en la que no participe directamente el pueblo. Conviene señalar que la doctrina había venido sosteniendo desde hace tiempo<sup>195</sup> que una constitución es tan democrática como lo es su proceso de reforma. En este sentido, la radicalización democrática<sup>196</sup> del procedimiento, unida a la posibilidad de la población de convocar a proceso constituyente, significaría la desalienación

---

<sup>194</sup> Esta terminología ha sido empleada en varias de las obras citadas por los profesores Viciano y Dalmau.

<sup>195</sup> Por ejemplo, VEGA García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2011.

<sup>196</sup> Sobre radicalización democrática, cf. SANÍN Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional 2: Del existencialismo popular a la verdad de la democracia*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-Red por el Constitucionalismo Democrático (RCD), Quito, 2011, especialmente, pp. 55-128.

constitucional. Hasta ahora, las constituciones, una vez redactadas, incluso si lo habían sido en un proceso democrático, eran secuestradas por los poderes constituidos que se convertían en los verdaderos señores de la constitución. La nueva situación involucra una normalización, como antes se decía, de la presencia del pueblo en el diseño constitucional, que deja de ser considerada un hecho excepcional y que sólo se produce unas pocas veces en el tiempo. Desde el punto de vista de la justicia constitucional, como ya se anunció, esto supone que existe un diálogo más flexible entre legislación, jurisprudencia constitucional y pueblo, en la medida en que este último siempre tiene la posibilidad correctiva frente a los dos primeros, de reformar la constitución.

Adicionalmente, se generaliza también la participación popular en los poderes constituidos, ya sea mediante el ejercicio directo de las competencias, ya sea mediante mecanismos de control y fiscalización.

En segundo lugar, la comprensión del cuerpo social se aleja del viejo concepto burgués de estado-nación y se articula como realidad compleja plurinacional e intercultural, al tiempo que el derecho se muestra en una perspectiva (más o menos abiertamente) pluralista<sup>197</sup>.

En tercer lugar, se abre la posibilidad de una recreación de la geografía del poder, mediante la creación de formas transversales de autogobierno que desbordan el marco institucional clásico de la división de poderes<sup>198</sup>, estableciéndose una suerte de vía por la

---

<sup>197</sup> Cf. MONTAÑA Pinto, Juan, “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de derecho procesal constitucional. Aspectos generales*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, tomo 1, pp. 91-135.

<sup>198</sup> “La Constitución Bolivariana de Venezuela contenía la previsión (artículo 168.4) de la creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales. Esta posibilidad, ligada a los procesos de transferencia que se enumeraron antes (resto del artículo 168.4) como las Mesas Técnicas del Agua, etc., ha ido adquiriendo una extraordinaria vitalidad, dando lugar, progresivamente, a formas cada vez más complejas de autoorganización puramente popular (es decir, al margen de la geografía ordinaria del poder) denominadas consejos comunales y, luego, comunas, que constituyen en la actualidad la forma más acabada de autogobierno. El artículo 96 de la Constitución del Ecuador es, igualmente, una apertura a estas formas transversales o de autogobierno popular, más allá de la estructura clásica del estado. De hecho, este artículo es el segundo del Título IV sobre “Participación y organización del poder” y dice “Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos. Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la

que se puede caminar desde la institucionalidad liberal-burguesa hacia una nueva institucionalidad.

En cuarto lugar, la radical alteración en la concepción de los derechos (sobre la que luego se volverá) hace que éstos exijan una permanente articulación de estado, sociedad, grupos e individuos en una tarea conjunta de maximización de aquéllos, y con prioridades que enfatizan la satisfacción de las condiciones materiales en las que todos los derechos sean legítimamente realizables. Es decir, se opera una fuerte desformalización de la libertad y de la igualdad.

En quinto lugar es un constitucionalismo de transición en tanto que se plantea dentro de un programa regional que desborda los límites del estado nación<sup>199</sup>, para proponer formas de cooperación e integración desmercantilizadas.

Por último, sería un constitucionalismo de transición porque dejaría abierta la cuestión del modelo económico, habilitando la transición hacia formas no capitalistas<sup>200</sup>.

---

alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas”. Se trata, como no puede ser de otra forma (de lo contrario, no serían formas externas o de autogobierno, sino internas al sistema constitucional de poderes), de un reconocimiento genérico cuyo despliegue efectivo está todavía por concretarse.

El artículo 11 de la Constitución de Bolivia tiene dos referencias que, en su caso, podrían interpretarse como autorizaciones o reconocimiento de formas de autoorganización y autogobierno. Se trata de las asambleas y cabildos a las que se califica de formas de democracia participativa y que no vuelven a aparecer mencionadas en el texto constitucional. Y, para los pueblos indígena originario campesinos, la llamada democracia comunitaria que, según el punto 3 de este mismo artículo, se ejerce “por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley”, sin que se especifique su ámbito de actuación que, podría entenderse como remitido al que exista o se desarrolle autónomamente en el seno de dichas comunidades”, CABO de la Vega, Antonio de, “Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 39.

<sup>199</sup> Para las dimensiones constitucionales de este fenómeno en Ecuador, ESCOBAR García, Claudia, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011.

<sup>200</sup> Cf. MAESTRO Buelga, Gonzalo, “Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-30.

## II. 4 El papel de los derechos en el constitucionalismo democrático latinoamericano

En el presente epígrafe se establecen algunas notas básicas de la regulación de los derechos en el constitucionalismo latinoamericano democrático, como elemento fundante para comprender la posición y funciones de la jurisdicción constitucional. Como sucede después con el tema de los poderes, no se pretende un estudio exhaustivo de esta cuestión –obviamente, inabarcable–, sino tan sólo en lo que pueda afectar al concreto punto de vista aquí adoptado.

Esta breve exposición se ordenará en torno a tres grandes temas: la forma de constitucionalización de los derechos, la cuestión del desarrollo legislativo y el problema de las garantías.

Conviene comenzar reconociendo que el panorama que ofrecen los textos constitucionales considerados no es el resultado de un esfuerzo en solitario o de completa originalidad, al contrario, el derecho internacional de los derechos humanos ha supuesto un impulso fundamental para su desarrollo en dos sentidos. Por una parte, mediante la elaboración de criterios y estándares de aplicación, ha permitido concretar las obligaciones derivadas de los derechos, favoreciendo su eficacia. Por otra, los mecanismos internacionales de control y vigilancia han propiciado en los estados una cultura de cumplimiento de tales obligaciones.

Sin embargo, conviene recordar una vez más que, en la actualidad, el principal espacio de configuración, aplicación y protección de los derechos es el ámbito nacional, y el presupuesto indispensable para asegurar su eficacia, es la voluntad política de satisfacerlos junto al oportuno desarrollo institucional que permita poner en marcha las políticas públicas destinadas a su implementación.

En el caso de los estados democráticos, esta dimensión política pasa, necesariamente, por la existencia de mecanismos genuinos y oportunos de participación ciudadana que aseguren la prevalencia del interés general, y que sirvan de control a los órganos políticos y a los agentes económicos. De hecho, la experiencia demuestra que los progresos en materia de derechos han sido, sobre todo, el resultado de la movilización ciudadana.

Ahora bien, junto a esta dimensión política resulta igualmente imprescindible un ordenamiento jurídico adecuado y, dentro de él, la oportuna constitucionalización de los derechos, representa el punto de partida más favorable. Sobre todo si se configuran sus preceptos no como meros principios retóricos cuya eficacia queda condicionada a su posterior desarrollo legal, sino como normas de aplicación directa. La supremacía constitucional, por su parte, supone que los derechos constitucionales son parámetro de validez de las demás normas del ordenamiento y de las actuaciones de los operadores políticos y jurídicos.

El constitucionalismo latinoamericano democrático constituye un ejemplo paradigmático de la positiva interacción entre las dimensiones política y jurídica. Por un lado, los procesos constituyentes han abierto espacios de debate y participación que han favorecido la apropiación del proceso por parte de la ciudadanía y la democratización del espacio público. Por otro, se ha conseguido plasmar la complejidad del proceso político en unos textos constitucionales que, con más o menos acierto técnico, consagran sistemas de derechos indudablemente garantistas.

Dos factores resultan fundamentales en esta constitucionalización. Por un lado, el haber asumido las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual implica un catálogo amplio de derechos, que incluya los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y que otorgue a todos los derechos sin distinción, igual tratamiento y valor. Por otro, la incorporación de los paradigmas culturales propios incluyendo, por vez primera, la cosmovisión de aquellas minorías (o mayorías) que hasta ahora habían quedado al margen, tanto de los procesos constituyentes, como de los propios ordenamientos constitucionales.

Este reconocimiento constitucional, tiene que encuadrarse, pues, en una serie de valores y principios. Entre ellos, se reconoce la composición pluricultural de los pueblos, se proclaman los valores de la democracia participativa, y los principios de igualdad, solidaridad y justicia social. Estos valores y principios constitucionales actúan, por un lado, como fines políticos del ordenamiento, pero, por otro, determinan también el contenido de los derechos fundamentales, habida cuenta del carácter normativo del texto.

Respecto del concreto catálogo de los derechos reconocidos, el constitucionalismo latinoamericano democrático presenta avances en, al menos, cinco elementos importantes:

En primer lugar, el catálogo de derechos es más amplio e incluye de manera expresa va los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Así, por ejemplo, junto a algunos derechos de contenido social ya consagrados incluso en las constituciones de corte liberal (como el derecho al trabajo o la educación), se incorporan y desarrollan con cierta amplitud otros derechos como el derecho a la vivienda, a la salud, a la alimentación, al agua, al saneamiento, al medio ambiente o a la cultura.

En segundo lugar, la clasificación de los derechos incluidos en esos catálogos no responde ya a la concepción liberal, en el sentido de establecer grupos estancos con distinta jerarquía. Por ejemplo, la Constitución boliviana señala expresamente en su artículo 13.III que: “La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. La Constitución ecuatoriana, por su parte, también propone una clasificación novedosa de los derechos, ya que el Título II, reservado a los Derechos, tras los principios de aplicación (Capítulo primero), el Capítulo segundo consagra en primer término los Derechos del buen vivir, comenzando por los derechos al agua y a la alimentación, el derecho al medio ambiente, a la información, a la ciencia y la cultura, a la educación, el hábitat y la vivienda, la salud, el trabajo y la seguridad social.

En tercer lugar, hay que considerar las llamadas “cláusulas de apertura”, en virtud de las cuales es posible extender la protección a otros derechos no comprendidos en la enumeración constitucional, pero que igualmente se fundamentan en la dignidad humana. En otras palabras, se trata de conceder a las declaraciones constitucionales de derechos un carácter no taxativo, y habilitar su ampliación más allá de lo expresamente contenido en el texto constitucional, lo que facilita su adaptación a los avances que puedan producirse dentro y fuera de las fronteras nacionales. Así lo establece el artículo 94 de la Constitución colombiana, el 22 de la Constitución venezolana, el artículo 11.7 de la Constitución ecuatoriana.

En cuarto lugar, se incorporan los pueblos originarios y la propia naturaleza como nuevos sujetos constitucionales, y se les reconocen derechos colectivos, o bien el ejercicio

colectivo de ciertos derechos. Ello implica, en primer término, el reconocimiento de las propias comunidades y de unos paradigmas culturales históricamente excluidos. Supone, en segundo término, favorecer que estos pueblos puedan seguir reproduciendo unas formas de vida indisolublemente ligadas a su identidad.

La Constitución ecuatoriana, por ejemplo, reserva el Capítulo IV de su Título II (Derechos) a los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, respecto de los cuales reconoce su derecho a mantener su identidad, a no ser discriminados, a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras, así como la consulta previa, libre e informada sobre los proyectos de explotación de los recursos que se encuentran en su territorio. Por su parte, el Capítulo Cuarto (Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos) del Título II de la Constitución boliviana reconoce, entre otros, el derecho a su identidad cultural, a su libre determinación, a la titulación colectiva de sus tierras y territorios, a un sistema de salud universal y gratuito, y al respeto de su cosmovisión en relación con su educación y los sistemas político, jurídico y económico. Por su parte, los artículos 71 a 74 de la Constitución ecuatoriana recogen los derechos cuya titularidad corresponde a la naturaleza.

En quinto lugar, hay que destacar, la profundización del principio de igualdad vinculado al reconocimiento y ejercicio de todos los derechos, en los términos desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos; lo que supone tanto la prohibición de discriminación, como el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger de forma prioritaria a los grupos sociales más vulnerables y, en particular, aquellos en situación de vulnerabilidad múltiple.

En este sentido, los textos constitucionales, además de establecer con amplitud la prohibición de discriminación, regulan de manera específica los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, o las especiales condiciones de su ejercicio, de mujeres (particularmente las mujeres embarazadas y las cabeza de familia), niños y niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, población desplazada o personas privadas de libertad.

Al margen de la cuestión del catálogo, estos textos incorporan una serie de normas tendentes a garantizar su aplicación eficaz y garantista. Normas que tampoco hacen

distinciones entre unas y otras categorías o grupos de derechos. Concretamente, cabe señalar siete aspectos principales.

En primer lugar, desde el punto de vista de la recepción de las normas internacionales, las nuevas constituciones presentan avances en dos sentidos. Por un lado, porque establecen la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno; es decir, reconocen que puede prevalecer el derecho internacional de los derechos humanos frente al ordenamiento nacional. Así, el artículo 23 de la Constitución venezolana dispone: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución (...)”. En el mismo sentido, los artículos 93 de la Constitución colombiana y 13.IV de la Constitución boliviana.

Por otro, imponen la interpretación más favorable de los derechos para brindar la protección más amplia. Según la Constitución ecuatoriana: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (artículo 11.4) y “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (artículo 11.5).

En segundo lugar, se incorporan expresamente los principios de indivisibilidad, interdependencia, progresividad y no regresividad. Reconocer indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos, supone integrar definitivamente a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el catálogo de derechos constitucionales fundamentales, con todas sus consecuencias en cuanto a su aplicabilidad y exigibilidad.

La progresividad y la no regresividad suponen, por su parte, que el mero reconocimiento de (todos) los derechos conlleva para los Estados –con independencia de sus limitaciones estructurales, institucionales o materiales–, la obligación de adoptar medidas concretas y deliberadas para avanzar hacia su satisfacción, y de no retroceder respecto de los estándares de protección alcanzados. Además, pone de manifiesto que el carácter progresivo en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos no está necesariamente ligado a su dimensión prestacional (hasta ahora atribuida en exclusiva

a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales), sino que se refiere a una exigencia común a todos los derechos que implica el desarrollo –necesariamente paulatino pero impostergable– de normas, procedimientos, instituciones y mecanismos que aseguren su adecuada implementación.

En cuarto lugar, la optimización de los derechos pasa, necesariamente, por su directa e inmediata aplicación. Nuevamente, la integración de este principio en los sistemas constitucionales, sin hacer distinción alguna entre derechos, da cuenta de que no existen diferencias estructurales entre unos u otros, sino que todos ellos presentan dimensiones de posible aplicación directa.

Así, por ejemplo, el artículo 11.3 de la Constitución ecuatoriana establece: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

En quinto lugar, destaca la eficacia horizontal de los derechos, ya que, si bien los Estados siguen siendo los responsables primarios de su plena vigencia, se multiplican las situaciones en las cuales los derechos pueden verse afectados por acciones u omisiones de otros particulares, por ejemplo, cuando éstos tienen bajo su control bienes y servicios de interés público, vinculados con la satisfacción de los derechos.

Según el artículo 86 constitucional, la acción de tutela colombiana procede contra particulares cuando éstos estén encargados de la prestación de un servicio público o estén en situación tal que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. En el mismo sentido, el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana relativo al amparo directo, y 128 de la Constitución boliviana.

En sexto lugar, destaca la existencia de mecanismos de participación activa, oportuna y efectiva de la ciudadanía. Se trata de otra manifestación de los atributos de indivisibilidad e interdependencia; si no están plenamente vigentes los derechos políticos –y habilitados los espacios de participación democrática–, difícilmente puede haber un ejercicio eficaz de los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y ambientales. La Constitución venezolana es paradigmática en este sentido; proclama, desde el Preámbulo, una sociedad democrática, participativa y protagónica, y consagra en su artículo 62: “La

participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo”. Asimismo, el artículo 70 abre el abanico de los medios de participación al referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, las instancias de atención ciudadana, la autogestión y la cogestión.

En séptimo lugar, hay que señalar el hecho de que todos los derechos –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, incluso en su dimensión colectiva, pueden ser reclamados ante los tribunales nacionales, representa uno de los principales avances en la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Por último, un elemento adicional, es el reconocimiento expreso en el texto constitucional del derecho a “dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”, y el compromiso de que el Estado adopte “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales” (artículo 31 de la Constitución venezolana).

Además, de esta configuración en el ámbito nacional, mediante la constitucionalización de un sistema de derechos con un amplio catálogo, con el otorgamiento de un contenido esencial, con normas destinadas a asegurar su efectiva aplicación y mecanismos de control y garantía, es necesario abordar el problema del desarrollo legal.

Es indudable que la puesta en práctica de este sistema pasa por un desarrollo legislativo de los derechos que precise el alcance de las obligaciones que los mismos conllevan, tanto para los poderes públicos, como para aquellos particulares que se encuentren en condiciones de afectarlos.

Respecto de los operadores políticos, una adecuada configuración legislativa de los derechos puede resultar fundamental para la acertada formulación e implementación de las

políticas públicas destinadas a hacerlos efectivos; y respecto de los operadores jurídicos, puede ser un factor determinante para favorecer su justiciabilidad.

En efecto, la realización –y en su caso, la reclamación– de los derechos resultará más viable en la medida en que el legislador determine claramente su contenido, sentido y alcance, fije metas y plazos para su consecución, señale las instituciones u órganos responsables, y prevea sistemas de monitoreo y mecanismos de rendición de cuentas.

Evidentemente, el desarrollo de los derechos por el legislador deberá estar en plena consonancia con el orden constitucional, que representa un límite infranqueable a la potestad legislativa, tanto desde el punto de vista formal (las leyes serán válidas sólo si se dictan de conformidad con los procedimientos que establece la Constitución), como desde el punto de vista material (las leyes sólo serán válidas si no contradicen lo dispuesto por la Constitución).

En este sentido, estas constituciones se encuentran en situación de relativo déficit. Aunque algunos derechos han conocido una oportuna y amplia regulación legal, otros están a la espera de la misma, lo que coloca en un cierto compás de espera la generalización de su eficacia.

En resumen, la constitucionalización de todos los derechos y, en su caso, su oportuna configuración legislativa, son condiciones esenciales para su eficacia. El carácter normativo de las constituciones y la apertura del ordenamiento al derecho internacional de los derechos humanos, favorecen igualmente su exigibilidad, pero es necesaria, asimismo, la previsión constitucional de órganos de control judiciales y no judiciales, y de mecanismos idóneos para hacerlos efectivos.

También en este aspecto el constitucionalismo latinoamericano democrático presenta avances, tanto porque las constituciones más recientes habilitan para la reclamación de todos los derechos sin distinción, como porque incluyen una variedad de acciones y procedimientos.

En concreto, por un lado, las defensorías del pueblo cuentan con atribuciones en materia de vigilancia, promoción, difusión y defensa de los derechos en caso de denuncia por posibles violaciones a los mismos.

En segundo lugar, se establecen acciones de amparo (judicial), tutela o protección, como un procedimiento sencillo, breve, de tramitación preferente y efectivo para la protección inmediata de los derechos amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Es el caso de la acción de tutela prevista en el mencionado artículo 86 de la Constitución colombiana, y del amparo previsto en el mencionado artículo 27 de la Constitución venezolana.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana dispone en su artículo 88: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, 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”.

En tercer lugar, tomando como ejemplo la Constitución boliviana en su artículo 134, se prevé la llamada acción de cumplimiento, que “procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida”.

O el artículo 93 de la Constitución ecuatoriana que establece que procede la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional, para “garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”.

En cuarto lugar, se prevé la acción popular, por ejemplo, en el artículo 88 de la Constitución colombiana “para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”, y en el artículo 135 de la Constitución boliviana, “contra todo acto

u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”.

En quinto lugar, el amparo extraordinario procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución. Es el caso de la acción prevista en el artículo 94 de la Constitución ecuatoriana.

En último término, todas estas vías puedan resultar adecuadas para la protección de los derechos siempre que cumplan unas condiciones esenciales, entre las que se incluyen: a) que sean recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; b) que puedan tramitarse como recursos individuales y como acciones colectivas capaces de garantizar los derechos de un grupo determinado o determinable; c) que la legitimación activa sea amplia; d) que ostenten la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en la justicia local; e) que sea posible asegurar la efectiva e inmediata ejecución de las sentencias, incluido el acatamiento de las medidas cautelares<sup>201</sup>.

En resumen, como puede verse, esta configuración de los derechos coloca a la jurisdicción ante un doble reto, por un lado, el reto técnico de hacer frente a la novedad y dimensiones adicionales de la propuesta jurídico-constitucional; pero, por otro, el de encontrar una posición adecuada en el intenso debate político-participativo que sustenta su vigencia política. Es decir, una compleja interacción entre dimensiones jurídicas, políticas y sociales.

---

<sup>201</sup> Véase, por ejemplo, el análisis del ejemplo ecuatoriano en MASAPANTE Gallegos, Christian, “Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana: eficacia en su aplicación y efectividad de la garantía”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 245-272.

## II.5 La estructura de poderes en el constitucionalismo democrático latinoamericano

En el presente epígrafe se dedicará una atención algo más amplia al tema específico (aunque sin ánimo de realizar una descripción general de éste) de la nueva estructura de poderes<sup>202</sup> puesto que resulta esencial para comprender el encaje constitucional de la justicia constitucional en el constitucionalismo latinoamericano democrático y que se aborda en el siguiente epígrafe (II. 6. *El papel de la justicia constitucional en el constitucionalismo democrático latinoamericano: cuestiones de legitimidad y eficacia*).

El constitucionalismo latinoamericano democrático se ha propuesto, efectivamente, una radical reforma del sistema de distribución y organización de poderes, tanto en el plano vertical como en el plano horizontal.

En el plano vertical, este constitucionalismo se propone una actualización del discurso federalista y descentralizador a lo largo de diferentes ejes. Por un lado, se debe partir de la constatación de que en la región, con independencia de que nos encontremos ante sistemas federales o no, lo que ha prevalecido es una peculiar mezcla de centralismo extremo y disgregación periférica. Efectivamente, en todos los países de la región la capital y los órganos centrales del poder han actuado, en términos prácticos, como las únicas instancias de poder estatal, concentrando la dinámica política de la nación y la disposición de sus recursos. Frente a ello, en las periferias han convivido formas de poder social dotadas de alta independencia que se constituían como núcleos más o menos independientes del poder estatal, aunque, en última instancia, dependientes de las decisiones globales del estado central.

Frente a este panorama este constitucionalismo se plantea un difícil reto en torno a tres ideas básicas<sup>203</sup> federalismo, descentralización y participación ciudadana. Efectivamente, la pretensión es configurar un tipo de estado federal descentralizado en los

---

<sup>202</sup> Para la exposición se sigue, fundamentalmente, a CRIADO de Diego, Marcos, “El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-44; y CABO de la Vega, Antonio de, “Institucionalidad y extrainstitucionalidad en el desarrollo de la Constitución Bolivariana de 1999” en *Ágora*, núm. 13, 2005, pp. 69-79.

<sup>203</sup> Sobre esta cuestión, véase últimamente y con gran amplitud, DURÁN Ramírez, Maryan Karinna, *Federalismo, descentralización y participación ciudadana en la Constitución venezolana de 1999*, Tesis Doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, Quito, 2014, a la que se sigue en este punto.

términos consagrados en la Constitución y enmarcado en la democracia participativa. El Federalismo, como forma de Estado, refiere una estructura interna del poder público en el territorio cuyas titularidades están dispersas, organizada en varios niveles institucionales: República, estados, municipios, etc.

La Descentralización, como principio orientador de la organización estatal, supone el traslado de funciones públicas a una persona jurídica de derecho público –territorial o no– o de derecho privado, en virtud de la Constitución, la ley o el reglamento, para que en lo sucesivo lo ejerza de manera autónoma y con los recursos que se le entregan para cumplirla.

La participación ciudadana se presenta como una forma de descentralización en el nivel más elemental, en el sentido de trasladar o atribuir la toma de decisiones sobre asuntos públicos a los propios ciudadanos como miembros de la comunidad, afectados por el interés general, a través de la adopción de diversos mecanismos, contribuyendo con la democracia como principio inspirador de la organización política.

La participación ciudadana hace referencia a un conjunto de mecanismos, institucionalizados o no, a través de los cuales los ciudadanos inciden o buscan incidir en las decisiones públicas con la expectativa de que aquellas decisiones representen sus intereses sociales. La participación se relaciona con la descentralización y el federalismo como una forma de ejercicio del poder en el nivel más esencial: los propios ciudadanos, ya sea por competencia directa o transferida. De forma general, cabe concluir, en primer lugar, que se adopta una forma federal, en la que se reconoce personalidad jurídica y autonomías a Estados y Municipios, etc., pero que financieramente mantienen desde su ámbito de acción gran dependencia del nivel central lo cual le imposibilita el logro de una autonomía plena; en segundo lugar, se constata la existencia de diversas formas de descentralización hacia varios niveles, entre ellos la asignación de competencias a grupos y organizaciones sociales a través de la participación ciudadana, dispuestas en diversas modalidades de rango constitucional, muchas de ellas sin desarrollo normativo, aplicadas directamente de la Constitución y que requieren de una plataforma institucional que garantice su real sentido democrático y salvaguarde los demás derechos fundamentales y ciudadanos; y, por último, que la participación ciudadana, en muchos casos, incide en el

desarrollo de una actividad del Estado más eficiente y eficaz, mejorando la calidad de vida del colectivo y fortaleciendo los valores individuales y sociales.

Con todo, no podemos olvidar que algunas de las resistencias anticonstitucionales que se señalaron en un epígrafe anterior han adoptado una forma marcadamente territorial, configurándose como una lucha, posibilitada por la constitución, pero con el objetivo de impedir su completo desarrollo. Ello ha dado lugar a complejas interacciones políticas que, en algunos casos, han supuesto una considerable separación entre lo previsto constitucionalmente y lo efectivamente logrado.

Adicionalmente, conviene señalar que algunos indicios que ya aparecían en las constituciones de Brasil o Colombia, han alcanzado un extraordinario desarrollo en la ecuatoriana o venezolana. En términos generales, podemos decir que se arbitran “complejos mecanismos de división y separación de funciones y poderes en sus tres variantes: vertical o territorial, horizontal u orgánico-funciona y temporal. Se trata, en este sentido, de un ideal madisoniano de *checks and balances* probablemente sin parangón en el mundo”<sup>204</sup>. Dejando de lado la cuestión del reparto vertical de poder, ya abordada, lo principal es que si “en las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial se mantiene una estructura funcional tripartita del poder público nacional, que luego se ve desbordada por la atribución concreta de competencias a cada complejo orgánico constitucional, en las nuevas constituciones andinas, además de las tres grandes funciones tradicionales del estado, se añaden dos que resultan relativamente novedosas: una es la “función electoral”, que ya cuenta con una importante tradición comparada en el ámbito latinoamericano, y otra la que podríamos denominar, aunque las constituciones se refieren a ella con distinta terminología, “función de control social” que, si bien nunca antes se había regulado como una auténtica función del estado con un complejo orgánico específico a ella adscrito, ya se venía ejerciendo en distintos países de la Región con distintas denominaciones y a través de diversos mecanismos e instrumentos”<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> CABO de la Vega, Antonio de, “Institucionalidad y extrainstitucionalidad en el desarrollo de la Constitución Bolivariana de 1999” en *Ágora*, núm. 13, 2005, p. 70.

<sup>205</sup> CRIADO de Diego, Marcos, “El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 14.

En el caso ecuatoriano, por ejemplo, esta función se basa en la idea de que el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público en ejercicio de su derecho de participación, por lo que sus funciones son de control de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público (art. 204). Está compuesto por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (art. 207 y siguientes) con funciones de participación en la designación de distintas autoridades; la Defensoría del Pueblo (arts. 214 y siguientes); la Contraloría General del Estado (arts. 211 y 212) con funciones de control de la utilización de los recursos estatales; y las Superintendencias (art. 213), que son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales, ambientales, y de los servicios que prestan la entidades públicas y privadas, con el objetivo de estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

A su vez, la Función Electoral, está integrada por el Consejo Nacional Electoral (arts. 218 y 219), con competencias de organización, dirección y vigilancia de los procesos electorales (incluidos los internos de las organizaciones políticas) y de la financiación estatal de las campañas y las organizaciones políticas, convocatoria de elecciones, realizar cómputos electorales, proclamar los resultados y posesionar a los ganadores de las elecciones; y el Tribunal Contencioso Electoral (arts. 220 y 221), con funciones de resolución de recursos electorales y asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. Ambos órganos son designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, previa selección mediante concurso público de oposición y méritos, con postulación e impugnación ciudadana (art. 224) y están sujetos al control social (art. 223).

La atención que estas constituciones dedican a regular cuidadosamente el juego de interacciones y equilibrios entre estos poderes es realmente notable. Por ejemplo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dedica los artículos 136 a 298 a la regulación de los poderes, lo que supone prácticamente la mitad del texto constitucional. En el caso venezolano y ecuatoriano hay una considerable similitud en el sistema de legitimidad de cada uno de los poderes.

Así, para la primera de estas constituciones, “El legislativo y el ejecutivo reciben su legitimidad mediante elecciones libres (arts. 5, 6, 186 y 288), mientras que las máximas

autoridades de los poderes Judicial (miembros del Tribunal Supremo de Justicia y de la jurisdicción disciplinaria), Ciudadano (Defensor del Pueblo, Fiscal General de la República y Contralor General de la República) y Electoral (Consejo Nacional Electoral) se nombran mediante novedosos procedimientos que consisten en una fase previa de selección mediante mecanismos participativos inspirados en el control social, como son los “comités de postulaciones” integrados por organizaciones representativas de intereses distintas de los partidos políticos (arts. 264, 270, 279, 295 y 296) y su nombramiento definitivo por la Asamblea Nacional.

De esta suerte, existe un mecanismo complejo de transmisión de legitimidad, ya que ésta no proviene exclusivamente de la vía indirecta de la elección por el órgano de representación general, sino también de la participación de los intereses concretos en la selección de candidatos.

Incluso, en el caso de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, si transcurrido un plazo de 30 días desde la presentación de las ternas seleccionadas por el comité de postulaciones, la Asamblea no hubiera elegido a un candidato por acuerdo de las dos terceras partes, el Consejo Nacional Electoral someterá la terna a consulta popular (art. 279)<sup>206</sup>; para la segunda, “se dan mecanismos de transmisión semidirecta de legitimidad a las instituciones de control horizontal: existe una distinción entre las autoridades políticas de elección directa (Asamblea Nacional y Presidente de la República) y las autoridades de control y garantía, designadas mediante procesos participativos organizados y tutelados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (art. 207): la Procuraduría General del Estado y las superintendencias de entre las ternas propuestas por el Presidente de la República (art. 208.10), la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del estado, Contraloría General del Estado, Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura (art. 208. 11 y 12), mediante comisiones ciudadanas de selección, integradas por un “delegado” de cada Función del Estado y un número igual de representantes por las organizaciones sociales y la ciudadanía elegidos por sorteo de entre quienes se postulen (uno de los cuales ejercerá como presidente con voto dirimente), encargadas de llevar a

---

<sup>206</sup> *Ibíd.*, p. 21.

cabo el “concurso público de oposición y méritos” con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana (art. 209)”<sup>207</sup>.

Cuál, es, pues, el panorama que se nos ofrece en relación con el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Creo que podemos señalar cuatro conclusiones básicas.

En primer lugar, existe una estructura de poderes de una complejidad inédita en el constitucionalismo anterior, lo que supone que el deslinde competencial es ahora una tarea que implica múltiples cruzamientos y una ponderación más cuidadosa entre los valores y principios involucrados, incorporándose, además, poderes nuevos para los que no existe experiencia jurisdiccional previa.

En segundo lugar, el juego de legitimidades democráticas de estos poderes (de la que se derivaría, en su caso, la mayor o menor deferencia judicial) se ha modificado al establecerse sistemas complejos y novedosos de designación para muchos de ellos, de forma que se ha producido una cierta difusión de la legitimidad democrática por el conjunto de los aparatos estatales.

En tercer lugar, toda la temática de los poderes se ve atravesada por el fenómeno participativo, en forma tal que en los posibles conflictos entre poderes, encontraremos que la ciudadanía ha participado de forma más o menos directa en la conformación de varios de ellos, lo que sugiere un enfoque más cooperativo que confrontativo en la resolución de los mismos.

En cuarto lugar, y contrastando con lo anterior, la distribución de poderes se ha convertido, en algunos casos, en una de las arenas privilegiadas de la lucha entre elementos políticos con intenciones muy dispares en lo que se refiere al desarrollo y afianzamiento de las constituciones, lo que otorga una alta politicidad y conflictividad al ejercicio de la jurisdicción constitucional en esta materia.

---

<sup>207</sup> *Ibíd.*, p. 34.

## **II.6 El papel de la justicia constitucional en el constitucionalismo democrático latinoamericano: cuestiones de legitimidad y eficacia (síntesis)**

En el presente epígrafe se sintetizan las conclusiones anteriores<sup>208</sup> y se añaden algunos elementos nuevos para intentar delinear ciertas líneas básicas desde las que pueda interpretarse el papel de la justicia constitucional en el constitucionalismo democrático, partiendo del postulado de que el carácter histórico de las instituciones constitucionales no permite una traslación en el tiempo y en el espacio de las argumentaciones, valoraciones o explicaciones creadas para contextos diferentes.

Se seguirá, por tanto, la argumentación mantenida hasta este momento tratando de extraer aquellos elementos más importantes para la propuesta de un nuevo paradigma interpretativo de la justicia constitucional, adaptado a los nuevos textos constitucionales y a la nueva realidad histórica.

Conviene, pues, comenzar por señalar, que la justicia constitucional latinoamericana debe actuar dentro de un orden jurídico que no es ya expresión de un dominio monoclase de las burguesía, como lo fue en el constitucionalismo liberal, ni el resultado de un acuerdo biclase entre capital y trabajo, como en el constitucionalismo social clásico. Sino que se desenvuelve en una realidad más compleja en la que se intersectan diferentes alianzas de clase, de estrato y de grupos no directamente clasificables en las anteriores categorías (como los pueblos originarios). Ello supone que la labor de mediación del derecho no tiene como objetivo ni excluir el conflicto de clase y regular las relaciones entre propietarios (como en el caso liberal), ni encauzar el conflicto de clase entre trabajadores y capitalistas mediante formas de negociación a través de representantes con el estado como garante (como en el caso social), sino tareas más poliédricas y, en parte, aún por definir, relativas a la conciliación de intereses múltiples y proyectos y cosmovisiones diversas.

---

<sup>208</sup> Un intento similar, pero referido sólo al caso colombiano en ESCOBAR García, Claudia, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 217-272. Cf., también, MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 279-290.

En segundo lugar –y directamente vinculado con lo anterior– la justicia constitucional debe operar en un contexto jurídico en el que ha quedado en entredicho (o, directamente, impugnado) el monismo jurídico, es decir, la capacidad exclusiva y excluyente del estado en la creación del derecho. Nuevamente, las cortes constitucionales se ven, pues, en una encrucijada no sólo de grupos e intereses políticos, sino de competencia entre sistemas normativos con fuentes de creación y legitimación diferentes.

Es dentro de esta situación de complejidad en la que hay que enmarcar los cuatro elementos básicos del análisis de la posición clásica de la justicia constitucional: el origen, la rigidez constitucional, la objeción contramayoritaria y la idea del legislador negativo.

Como se vio en su momento, el surgimiento de la justicia constitucional en el modelo clásico está ligado a intentos de control de la actuación de posibles mayorías parlamentarias de carácter progresista o democrático. Este vicio de origen no está presente, sin embargo, en el nacimiento de la justicia constitucional en el nuevo constitucionalismo democrático. De hecho, su establecimiento o fortalecimiento es un rasgo característico de los procesos constituyentes, en los que siempre se concibió como un aliado para el desarrollo de las previsiones constitucionales y como una protección frente a posibles vías involucionistas de los agentes de la resistencia anticonstitucional. En este sentido, su origen no difiere del de otras instituciones constitucionales y, en todo caso, el debate se situó en relación con la opción entre salas constitucionales dentro del Tribunal Supremo (como en la República Bolivariana de Venezuela) u órganos independientes (como en el Estado Plurinacional de Bolivia, por ejemplo); o bien, sobre cuántas competencias debía asumir de control concentrado y hasta qué punto debían otorgarse facultades de control constitucional a la jurisdicción ordinaria.

Que los nuevos tribunales nacían con esta vocación pro activa de puesta en funcionamiento del nuevo orden constitucional se comprueba, entre otras cosas, en las resistencias y dificultades que han existido para su efectiva implantación<sup>209</sup>. Igualmente, conviene recordar la incorporación de algunas personalidades muy destacadas del proceso constituyente a las propias Cortes en calidad de jueces (como en el caso emblemático de Nina Pacari).

---

<sup>209</sup> Este tema se analiza ampliamente en el siguiente capítulo para el caso de la Corte Constitucional de Ecuador, por lo que aquí no se insistirá más sobre él.

Esta inserción positiva de la jurisdicción constitucional en el sistema político debe ponerse en estrecha relación con la nueva consideración de la rigidez constitucional. También en este caso, como se vio, la rigidez tuvo un origen histórico netamente material (imposibilitar la adopción de medidas de transformación socioeconómica por parte de los legisladores que pudieran estar controlados por partidos de masas), lo que se vinculaba a un sistema de reforma que dejaba en manos de ciertos grupos y con enormes cautelas esta posibilidad<sup>210</sup>. En definitiva, una rigidez entendida como petrificación de ciertos intereses de clase frente a impulsos transformadores.

Esta noción se revierte por completo en el constitucionalismo democrático. En él, la rigidez (y la supremacía) son expresión de la intervención directa de la ciudadanía en la vida pública y no expresan otra cosa que la voluntad del pueblo de no dejarse “encerrar” por los poderes constituidos. Es decir, vincular cualquier cambio en el texto constitucional a la intervención del pueblo. Se genera así una rigidez de tipo democrático en la que no se pretende evitar el cambio a la constitución, sino canalizar ese cambio por vías genuinamente democráticas. Lo que, como es natural, se correlaciona con métodos de reforma muy abiertos a la participación que, como ya se dijo, desdramatizan la tarea de los tribunales, en el sentido de que una sentencia percibida por la población como contraria al proyecto constituyente, puede ser de una forma (relativamente) sencilla revertida, poniendo en marcha el mecanismo de la reforma constitucional. Sobre esta cuestión se insistirá más adelante.

Por lo que se refiere a la cuestión de la objeción contramayoritaria, ésta se traslada en el caso del constitucionalismo latinoamericano democrático a un nuevo nivel de complejidad. Por un lado, porque dado el carácter intensamente democrático del mismo, cuando se habla ahora de “mayorías” se hace referencia no ya a las mayorías formales o para el derecho, sino, en muchas ocasiones, de las mayorías reales o sociológicas del país. En este sentido, ser contramayoritario es tanto más preocupante, cuanto más legítimamente mayoritario es el poder controlado. Ahora bien, sucede que la justicia constitucional también aparece involucrada en el propio circuito democrático. Ya sea mediante la participación de otros poderes constituidos en su nombramiento (legitimación indirecta, pero menos que en el modelo clásico, en la medida en que son más

---

<sup>210</sup> El famoso “Encerrar al poder constituyente en la representación” al que se refiere NEGRI, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias-Prodhufi, Madrid 1994, p. 20.

democráticos los órganos representativos), ya sea mediante la participación ciudadana en el sistema de postulaciones, ya sea, como en el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, porque los propios jueces son elegidos democráticamente. Se trata, pues, de diferentes expresiones de la gramática democrática, antes que del enfrentamiento de lógicas distintas. O, dicho de otro modo, de la inclusión del principio democrático en formas diferentes de debate y argumentación (política, jurídica, etc.).

Por lo que se refiere a la idea de legislador negativo, hay que recordar que esta teoría se planteó originalmente, como una suerte de compensación al carácter antidemocrático del origen de la jurisdicción constitucional y del funcionamiento de la rigidez, y siempre tomando como requisito la existencia de constituciones formales y avalorativas. Como es obvio, ninguno de estos supuestos se verifica en el caso de las justicias constitucionales aquí contempladas. El extraordinario desarrollo de los derechos en estos textos, acompañado de las normas de aplicación antes analizadas, obligan, directamente desde la constitución, a los tribunales a realizar intervenciones operativas en maximización de los derechos, que no pueden categorizarse como de legislador negativo. Por el contrario, lo que estas constituciones exigen es una relación compleja y triangular entre poderes constituidos, órganos de control y ciudadanía activa para la maximización del programa constitucional.

El carácter dirigente y reglamentista que estas constituciones adoptan, precisamente, en protección de la obra del constituyente, se traduce en un entorno interpretativo mucho más rico y detallado que el del modelo clásico. Aquí no nos encontramos ante enunciaciones escuetas, sino ante desarrollos amplios, con numerosos reenvíos y complicadas interacciones normativas. Por ello, la tarea de la justicia constitucional está, de un lado, más predeterminada pero, por otro, da lugar a una más compleja casuística. Es decir, que existe, también por esta razón, una menor probabilidad de conflictos en términos de legitimidad, ya que los tribunales no tienen por qué referirse a sus propias convicciones o concepciones, sino que pueden fallar a partir del material más amplio que les otorga la propia Constitución, más la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos.

Por otro lado, la asunción de la realidad pluricultural, multiétnica, etc. del país, hace que los juicios valorativos e interpretativos sobre el texto constitucional deban

replantearse ahora más allá de la monoculturalidad criolla para dar cabida a cosmovisiones alternativas. En forma tal que no sólo hay que buscar la concepción de los derechos o la libertad dentro de una cultura, sino la que resulte más aceptable interculturalmente.

Un elemento adicional que complica este panorama valorativo tiene que ver con la concepción que estas constituciones tienen de la relación entre las personas y la naturaleza. Como ya vimos, ello coloca a la jurisdicción constitucional ante una serie de tareas novedosas. Por un lado, la de mediar en la necesaria conciliación entre las necesidades de desarrollo que permitan dar satisfacción a los derechos sociales, y las exigencias de tipo ecológico que aparecen igualmente constitucionalizadas (mediación, además, necesariamente intercultural). Por otro, afrontar la cuestión de la naturaleza como sujeto de derechos y encontrar las vías procesales oportunas para hacerlos valer.

Por otra parte, esta tarea jurisdiccional no puede entenderse al margen del proyecto de integración regional que proponen las constituciones, de forma tal que las afirmaciones de soberanía no pueden conducir a un aislamiento nacionalista en términos de derecho, sino a la búsqueda de convergencias latinoamericanas en el tratamiento, especialmente, de los derechos.

Estas constituciones, además, han realizado un notable esfuerzo por adoptar una perspectiva de género que supere el patriarcalismo tradicional. Posiblemente, no exista aquí un programa desarrollado al que las cortes puedan atenerse, pero sí existe, indudablemente, un mandato de que dicho programa se construya. Se trata de un área en la que resultará especialmente necesario el activismo jurisdiccional.

El amplio catálogo de los derechos constitucionalizados, junto con las normas de aplicación, establecen un marco de complejidad sin parangón en materia de ejercicio de la tarea jurisdiccional. La plena inclusión de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la constitucionalización de los derechos colectivos, de la naturaleza, de las acciones compensatorias, la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, la asunción de una perspectiva intercultural y de género, el reconocimiento de las peculiaridades de la situación de niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con

capacidades especiales, etc. abren, también en este caso, un territorio poco explorado en el que la justicia constitucional tendrá que ir abriendo sus propios caminos.

Por último, en lo relativo a la cuestión del equilibrio y control del poder, nos encontramos con importantes novedades, unas cuantitativas y otra cualitativa. Las cuantitativas tienen que ver con la complejidad del sistema de poderes establecido en estas constituciones y de las interacciones y controles, lo que supone llevar a un máximo desconocido hasta ahora las posibilidades de colaboración, pero también de conflicto, entre poderes. La innovación cualitativa estriba en que el sistema de distribución del poder se encuentra todo él atravesado por formas de participación directa o semidirecta de la ciudadanía que alteran las presunciones de legitimidad con las que había funcionado el mecanismo clásico de vigilancia del reparto de competencias. Sistemas de participación que son concebidos, además, dinámicamente, es decir, en búsqueda de una progresiva devolución del poder hacia la auto-organización. Lo que, consiguientemente, obliga también a una jurisprudencia dinámica y finalista en esta materia.

**CAPÍTULO III. LEGITIMIDAD Y EFICACIA DE  
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL  
ECUADOR**

### III.1 Las provisiones constitucionales y su desarrollo legislativo

#### III.1.1 Antecedentes

En el presente epígrafe se realiza un breve recorrido sobre la situación de la justicia constitucional en Ecuador con anterioridad a la aprobación de la Constitución del 2008<sup>211</sup>. De esta forma, se pretende, de una parte, establecer con claridad la ruptura que supuso el nuevo texto y, de otro, explicar las considerables dificultades que ha tenido que superar su implementación práctica.

En términos muy generales la evolución histórica de la jurisdicción constitucional en Ecuador ha seguido líneas análogas a las de otros países de la región. Así, suele distinguirse una primera fase de soberanía parlamentaria entre 1830 y 1945, una segunda fase de nacimiento de la justicia constitucional entre 1945 y 1996, y los profundos cambios que, desde esa época hasta la actualidad han dado lugar al modelo actual.

Como es obvio, en la primera de estas fases imperaba un sistema de control político que se repartía entre el Congreso, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, siendo el primero de estos órganos el que tenía la última palabra como intérprete definitivo de la constitución, puesto que las decisiones de los otros dos tenían carácter suspensivo y provisional, hasta que el Congreso se manifestara con efectos *erga omnes*. Esto suponía, en la práctica, que aunque los textos constitucionales se referían a la supremacía constitucional, ésta, en realidad, quedaba supeditada a la soberanía parlamentaria. Con diferentes variantes a lo largo del s. XIX y XX se establecieron tímidos sistemas de control de constitucionalidad *a priori*, cuando ejecutivo y legislativo discrepaban sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, mientras imperaba una

---

<sup>211</sup> Sobre esta cuestión, en general, véase SALGADO Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004; GRIJALVA Jiménez, Agustín, “Evolución histórica del control constitucional en Ecuador”, en GRIJALVA Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 171-196; en concreto, para la situación inmediatamente antes de la Constitución, PAZMIÑO Freire, Patricio, “Corte Constitucional: Consecuencia lógica de la evolución histórica del control constitucional”, en VV. AA., *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2007.

negativa expresa a realizar el control de constitucionalidad en concreto por parte de los tribunales u otros órganos<sup>212</sup>.

La segunda etapa viene marcada, al menos formalmente, por la creación en 1945 de un Tribunal de Garantías Constitucionales, parcialmente inspirado en el que se establecía en la Constitución de la II República española de 1931. Con todo, hay que decir que en este período sigue prevaleciendo la multiplicidad de órganos involucrados en el control y una notable preeminencia del Congreso que, entre otras cosas, llevó a la desaparición del Tribunal de Garantías Constitucionales entre 1946 y 1967, volviéndose al sistema anterior del Consejo de Estado.

La Constitución del 45 había nacido como consecuencia de la revolución del 44 – la Gloriosa– y, en consecuencia con ello, pretendía poner fin al autoritarismo y falta de democracia del período anterior y posicionarse frente al auge internacional de los fascismos. En general, al igual que, como vimos, hacía la propia Constitución española del 31, concebía al Tribunal de Garantías más como un órgano político, que como jurisdiccional y lo enfocaba antes al control del ejecutivo que del legislativo (art. 145) que seguía manteniendo la potestad en exclusiva de declarar una norma como inconstitucional y de interpretar la constitución de forma obligatoria. En todo caso y –también análogamente a lo que sucedería en España– el golpe de estado de Velasco Ibarra pondría fin a este experimento, reinstaurando el sistema de Consejo de Estado. En 1968 reaparecería el Tribunal de Garantías Constitucionales para sucumbir, en 1970, a la autoproclamación de Velasco Ibarra como dictador.

Nuevamente, en 1978, con la nueva constitución, se creaba un Tribunal de Garantías Constitucionales de composición política, escasas competencias y subordinado al Congreso. En general, sus decisiones eran provisionales y quedaban sometidas a la decisión final del Congreso. Las reformas introducidas en 1983 y 1992, transfirieron la decisión final sobre inaplicabilidad de normas a una Sala Constitucional de la Corte Suprema, actuando el Tribunal de Garantías Constitucionales como una suerte de primera instancia.

---

<sup>212</sup> De hecho, el artículo 162 de la Constitución de 1929, por ejemplo, prohibía a toda autoridad “negarse a cumplir o aplicar las leyes, invocando que son inconstitucionales”.

En 1995 y 1995, en medio de una fuerte crisis política y militar por el enfrentamiento con Perú, el gobierno de Sixto Durán Ballén impulsaría una serie de reformas que culminarían en la Constitución de 1998. En ellas, en lo que aquí importa, se colocaba al Tribunal Constitucional como instancia final en el control de constitucionalidad, desplazando al Congreso. Se instauraba también el Defensor del Pueblo, el amparo y el *habeas data*.

Tal como quedó el sistema en la Constitución en 1978 incluía los siguientes elementos.

Por un lado, el artículo 272 establecía la prevalencia de la constitución sobre cualquier otra norma legal, disponiendo que las normas que la contradigan “no tendrán valor” y disponiendo la aplicación del principio de jerarquía. Como puede verse por la terminología empleada, estamos todavía en un modelo claramente legicéntrico, en el que sólo se establece el desplazamiento de la norma inconstitucional (no su nulidad), lo que, como se verá, se refuerza luego al hablar de las competencias del Tribunal Constitucional.

El artículo 273 establece la obligación de aplicación directa de las normas de la constitución por parte de jueces y administración “que sean pertinentes”, aunque no hayan sido invocadas de parte.

Además, el artículo 274 crea un control difuso de constitucionalidad, al permitir a los tribunales “declarar inaplicables” las normas contrarias a la Constitución o a los tratados internacionales en el seno de las causas que conozcan, pero sólo con efectos *inter partes*. Esta previsión se acompaña de la obligación de remitir informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional para que resuelva “con carácter general y obligatorio”.

El Tribunal quedaba integrado (artículo 275) por nueve vocales, elegidos por cuatro años y con posibilidad de reelección. Se les exigían los mismos requisitos y se les imponían las mismas prohibiciones que a los ministros de la Corte Suprema de Justicia, en un intento de reforzar su carácter de jurisdicción profesional. Su nombramiento correspondía, por mayoría, al Congreso Nacional, a partir de un variado sistema de nominación. En concreto, se elegían dos de las ternas enviadas por el Presidente de la República, dos de las enviadas por la Corte Suprema de Justicia (que no sean miembros de

la misma), dos de las del Congreso Nacional (con idéntica limitación), uno de la enviada por alcaldes y prefectos provinciales, uno de la enviada por las centrales de trabajadores y organizaciones indígenas y campesinas, y uno más de la enviada por las Cámaras de la Producción. Como puede verse, se trata de un sistema mixto, a medio camino entre lo político y lo jurisdiccional, en el que destaca especialmente, por un lado, la presencia del elemento indígena y, por otro, el de los empresarios.

Entre las competencias que se atribuían al Tribunal Constitucional (artículo 276) se encontraban: resolver demandas de inconstitucionalidad de fondo o forma sobre las normas emitidas por los órganos e instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos. Es decir, no declarar su nulidad, sino sólo la suspensión de efectos<sup>213</sup>, en coherencia con la prevalencia establecida antes para la Constitución. El artículo 278 especificaba, una vez más, que la norma declarada inconstitucional quedaba “sin efecto”, pero que no tendría efectos *ex tunc* (típicos de la nulidad), y que dicha declaratoria no podía ser objeto de “recurso alguno”. El incumplimiento de lo resuelto (en 30 días desde la publicación) conllevaba la sanción para el funcionario responsable.

Igualmente, conocía de la inconstitucionalidad de los actos administrativos que, en caso de ser apreciada, conllevaba su revocación. Estas demandas podían ser presentadas (artículo 277) por el Presidente para el caso de normas; por el Congreso Nacional (por mayoría de sus miembros) y la Suprema Corte de Justicia (por resolución del Pleno) para normas y actos; y por los consejos provinciales o concejos municipales sólo para el caso de actos. Finalmente, podían ser interpuestas por mil ciudadanos o por cualquier persona con informe favorable del Defensor del Pueblo, tanto para normas como para actos.

También aquí tenemos un sistema de legitimación activa muy variado en el que destaca la de la Corte Suprema de Justicia y, sobre todo, la directa de los ciudadanos.

Igualmente, conocía las denegaciones de hábeas corpus, hábeas data y amparo (y las apelaciones previstas para este último), a petición de parte o del Defensor del Pueblo (artículo 277).

---

<sup>213</sup> Existió, en su momento, una cierta polémica sobre el alcance de esta suspensión de efectos, cf. ÁVILA, Luis, *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004.

También dictaminaba las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Presidente de la República contra proyectos de ley, la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales con carácter previo a su aprobación por el Congreso Nacional, a pedido del Presidente de la República (artículo 277).

Por otro lado, se encargaba de dirimir los conflictos de competencias o atribuciones asignadas por la constitución, a solicitud del Presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Corte Suprema de Justicia y de los consejos provinciales y concejos municipales (artículo 277)

Se excluían expresamente de su control, las providencias de la Función Judicial. Previsión que hay que poner en relación con el artículo 95, segundo inciso, que establece que “[n]o serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”. Es decir, quedaba fuera del control de constitucionalidad lo resuelto por el Poder Judicial. Este aspecto resulta fundamental para los fines del presente trabajo, puesto que establece el marco en el que se explican las dificultades que ha encontrado, posteriormente, la acción extraordinaria de protección.

Efectivamente, aunque esta previsión constitucional resultaba una originalidad sin paralelos en la región<sup>214</sup>, el hecho cierto es que estaba (y, en parte, está) en consonancia con una difundida comprensión entre los operadores jurídicos de la fuerza de cosa juzgada y de la seguridad jurídica, que se ha traducido en extraordinarias resistencias a la aplicación de la acción extraordinaria de protección contra resoluciones y sentencias firmes.

El artículo 284, por su parte, establecía que “[e]n caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio”, disponiendo su iniciativa y tramitación en los mismos términos que los previstos para las leyes, pero con el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso Nacional.

---

<sup>214</sup> “De los países de la región, Ecuador es el único que contiene una restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial”, COMISIÓN Andina de Juristas, *Los Procesos de Amparo y Hábeas Corpus: un análisis comparado*, Lima, 2000.

Con este artículo, como puede verse, se cerraba el sometimiento de la justicia constitucional al Congreso en la medida en que éste siempre podía dictar una norma interpretativa para forzar un determinado sentido del texto constitucional. No está claro si estas “interpretaciones” podrían o no ser objeto de control de constitucionalidad del artículo 276.1, aunque la intención del constituyente pareció ser la de excluir tal posibilidad.

*III.1.2. La regulación constitucional.*

Como marco para la comprensión del funcionamiento de la Corte de Transición y de la Corte Constitucional, tema central de este capítulo tercero, procederemos a una somera presentación de la articulación constitucional de la justicia constitucional en la Constitución de 2008.

Con carácter muy general, conviene comenzar por destacar, de un lado, la radical novedad que, considerada en su conjunto, ofrece la nueva regulación constitucional y, por otro, la conservación casi literal de algunos artículos o disposiciones introducidas en las reformas que condujeron a la situación de 1998.

Desde el punto de vista formal, por ejemplo, el título IX de la actual constitución (*Supremacía de la Constitución*) reproduce, casi exactamente el XIII (*De la Supremacía, del control y de la reforma constitucional*) de la de 1998. En ambos casos, nos encontramos con una subdivisión en tres capítulos referidos a supremacía (o principios), corte (o tribunal) y reforma, respectivamente.

Sin embargo, en consonancia con lo que antes se exponía sobre la compleja interacción y equilibrio de poderes en este tipo de constituciones, la Corte Constitucional aparece regulada también en otros 16 artículos y dos disposiciones transitorias, ajenos a al título IX. Como se verá, se establece una variada interrelación con el resto de los poderes y, en lo que aquí importa, especialmente con el Poder Judicial.

La Constitución, efectivamente, ha querido colocar a la Corte Constitucional en el centro del sistema de garantías como coordinador de las mismas dentro del sistema jurisdiccional. A tal efecto, el artículo 86 señala que todas las sentencias dictadas en materia de garantías jurisdiccionales<sup>215</sup> por cualquier órgano jurisdiccional (es decir, acción de protección<sup>216</sup>, acción de hábeas corpus<sup>217</sup>, acción de acceso a la información

---

<sup>215</sup> En general, véase, ALARCÓN Peña, Pablo, “El Estado constitucional de derechos y las garantías jurisdiccionales”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 99-110.

<sup>216</sup> Cf. ANDRADE Quevedo, Karla, “La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 111-138 y MONTAÑA Pinto, Juan, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y

pública<sup>218</sup> y acción de hábeas data<sup>219</sup>) deben “ser remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”. De esta forma, se pretende lograr una unificación de criterios en materia tan sensible como la de garantías de los derechos.

El artículo 87, por su parte, faculta a la disposición de medias cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el fin de evitar o hacer cesar la violación o amenaza al derecho<sup>220</sup>.

Los artículos 93 y 94, encomiendan específicamente dos garantías a la competencia de la Corte Constitucional. Se trata de la acción por incumplimiento<sup>221</sup> que pretende hacer frente a las omisiones o incumplimientos (“La acción por incumplimiento

---

Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 103-130. La acción de protección se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo III, artículos 39 a 42.

<sup>217</sup> Sobre el nuevo hábeas corpus, vid. AGUIRRE, Carlos, “La garantía del hábeas corpus en el Estado constitucional de derechos y justicia”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 159-184 y ÁVILA Linzán, Luis Fernando, “El hábeas corpus en un Estado constitucional de derechos y justicia”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial I. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 153-178. El hábeas corpus se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo IV, artículos 43 a 46.

<sup>218</sup> PORRAS Velasco, Angélica, “La acción de acceso a la información pública”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial I. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 193-224. La acción de acceso a la información pública se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo V, artículos 47 a 51.

<sup>219</sup> Para la nueva regulación del hábeas data, cf. SOTO Cordero, Fabián, “Hábeas data: garantía jurisdiccional del derecho a la autodeterminación informativa”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 185-202 y TORRE, Rosa Elena de la y MONTAÑA PINTO, Juan, “El hábeas data en Ecuador”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial I. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 179-192.

<sup>220</sup> Véase URIBE Terán, Daniel Fernando, “Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador” en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial I. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 83-102. Las medidas cautelares se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo II, artículos 26 a 38.

<sup>221</sup> Cf. MOYA Carrillo, Pablo Fernando, “La acción por incumplimiento: garantía idónea de las personas y grupos de atención prioritaria”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 203-214 y ROMERO Larco, Johanna, “La acción por incumplimiento: garantía de la seguridad jurídica”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial I. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 225-252. La acción por incumplimiento se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo VII, artículos 52 a 57.

tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas<sup>222</sup> que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”) que pretenda garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto (incluido el internacional, hasta en su dimensión de informes) y de la acción extraordinaria de protección a la que se dedica el cuarto capítulo de esta Tesis. Con estas previsiones, se coloca, como antes, a la Corte Constitucional en una posición de pieza de garantía, no ya de la Constitución, sino del conjunto del ordenamiento jurídico, y no ya en su dimensión formal (expedición de normas), sino en su dimensión material (cumplimiento de lo dispuesto en ellas). Se trata de una formidable tarea, pero imprescindible para lograr los fines de transformación social (de transición), que antes se predicaban, en general, del constitucionalismo latinoamericano democrático.

La Corte también desempeña un papel fundamental en lo relativo a las instituciones de participación popular<sup>223</sup>, nuevamente, en una compleja interacción institucional. En concreto, el artículo 104 relativo a las consultas populares convocadas por disposición presidencial, por los gobiernos autónomos descentralizados o por iniciativa ciudadana, establece que “se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas”,<sup>224</sup>. Como puede verse, se trata de establecer un equilibrio entre los procedimientos de intervención de la ciudadanía y las disposiciones constitucionales, estableciendo las oportunas diferencias de procedimiento, de forma tal que lo requerido para una consulta no termine convirtiéndose

---

<sup>222</sup> Desde octubre de 2008 (fecha de inicio de la Corte Constitucional de Transición) hasta enero de 2014 (últimos datos publicados al momento de cierre de esta Tesis Doctoral) se habían dictado 37 sentencias por incumplimiento de norma: 001-09-SAN-CC, 004-09-SAN-CC, 005-09-SAN-CC, 006-09-SAN-CC, 007-09-SAN-CC, 008-09-SAN-CC, 001-10-SAN-CC, 002-10-SAN-CC, 003-10-SAN-CC, 004-10-SAN-CC, 005-10-SAN-CC, 006-10-SAN-CC, 001-12-SAN-CC, 002-12-SAN-CC, 003-12-SAN-CC, 004-12-SAN-CC, 005-12-SAN-CC, 007-12-SAN-CC, 008-12-SAN-CC, 009-12-SAN-CC, 010-12-SAN-CC, 011-12-SAN-CC, 012-12-SAN-CC, 013-12-SAN-CC, 014-12-SAN-CC, 001-13-SAN-CC, 002-13-SAN-CC, 003-13-SAN-CC, 004-13-SAN-CC, 005-13-SAN-CC, 006-13-SAN-CC, 0007-13-SAN-CC, 008-13-SAN-CC, 009-13-SAN-CC, 010-13-SAN-CC, 001-14-SAN-CC, 002-14-SAN-CC.

<sup>223</sup> Sobre esta cuestión, véase, PÓLIT Montes de Oca, Berenice, “Control constitucional de los mecanismos de participación popular directa” en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 63-100.

<sup>224</sup> Desde octubre de 2008 (fecha de inicio de la Corte Constitucional de Transición) hasta enero de 2014 (últimos datos publicados al momento de cierre de esta Tesis Doctoral) se habían dictado 3 dictámenes sobre consultas populares: 001-10-DCP-CC, 001-11-DCP-CC, 0001-13-DCP-CC.

en una reforma constitucional. La rigidez material de la que antes se hablaba no se traduce, pues, en la exclusión de la participación popular, sino en la canalización por diferentes vías que garanticen, según los casos, una más activa y reflexiva participación popular.

El artículo 113 establece la inelegibilidad para cargos de elección popular, entre otros, de los jueces de la Corte Constitucional, que no se haya separado de su cargo con seis meses de anterioridad a la elección. Se trata de evitar influencias indebidas de quienes ostentan cargos dotados de poder público sobre el electorado.

En el artículo 129 se establece un nuevo mecanismo de equilibrios y controles, esta vez referido a la relación entre Ejecutivo y Legislativo<sup>225</sup>. Efectivamente, aunque la Asamblea Nacional puede proceder al juicio político del Presidente o Presidenta de la República, se requiere “el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional”. Es decir, se establece un control sobre la efectiva presencia de las causales constitucionalmente previstas. Algo parecido sucede con el artículo 130. En este caso, la Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República por “arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente”, pero, para ello, se requiere dictamen favorable de la Corte Constitucional. Es decir, la Corte aparece como el árbitro que debe dictaminar de quién son las competencias y si han sido arrojadas o no por parte del Ejecutivo.

En el artículo 134 se establece un sistema de interrelación de la Corte con el poder legislativo en virtud del cual ostenta la iniciativa (como a otra serie de órganos) para presentar proyectos de ley en las materias que les corresponda, pudiendo, además, participar en el debate directamente o mediante delegados. Esta apertura de la iniciativa legislativa es una muestra más de esta concepción compleja de la gramática democrática en la que se busca incorporar a este circuito al mayor número posible de sujetos y procedimientos.

El artículo 139 también se sitúa en este marco de interrelaciones entre poder legislativo y poder ejecutivo. En este sentido, en los casos en que la Presidenta o Presidente de la República objetan un proyecto de ley, fundamentándolo en su

---

<sup>225</sup> Lo relativo al juicio político, a la destitución de la Presidenta o Presidente, Vicepresidenta o Vicepresidente y disolución de la Asamblea Nacional se regula en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo II del Título III, artículos 148 a 153.

inconstitucionalidad total o parcial, se requerirá dictamen de la Corte Constitucional. Se trata, obviamente, de evitar un uso desviado de la institución en la que se trataría de aumentar los poderes del ejecutivo escudándose en una presunta infracción de la Constitución<sup>226</sup>.

En esta misma línea de cuidadoso control y equilibrio entre funciones, destaca el último inciso del artículo 148. En él se contempla la posibilidad de que la Presidencia pueda “expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo”. Hay que recordar que esta Constitución nace, como se vio en su momento, en un momento de fractura económica, en la que resultaba imperativo el rescate de la nación. Por ello, la Constitución abría esta posibilidad de acción inmediata pero, al tiempo, la sometía, de un lado, al control del órgano legislativo y, en lo que aquí importa, requería igualmente dictamen favorable de la Corte Constitucional.

En el caso de cese en sus funciones de la Presidenta o Presidente de la República, por abandono del cargo, se exige que éste sea comprobado por la Corte Constitucional. En este caso, se encomienda a la Corte una comprobación no ya normativa, sino fáctica de la existencia o no de regularidad en el funcionamiento de las instituciones, como paso previo para su declaración por parte de la Asamblea Nacional.

La Corte Constitucional también participa en la declaratoria de los estados de excepción, esta *ultima ratio* del sistema constitucional en la que, en buena medida, se juega su carácter democrático y de limitación del poder. Así, se prevé que la Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente, ello sin perjuicio “del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional”. Es decir, se somete a control de constitucionalidad también este acto

---

<sup>226</sup> El control constitucional de las leyes objetadas por el Presidente o Presidenta de la República se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo X del título III, artículos 131 y 132.

tradicionalmente considerado como esencialmente político y, consecuentemente, exento de control jurisdiccional<sup>227</sup>.

La Corte también se coloca como árbitro dirimente en la cuestión de la conformación de la distribución vertical del poder. Así, el artículo 245 dispone que para la conformación de una región autónoma se requerirá dictamen favorable de la Corte Constitucional. Lo que se complementa con la exigencia posterior (artículo 246) de que las reformas que puedan introducirse en sus estatutos, deban contar igualmente con el dictamen favorable de la Corte.

El artículo 269.5 distingue, en la línea de relaciones complejas entre poderes, entre la resolución administrativa de los conflictos de competencias que surjan entre los distintos niveles de gobierno, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y competencia, y la resolución de esos mismos conflictos, pero en sede constitucional, que se encomienda a la Corte<sup>228</sup>. Intervención, por tanto, múltiple de órganos y procedimientos.

El artículo 425, por su parte, es otro caso de trasposición prácticamente directa de lo que decía el artículo 272, segundo párrafo, de la Constitución de 1978 y se limita a establecer la vinculatoriedad para todos los jueces, autoridades y empleados públicos del principio de jerarquía normativa y a determinar cómo funciona ésta en el caso ecuatoriano (en concreto: 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

---

<sup>227</sup> Véase ESTRELLA, Carmen, “El estado de excepción en Ecuador”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 146-178, especialmente, pp. 172 y ss. El control constitucional de los estados de excepción se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo VII del Título III, artículos 119 a 125. Desde octubre de 2008 (fecha de inicio de la Corte Constitucional de Transición) hasta enero de 2014 (últimos datos publicados al cierre de esta Tesis Doctoral) se habían dictado 22 sentencias sobre estado de excepción (001-08-SEE-CC, 001-09-SEE-CC, 002-09-SEE-CC, 003-09-SEE-CC, 004-09-SEE-CC, 005-09-SEE-CC, 001-10-SEE-CC, 002-10-SEE-CC, 003-10-SEE-CC, 004-10-SEE-CC, 005-10-SEE-CC, 006-10-SEE-CC, 007-10-SEE-CC, 008-10-SEE-CC, 009-10-SEE-CC, 010-10-SEE-CC, 011-10-SEE-CC, 0011-10-SEE-CC, 012-10-SEE-CC, 014-10-SEE-CC, 015-10-SEE-CC, 017-10-SEE-CC) y 14 dictámenes (001-11-DEE-CC, 002-11-DEE-CC, 003-11-DEE-CC, 004-11-DEE-CC, 005-11-DEE-CC, 006-11-DEE-CC, 007-11-DEE-CC, 008-11-DEE-CC, 001-12-DEE-CC, 002-12-DEE-EE, 003-12-DEE-CC, 0001-13-DEE-CC, 001-14-DDE-CC).

<sup>228</sup> Los conflictos de competencias positivos y negativos se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo I del Título V, artículos 145 a 147.

decisiones de los poderes públicos), salvaguardando el principio de supremacía constitucional, al colocarla en la cúspide de la organización normativa<sup>229</sup>.

En el artículo 428<sup>230</sup> entramos ya en el control normativo de constitucionalidad propiamente dicho, en este caso, en forma de consulta de constitucionalidad. Así, “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma”.

La principal regulación de la Corte Constitucional, como es lógico, se concentra en el capítulo segundo del título IX, llamado, precisamente, Corte Constitucional.

El capítulo comienza con el artículo 429 que define a la Corte en los siguientes términos: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”. Este enunciado, aparentemente, sin mayor trascendencia, debe entenderse, sin embargo, en el contexto de la historia de la institución brevemente esbozada en el epígrafe anterior. Hay que recordar, en este sentido, que tanto el control como la interpretación constitucional, habían venido siendo ejercidos en Ecuador por una multiplicidad de órganos (Consejo de Estado, Congreso, Corte Nacional, etc.), con un papel más bien subordinado para los Tribunales y Cortes Constitucionales. Esta situación se invierte totalmente en la Constitución de 2008 con el nuevo papel que se le otorga a la Corte Constitucional en materia de control, interpretación y administración de justicia constitucional.

---

<sup>229</sup> Un ejemplo de análisis de la problemática de la aplicación directa de la Constitución en Ecuador, en VILLACRÉS López, Javier Fernando, “La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en Ecuador”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 335-355.

<sup>230</sup> Cf. AGUIRRE Castro, Pamela Juliana, “Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 293-318.

Para el cumplimiento de sus funciones con independencia el artículo 430 le otorga autonomía administrativa y financiera, remitiendo a la ley lo relativo a su organización, funcionamiento y procedimientos<sup>231</sup>.

El artículo 431 ha establecido, por un lado, la inamovilidad de los jueces de la Corte y, por otro, ha tratado de encontrar un equilibrio entre su inviolabilidad como garantía de independencia y su sometimiento a los controles imprescindibles para garantizar que no existan poderes soberanos dentro de la Constitución. En este sentido, si por un lado los excluye del juicio político, por otro, los somete a los mismos controles que el resto de autoridades públicas, aclarando, además, que responderán por los actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad es civil y penal. En este último caso, los jueces gozan de un fuero especial y de otras peculiaridades procesales, en tanto que su acusación puede realizarla en exclusiva la Fiscal o el Fiscal General de la Nación, y su enjuiciamiento corresponde al pleno de la Corte Nacional de Justicia, exigiéndose una mayoría dos terceras partes de sus integrantes. Para la destitución de los jueces se utiliza un sistema de control interno, conforme al cual se requieren las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional para disponerla, sin bien la constitución deja excesivamente abierta esta posibilidad, al remitir el procedimiento, requisitos y causas a lo determinado por la ley<sup>232</sup>.

El pleno y las correspondientes salas de la Corte se integran por nueve miembros, nombrados por un plazo de nueve años, sin reelección inmediata (en consonancia con el principio de no reelección, con diferentes variantes, que la Constitución establece tanto

---

<sup>231</sup> Como luego se verá, esta ley es básicamente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el Código de Procedimiento Civil como norma subsidiaria para lo procesal y sustantivo, la Ley Orgánica del Servicio Público para lo relativo a su administración, y el Código de la Democracia y la Ley Orgánica de la Función Legislativa para su interacción con la ciudadanía y el poder legislativo.

<sup>232</sup> Según interpretación constitucional:” a) El artículo 431, primer inciso de la Constitución, con toda claridad excluye cualquier posibilidad de juicio político o remoción en contra de jueces de la Corte Constitucional por cualquier organismo que no sea la propia Corte Constitucional, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros; tampoco hay otra norma constitucional que autorice lo contrario, por lo que no existe en la Carta Suprema vacío o antinomia alguna que provoque dudas al respecto. b) En el caso de responsabilidad penal por el eventual cometimiento de delitos comunes como Jueces miembros de la Corte Constitucional, la indagación y acusación deberá ser realizada por la Fiscal o el Fiscal General de la República, y posteriormente juzgados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia emitida con el voto conforme de las dos terceras partes de sus miembros. c) En garantía de salvaguardar la autonomía e independencia de la justicia constitucional, se determina que los jueces de la Corte Constitucional no pueden ser objeto de acciones preprocesales y procesales penales por el contenido de sus opiniones, resoluciones, votos o fallos, consignados o que consignaren en el ejercicio del cargo” Resolución de la Corte Constitucional No. 3, publicada en Registro Oficial Suplemento 372 de 27 de Enero del 2011.

para los cargos de elección popular, como para los de nombramiento por designación. Su renovación, como es normal en el derecho comparado, se produce por tercios, para garantizar la continuidad en la labor jurisdiccional.

La Constitución establece una serie de requisitos para poder ser designado como juez. Además de ser de nacionalidad ecuatoriana y estar en pleno ejercicio de los derechos, se incluyen exigencias técnico-profesionales: tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años. Y otros de carácter ético-político: demostrar probidad y ética, y no pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político. Ello como garantía de no interferencia del circuito partidista en forma directa en la jurisdicción constitucional.

En el proceso de designación de los miembros de la Corte afloran algunos de los rasgos característicos del constitucionalismo latinoamericano democrático que antes señalábamos. En especial: la compleja articulación e interacción entre poderes, y la participación ciudadana como elemento transversal de legitimación y autogobierno popular. En concreto, los jueces y juezas son designados por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realiza entre los candidatos presentados a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. Un elemento importante es que en la integración de la Corte se debe procurar la paridad entre hombres y mujeres. La perspectiva de género aparece aquí, aunque algo tímidamente.

La designación de la Presidencia y de la Vicepresidencia (artículo 435) se realizar por elección interna de los jueces, para un plazo de tres años y sin reelección inmediata, encomendándosele a la Presidenta o Presidente la representación legal de la Corte<sup>233</sup>.

Las atribuciones de la Corte se resumen, básicamente, en el artículo 436, al margen de las que le confiera la ley<sup>234</sup> y, en realidad, de otras ya citadas en otros artículos previos

---

<sup>233</sup> Lo relativo a la estructura, responsabilidad, incompatibilidades, etc. de la Corte Constitucional se regula en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo III del título VII, artículos 170 a 202.

de la Constitución. Si realizamos un pequeño repaso de las mismas podremos observar lo siguiente.

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.*

Nuevamente, se reitera aquí la condición de máximo intérprete constitucional<sup>235</sup>, como ya se dijo, condición disputada en el constitucionalismo histórico del Ecuador, pero se añade su condición de intérprete de los tratados de derechos humanos, en ambos casos con carácter vinculante. Lo que refleja tanto la centralidad de los derechos en el texto constitucional, como su apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

2. *Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.*

Se reconoce aquí la tarea de control de la constitucionalidad de cualquier norma de carácter general<sup>236</sup>, es decir, no sólo de las leyes en sentido formal, ampliando las normas

---

<sup>234</sup> Por ejemplo, el artículo 88 de Ley Orgánica Electoral y de las Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. Código de la Democracia establece: “Si el Consejo Nacional Electoral no cumpliera con la convocatoria a elecciones en el tiempo previsto, la Corte Constitucional le requerirá para que lo observe. Si no se realizare la convocatoria dentro del término de cuarenta y ocho horas después del requerimiento, la Corte Constitucional hará la convocatoria, destituirá a los consejeros o consejeras del Consejo Nacional Electoral responsables del no cumplimiento y llamará a los suplentes que completarán el período para el cual fueron designados los principales. Si los suplentes no concurrieren a pesar del llamamiento de la Corte Constitucional, ésta designará vocales Interinos y notificará al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para que proceda al concurso de oposición y méritos para nombrar los nuevos integrantes, dentro del plazo de treinta días. Los vocales así nombrados durarán el tiempo que la Constitución establece”. Es decir, una nueva intervención de la Corte en garantía de los valores democráticos de la Constitución.

<sup>235</sup> En el capítulo III del Título V de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional se regula específicamente una acción de interpretación de “las normas de la parte orgánica de la Constitución de la República (...) siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación”. La legitimación activa se otorga no sólo a las diferentes Funciones sino también a un grupo de ciudadanos que cuenten con el 0,25 % del registro nacional electoral. Desde octubre de 2008 (fecha de comienzo de la Corte Constitucional de Transición) hasta enero de 2014 (últimos datos publicados al cierre de esta Tesis Doctoral), se habían dictado 11 sentencias en acción de interpretación constitucional: 001-08-SI-CC, 002-08-SI-CC, 001-09-SIC-CC, 002-09-SIC-CC, 003-09-SIC-CC, 004-09-SIC-CC, 005-09-SIC-CC, 006-09-SIC-CC, 002-10-SIC-CC, 003-10-SIC-CC, 001-12-SIC-CC).

<sup>236</sup> Vid. GALLEGOS Herrera, Daniel, “El control formal de constitucionalidad de los actos normativos”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 319-355 y GUERRERO del Pozo, Juan Francisco, “Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y*

objeto de control, respecto de lo que predicaba el sistema clásico, que encomendaba el control de constitucionalidad de las normas infralegales a la jurisdicción ordinaria. También en contraste con lo que sucedía en la justicia constitucional clásica, desaparece aquí la nulidad como único remedio frente a la inconstitucionalidad (nulidad que resultaba de esa concepción del tribunal como legislador negativo antes comentada), estableciéndose, en cambio, su invalidez y abriendo con ello a una articulación más compleja y rica los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Desde octubre de 2008 (fecha de comienzo de la Corte de transición) hasta enero de 2014 (últimos datos publicados hasta el cierre de la redacción de esta Tesis Doctoral), se habían dictado 101 sentencias por inconstitucionalidad de norma<sup>237</sup> y 6 de inconstitucionalidad de acto administrativo<sup>238</sup>

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

También aquí encontramos una diferencia con el carácter estrictamente rogado de la justicia constitucional clásica. Aunque algunos sistemas habían ido creando pretorianamente instituciones similares a éstas, en la Constitución de 2008, desde un principio, no sólo por economía procesal, sino sobre todo para maximizar el programa constitucional, en último término, cometido fundamental de todos los órganos y poderes, incluida la Corte.

---

*otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 101-144. El control abstracto de constitucionalidad se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el Título III, artículos 74 a 140.

<sup>237</sup> 001-09-SIN-CC, 002-09-SIN-CC, 004-09-SIN-CC, 005-09-SIN-CC, 001-10-SIN-CC, 002-10-SIN-CC, 003-10-SIN-CC, 004-10-SIN-CC, 005-10-SIN-CC, 006-10-SIN-CC, 007-10-SIN-CC, 008-10-SIN-CC, 009-10-SIN-CC, 001-11-SIN-CC, 002-11-SIN-CC, 003-11-SIN-CC, 003-11-SIN-CC, 004-11-SIN-CC, 005-11-SIN-CC, 005-11-SIN-CC, 005-11-SIN-CC, 005-11-SIN-CC, 001-12-SIN-CC, 002-12-SIN-CC, 003-12-SIN-CC, 004-12-SIN-CC, 005-12-SIN-CC, 006-12-SIN-CC, 007-12-SIN-CC, 008-12-SIN-CC, 009-12-SIN-CC, 010-12-SIN-CC, 011-12-SIN-CC, 012-12-SIN-CC, 013-12-SIN-CC, 014-12-SIN-CC, 015-12-SIN-CC, 016-12-SIN-CC, 017-12-SIN-CC, 018-12-SIN-CC, 019-12-SIN-CC, 020-12-SIN-CC, 021-12-SIN-CC, 022-12-SIN-CC, 023-12-SIN-CC, 024-12-SIN-CC, 025-12-SIN-CC, 027-12-SIN-CC, 028-12-SIN-CC, 001-13-SIN-CC, 002-13-SIN-CC, 003-13-SIN-CC, 004-13-SIN-CC, 005-13-SIN-CC, 006-13-SIN-CC, 007-13-SIN-CC, 008-13-SIN-CC, 009-13-SIN-CC, 010-13-SIN-CC, 011-13-SIN-CC, 012-13-SIN-CC, 013-13-SIN-CC, 001-14-SIN-CC.

<sup>238</sup> 001-10-SIA-CC, 001-12-SIA-CC, 002-12-SIA-CC, 003-12-SIA-CC, 001-13-SIA-CC, 002-13-SIA-CC.

4. *Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.*

En esta misma línea, se incluyen como parte del control de constitucionalidad a los actos administrativos de efectos generales, saliendo así al paso de una distinción clásica en el sistema paleopositivistas pero que, en la práctica, se había venido desdibujando y abriendo una esfera de *quasi* normas sin control, amparadas por su forma de actos.

5. *Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.*

En este apartado se reitera lo que antes se vio sobre la acción de incumplimiento, como este mecanismo general tendente a garantizar no ya la validez, sino la eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo normas, actos, resoluciones judiciales y *soft-law* internacional.

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 seleccionados por la Corte para su revisión.*

En el numeral seis se incluyen dos aspectos de enorme trascendencia. Por un lado, la creación de jurisprudencia vinculante para las garantías jurisdiccionales y, por otro, la capacidad de revisión de casos por parte de la Corte (a la manera del *certiorari*)

7. *Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.*

En este apartado se contempla el clásico control de competencias, redactado con notable amplitud, pues incluye no sólo a los clásicos poderes (Funciones en terminología

constitucional), sino también a los órganos constitucionales<sup>239</sup>. No se contemplan, en cambio, en forma específica, las relaciones verticales de poder, como posible origen de conflicto de competencias.

8. *Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.*

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 166, se establece el control de constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción, pero añadiendo las características de inmediato y de oficio. Una nueva diferencia con el método clásico de justicia rogada de la jurisdicción constitucional.

9. *Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.*

Con este apartado se ha pretendido cerrar el círculo clásicamente expresado como “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, pero añadiéndole, ahora, una potestad de control y sanción del incumplimiento de sus resoluciones, igualmente ajeno al modelo clásico<sup>240</sup>. Desde octubre de 2008 (surgimiento de la Corte Constitucional de Transición) hasta enero de 2014 (últimos datos publicados en el momento de cierre de esta Tesis Doctoral) se han dictado 114 sentencias por incumplimiento de sentencia<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley Orgánica Electoral y de las Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. Código de la Democracia establece: “Los conflictos de competencia que surjan entre el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, que no sean resueltas con el acuerdo de las partes, se someterán a conocimiento y resolución de la Corte Constitucional”. Desde octubre de 2008 (fecha de inicio de la Corte Constitucional de Transición) hasta enero de 2014 (últimos datos publicados al cierre de esta Tesis Doctoral) se habían dictado 3 sentencias de dirimencia de competencias constitucionales: 001-10-DGP-CC, 001-11-DGP-CC, 0001-13-DGP-CC.

<sup>240</sup> Véase URIBE Terán, Daniel Fernando, “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial I. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 253-274. Lo relativo a los incumplimientos de sentencias y dictámenes constitucionales se regula en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el Título VI, artículos 162 a 165.

<sup>241</sup> 001-09-SIS-CC, 002-09-SIS-CC, 003-09-SIS-CC, 004-09-SIS-CC, 004-09-SIS-CC, 005-09-SIS-CC, 006-09-SIS-CC, 007-09-SIS-CC, 008-09-SIS-CC, 009-09-SIS-CC, 010-09-SIS-CC, 011-09-SIS-CC, 012-09-SIS-CC, 013-09-SIS-CC, 014-09-SIS-CC, 015-09-SIS-CC, 016-09-SIS-CC, 001-10-SIS-CC, 002-10-SIS-CC, 005-10-SIS-CC, 006-10-SIS-CC, 007-10-SIS-CC, 008-10-SIS-CC, 009-10-SIS-CC, 010-10-SIS-CC, 011-10-SIS-CC, 012-10-SIS-CC, 013-10-SIS-CC, 014-10-SIS-CC, 015-10-SIS-CC, 016-10-SIS-CC, 017-10-SIS-CC, 018-10-SIS-CC, 019-10-SIS-CC, 020-10-SIS-CC, 021-10-SIS-CC, 022-10-SIS-CC, 023-10-SIS-CC, 024-10-SIS-CC, 025-10-SIS-CC, 027-10-SIS-CC, 028-10-SIS-CC, 029-10-SIS-CC, 030-10-SIS-CC, 031-10-SIS-CC, 001-

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

El apartado 10 introduce una novedad radical en la comprensión de la tarea de la justicia constitucional que, en la región, se venía preparando desde la Constitución de Brasil. Se trata del problema de la inconstitucionalidad por omisión<sup>242</sup>, con una importante calificación. No se trata sólo de que las instituciones o autoridades públicas no respeten un mandato constitucional en el plazo previsto para ello (ya sea mediante la no expedición de norma o la no realización de acto), sino de que, además, cuando no existe dicho plazo, demoren de manera irrazonable el cumplimiento de lo dispuesto. Aclarándose que no sólo se trata de la omisión total (ausencia absoluta de norma o acto), sino también de la parcial (norma o acto que no saturan el mandato constitucional). Cuando se dan estos supuestos de hecho, la Constitución faculta a la Corte para que, con carácter provisional, expida dicha norma o acto omitido. Nos encontramos, pues, en un escenario por completo distinto al de la jurisdicción clásica. Ahora, queda descartada su condición de legislador negativo, puesto que se le ordena (“expedirá”), no faculta, para que dicte normas y, además, para que dicte también actos. Es decir, que en maximización del programa constitucional, la Corte, como garante último de dicho texto, participa en las funciones legislativas y ejecutivas, no como controlador, sino como agente. Naturalmente, tal previsión se realiza con carácter provisional, puesto que siempre está al alcance de la

---

11-SIS-CC, 002-11-SIS-CC, 004-11-SIS-CC, 005-11-SIS-CC, 006-11-SIS-CC, 007-11-SIS-CC, 008-11-SIS-CC, 009-11-SIS-CC, 010-11-SIS-CC, 011-11-SIS-CC, 001-12-SIS-CC, 002-12-SIS-CC, 003-12-SIS-CC, 004-12-SIS-CC, 005-12-SIS-CC, 006-12-SIS-CC, 07-12-SIS-CC, 008-12-SIS-CC, 009-12-SIS-CC, 010-12-SIS-CC, 011-12-SIS-CC, 012-12-SIS-CC, 013-12-SIS-CC, 014-12-SIS-CC, 015-12-SIS-CC, 017-12-SIS-CC, 018-12-SIS-CC, 019-12-SIS-CC, 020-12-SIS-CC, 021-12-SIS-CC, 022-12-SIS-CC, 023-12-SIS-CC, 024-12-SIS-CC, 025-12-SIS-CC, 026-12-SIS-CC, 027-12-SIS-CC, 028-12-SIS-CC, 029-12-SIS-CC, 030-12-SIS-CC, 031-12-SIS-CC, 032-12-SIS-CC, 033-12-SIS-CC, 034-12-SIS-CC, 035-12-SIS-CC, 036-12-SIS-CC, 037-12-SIS-CC, 038-12-SIS-CC, 039-12-SIS-CC, 040-12-SIS-CC, 0041-12-SIS-CC, 001-13-SIS-CC, 0002-13-SIS-CC, 003-13-SIS-CC, 0004-13-SIS-CC, 005-13-SIS-CC, 006-13-SIS-CC, 001-14-SIS-CC, 002-14-SIS-CC, 003-14-SIS-CC, 004-14-SIS-CC, 005-14-SIS-CC, 006-14-SIS-CC, 007-14-SIS-CC, 008-14-SIS-CC, 009-14-SIS-CC, 011-14-SIS-CC, 012-14-SIS-CC, 014-14-SIS-CC, 015-14-SIS-CC.

<sup>242</sup> El control constitucional de las omisiones normativas se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo XI del Título III, artículos 128 a 130.

institución o autoridad correspondiente, dictar la norma o acto correspondientes y salir así de la omisión constitucional<sup>243</sup>.

*Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. 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.*

El artículo 437 es objeto de estudio monográfico en el cuarto capítulo de esta tesis, por lo que se omite aquí su consideración. Baste decir, a reserva del análisis cuantitativo más detallado que se hará luego, que entre octubre de 2008 (fecha en que arranca la Corte de Transición) y enero de 2014 (últimos datos publicados a la fecha de cierre de esta Tesis) se habían dictado 624 sentencias en acciones extraordinarias de protección por parte de la Corte, lo que supone casi el 54 por ciento de todas las sentencias y dictámenes<sup>244</sup>.

<sup>243</sup> Desde octubre de 2008 (fecha de inicio de la Corte Constitucional de Transición) hasta enero de 2014 (últimos datos publicados al cierre de esta Tesis Doctoral) se había dictado 3 sentencias de inconstitucionalidad por omisión: 001-11-SIO-CC, 001-13-SIO-CC, 0001-13-SIO-CC.

<sup>244</sup> 00S-09-SEP-CC, 01L-09-SEP-CC, 001-09-SEP-CC, 002-09-SEP-CC, 003-09-SEP-CC, 006-09-SEP-CC, 007-09-SEP-CC, 008-09-SEP-CC, 009-09-SEP-CC, 010-09-SEP-CC, 012-09-SEP-CC, 013-09-SEP-CC, 014-09-SEP-CC, 015-09-SEP-CC, 016-09-SEP-CC, 017-09-SEP-CC, 018-09-SEP-CC, 019-09-SEP-CC, 020-09-SEP-CC, 021-09-SEP-CC, 022-09-SEP-CC, 023-09-SEP-CC, 024-09-SEP-CC, 025-09-SEP-CC, 026-09-SEP-CC, 027-09-SEP-CC, 028-09-SEP-CC, 029-09-SEP-CC, 030-09-SEP-CC, 031-09-SEP-CC, 032-09-SEP-CC, 034-09-SEP-CC, 035-09-SEP-CC, 036-09-SEP-CC, 037-09-SEP-CC, 038-09-SEP-CC, 001-10-SEP-CC, 002-10-SEP-CC, 003-10-SEP-CC, 004-10-SEP-CC, 005-10-SEP-CC, 006-10-SEP-CC, 007-10-SEP-CC, 008-10-SEP-CC, 009-10-SEP-CC, 010-10-SEP-CC, 011-10-SEP-CC, 012-10-SEP-CC, 013-10-SEP-CC, 014-10-SEP-CC, 015-10-SEP-CC, 016-10-SEP-CC, 017-10-SEP-CC, 018-10-SEP-CC, 019-10-SEP-CC, 020-10-SEP-CC, 021-10-SEP-CC, 022-10-SEP-CC, 023-10-SEP-CC, 024-10-SEP-CC, 025-10-SEP-CC, 026-10-SEP-CC, 027-10-SEP-CC, 028-10-SEP-CC, 029-10-SEP-CC, 030-10-SEP-CC, 031-10-SEP-CC, 032-10-SEP-CC, 033-10-SEP-CC, 034-10-SEP-CC, 035-10-SEP-CC, 036-10-SEP-CC, 037-10-SEP-CC, 038-10-SEP-CC, 039-10-SEP-CC, 040-10-SEP-CC, 041-10-SEP-CC, 042-10-SEP-CC, 043-10-SEP-CC, 044-10-SEP-CC, 045-10-SEP-CC, 046-10-SEP-CC, 047-10-SEP-CC, 048-10-SEP-CC, 049-10-SEP-CC, 050-10-SEP-CC, 051-10-SEP-CC, 053-10-SEP-CC, 057-10-SEP-CC, 058-10-SEP-CC, 059-10-SEP-CC, 060-10-SEP-CC, 061-10-SEP-CC, 062-10-SEP-CC, 063-10-SEP-CC, 064-10-SEP-CC, 065-10-SEP-CC, 066-10-SEP-CC, 067-10-SEP-CC, 068-10-SEP-CC, 069-10-SEP-CC, 070-10-SEP-CC, 072-10-SEP-CC, 072-10-SEP-CC, 073-10-SEP-CC, 074-10-SEP-CC, 075-10-SEP-CC, 077-10-SEP-CC, 001-11-SEP-CC, 002-11-SEP-CC, 003-11-SEP-CC, 004-11-SEP-CC, 005-11-SEP-CC, 006-11-SEP-CC, 007-11-SEP-CC, 008-11-SEP-CC, 09-11-SEP-CC, 009-11-SEP-CC, 010-11-SEP-CC, 011-11-SEP-CC, 012-11-SEP-CC, 013-11-SEP-CC, 014-11-SEP-2011-CC, 015-11-SEP-CC, 016-11-SEP-CC, 017-11-SEP-CC, 018-11-SEP-CC, 021-11-SEP-CC, 022-11-SEP-CC, 024-11-SEP-CC, 025-11-SEP-CC, 026-11-SEP-CC, 027-11-SEP-CC, 028-11-SEP-CC, 029-11-SEP-CC, 030-11-SEP-CC, 031-11-SEP-CC, 032-11-SEP-CC, 033-11-SEP-CC, 034-11-SEP-CC, 035-11-SEP-CC, 036-11-SEP-CC, 037-11-SEP-CC, 038-11-SEP-CC, 039-11-SEP-CC, 040-11-SEP-CC, 041-11-SEP-CC, 042-11-SEP-CC, 043-11-SEP-CC, 044-11-



*438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados. 3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.*

El artículo 438, en su apartado primero, establece, con ciertas imprecisiones, un sistema de control previo de tratados internacionales<sup>245</sup>. Por un lado, parece restringir el control a los tratados en los que interviene la Asamblea Nacional<sup>246</sup>, excluyendo, por tanto, los que ratifique directamente la Presidenta o Presidente de la República. Por otra parte, la Constitución habla de ratificación por parte de la Asamblea, siendo que ésta sólo autoriza o aprueba, ya que la ratificación (artículo 418) corresponde siempre a la Presidenta o Presidente). En todo caso, se han emitido 110 sentencias sobre Tratados

---

CC, 105-13-SEP-CC, 106-13-SEP-CC, 107-13-SEP-CC, 108-13-SEP-CC, 109-13-SEP-CC, 110-13-SEP-CC, 111-13-SEP-CC, 112-13-SEP-CC, 113-13-SEP-CC, 114-13-SEP-CC, 115-13-SEP-CC, 116-13-SEP-CC, 117-13-SEP-CC, 118-13-SEP-CC, 119-13-SEP-CC, 120-13-SEP-CC, 121-13-SEP-CC, 122-13-SEP-CC, 123-13-SEP-CC, 124-13-SEP-CC, 125-13-SEP-CC, 126-13-SEP-CC, 127-13-SEP-CC, 128-13-SEP-CC, 129-13-SEP-CC, 130-13-SEP-CC, 132-13-SEP-CC, 001-14-SEP-CC, 002-14-SEP-CC, 002-14-SEP-CC, 003-14-SEP-CC, 005-14-SEP-CC, 006-14-SEP-CC, 008-14-SEP-CC, 009-14-SEP-CC, 010-14-SEP-CC, 011-14-SEP-CC, 012-14-SEP-CC, 013-14-SEP-CC, 014-14-SEP-CC, 015-14-SEP-CC, 016-14-SEP-CC, 017-14-SEP-CC, 018-14-SEP-CC, 019-14-SEP-CC, 020-14-SEP-CC, 021-14-SEP-CC, 022-14-SEP-CC, 023-14-SEP-CC, 024-14-SEP-CC, 025-14-SEP-CC, 026-14-SEP-CC, 027-14-SEP-CC, 028-14-SEP-CC, 029-14-SEP-CC, 030-14-SEP-CC, 031-14-SEP-CC, 032-14-SEP-CC, 033-14-SEP-CC, 034-14-SEP-CC, 035-14-SEP-CC, 036-14-SEP-CC, 036-14-SEP-CC, 037-14-SEP-CC, 038-14-SEP-CC, 039-14-SEP-CC, 040-14-SEP-CC, 041-14-SEP-CC, 042-14-SEP-CC, 043-14-SEP-CC, 044-14-SEP-CC, 045-14-SEP-CC, 048-14-SEP-CC, 049-14-SEP-CC, 049-14-SEP-CC, 050-14-SEP-CC, 051-14-SEP-CC, 052-14-SEP-CC, 053-14-SEP-CC, 054-14-SEP-CC, 055-14-SEP-CC, 057-14-SEP-CC, 058-14-SEP-CC, 059-14-SEP-CC, 060-14-SEP-CC, 061-14-SEP-CC, 062-14-SEP-CC, 063-14-SEP-CC, 064-14-SEP-CC, 065-14-SEP-CC, 066-14-SEP-CC, 067-14-SEP-CC, 069-14-SEP-CC, 070-14-SEP-CC, 072-14-SEP-CC, 073-14-SEP-CC, 073-14-SEP-CC, 074-14-SEP-CC, 075-14-SEP-CC, 076-14-SEP-CC, 077-14-SEP-CC, 078-14-SEP-CC, 079-14-SEP-CC, 080-14-SEP-CC, 081-14-SEP-CC, 082-14-SEP-CC, 083-14-SEP-CC, 084-14-SEP-CC, 085-14-SEP-CC, 086-14-SEP-CC, 088-14-SEP-CC, 092-14-SEP-CC.

<sup>245</sup> El control constitucional de los tratados internacionales se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo V del Título III, artículos 107 a 112.

<sup>246</sup> Es decir (artículo 419), los que: “1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético”.

Internacionales entre octubre de 2008, fecha de comienzo de la Corte de Transición y enero de 2014, últimos datos publicados al momento de cierre de esta Tesis Doctoral<sup>247</sup>.

En los apartados 2 y 3, se reitera lo dispuesto en el artículo 104 (*q. v.*) sobre dictamen previo y vinculante en consultas populares, y en el artículo 139 (*q. v.*) sobre objeción por motivos de inconstitucionalidad por parte de la Presidenta o Presidente a los proyectos de ley, respectivamente.

*Art. 439.- Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.*

El artículo 439 hace parcialmente frente a uno de los problemas tradicionales de la justicia constitucional: la inadecuación procesal de las acciones diseñadas en el constitucionalismo liberal, para la protección de los derechos en las sociedades fuertemente corporativizadas de los estados sociales (en sus diferentes etapas y variantes). En este sentido, las garantías constitucionales concebidas históricamente como típicamente individuales, se abren, ahora, a su dimensión colectiva, incorporando la técnica de las acciones colectivas (*class actions*)

*Art. 440.- Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables.*

Por último, este capítulo segundo se cierra con la previsión de que las sentencias y autos de la Corte son definitivos e inapelables. En realidad, esta previsión despliega toda

---

<sup>247</sup> 005-09-DTI-CC, 001-09-DTI-CC, 002-09-DTI-CC, 006-09-DTI-CC, 007-09-DTI-CC, 008-09-DTI-CC, 009-09-DTI-CC, 010-09-DTI-CC, 011-09-DTI-CC, 012-09-DTI-CC, 001-10-DTI-CC, 002-10-DTI-CC, 003-10-DTI-CC, 004-10-DTI-CC, 005-10-DTI-CC, 007-10-DTI-CC, 008-10-DTI-CC, 009-10-DTI-CC, 0010-10-DTI-CC, 011-10-DTI-CC, 012-10-DTI-CC, 013-10-DTI-CC, 014-10-DTI-CC, 015-10-DTI-CC, 006-10-DTL-CC, 017-10-DTI-CC, 018-10-DTI-CC, 019-10-DTI-CC, 020-10-DTI-CC, 021-10-DTI-CC, 022-10-DTI-CC, 023-10-DTI-CC, 024-10-DTI-CC, 025-10-DTI-CC, 026-10-DTI-CC, 027-10-DTI-CC, 028-10-DTI-CC, 029-10-DTI-CC, 030-10-DTI-CC, 031-10-DTI-CC, 032-10-DTI-CC, 033-10-DTI-CC, 034-10-DTI-CC, 035-10-DTI-CC, 036-10-DTI-CC, 037-10-DTI-CC, 038-10-DTI-CC, 039-10-DTI-CC, 040-10-DTI-CC, 041-10-DTI-CC, 042-10-DTI-CC, 043-10-DTI-CC, 044-10-DTI-CC, 002-11-DTI-CC, 003-11-DTI-CC, 004-11-DTI-CC, 005-11-DTI-2011, 006-11-DTI-CC, 007-11-DTI-CC, 008-11-DTI-CC, 008-11-DTI-CC, 010-11-DTI-CC, 011-11-DTI-CC, 012-11-DTI-CC, 013-11-DTI-CC, 014-11-DTI-CC, 015-11-DTI-CC, 016-11-DTI-CC, 001-12-DTI-CC, 001-12-DTI-CC, 002-12-DTI-CC, 002-12-DTI-CC, 003-12-DTI-CC, 003-12-DTI-CC, 004-12-DTI-CC, 004-12-DTI-CC, 005-12-DTI-CC, 033-12-DTI-CC, 0001-013-DTI-CC, 002-13-DTI-CC, 003-13-DTI-CC, 004-13-DTI-CC, 005-13-DTI-CC, 006-13-DTI-CC, 007-13-DTI-CC, 008-13-DTI-CC, 009-13-DTI-CC, 010-13-DTI-CC, 011-13-DTI-CC, 012-13-DTI-CC, 013-13-DTI-CC, 014-13-DTI-CC, 015-13-DTI-CC, 017-13-DTI-CC, 018-13-DTI-CC, 019-13-DTI-CC, 021-13-DTI-CC, 022-13-DTI-CC, 024-13-DTI-CC, 025-13-DTI-CC, 027-13-DTI-CC, 028-13-DTI-CC, 029-13-DTI-CC, 030-13-DTI-CC, 0032-13-DTI-CC, 0033-13-DTI-CC, 001-14-DTI-CC, 002-14-DTI-CC, 003-14-DTI-CC, 004-14-DTI-CC.

su validez en el ámbito interno porque, como es sabido, también mediando sentencia de la Corte Constitucional, es posible recibir un pronunciamiento ulterior y de sentido contrario de las instancias internacionales, en particular, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

*Art. 443.- La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso.*

El artículo 443, por su parte, se refiere a la participación de la Corte Constitucional en el proceso de reforma constitucional<sup>248</sup>. A pesar de su brevedad, se trata de una previsión sumamente importante, si recordamos la prioridad que esta constitución da al tema de la participación y a la dimensión material de la rigidez. Efectivamente, como ya se indicó, el sistema en su conjunto funciona para evitar que la norma constitucional quede en manos de los poderes constituidos, exigiendo que participe el pueblo directamente. Pues bien, aquí lo que se determina es que tampoco el procedimiento quedará en manos de los poderes constituidos, sino que éstos deberán adaptarse a lo previsto constitucionalmente, actuando la Corte Constitucional como garante. Conviene advertir que, aunque no sean objeto de estudio aquí, las previsiones constitucionales sobre la reforma no son, en algunos de sus extremos, todo lo detalladas que sería de desear por lo que la Corte no sólo tendrá que actuar decidiendo en cada caso cuál de los procedimientos debe adoptarse, sino, lo que es más, aclarando en qué consisten, en el nivel de detalle, estos mismos procedimientos. Sobre esta cuestión véase lo que se dice más abajo en las normas de desarrollo sobre la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador (Código de la democracia).

---

<sup>248</sup> Esta participación se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo IV, del título III, artículos 99 a 106. Por el momento, sólo se ha dictado un dictamen sobre reforma constitucional, el transcendental 001-11-DRC-CC en el que se ejerció un intenso control sobre las preguntas y las vías inicialmente planteadas. Entre otras cosas, se dispuso que “la Corte considera que la introducción a las preguntas deben tener un carácter estrictamente informativo y deben ser redactadas de manera tal que no induzcan la respuesta al votante y tampoco deben incluir información parcial o engañosa, que pueda viciar la voluntad política de los sufragantes, expresada en las urnas” (p. 32), por lo “que esta Corte considera inconstitucionales todas las frases introductorias a las preguntas contenidas en la propuesta de convocatoria, determinando que las mismas deben ser suprimidas, reformadas por un título informativo o descriptivo del contenido de las preguntas” (p. 33). Como puede observarse, la Corte realizó un control material de constitucionalidad, no ya sólo sobre el contenido de las preguntas, sino sobre el procedimiento en su totalidad, actuando en garantía de la legítima y significativa participación de la ciudadanía que podría quedar desvirtuada si junto a la pregunta aparecían otra serie de elementos que pudieran resultar más o menos tendenciosos. Por otra parte, también sentó el precedente en cuanto a la regulación de las diferentes vías de reforma.

En resumen, como puede verse, una regulación con una extraordinaria amplitud de funciones y una comprensión de la jurisdicción constitucional muy alejada de las concepciones tradicionales de legislador negativo, actuación rogada o garante formal de la constitucionalidad.

Más concretamente, por lo que se refiere al control de la constitucionalidad, podemos distinguir entre control *ex ante* y control *ex post*.

El control *ex ante* mantiene algunos de los caracteres que ya estaban presentes en la Constitución del 98, pero ampliándolos considerablemente. Así, además del control previo a los tratados internacionales (con las limitaciones antes vistas) y a las objeciones constitucionales por inconstitucionalidad, se añaden ahora el control de las preguntas propuestas para consultas populares<sup>249</sup> y la calificación de procedimiento pertinente para la reforma constitucional. Por último, se establece el control de los proyectos de estatutos de autonomía regional<sup>250</sup> y sus proyectos de reforma, una vez aprobados.

Por lo que se refiere al control *ex post*, las novedades son incluso más importantes. Por un lado, en el control abstracto se crea el sistema de acción popular (inspirado en el que incluía la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14 de junio de 1933, referido a la Constitución de la II República española de 1931). Acción que se otorga individual y colectivamente<sup>251</sup>. También en este tema es probable que la Corte tenga que realizar una importante tarea para buscar un equilibrio entre el alma participativa de la Constitución y las necesidades de eficacia y eficiencia, realizando una tarea de pedagogía constitucional en sus sentencias, aclarando el sentido y alcance de esta previsión. Además, se establece la invalidez del acto o normas declarados inconstitucionales, separándose tanto de la mera suspensión de efectos que regía en la constitución del 98, como de la clásica nulidad<sup>252</sup>, que ha tenido que ser pretorianamente

---

<sup>249</sup> El control constitucional de las consultas populares se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo VIII, sección II, del Título III, artículos 127.

<sup>250</sup> El control constitucional de los estatutos de autonomía se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el capítulo XI del Título III, artículos 133 y 134.

<sup>251</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia No.- 009-09-EP: “cualquier persona, grupos de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. Cf. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, artículo 98.

<sup>252</sup> Si bien la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 95, parece volver, en parte, al sistema de anulación al establecer que “Las sentencias que se dicten en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De forma excepcional, podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias”, en realidad, no aclara

reformulada en casi todos los tribunales del mundo, para dar cabida a la compleja interacción entre derechos, legislación y constitución, en búsqueda de la maximización del programa constitucional.

El artículo 436.2 establece una definición novedosa y muy amplia de las normas y actos objeto de control, que también contrasta con lo que era tradicional en los sistemas de control constitucional, reducidos a los actos con fuerza de ley, lo que, también aquí, ha obligado a toda una serie de estrategias interpretativas en los tribunales para sortear lo que, en términos prácticos, terminaba siendo una limitación arbitraria a las capacidades de control de constitucionalidad que permitía esquivarlo eligiendo ciertas fuentes del derecho. Conviene destacar que la propia Corte ha reafirmado esta nueva visión al afirmar, por ejemplo, que los dictámenes emitidos por el Procurador General del Estado pueden ser objeto de control<sup>253</sup>.

También es novedoso, en este terreno, el hecho de que el artículo 436.3 establezca la declaración de inconstitucionalidad por conexión de normas no directamente impugnadas, pero igualmente inconstitucionales. Aunque parte de la doctrina ha realizado un análisis reduccionista de este artículo<sup>254</sup> considerándolo como una mera posibilidad y con la limitación de la estricta conexidad en los procesos, ello no se compadece ni con la dicción literal del artículo, ni con la inspiración general de la norma. Por un lado, porque se dice que es atribución de la Corte “declarar” no que se podrá declarar y, en segundo lugar, porque, como ya se ha señalado, no rige en el nuevo paradigma el principio de justicia rogada, sino que se alternan casos de actuación de oficio (por ejemplo, en estados de excepción), con casos de justicia rogada<sup>255</sup>.

---

gran cosa, al no establecer en qué consiste la excepcionalidad. Será por tanto la jurisprudencia la que determine el alcance de los efectos y construya las correspondientes categorías de normalidad y excepcionalidad. Sobre los diferentes tipos posibles de sentencias, véase SOTO Cordero, Fabián, “Sentencias constitucionales: tipos y efectos”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 211-234.

<sup>253</sup> Véanse las sentencias No.- 0003-2009-AN y 002-09—SA-CC que se toma como base del razonamiento.

<sup>254</sup> Por ejemplo, GRIJAVA Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 192-193.

<sup>255</sup> Un caso de inconstitucionalidad por conexión en la sentencia No. 0003-2009-SIN-CC.

Y, más aún, si cabe, la cuestión del control de la constitucionalidad por omisión (artículo 436), no tanto por el objeto de control (aunque incluya también a los actos), sino por el remedio a la omisión, que no es otro que la orden de que se supla la norma omitida. Es decir, la obligación de no actuar como legislador negativo.

En lo relativo al control difuso, la Constitución ha establecido un sistema de remisión, en virtud del cual, los jueces deben suspender la tramitación y consultar a la Corte. Ello coloca sobre ésta una considerable presión en el siguiente sentido. Si no se respetan los plazos constitucionales<sup>256</sup>, los jueces serán cada vez más reacios a presentar estas consultas e incluso, si lo hicieran, el proceso podría quedar finalmente anulado por dilaciones indebidas. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el artículo 142, párrafo tercero, dispone que “Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional”. Así pues, también en esta materia, será necesario establecer una política ágil de admisión y resolución y una tarea creciente de pedagogía constitucional con los jueces para evitar que este incidente se convierta en una suerte de segunda (o tercera) instancia. En todo caso, entre octubre de 2008 (fecha en que comienza la Corte de Transición y enero de 2014, últimos datos publicados en el momento de cierre de esta Tesis Doctoral) se habían resuelto mediante sentencia 124 consultas de norma: 1 en el 2009, 33 en el 2010, 18 en el 2011, 21 en el 2012, 49 en el 2013 y 2 en enero de 2014. Con lo que no parece haber una tendencia al aumento de este tipo de resoluciones<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Véase ROMERO Larco, Johanna, “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad” en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 181-210. El control concreto de constitucionalidad se regula en la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, en el Título IV, artículos 141 a 143.

<sup>257</sup> 002-09-SCN-CC, 001-10-SCN-CC, 002-10-SCN-CC, 003-10-SCN-CC, 004-10-SCN-CC, 005-10-SCN-CC, 006-10-SCN-CC, 007-10-SCN-CC, 008-10-SCN-CC, 009-10-SCN-CC, 010-10-SCN-CC, 011-10-SCN-CC, 012-10-SCN-CC, 013-10-SCN-CC, 014-10-SCN-CC, 016-10-SCN-CC, 017-10-SCN-CC, 019-10-SCN-CC, 020-10-SCN-CC, 021-10-SCN-CC, 022-10-SCN-CC, 023-10-SCN-CC, 024-10-SCN-CC, 025-10-SCN-CC, 026-10-SCN-CC, 026-10-SCN-CC, 027-10-SCN-CC, 028-10-SCN-CC, 029-10-SCN-CC, 031-10-SCN-CC, 033-10-SCN-CC, 034-10-SCN-CC, 035-10-SCN-CC, 036-10-SCN-CC, 001-11-SCN-CC, 002-11-SCN-CC, 003-11-SCN-CC, 004-11-SCN-CC, 005-11-SCN-CC, 006-11-SCN-CC, 007-11-SCN-CC, 008-11-SCN-CC,

*III.1.3. El desarrollo legislativo.*

Como antes se anunciaba, el desarrollo legislativo del sistema de justicia constitucional en Ecuador se concentra, básicamente, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Registro Oficial Suplemento 52, de 22-oct-2009), que, a su vez, remite al Código de Procedimiento Civil<sup>258</sup> para algunos asuntos.

Igualmente, en lo que tiene que ver con la relación de la Corte con los procesos participativos, debe tomarse en consideración la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. Código de la Democracia (Registro Oficial Suplemento 578, de 27-abr-2009) y, en relación con la Asamblea Nacional, la Ley Orgánica de la Función Legislativa (Registro Oficial Suplemento 642, de 27-jul-2009).

En el nivel reglamentario destaca principalmente el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (Registro Oficial Suplemento, de 10-feb-2010).

Al margen de otras muchas consideraciones de detalle antes mencionadas o que no pueden ser objeto de estudio monográfico aquí, interesa destacar especialmente el Título I de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puesto que en él adquieren rango legal numerosas construcciones jurisprudenciales y doctrinales que han venido formulándose a lo largo de los últimos años.

Así, se señalan (artículo 2) como principios de la justicia constitucional el de aplicación más favorable a los derechos, el de optimización de los principios

---

009-11-SCN-CC, 010-11-SCN-CC, 011-11-SCN-CC, 012-11-SCN-CC, 013-11-SCN-CC, 014-11-SCN-CC, 015-11-SCN-CC, 016-11-SCN-CC, 017-11-SCN-CC, 018-11-SCN-CC, 001-12-SCN-CC, 001-12-SCN-CC, 003-12-SCN-CC, 004-12-SCN-CC, 005-12-SCN-CC, 005-12-SCN-CC, 005-12-SCN-CC, 006-12-SCN-CC, 006-12-SCN-CC, 007-12-SCN-CC, 007-12-SCN-CC, 008-12-SCN-CC, 009-12-SCN-CC, 010-12-SCN-CC, 011-12-SCN-CC, 012-12-SCN-CC, 013-12-SCN-CC, 014-12-SCN-CC, 016-12-SCN-CC, 018-12-SCN-CC, 019-12-SCN-CC, 001-13-SCN-CC, 002-13-SCN-CC, 003-13-SCN-CC, 004-13-SCN-CC, 005-13-SCN-CC, 006-13-SCN-CC, 007-13-SCN-CC, 008-13-SCN-CC, 009-13-SCN-CC, 010-13-SCN-CC, 011-13-SCN-CC, 012-13-SCN-CC, 013-13-SCN-CC, 014-13-SCN-CC, 015-13-SCN-CC, 016-13-SCN-CC, 017-13-SCN-CC, 018-13-SCN-CC, 019-13-SCN-CC, 020-13-SCN-CC, 021-13-SCN-CC, 022-13-SCN-CC, 023-13-SCN-CC, 024-13-SCN-CC, 024-13-SCN-CC, 026-13-SCN-CC, 027-13-SCN-CC, 028-13-SCN-CC, 029-13-SCN-CC, 030-13-SCN-CC, 031-13-SCN-CC, 033-13-SCN-CC, 034-13-SCN-CC, 035-13-SCN-CC, 036-13-SCN-CC, 037-13-SCN-CC, 038-13-SCN-CC, 039-13-SCN-CC, 040-13-SCN-CC, 041-13-SCN-CC, 042-13-SCN-CC, 043-13-SCN-CC, 044-13-SCN-CC, 045-13-SCN-CC, 046-13-SCN-CC, 046-13-SCN-CC, 047-13-SCN-CC, 048-13-SCN-CC, 049-13-SCN-CC, 001-14-SCN-CC, 002-14-SCN-CC.

<sup>258</sup> Por ejemplo, para la ejecución de sentencia del artículo 72.

constitucionales, el de obligatoriedad del precedente constitucional<sup>259</sup> y la prohibición del *non liquet*. Además se establece como principio de interpretación constitucional (artículo 3) que “[l]as normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”. Señalándose a continuación una serie de reglas y métodos como el de proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva, sistemática, teleológica y literal, entre otros. Veámoslo con mayor detalle.

a) El método histórico u originalismo<sup>260</sup>

Uno de los aspectos que destaca en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la aparente superación del argumento historicista u originalista, mediante el cual se ha pretendido anclar al intérprete presente y futuro, a las circunstancias históricas en las que se produjo el diseño constitucional, con lo que una mirada acorde con el conjunto de métodos propuestos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional apartaría al Ecuador de cualquier tentación conservadora, puesto que implicaría, en principio, entender que la sociedad está en constante evolución y requiere de un marco jurídico acorde con su realidad, llegando más allá de ser un mero instrumento de petrificación del *statu quo*<sup>261</sup>.

Sin embargo, la Ley incorpora por cierta incoherencia lo que también Constitución contempla en su artículo 427, al establecer que cualquier duda interpretativa deberá resolverse favoreciendo la plena vigencia de los derechos y respetando la voluntad del constituyente. Esta última parte introduce la posibilidad de utilizar –además con preponderancia– el argumento originalista en la interpretación constitucional. Este aspecto se tendrá en cuenta más adelante con el examen a la interpretación literal, que puede dar oídos a la voluntad del constituyente y por lo tanto a la interpretación histórica. Con todo,

---

<sup>259</sup> Entre octubre de 2008 (fecha de inicio de la Corte Constitucional de Transición) y enero de 2014 (últimos datos publicados a la fecha de cierre de esta Tesis Doctoral), se habían dictado dos sentencias de precedente jurisprudencial obligatorio: 001-10-PJO-CC, 001-12-PJO-CC.

<sup>260</sup> Constitución de la República, Art. 427.- (...) En caso de duda, [las normas constitucionales] se interpretarán en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y *que mejor respete la voluntad del constituyente*.

<sup>261</sup> GARGARELLA, Roberto, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional” en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 128, 129.

conviene recordar que el momento constituyente en Ecuador, como sucede en otras de las constituciones analizadas, es un momento de extraordinaria creatividad y ruptura con el pasado y, este peculiar originalismo, se introduce, en principio, no tanto como una limitación hacia el futuro, sino como una prevención frente a la vuelta del pasado.

b) El principio de proporcionalidad<sup>262</sup>

La noción de proporcionalidad aparece íntimamente relacionada con la idea de justicia material, puesto que busca asegurar que la intensidad de una restricción a un derecho constitucional se produzca como resultado de la búsqueda de satisfacer y efectivizar un derecho imponiendo límites sobre actividades amparadas por otro. Es decir, se trata de límites que deben cumplir con su función sin que se constituyan en obstáculo injustificado del ejercicio –y, aún menos anulación– de los derechos. La finalidad última del principio de proporcionalidades es la de configurar un test para evaluar si la aplicación de límites a los derechos por parte del Poder público en ejercicio de sus competencias vulnera o no su contenido esencial<sup>263</sup>.

La proporcionalidad parte entonces de un proceso argumentativo que debe reflejar los motivos por los cuales una regulación restrictiva que se encuentra respaldada por un derecho o principio, rompe o no con la armonía constitucional al momento de ser aplicada a un caso concreto, para lo que aquí interesa en los procesos de garantía de los derechos y, en particular, de la acción extraordinaria de protección.

Esta forma de argumentación sigue un proceso para la identificación de disonancia –o concordancia– a través de parámetros que permiten evaluar el grado de vinculación de los derechos a la luz del caso concreto, buscando aclararlo técnicamente<sup>264</sup>. Lo cual debe obtenerse, como es sabido, a través de una argumentación en tres pasos concatenados y que van de lo particular a lo general, estableciéndose: La *idoneidad o adecuación* de la medida, para establecer si la limitación al derecho en el caso concreto responde a un fin

---

<sup>262</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art.3.1 Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

<sup>263</sup> VILLAVERDE, Ignacio, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.182.

<sup>264</sup> *Ibíd.*, p. 183.

legítimo y que tales condiciones que complican el ejercicio del derecho, sea constitucionalmente lícito<sup>265</sup>. La *necesidad*, que consiste en que la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido, de que no debe existir otro medio menos gravoso para lograrlo en relación con el principio sacrificado<sup>266</sup>. La *proporcionalidad en sentido estricto*, por último, implica la determinación fáctica de que el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado pretenda garantizar en mayor grado otro derecho de naturaleza jerárquica equivalente, buscando obtener un equilibrio entre los beneficios que se obtienen y la conducta limitadora, procurando que los daños o lesiones que de dicha conducta se derivan no agraven injustificadamente la situación de un derecho<sup>267</sup>.

Cabe anotar que la proporcionalidad es utilizada como un test que mide la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales cuando se presentan aparentes incompatibilidades entre los fines públicos y los derechos fundamentales; en tanto que uno de sus subprincipios, el de proporcionalidad *stricto sensu*, es aplicado para resolver los conflictos entre derechos cuando estos acuden en respaldo a una postura frente a la norma o acción valorada, lo que se conoce como juicio o principio de ponderación<sup>268</sup>.

c) La ponderación<sup>269</sup>

La ponderación constituye una herramienta de la argumentación jurídica para resolver conflictos entre principios –o derechos– que reclaman simultáneamente la solución de un caso concreto en posiciones incompatibles, y se formula, en su forma clásica, de la siguiente manera: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de

---

<sup>265</sup> PRIETO Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 181.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>267</sup> VILLAVERDE, Ignacio, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 183.

<sup>268</sup> CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2004, p. 23.

<sup>269</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 3.3.- La Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>270</sup>.

Este *balancing test* o ponderación no consiste únicamente en averiguar qué derecho o principio es el que pesa más, pues no es una tarea de pesaje en abstracto, sino que es un ejercicio argumentativo para determinar la posición correcta de cada uno a la luz de un caso concreto. En el mismo sentido que el verbo "balancear" no significa únicamente contrapesar, sino también equilibrar<sup>271</sup>.

Conviene recordar que, según este análisis clásico, los conflictos entre principios constitucionales, presentan ciertas particularidades: se trata de normas que han sido emitidas en el mismo momento (lo que descarta una solución por criterio de temporalidad); se trata de normas que tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes del derecho (lo que descarta una solución por criterio de jerarquía); y se presentan en casos concretos, lo cual impide pronunciamientos a priori o en abstracto. En consecuencia, puede advertirse que los conflictos entre principios constitucionales no pueden resolverse utilizando criterios clásicos de solución de conflictos<sup>272</sup>.

Sin embargo, la ponderación no elimina la subsunción; al contrario, se vincula a la búsqueda por formular una regla que a la luz de las circunstancias concretas, articula el principio abstracto para superar una antinomia y operar como premisa para subsumirlo<sup>273</sup>.

La ponderación consiste, pues, en establecer entre los principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil, en la que el valor de los principios en conflicto es creado por el intérprete para el caso concreto, otorgándole una importancia ético-política, mayor respecto del otro y por lo tanto, condiciona su aplicación de manera exclusiva para el caso concreto, sin que ello implique su derrotabilidad permanente o derogatoria alguna, ya que no puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> ALEXI, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, p. 161.

<sup>271</sup> SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 63.

<sup>272</sup> GUASTINI, Riccardo *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 87.

<sup>273</sup> PRIETO Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 194.

<sup>274</sup> GUASTINI, Riccardo *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 88.

En último lugar, no debe perderse de vista una de las críticas más contundentes a la ponderación, que advierte que la asignación del peso abstracto es una variable particular por cuanto siempre depende de las consideraciones morales e ideológicas del intérprete, lo que conlleva problemas epistemológicos concernientes a las premisas relevantes para la ponderación, que a fin de cuentas serán las que determinen la importancia y el peso abstracto del principio<sup>275</sup>.

d) La interpretación evolutiva o dinámica<sup>276</sup>

Uno de los más significativos avances en las técnicas de hermenéutica constitucional es la relativa a su interpretación dinámica. Este método ha permitido la subsistencia de constituciones, como la norteamericana, que han experimentado intensos cambios sociales

De esta manera, la interpretación evolutiva en el Ecuador es incorporada al derecho positivo con el ánimo de concebir a la sociedad como un fenómeno en constante transformación y que, por tanto, requiere de una adaptación continua del derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etc.). Tanto más, si se parte, como antes se dijo, de una concepción del constitucionalismo latinoamericano como un constitucionalismo de transición. En este contexto, los intérpretes deben abstenerse de practicar una interpretación acrítica y aislada de la realidad, sino por el contrario, cambiar el significado del texto a la luz de las circunstancias<sup>277</sup>.

La interpretación evolutiva promete ser una herramienta que permita convertir a la Constitución en un texto más cercano a la ciudadanía, sus necesidades y problemas de todos los días. A esto, según entiende Gargarella, es a lo que se alude cuando se habla de las ventajas de tomar a la Constitución como un "texto vivo"<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> BERNAL Pulido, Carlos "La racionalidad de la ponderación" en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008, p. 66.

<sup>276</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 3.4.- Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

<sup>277</sup> GUASTINI, Riccardo *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 61.

<sup>278</sup> GARGARELLA, Roberto, "La dificultosa tarea de la interpretación constitucional" en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 124.

En resumidas cuentas, para lograr la realización de aquello que sea considerado como justo en la sociedad, debe partirse de una interpretación de la Constitución acorde con la coyuntura temporal. De esta manera, el juez como operador material de la norma jurídica tiene que afrontar el reto de identificar el pulso social teniendo en cuenta los intereses y circunstancias del momento en que la norma haya de ser aplicada<sup>279</sup>.

e) La interpretación sistemática<sup>280</sup>

Este método de interpretación conduce al juez a que los exámenes intelectivos que realice sobre las normas constitucionales no se hagan de manera aislada, sino que se obre considerando a la Constitución como un cuerpo indivisible y coherente, como un todo orgánico. Esto significa defender la interpretación por medio de una argumentación que aporte razones suficientes al amparo del carácter ordenado del derecho en general o de la constitución en particular.

La interpretación sistemática adopta su denominación por la técnica de la que parte, pues consiste en decidir el significado de una disposición a la luz de otras disposiciones (previamente interpretadas), sobre la base de la presunción de que el derecho es una totalidad consistente (en sentido lógico: ausencia de contradicciones) y coherente (en sentido axiológico: armonía entre valores) del derecho<sup>281</sup>.

Este método interpretativo involucra concebir las normas constitucionales como elementos que deben ser correlacionados y coordinados unos con otros, por lo que se insiste ante todo en que la constitución debe interpretarse de modo integral, evitando aislar normas que puedan alejar del contexto y fin perseguido por el constituyente, lo que implica que la interpretación que realiza la Corte como máximo intérprete de la

---

<sup>279</sup> LORCA, María Isabel, “Interpretación Jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el derecho como instrumento de cambio social)”, en ESPINOZA de los Monteros, Javier y NARVÁEZ Hernández, José Ramón, *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, UNAM, 2011, p. 244.

<sup>280</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 3.5.- Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

<sup>281</sup> GUASTINI, Riccardo *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 72.

Constitución no debe atender casos específicos como independientes del orden normativo, sino que sus actuaciones permitan el esclarecimiento del derecho en general<sup>282</sup>.

En fin, según Ricardo Guastini, la interpretación sistemática se realiza cuando se presume que cierto término se utiliza en el texto constitucional siempre con el mismo significado; y, al contrario, abonando lo expuesto en el párrafo anterior, también se interpreta sistemáticamente la Constitución cuando se supone que cada término adquiere un significado diferente en función del contexto en el que se inserta<sup>283</sup>.

f) La interpretación teleológica<sup>284</sup>

La interpretación constitucional teleológica se incorpora en la Ley como figura que manifiesta el énfasis en el tratamiento especial de la Norma Fundamental, como un texto compuesto por intereses diacrónicos con la voluntad de toda una sociedad. Esta afirmación cobra fuerza cuando llega a comprenderse que la Constitución, además de ser un documento jurídico, es un instrumento de gobierno y símbolo de la unidad nacional. El propósito del intérprete estará destinado al fracaso si no es precedido por un cabal conocimiento de los motivos políticos que la inspiran<sup>285</sup>.

Naturalmente, si se reflexiona sobre la finalidad de la Constitución en términos democráticos, lo que se obtiene es el reflejo de un movimiento constitucionalista para limitar y controlar el poder en salvaguarda de los derechos en ella consagrados, dentro de un proceso democrático e intercultural. De este modo, la institucionalidad que ella articula debe ser interpretada buscando extender al máximo su eficiencia para garantizar su plena vigencia. La interpretación constitucional, entonces, cohesiona todas las normas particulares que la articulan, manteniendo entre sí una relación de armonía en función del propósito global del texto que las contiene<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> PACHANO, Fernando “Apuntes sobre la interpretación constitucional”, en *Iuris Dictio*, Universidad san Francisco de Quito, No. 6, 2002, p. 77.

<sup>283</sup> GUASTINI, Riccardo *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 72.

<sup>284</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 3.6.- Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

<sup>285</sup> BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 30.

<sup>286</sup> *Ibidem*.

g) La interpretación literal<sup>287</sup>

De acuerdo al artículo. 427 de la Constitución de la República, el ejercicio hermenéutico por parte del intérprete deberá ser realizado atendiendo al tenor literal que más se ajuste a ella en su integralidad. Como se ha visto hasta el momento, la norma en mención conjuga varios métodos, lo cual no debe perderse de vista porque existe, con frecuencia, la tentación de aplicar este método con exclusión de los demás.

La interpretación literal implica la exigencia de entender el texto normativo partiendo de lo explícitamente determinado en él, lo cual implica atribuirle el significado que se desprende *prima facie* de su configuración semántica<sup>288</sup>.

La interpretación semántica o literal puede ser adecuada para implementarse en diversas circunstancias: tanto en aquellos casos que se presenten al interpretar las palabras empleadas por el constituyente que carecen de un significado determinado y su ambigüedad limita su claridad, o por efectos de una nomografía incorrecta, en la que el texto incurre en errores de redacción, además de cobijar interpretaciones que implican la aplicación de una voluntad claramente expresada<sup>289</sup>.

No obstante, Guastini advierte la necesidad de distinguir entre dos tipos de interpretación literal<sup>290</sup>: una primera acepción se relaciona de cerca con la interpretación histórica, en la medida en que puede consistir en utilizar las reglas lingüísticas que estaban en vigor en el momento en el que el texto constitucional fue emitido; y, un segundo aspecto, consiste, en cambio, en utilizar las reglas lingüísticas vigentes en el momento en el que se interpreta: se trata de una forma de interpretación evolutiva o dinámica.

En síntesis, la interpretación literal determina que el ejercicio argumentativo del juez tiene que ceñirse a la voluntad expresada por el constituyente, sin ignorar que el

---

<sup>287</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 3.7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

<sup>288</sup> ALEXI, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, p. 233.

<sup>289</sup> BENTHAM, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Centro de Estudios Constitucionales., Madrid, 2004. p. 11.

<sup>290</sup> GUASTINI, Riccardo *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 67

lenguaje constitucional puede presentar tanto defectos como ideas nítidamente expresadas<sup>291</sup>.

h) Otros métodos de interpretación<sup>292</sup>

Dada la complejidad de la situación en la que se encuentran los jueces a la hora de realizar, en el mundo real, una interpretación normativa, la Ley deja una cláusula abierta que faculta al juez a incorporar en su argumentación otros métodos de interpretación<sup>293</sup>.

La Ley no ha formulado, a diferencia de los casos anteriores, una definición o aclaración sobre el alcance de estos métodos complementarios de interpretación, por lo que procederemos a una sucinta referencia a los mismos.

Hay que tener en cuenta que nos enfrentamos a conceptos tan polisémicas y ambiguos como los de principios generales del derecho y la equidad, considerando que dichos principios son abstracciones y generalizaciones efectuadas a partir de normas que sí se encuentran explicitadas en el texto constitucional. Dichos principios se entienden, con frecuencia, como la ideología de un ordenamiento jurídico y están en una relación de interdependencia con el resto de normas del ordenamiento.

El principio de concordancia práctica es, en realidad, un método notablemente indeterminado que recoge características de la ponderación, la proporcionalidad y la optimización de principios, al exigir una interpretación sujeta a los límites de la realidad con el ánimo de preservar la convivencia de los derechos en relación de igual jerarquía.

Asimismo, el principio de unidad y eficacia integradora admite interpretaciones que abonen la búsqueda para encontrar la forma de conjugar la unidad política de la Constitución y el grado de representatividad real de las leyes hacia la ciudadanía,

---

<sup>291</sup> BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 31

<sup>292</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art 3.8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo [1]) los principios generales del derecho y la equidad, así como los [2]) principios de unidad, [3]) concordancia práctica, eficacia integradora, [4]) fuerza normativa y [5]) adaptación.

<sup>293</sup> GARGARELLA, Roberto, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional” en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 125.

mediante decisiones que afirmen su carácter pluralista en relación a la sociedad, persiguiendo, a fin de cuentas, la coherencia interpretativa<sup>294</sup>.

En última instancia se hace mención, de una parte, a la fuerza normativa de la Constitución, que, como es bien conocido, en el constitucionalismo ecuatoriano implica que de las normas constitucionales se derivan derechos y obligaciones que no requieren de un desarrollo legal para que sus titulares exijan su respeto o demanden su reparación; y, de otra, al principio de adaptación constitucional, que no difiere sustancialmente de la interpretación evolutiva, pues muestra la posibilidad de acomodar la aplicación de la Constitución a la realidad coyuntural, sin la necesidad de activar los mecanismos institucionales para modificarla<sup>295</sup>.

El interés de todos estos artículos<sup>296</sup> estriba en que encauza la labor de la Corte en el sentido activo de maximización del programa constitucional, antes señalado como característica principal del sistema, imponiéndole, justamente, algunos de los desarrollos que, en otros sistemas, han sido considerados extralimitaciones injustificadas por parte de los tribunales constitucionales.

---

<sup>294</sup> RUBIO Correa, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 149 y 150. Sobre función integradora, recuérdese lo que se expuso anteriormente.

<sup>295</sup> TRUJILLO, Julio César “La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, en *Foro: revista de derecho*, Universidad Andina Simón Bolívar/CEN, Quito, 2004, No. 3, p. 90.

<sup>296</sup> Adicionalmente, esta clasificación metodológica se tendrá en cuenta en el último capítulo a la hora de clasificar con diferentes criterios las sentencias dictadas en acción extraordinaria de protección por la Corte Constitucional.

### III.2 La Corte Constitucional para el Período de Transición

La Corte Constitucional para el Período de Transición tiene su origen, en último término, en la Disposición Transitoria V de la Constitución

*Quinta:*

*El personal de funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados del Tribunal Constitucional, con excepción de los de libre nombramiento y remoción, podrá formar parte de la Corte Constitucional previo proceso de evaluación y selección.*

*Los bienes del Tribunal Constitucional se transferirán a la Corte Constitucional.*

*La Editora Nacional y el Registro Oficial se transformarán en una empresa pública del Estado, autónoma, de conformidad con lo establecido en esta Constitución y en la ley. Su personal, bienes y presupuesto se transferirán a la nueva entidad.*

Antes de entrar en el análisis de esta disposición y del desarrollo normativo y fáctico a que ha dado lugar, conviene reiterar, una vez más, que una de las resistencias características a los nuevos procesos constitucionales se ha concentrado en la puesta marcha de la nueva jurisdicción en el sentido más amplio, incluida la constitucional. Eso ha provocado en diferentes estados largos procesos de transición, normas provisionales, enfrentamientos corporativos y políticos con diferentes colectivos y, en general, una conflictividad (a veces expresada en forma latente de boicot o ineficacia deliberada), que han supuesto un severo hándicap para su eficacia, lo que, a su vez, puede haber repercutido en la percepción de su legitimidad.

Y ello, como ya se dijo, por un lado, por la condición de pieza de cierre del sistema en el que se atan muchos de los cabos programáticos del constitucionalismo democrático y, de otro, por el carácter objetivamente conservador del derecho (al menos, tendencialmente, por su dependencia de la forma escrita, del mantenimiento de los actos, de la seguridad jurídica, etc.) y por el carácter subjetivamente conservador de los integrantes de la función jurisdiccional (por su extracción social, por el modo de formación y selección, por su cercanía con el poder, etc.).

Es en este contexto conflictivo en el que hay que encuadrar los diferentes intentos de poner en marcha con legitimidad y eficacia los sistemas de jurisdicción constitucional y, en lo que aquí interesa, el nacimiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

La disposición transcrita, en realidad, no creaba un régimen de transición pues, se refería, exclusivamente, a los empleados públicos que no resultaban de un proceso electivo o de libre designación. Igualmente, asignaba los bienes del antiguo Tribunal Constitucional a la futura Corte Constitucional.

Dado que los artículos 432 y siguientes de la Constitución establecían un proceso de nombramiento para los jueces que era inviable al momento de su aprobación (por no conformación de los órganos correspondientes) no existía, por tanto, en realidad, un régimen de transición constitucionalmente ordenado.

Por último, la Disposición Transitoria Primera establecía:

*En el plazo máximo de trescientos sesenta días, se aprobarán las siguientes leyes:*

- 1. La ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad.*

*(...)El ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución será aprobado durante el primer mandato de la Asamblea Nacional.*

Al lado de esta disposición constitucional, debemos colocar el Régimen de Transición (para el caso, como así sucedió, de aprobarse la Constitución), aprobado en la Sesión del Pleno de la Asamblea Constituyente, de 23 de julio de 2008 (Acta número 94), que se trasladaría al Registro Oficial, número 449, de 20 de octubre de 2008, acompañando al propio texto de la Constitución.

Dicha norma se componía de tres capítulos referidos a la naturaleza de la transición, a las elecciones y a la transición institucional, además de una disposición final sobre entrada en vigor de la Constitución con su publicación en el Registro Oficial.

El artículo 1 de esta norma (único del capítulo primero) establece que: *De aprobarse por el pueblo en el Referéndum Aprobatorio la Constitución Política de la República, se aplicarán las normas contenidas en este Régimen de Transición.*

Es decir, crea el marco normativo para salvar el período entre la entrada en vigor de la nueva Constitución y la efectiva puesta en marcha de la nueva institucionalidad constitucional.

Así, el capítulo tercero, comienza con un artículo 16 (Proceso de transición) que dice: *Una vez aprobada la Constitución y a efecto de posibilitar los cambios institucionales previstos en ella, se implementará el proceso de transición establecido en las normas que a continuación se señalan.*

El artículo 17 se refería a la función legislativa, el 18 y 19 a la Función Electoral, el 20 (sustituido por reforma<sup>297</sup> aprobada en referéndum y consulta popular de 7 de mayo de 2011, Registro Oficial, Suplemento 490, de 13 de julio de 2011), establecía un Consejo de la Judicatura de Transición y la forma de establecer el definitivo.

El artículo 21, 22, 23 y 24 a la Corte Nacional y a los funcionarios judiciales. El 28 a las designaciones provisionales de Contralor General del Estado, Procurador General del Estado, Ministro Fiscal General, Defensor del Pueblo, Superintendentes de Telecomunicaciones, Compañías, Bancos y Seguros. El 29, al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y el 30, a la integración de servidores públicos de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y de la Secretaría Nacional Anticorrupción en el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

La transición del Tribunal Constitucional a la Corte Constitucional se contemplaba en los artículos 25, 26 y 27.

*Art. 25.- (Corte Constitucional) Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional.*

---

<sup>297</sup> Que este artículo haya sido objeto de reforma es una muestra más de las especiales dificultades de implementación de los poderes judiciales en el constitucionalismo latinoamericano democrático.

*Cada función propondrá al menos nueve (9) candidatos.*

*Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.*

*Cuando corresponda la renovación del primer tercio de las magistradas y magistrados que integran la Corte, se escogerán por sorteo quienes deban cesar en sus funciones. Cuando se renueve el segundo tercio el sorteo será entre las seis (6) magistradas y magistrados restantes de los designados la primera vez.*

*Art. 26.- Los empleados del Tribunal Constitucional con excepción de los de libre nombramiento y remoción, podrán continuar prestando sus servicios en la Corte Constitucional, previo proceso de evaluación y selección.*

*Art. 27.- (Transición de otras entidades) Los integrantes del Consejo Nacional de la Judicatura, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral terminarán sus períodos cuando se posesionen los vocales del nuevo Consejo de la Judicatura, los miembros de la Corte Constitucional, los consejeros y consejeras del Consejo Nacional Electoral y los integrantes del Tribunal Contencioso Electoral. Su selección se realizará conforme las normas del Régimen de Transición y de la Constitución.*

¿Cuál era, pues, el sistema de transición diseñado para llegar a la nueva Corte Constitucional?

La disposición transitoria quinta y los artículos 25 y 26 citados, parecían crear una situación difícilmente asumible. Por un lado, tanto la transitoria quinta como el artículo 26, establecían que mientras que los empleados del Tribunal Constitucional podían ser transferidos a la nueva Corte, ello no sería posible para los de “libre nombramiento”, es decir, entre otros, para los nueve vocales del antiguo Tribunal.

Por otra parte, el artículo 25 del Régimen de Transición, concordante con el 434 constitucional, establecía que la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados se organizaría “[u]na vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social”. Luego, *sensu contrario*, hasta tanto no se

constituyeran las nuevas funciones del Estado no habría designación de magistrados, habiendo quedado, también *sensu contrario*, separados de sus funciones los antiguos vocales al no poderse integrar en la Corte por ser de libre designación.

Ahora bien, el artículo 27 del Régimen de Transición parecía entrar en contradicción con el 25, pues disponía que los integrantes del Tribunal Constitucional terminarían sus períodos con el nombramiento e incorporación de los miembros de la nueva Corte Constitucional, lo que, en definitiva, significaba contar con un órgano constitucional para la transición (el Tribunal Constitucional con sus miembros prorrogados), pero sin competencia constitucional alguna, poniendo en riesgo el proceso de transición constitucional al no existir, entre otras cosas, sistema de garantías de los derechos para los ciudadanos.

Esta compleja situación sería resuelta a través de una decisión pretoriana, cuyo estudio corresponde al siguiente epígrafe.

*III.2.1 El papel de la jurisprudencia en el surgimiento de la Corte Constitucional: cuestiones de legitimidad*

Como ya se ha indicado, la decisión adoptada por la Asamblea Constituyente el 23 de julio de 2008, en relación con el Régimen de Transición, aparecería publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, día en que entra en vigor junto con la propia Constitución. Ese mismo día se reuniría el Pleno del antiguo Tribunal Constitucional, para ese momento ya Corte Constitucional por mandato constitucional.

El 21 de octubre se remitiría el Oficio 002-CC-SG al Registro Oficial, que lo publicaría el 22 de octubre en su Suplemento al número 451. Con esta decisión pasaba a existir formal y materialmente la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Por su singular importancia y originalidad, transcribiremos, en primer lugar, el texto de la decisión, para proceder a continuación a su análisis jurídico-constitucional.

*III.2.1. El Oficio Nro. 002-CC-SG.*

CON FUNDAMENTO EN LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 27 DEL REGIMEN DE TRANSICION PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL No. 449, DE 20 DE OCTUBRE DE 2008, CON LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, LOS INTEGRANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONSIDERANDO

Que, el pueblo ecuatoriano mediante Consulta Popular realizada el 15 de abril de 2007, expresó su voluntad para que se convoque a una Asamblea Constituyente a fin de elaborar una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado;

Que, la Asamblea Constituyente, cumpliendo con el mandato popular, elaboró el proyecto de nueva Constitución de la República del Ecuador y el de Régimen de Transición, que fueron aprobados por el pueblo ecuatoriano mediante referéndum efectuado el 28 de septiembre de 2008;

Que, la Constitución de la República del Ecuador y el Régimen de Transición aprobados por el pueblo ecuatoriano fueron publicados en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 y por tanto, se encuentran vigentes, conforme lo establecido en la Disposición Final de la misma Constitución;

Que, la Disposición Derogatoria de la Constitución vigente, deja sin efecto expresamente la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número uno, de once de agosto de 1998;

Que, en virtud del contenido del artículo 1 de la Constitución de la República se ha producido el tránsito del Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Que, el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador vigente, crea la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, reemplazando de esta forma al Tribunal Constitucional determinado en la derogada Constitución de 1998;

Que, el artículo 25 del Régimen de Transición establece que una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la Comisión calificadora que designará a las Magistradas y Magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional;

Que, el artículo 27 del Régimen de Transición establece entre otros, el período de transición para el control y la jurisdicción constitucional, donde se determina que los integrantes del Tribunal Constitucional terminarán sus períodos cuando se posesionen los miembros de la Corte Constitucional, cuya designación se realizará de acuerdo con las normas de la propia Constitución y del Régimen de Transición;

Que, las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se integrarán luego de las elecciones generales que se efectuarán conforme al proceso establecido en el Régimen de Transición; y, solo luego de la posesión de los indicados dignatarios, se convocarán los concursos para selección de magistrados, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 29 del Régimen de Transición;

Que, sin embargo de lo manifestado, el Régimen de Transición no establece cuál será el órgano de control y jurisdicción constitucional; qué atribuciones ejerce dicho órgano; cómo regula los procedimientos para aplicar las nuevas garantías jurisdiccionales de los derechos y demás acciones de constitucionalidad; y finalmente, cómo deben tramitarse los procesos que se encuentran pendientes de resolución, bajo el imperio de las normas de la Constitución de 1998, sin perjuicio de lo cual, atendiendo la regla de interpretación constitucional establecida en el artículo 427 de la Constitución, no cabe duda que la voluntad del Constituyente es que exista una etapa de transición armónica y coordinada entre el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional, como máximo órgano de control, interpretación y administración de la Justicia Constitucional:

Que, los artículos 11 numerales 3 y 5; y, 426 de la Constitución de la República del Ecuador vigente, establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y de las normas de la Constitución, principalmente de aquellas referidas a las garantías de los derechos, sin que pueda alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos, justificar

su violación o desconocimiento, negar su reconocimiento o desechar las acciones provenientes de su ejercicio, por lo que se acoge su naturaleza de plenamente justiciables;

Que, el ámbito de competencia de todo órgano de control y jurisdicción constitucional depende del ordenamiento jurídico-político de cada país, pero dado que su función es la defensa de la Constitución y que ésta comprende, para decirlo en términos clásicos, una parte dogmática y una parte orgánica, puede considerarse que sus competencias han de estar integradas por las siguientes funciones: a) La defensa de los derechos fundamentales de las personas físicas y jurídicas en su doble significado de derechos públicos subjetivos y de valores objetivos sobre los que se sustenta el orden constitucional; b) El control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, de los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública, de los actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado y de ser el caso proceder a la expulsión del ordenamiento jurídico de las que resultasen contrarias a la Constitución; y, c) La resolución de conflictos constitucionales, es decir, los producidos entre los órganos constitucionales del Estado que coinciden con los poderes clásicos, siempre que se trate de conflictos que pertenezcan a la esfera de la constitucionalidad y no al ámbito de la legalidad.

Que, de lo precedentemente advertido, se desprende que esencialmente se agrupan en tres las atribuciones de la Corte Constitucional, como ente propio y surgido de la conceptualización doctrinaria del Estado Constitucional, esto es:

1.- Interpretar en forma exclusiva la Constitución; 2.- Ejercer el control de constitucionalidad; y, 3.- Administrar justicia en materia constitucional. Estas atribuciones no pueden ser ejercidas por el Tribunal Constitucional existente de acuerdo con la Constitución de 1998, puesto que su esencia misma era propia de un diseño estatal diverso.

Que, la Disposición Transitoria Primera de la Constitución establece que la Ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad, debe aprobarse en un plazo máximo de trescientos sesenta días, luego de la publicación de la Constitución; sin embargo, al existir nuevas garantías de los derechos y nuevas competencias atribuidas a la Corte Constitucional y al ser éstas directa

e inmediatamente aplicables, se hace imperativo regular los procedimientos para el ejercicio de dichas garantías y competencias, durante el período de transición y hasta que se expida la Ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos del control de constitucionalidad;

Que, existen procesos constitucionales cuya sustanciación se inició durante la vigencia de la Constitución Política de 1998 y que al momento se encuentran pendientes de despacho, tanto de los juzgados de instancia, como del Tribunal Constitucional existente, de acuerdo con la derogada Constitución de 1998, por lo que se hace necesario regular el trámite que los mismos deben seguir hasta su finalización;

Que, los artículos 429 y 436 numeral 1 de la Constitución vigente, establecen, que la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación de la Constitución; y que, por tanto, tiene la atribución de interpretar sus normas;

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

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

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

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

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

Que, para resolver estas cuestiones, resulta necesario precisar el alcance de los principios de eficacia normativa y aplicación directa e inmediata de la Constitución, para lo cual, es necesario mencionar que históricamente en Occidente existen dos sistemas jurídicos principales: el del Common Law y el Europeo Continental.

El modelo constitucional francés, también conocido como modelo constitucional continental, está asociado y se remite a dos conceptos jurídicos muy conocidos en el derecho liberal: Estado de Derecho y la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos. La conversión de la Ley en fundamento y límite del ordenamiento, supone la reducción del Derecho a la ley y la sumisión a ella de todas las otras fuentes, lo que significa que en este modelo, la ley no se encuentra sujeta a ninguna norma superior.

En el modelo constitucional francés, la Constitución queda reducida a una mera declaración política de principios; y por ende, se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de ley, como la única manifestación jurídica idónea de la voluntad general, de tal suerte que la Constitución queda reducida en este esquema a un elemento accesorio y dependiente de la formulación legal.

Este primer modelo constitucional liberal se modifica con la aparición del Estado Social en Europa. El Estado Social es un Estado que interviene directamente en el orden económico (dirigiendo y ordenando el desarrollo y la actividad productiva) y en el ámbito social (prestando servicios y desarrollando políticas sociales); cambio que lleva aparejada también una transformación de las fuentes del derecho y particularmente, de la Constitución.

Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, acercando el modelo continental europeo al modelo del *Common Law* norteamericano, debiendo recordarse que en la tradición jurídica norteamericana, quien crea el derecho es el juez constitucional y quien establece el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico es el control

constitucional, siendo la propia Constitución considerada como una norma jurídica directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico; lo que Kelsen recogió al indicar que las Constituciones no son solamente “reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material”, es decir, que además fijan “derechos fundamentales que se convierten en principios, direcciones y límites para el contenido de las leyes futuras”.

Riccardo Guastini procesa el debate jurídico sostenido entre realistas norteamericanos, neiusnaturalistas alemanes y norteamericanos; y neopositivistas italianos y escandinavos, estableciendo la eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución como pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional en las siguientes condiciones:

a) La existencia de una Constitución rígida, que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;

b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;

c) Fuerza vinculante de la Constitución, que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;

d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;

e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;

f) Interpretación constitucional de las leyes; y,

g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

En el plano teórico, el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución, significa desde un punto de vista estricto, que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica, en lugar de, frente a, o por lo menos, junto al resto del ordenamiento.

El principio de eficacia directa implica que cualquier operador jurídico habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aun cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad.

La consecuencia práctica de que la Constitución sea “fuente del derecho sin más”, es que aquellos “temas fundamentales” del ordenamiento jurídico, que en el paradigma del Estado liberal eran materia de la ley, ahora, en el paradigma de la constitucionalidad, son regulados directamente por la Constitución.

Sin embargo, el ordenamiento constitucional ecuatoriano desde su origen, a comienzos del siglo XIX, ha sido influenciado exclusivamente por el paradigma constitucional Europeo Continental y por ello, a pesar de la gran cantidad de cambios constitucionales que ha sufrido el país, el sistema de fuentes que ha regido en Ecuador es sustancialmente el mismo desde el origen de la República, y solo ha variado con la publicación de la nueva Constitución.

Efectivamente, la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

En efecto, la actual Constitución es norma suprema, porque según el artículo 424 está por encima del resto de las normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades; así mismo, el artículo 426 de la Carta Fundamental habla de aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directos de los derechos fundamentales, sin necesidad de normas para su desarrollo; pero al mismo tiempo, depende y está garantizada esencialmente a través de la existencia de una justicia constitucional autónoma e independiente, que preserve la supremacía de la Constitución.

Por otra parte, el propio artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador vigente establece los principios de interpretación de las normas constitucionales, en primer lugar, los de literalidad e integralidad y en caso de duda, el de favorabilidad de los derechos fundamentales (*pro homine*), asociado con el de respeto a la voluntad y espíritu del constituyente, estableciéndose entonces un nuevo sistema hermenéutico constitucional, diferente al conocido en nuestra experiencia jurídica hasta la aprobación de la Constitución vigente, a la luz de la cual deben resolverse los problemas jurídicos planteados en el considerando precedente.

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

En cuanto a las competencias de esta Corte Constitucional, los mismos principios de eficacia directa e inmediata de la Constitución determinan que el órgano encargado de la interpretación, control y administración de justicia constitucionales debe asumir, desde la publicación de la Constitución, el ejercicio de todas las atribuciones y competencias determinadas en la Constitución y demás normas secundarias.

Pero además, la aplicación inmediata de las nuevas garantías jurisdiccionales de los derechos y demás acciones constitucionales, genera la necesidad de que sea la propia Corte Constitucional la que regule los procedimientos para el trámite de dichas garantías y acciones constitucionales de forma temporal, hasta que se expida la nueva Ley de Control Constitucional, lo que según la Primera Disposición Transitoria de la Constitución, deberá ocurrir dentro de los trescientos sesenta días luego de la publicación de la Constitución.

Finalmente, los procesos constitucionales que se encuentran pendientes de despacho, tanto en los juzgados de instancia, como en el Tribunal Constitucional, deberán sustanciarse y concluir, de conformidad con dicha Constitución, la Ley de Control Constitucional, el Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional y demás normativa secundaria que se venía aplicando.

Por las consideraciones expuestas, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 27 del Régimen de Transición y en aplicación de lo previsto en los artículos 11 numerales 3 y 5; y, 426 de la Constitución de la República del Ecuador vigente,

#### RESUELVEN

1.- Asumir la calidad de Magistradas y Magistrados y ejercer las atribuciones que la Constitución de la República del Ecuador y demás normas secundarias confieren a la Corte Constitucional, hasta ser reemplazados de conformidad con la Constitución y la ley.

2.- Regular el trámite de los procesos constitucionales relacionados con las garantías de los derechos, así como las demás atribuciones de la Corte Constitucional establecidas en la Constitución de la República del Ecuador y las normas secundarias, hasta que se expida la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad.

3.- Disponer que los procesos constitucionales que hayan ingresado hasta el 19 de octubre de 2008, y que se encuentren pendientes de despacho en los juzgados de instancia y en el Tribunal Constitucional, seguirán sustanciándose y concluirán de conformidad con las normas de la Constitución de 1998, la Ley de Control Constitucional, el Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional y demás normativa secundaria aplicable.

4.- Designar para el período de transición, a los señores doctores Patricio Pazmiño Freire y Edgar Zárate Zárate, en sus calidades de Presidente y Vicepresidente.

5.- La representación legal, judicial, extrajudicial, administrativa y financiera será ejercida por el Presidente. En caso de ausencia temporal o definitiva, lo hará el Vicepresidente.

6.- Designar para el período de transición, al doctor Arturo Larrea Jijón, como Secretario General y a la doctora Marcia Ramos Benalcázar, como Prosecretaria.

7.- Esta resolución entrará en vigencia en forma inmediata, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Magistrado. f.) Dr. Luis Jaramillo Gavilanes, Magistrado.

f.) Dr. Msc. Alfonso Luz Yunes, Magistrado.

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Magistrado.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Magistrado.

f.) Dra. Ruth Seni Pinoargote, Magistrada.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Magistrado.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

### *III.2.2. Análisis jurídico-constitucional*

Resulta evidente la extraordinaria importancia que el Oficio antes transcrito tiene para situar adecuadamente el debate en torno a la legitimidad de la justicia constitucional en Ecuador. Efectivamente, sin él, se habría producido una extraña situación en la que los antiguos vocales del Tribunal Constitucional habrían prorrogado sus mandatos, pero en una institución que languidecería sin competencias hasta la efectiva conformación de la nueva Corte Constitucional. Igualmente, parece palmario que esta solución estaría en directa contradicción con el intenso programa transformador que se propone la Constitución de 2008 que, muy al contrario, establece un complejo programa de cambios destinados a refundar la República sobre nuevas bases.

Dicho de otra forma, parecía imprescindible el hacer algo, lo que se trata es de determinar el ajuste constitucional y el acierto de oportunidad de la decisión finalmente adoptada. Para ello, procederemos a un análisis jurídico-constitucional del contenido del Oficio Nro. 002-CC-SG.

El Oficio Nro. 002-CC-SG se presenta, en primer lugar, como una suerte de interpretación o norma de desarrollo del artículo 27 del Régimen de Transición, al que considera su fundamento. De lo que se trata, pues, es de saber, cómo, en concreto, “[l]os integrantes del (...) Tribunal Constitucional (...) terminarán sus períodos”. Es decir, bajo qué condición, ejerciendo qué funciones, con qué organización, etc.

Para tratar de dar respuesta a este interrogante la Corte parte de una serie de considerandos.

En esencia, en ellos se plantea que la Constitución ha quedado aprobada por referéndum y, con ella, el Régimen de Transición, lo que supone la derogación de la Constitución de 1998 y el tránsito del antiguo Estado Social de Derecho al nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Que dentro de esta transformación se enmarca la conversión del antiguo Tribunal Constitucional en la nueva Corte Constitucional, que será elegida con la intervención de las también nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, lo que implica que la correspondiente comisión calificadora no podrá existir antes de que se realicen las elecciones legislativas y resto de designaciones.

Esto supone que la *prorrogatio* que establece el artículo 27 del Régimen de Transición, deberá extenderse por un período considerable, en todo caso superior a un año. Ahora bien, lo que la Constitución no establece es, para ese período, cuál será el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, cómo se implementará el nuevo sistema de garantías, ni qué sucede con las causas que han quedado pendientes de resolución. Es decir, nos encontramos ante una laguna en sentido técnico.

Como bien argumenta la Corte en sus considerandos, una laguna técnica (es decir, una norma requerida por el ordenamiento, pero que, sin embargo, falta) no puede quedar sin saturar, no sólo por razones sistemáticas de funcionamiento del ordenamiento jurídico, sino porque existen concretos preceptos constitucionales que obligan a ciertos actores jurídicos a colmarlas. En concreto, el artículo 427 de la Constitución dice, entre otras cosas, que las normas “se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente”. Refiriéndonos, ahora, a este último inciso, parece incontrovertible que la voluntad del constituyente fue la de crear un régimen ordenado de transición, tal como se desprende de las sesiones que culminan en su sesión de 23 de julio de 2008 y que se plasman en la aprobación de un Régimen de Transición. Es decir, hubo voluntad de crear un régimen de transición, aunque, *de facto*, falten algunas de las normas necesarias para el mismo.

Por su parte, los artículos 11 (numerales 3 y 5) y el 426, aclaran aún más esta cuestión, relativa, ahora, a un asunto capital para la Corte: los derechos y sus garantías. Efectivamente la Constitución dispone que “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”. Contemplando, justamente, el caso aquí considerado, el de ausencia de norma. Lo que se complementa para el caso, no de ausencia sino de norma incompleta o poco clara, cuando se dice que “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. Es decir, da un patrón de interpretación del artículo 27 del Régimen de Transición que obliga a maximizar la efectiva vigencia de los derechos. El artículo 426, por su parte, establece una cualificación temporal adicional, al disponer que “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de

derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”. Si los derechos son de “inmediato” cumplimiento resulta evidente que la Constitución prohíbe que se espere más de un año para establecer un sistema de garantías para los mismos.

Todo lo cual, en realidad, no son más que expresiones constitucionalmente más ricas del principio clásico de prohibición del *non liquet*.

Aclarado por tanto, que es obligatorio saturar la laguna y que es, al menos en los que se refiere a derechos y garantías, igualmente obligatorio hacerlo inmediatamente y, para el resto de cuestiones, hacerlo de la forma que mejor respete la voluntad del constituyente y que más adecuadamente maximice el programa constitucional en su conjunto, la Corte pasa a considerar cuáles serían los elementos interpretativos a partir de los cuales debería plantearse la creación de la norma que falta, pero que requiere el ordenamiento jurídico.

Para intentar aclarar, pues, este contenido, no de manera arbitraria, sino de forma constitucionalmente adecuada, la Corte va a recurrir tanto a elementos doctrinales como a elementos normativos.

En principio, acoge la tesis de que la jurisdicción constitucional actúa en defensa de la Constitución (es decir, que se convierte en el clásico *Hüter der Verfassung*) y que sus funciones se agrupan en tres grandes rubros: la defensa de los derechos, el control de constitucionalidad de normas y actos con efectos generales, y la resolución de conflictos constitucionales entre órganos y poderes del Estado.

Se trata de una enumeración, en apariencia, muy clásica, pero en la que ya apuntan algunos elementos novedosos de gran interés. En relación con la defensa de los derechos, se introducen cambios en las dimensiones subjetivas y sustantivas. En la primera, porque se reconocen los derechos no sólo de las personas físicas, sino también de las personas jurídicas; en la segunda, porque, además de su dimensión de derechos públicos subjetivos, se menciona su condición de valores objetivos del ordenamiento constitucional. Con todo, conviene indicar que, en realidad, la situación constitucional es más compleja, porque

quedan fuera de esta enumeración cuestiones como las relativas a la titularidad de derechos por parte de la naturaleza o de colectivos que no se organizan en forma de persona jurídica.

En lo relativo al control de constitucionalidad, porque se amplía el marco del objeto del control a los actos administrativos con efectos generales, y se marca como consecuencia del mismo su “expulsión” del ordenamiento. También aquí nos encontramos con una enumeración sumaria, que no se refiere, por ejemplo, a la inconstitucionalidad por omisión o al mandato de saturar las lagunas, que supone la expulsión del ordenamiento, no de una norma sino de su ausencia.

En los conflictos de competencias, se trata de delimitar el ámbito de lo constitucional frente a lo legal, pero no se contempla, en cambio, la cuestión de las relaciones verticales de competencias, sino que se hace referencia a los “poderes clásicos”.

En el siguiente considerando se procede a una categorización de estas atribuciones, atendiendo al tipo de comportamiento requerido a la Corte, siguiendo lo dispuesto en el artículo 429. Antes de proceder con su análisis, conviene destacar que existe en este texto una cierta vacilación en cuanto a la terminología, derivada, fundamentalmente, de la propia Constitución. Hay que recordar que el artículo 436 habla de atribuciones, y el 424 y 431 de funciones, pero ninguno de ellos de competencias<sup>298</sup>. Así, en el Oficio Nro. 002-

---

<sup>298</sup> Se trata de una cuestión bastante espinosa, en la que conviene separar el punto de vista teórico (la acuñación de conceptos) del dogmático (su empleo y significado en un concreto ordenamiento). Ahora bien, con carácter general, podemos decir que dentro del derecho constitucional organizatorio suele distinguirse entre: Poderes: Muchas constituciones modernas (española, portuguesa, etc.) no utilizan la expresión poderes para referirse a concretos órganos del Estado, ni siquiera en la forma tradicional para referirse a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (en el caso español, sí se habla de Poder Judicial). En todo caso, con dicha expresión se hace referencia a complejos orgánicos del sistema de poder político dotados de funciones calificadas de supremas, separados e interdependientes entre sí. Es decir, órganos a los que la Constitución atribuye ciertas competencias para el ejercicio de ciertas funciones.

Competencias: La competencia es el poder de acción y actuación atribuido a los órganos y agentes constitucionales para ejecutar las tareas que se les atribuyen constitucional o legalmente. La competencia supone, por tanto, la atribución tanto de tareas como de medios de acción (“poderes”) necesarios para su realización. Además, las competencias delimitan el marco de actuación de cada unidad organizatoria con las otras.

Función: La expresión función es sumamente polisémica. Sus sentidos más frecuentes son: como actividad (función judicial); como tarea (función constitucional de las fuerzas armadas); como aspecto o dimensión de una norma (la función objetiva de las normas que consagran derechos); como eficacia jurídica (cambio de función de normas programáticas a normas que imponen actividades); como poder (ejercer la función de Estado); como competencia; como relación entre fin y efecto (una de las funciones de las normas de competencia es la de proteger a los ciudadanos mediante la delimitación y distribución del ejercicio del poder

CC-SG, se habla primero de la “función” genérica de la Corte (“defensa de la Constitución”, para luego decir que sus “competencias” (terminología no constitucional) han de estar integradas por las siguientes “funciones”, para volver después a las “atribuciones” de las Corte.

En todo caso, siguiendo el criterio propuesto de tipo de actividad, el Oficio Nro. 002-CC-SG distingue entre “interpretar”, “ejercer el control” y “administrar justicia”. Aunque en la resolución no se especifica, lo que subyace aquí es una distinción a partir del tipo de actividad y de su resultado.

Así, la acción de interpretar supondría una tarea hermenéutica que tendría como resultado el hallazgo de un sentido, la especificación del contenido deóntico que encierra un determinado precepto constitucional. Como resultado de esta acción hermenéutica no se alteraría la literalidad del ordenamiento jurídico, sino que se aclararían o especificarían los concretos mandatos incluidos en los textos objeto de interpretación.

Curiosamente, el Oficio Nro. 002-CC-SG habla de “interpretar en forma exclusiva” la Constitución, siendo que el artículo 436.1 se limita a decir “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución”. Probablemente, lo que aquí ha querido decirse es que se trata del único órgano con capacidad de interpretar la Constitución con carácter vinculante y *erga omnes*. Recordemos que todos los agentes jurídicos (y aún los particulares) interpretan la Constitución en el sentido de que realizan una tarea hermenéutica sobre sus preceptos para determinar el contenido deóntico de sus preceptos y que los jueces y otros órganos del estado extraen interpretaciones constitucionales que terminan imponiéndose de forma vinculante a aquellos que queden afectados de forma imperativa por sus actos.

El “control”, por su parte, supondría una tarea consistente en contrastar, material y formalmente, una determinada norma (o acto con efectos generales, o su inexistencia) con

---

por parte de varios órganos). Este último es el sentido más técnico, alude, pues, a la relación de referencia entre una norma de competencia y los fines de esa misma norma. En el caso de la Constitución ecuatoriana, la expresión función también se hace equivaler a poderes en el sentido indicado más arriba.

Tareas: La atribución de competencias (poderes) a los órganos constitucionales tiene como fin que cumplan ciertas misiones: las tareas constitucionalmente definidas. Las competencias, pues, están funcionalmente vinculadas a las tareas de la más variada naturaleza (políticas, económicas, culturales). Sobre esta cuestión, véase CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, y, últimamente, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., Editorial Trotta, Madrid, 2011 pp. 583 y ss.

la Constitución, para verificar la regularidad del mismo. Se trata de una verificación que encierra elementos fácticos (¿se han cumplido los actos constitucionalmente ordenados para la regular conformación del acto normativo?), como elementos normativos (¿se ha dictado dentro del ámbito de la competencia? ¿Su contenido es materialmente compatible con lo permitido, prohibido u ordenado por la Constitución?). El resultado de esta tarea de contraste es bien la conservación de la norma controlada como parte del ordenamiento, bien su expulsión total o parcial del mismo. Al menos, en un marco clásico. Como estamos viendo, en el caso de la Constitución ecuatoriana, la cuestión es más compleja puesto que puede determinar, adicionalmente, su manipulación interpretativa u operativa para hacerla constitucional o su sustitución por otra de nueva creación (en caso de inconstitucionalidad por omisión).

Por “administrar justicia en materia constitucional” parece que debe entenderse la realización de una tarea jurisdiccional, es decir, la resolución de pretensiones mediante un procedimiento judicialmente ordenado dentro de un determinado ámbito competencial. El resultado de esta actividad es el otorgamiento o denegación de la pretensión del accionante.

Como puede verse, se seleccionan aquí algunas tareas como esenciales sin especial referencia a ciertas cuestiones como el control de los estados de excepción o lo relativo al ejercicio de la participación ciudadana.

Ahora bien, lo importante es la conclusión que se anuncia aquí por primera vez, al afirmarse que “[e]stas atribuciones no pueden ser ejercidas por el Tribunal Constitucional existente de acuerdo con la Constitución de 1998, puesto que su esencia misma era propia de un diseño estatal diverso”. Este razonamiento encierra la mayor importancia y está en la base del planteamiento que se ha realizado hasta este momento en la presente Tesis Doctoral. A saber, que las bases doctrinales y normativas con las que se explican los modelos tradicionales de justicia constitucional, no pueden trasladarse a la nueva constitucionalidad latinoamericana democrática (en este caso, ecuatoriana) porque ésta parte de un diseño constitucional diverso y, sólo desde él, cabe afrontar la caracterización de sus sistemas de jurisdicción constitucional. Son, justamente, esos elementos de diseño estatal diverso (en lo que se refieren al concreto objeto de estudio aquí abordado) los que han venido siendo puestos de relieve en las páginas anteriores.

Desde estos presupuestos, se pasa a abordar el problema de la transición propiamente dicho. Dicho problema surgía de que, por un lado, la Disposición Transitoria Primera ordenaba que la nueva ley que regulara el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad debía publicarse en los 360 días siguientes a la publicación de la Constitución. Esta norma podía interpretarse en el sentido de que por “funcionamiento” debía entenderse toda su actividad o, lo que parece más ajustado al tenor literal del texto, que lo relativo a procedimientos internos (votos, presidencia, etc.) y, específicamente, las atribuciones en materia de control constitucional, debían quedar reguladas en 360 días, pasando el resto de las competencias de la Corte a depender del plazo de cierre del inciso final de la Disposición Transitoria Primera (“El ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución será aprobado durante el primer mandato de la Asamblea Nacional).

Sea como fuere, la propia Constitución sostenía, de otro lado, que las nuevas garantías de los derechos serían directa e inmediatamente aplicables. Para compatibilizar estos dos mandatos (aplicabilidad inmediata y regulación ya sea en 360 días o en la primera legislatura) se hacía constitucionalmente obligado crear un régimen de transición

Además, se constataba la existencia de procedimientos en curso ante el antiguo Tribunal que, igualmente, precisaban de alguna forma de terminación si quería atenderse a la definición de estado de derechos y justicia del artículo 1 constitucional.

Según el razonamiento de la Corte, a partir del carácter de máximo intérprete constitucional de la Corte, establecido en los artículos 429 y 436.1, parecía evidente que tendría que ser la propia Corte la que determinara el alcance de lo dispuesto en el artículo 27 del Régimen de Transición. En concreto, parecían quedar abiertas cuatro cuestiones para su dilucidación interpretativa: ¿qué órgano se encargaría durante la transición del control y jurisdicción constitucional?, ¿qué atribuciones tendría dicho órgano?, ¿quién debía regular los procedimientos sobre garantías hasta que se expidiera la correspondiente ley?, ¿qué trámite debían seguir los procesos ya iniciados conforme a la legalidad constitucional anterior?

Para tratar de resolver estos interrogantes, la Corte se propuso una indagación doctrinal en torno a los principios de eficacia normativa y de aplicación directa e

inmediata de la Constitución. En ella se comienza por distinguir entre los dos sistemas jurídicos clásicos de occidente: el de *Common Law* y el continental.

Según el análisis que se propone, el sistema continental (tomando como modelo al sistema francés) se caracterizaría por una modalidad legicéntrica de estado de derecho, en virtud de la cual la ley sería –como expresión de la voluntad general– el punto de referencia normativo para administración, jueces y ciudadanos, haciendo del órgano representativo el rector de la comunidad jurídico-política (de la Nación) sin límite alguno (soberanía de la ley). La consecuencia de esta sublimación de la ley, sería la correlativa conversión de la constitución en un mero documento político o de principios que, de hecho, apenas tendría influencia real en el actuar de los operadores jurídicos, poseyendo, más bien, un valor simbólico o de orientación muy general de la actividad política.

Según este mismo análisis, el constitucionalismo liberal (de inspiración jacobina, pero reformulado luego en términos de liberalismo doctrinario) se habría visto modificado con la instauración de los estados sociales. Si desde el punto de vista sociológico o de su actuación estos estados se caracterizarían por su incidencia en el sector económico (tanto en el lado propiamente productivo, dirigiendo, canalizando y facilitando el desarrollo, como en el lado de la fuerza del trabajo), desde el punto de vista jurídico-constitucional, ello habría conllevado la transformación de la constitución en norma jurídica.

Aunque no se explicita, parece sostenerse la tesis del estado social como un pacto entre capital y trabajo, mediado por el estado, expresado en forma jurídica y contenido en la constitución. Sería la conversión del estado en garante de este pacto pluriclase el que habría arrastrado al derecho constitucional a su situación de preponderancia dentro del ordenamiento. Adicionalmente, aunque en el Oficio Nro. 002-CC-SG no se mencione de forma expresa, habría que señalar la influencia que tuvo la vuelta del iusnaturalismo (en forma de esencialización de la dignidad humana: una secularización del concepto iusnaturalista racional-liberal de naturaleza humana), como reacción ante la catástrofe ética (principalmente) de los estados fascistas, en parte, según esta interpretación, consecuencia de un parlamentarismo no racionalizado que habría propiciado un uso y abuso sin control de los instrumentos normativos por parte de las mayorías.

Esta nueva situación habría conducido a un acercamiento al sistema de *Common Law* en el cual el juez es el creador del derecho y, concretamente, el juez constitucional el que ordena y unifica el sistema jurídico, mediante el control constitucional basado en la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica y como *fons fontium*. Se trataría, en todo caso, de una coincidencia más bien formal que material, pues, como se recuerda en el propio texto del Oficio Nro. 002-CC-SG, esta disposición institucional norteamericana habría surgido como elemento de restricción democrática, por la desconfianza ante las legislaturas, mientras que en el caso del estado social, a lo que asistimos es a un intento de las nuevas mayorías de garantizar su programa político. Según esta interpretación, Kelsen habría procedido a señalar la condición de la Constitución no sólo como ordenadora de fuentes, sino también como conjunto de derechos fundamentales que actúan como límite y vínculo para el contenido de las leyes<sup>299</sup>.

La idea básica que se pretende afianzar es que el debate entre realistas, (neo)iusnaturalistas y (neo)positivistas norteamericanos, alemanes, italianos y escandinavos principalmente, habría conducido a la idea de eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución como rasgo distintivo del nuevo paradigma constitucional.

Este nuevo paradigma se apoyaría, según el análisis que se remite a Guastini<sup>300</sup>, en los siguientes factores: constitución rígida, control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, vinculatoriedad de la constitución, principios y normas constitucionales de interpretación del ordenamiento, aplicación de la constitución también a los conflictos entre particulares, interpretación constitucional de las leyes y capacidad de los órganos de control de analizar la fundamentación política de las normas.

Más allá de los detalles de esta propuesta de Guastini<sup>301</sup>, lo que se trata de destacar es la confrontación entre mera legalidad y constitucionalidad, o entre supremacía de la ley y supremacía de la constitución. En virtud de este nuevo paradigma, todos los operadores

---

<sup>299</sup> No olvidemos, sin embargo, que, como se vio en su lugar, Kelsen consideraba este contenido valorativo incompatible con la existencia de una jurisdicción constitucional, que debía ser meramente formal y actuar como legislador negativo.

<sup>300</sup> GUASTINI, Riccardo, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, Madrid, pp. 49-70.

<sup>301</sup> Que, entre otras cosas, deja fuera la relación con el ordenamiento internacional o el especial papel de los derechos dentro de la propia constitución.

jurídicos, incluyendo a los particulares, quedarían sometidos a la aplicación y eficacia directa de la constitución. Ello supondría la necesidad de verificar la constitucionalidad de cualquier norma que se pretenda aplicar, la verificación de si existe norma constitucional directamente aplicable al caso que, en tal caso, adquiere prioridad aplicativa y la interpretación de toda norma según la constitución.

En su aplicación más estricta, esta eficacia directa e inmediata de la constitución funcionaría también en aquellos casos en que el legislador no hubiera atendido a sus mandatos o cuando el propio control de constitucionalidad no hubiera funcionado adecuadamente. De forma tal que la ley incompleta o parcialmente inconstitucional debería ser interpretada conforme a y, en su caso, suplida por la propia constitución.

Aclarado este punto doctrinal, el Oficio Nro. 002-CC-SG trata de contrastarlo con la situación ecuatoriana para valorar su aplicabilidad. Ello conduce a distinguir entre la situación actual y toda la pasada historia constitucional de la República. Así, las veinte constituciones anteriores a la actual habrían compartido, por influencia del constitucionalismo liberal europeo, una concepción de las fuentes del derecho en la que los principios de aplicación y eficacia directa de la constitución habrían estado ausentes, más allá de declaraciones retóricas, al faltar los elementos básicos (antes señalados) que la posibilitan materialmente.

Sólo con la constitución de 2008 aparecerían claramente reconocidos su superioridad jerárquica (artículo 424), su aplicación directa como norma (artículo 426), en especial, en lo relativo a los derechos fundamentales, y el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho (artículos 436.1 *in fine*, 440).

Y, adicionalmente, se habrían constitucionalizado las pautas hermenéuticas de interpretación de las normas constitucionales en caso de duda (provocada, en este caso, por una laguna) en el artículo 427<sup>302</sup>.

Hasta aquí, por tanto, el Oficio Nro. 002-CC-SG sigue la siguiente estructura: 1) constatación de la existencia de un problema, como consecuencia de la presencia de una

---

<sup>302</sup> “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

laguna y determinación de las cuestiones que quedan sin resolver en la Constitución y en el Régimen de Transición; 2) Mandato constitucional de saturar esta laguna con carácter inmediato (al menos, en lo relativo a los derechos fundamentales); 3) Búsqueda de un modelo interpretativo teórico desde el que abordar esta tarea hermenéutica; 4) Verificación de la aplicabilidad de dicho modelo a la actual Constitución de 2008, pero no a las anteriores.

Con lo que se llega a la parte conclusiva del mismo, dando respuesta a las interrogantes antes formuladas.

Así, apoyándose en los principios de eficacia normativa y aplicación directa e inmediata de la Constitución, de plena justiciabilidad de los derechos fundamentales y en los principios interpretativos de integralidad, favorabilidad de los derechos y voluntad del constituyente, se interpreta que el sentido del artículo 27 del Régimen de Transición es que la jurisdicción constitucional será ejercida por los miembros del Tribunal Constitucional, que pasa a denominarse Corte Constitucional, hasta tanto se designe regularmente la nueva Corte.

Por aplicación de estos mismos principios, en segundo lugar, la Corte Constitucional para el Período de Transición debe asumir todas las atribuciones y competencias previstas en el ordenamiento jurídico para la futura primera Corte.

En tercer lugar, se decide que será también la propia Corte la que regule los procedimientos necesarios para el trámite de las acciones y garantías, hasta tanto se expida la Ley de Control Constitucional<sup>303</sup>.

Por último, para los asuntos pendientes tanto en los juzgados de instancia como en el Tribunal Constitucional, se dispone que deberán sustanciarse hasta su conclusión de conformidad con la legalidad anteriormente existente (es decir, Constitución anterior, Ley de Control Constitucional, Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional y resto de normativa secundaria).

---

<sup>303</sup> La Corte Constitucional expidió, efectivamente, el 12 de noviembre de 2008 (publicación en el Registro Oficial Suplemento 466, de 13 de noviembre de 2008) las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, luego sustituidas por el actual Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional (de 10 de febrero de 2010), adaptado a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a su vez, de 22 de octubre de 2009.

Es quizá en este último aspecto donde la decisión resulta algo menos fundamentada. Implícitamente, se supone que se aplican los principios de seguridad jurídica, de conservación de los actos, de economía procesal, de determinación temporal de la vigencia u otros análogos, pero ello no aparece fundamentado. Por otra parte, la mera enunciación pura y simple de la vigencia *ultra vires* de las normas citadas<sup>304</sup>, quizá no pueda aceptarse como una solución coherente con los principios que sustentan el resto de la decisión (aplicabilidad y eficacia inmediata y directa, etc.). Aunque desde el punto de vista práctico, se trata de una solución de compromiso, posiblemente aceptable, sin embargo, cuando menos, parece que deberá entenderse que se aplicarán esas normas, con carácter transitorio, en cuanto no contradigan lo dispuesto en la nueva constitución en materia de derechos fundamentales. No podría fundamentarse la violación actual de un derecho reconocido en la Constitución con el argumento de que se está aplicando una norma preconstitucional, puesto que tanto las cláusulas derogatorias de la nueva Constitución, como las citadas de aplicabilidad inmediata tienen como finalidad realizar una ruptura en el orden legal, instaurando, con carácter inmediato, un nuevo modelo de estado. Naturalmente, estas consideraciones pueden considerarse tácitamente incluidas en la resolución objeto de análisis pero, en todo caso, adolecen de una comparativa falta de fundamentación en relación con la de las otras tres decisiones.

Adicionalmente, y para garantizar la posibilidad de funcionamiento de la nueva Corte se procedía a nombrar a su Presidente, Vicepresidente, Secretario General y Prosecretaria de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

---

<sup>304</sup> Formulación que se repite en la Disposición Transitoria Segunda de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición que dice: “Las causas que se encuentren pendientes de despacho, correspondientes a las acciones y recursos establecidos en la Constitución de 1998 y la Ley de Control Constitucional, continuarán sustanciándose y concluirán, de acuerdo con la normativa vigente al momento de iniciar su trámite”.

### **III.3 El papel de la Corte Constitucional en el desarrollo del sistema constitucional: cuestiones de legitimidad y eficacia (síntesis)**

Como en parte se vio antes con carácter general para la jurisdicción constitucional en el constitucionalismo latinoamericano, las cuestiones de legitimidad y eficacia se plantean, tanto por su posición constitucional como por sus funciones, en unas coordenadas muy alejadas de las del debate clásico sobre legislador negativo, objeción contramayoritaria, etc. que se analizaron en el capítulo I.

En lo que se refiere a las cuestiones de legitimidad debemos, en realidad, distinguir dos debates relacionados pero relativamente independientes: el que se refiere, en primer lugar, a la legitimidad de la Corte Constitucional para el Período de Transición y el que afecta, a continuación, a la Corte Constitucional ordinaria (por el momento, primera Corte Constitucional).

Conviene distinguir el tipo de legitimidades que están en juego en cada uno de los casos puesto que, aunque en la realidad, el problema se presenta, en parte, amalgamado, analíticamente es posible dividirlo en dos aproximaciones diferentes.

Podemos decir que mientras que la legitimidad que está en debate para la Corte Constitucional para el Período de Transición es una legitimidad jurídico-constitucional, la legitimidad de la Corte Constitucional ordinaria debe analizarse en términos político-constitucionales.

Dicho de otra forma, mientras que en el primer caso se trata de determinar hasta qué punto es legítimo que haya llegado a existir una Corte Constitucional para el Período de Transición, considerando como marco interpretativo lo dispuesto en la Constitución de 2008; en el segundo caso, de lo que se trata es de analizar la legitimidad política de la propuesta de una Corte Constitucional con ciertos caracteres dentro del proyecto político de refundación republicano de la Constitución y, más en general, de una legitimación extrajurídica en términos político-valorativos.

En el epígrafe anterior se han analizado las causas y el procedimiento que condujeron a esa Corte Constitucional para el Período de Transición por lo que aquí procederemos, tan sólo, a resumir y enunciar de manera más directa las conclusiones alcanzadas.

Así pues, recordemos que la Corte para el Período de Transición surge no por una decisión arbitraria de un órgano (el antiguo Tribunal Constitucional) que pretende actuar *ultra vires*, sino como respuesta a una laguna constitucional en sentido técnico. Es decir, la existencia de una serie de mandatos en la Constitución que, para poder saturar su contenido deóntico (es decir, para poder hacer efectivo lo ordenado, prohibido o permitido) necesitan de una norma que, sin embargo, no existe.

Para realizar legítimamente esta tarea de integración se precisan de tres requisitos: en primer lugar, delimitar de la manera más circunscrita posible cuáles son las normas que crean la laguna. Se trata de evitar que se genere la apariencia de existencia de laguna, como habilitación espuria para la acción interpretativa.

En segundo lugar, se deben determinar exactamente los contenidos faltantes. En caso contrario, lo que se hace es aprovechar la existencia de la laguna para contrabandear una serie de contenidos (más o menos acertados), pero que no pueden considerarse legítimamente incluidos en esta operación hermenéutica, sino que reclaman una intervención operativa por el órgano y procedimiento habilitados para hacerlo (enmienda, reforma o asamblea constituyente, según el caso).

Por último, se precisa aclarar cuáles son los presupuestos metodológicos de la interpretación y cómo éstos vienen constitucionalmente exigidos o, al menos, resultan constitucionalmente posibles.

Parece evidente que, en el caso objeto de análisis, se han cumplido rigurosamente (con una posible excepción, *vide infra*) los tres requisitos. Como vimos, la laguna surge básicamente de los mandatos de dar efectividad inmediata a la garantías de los derechos y la norma que prevé diferir, por un lado, el surgimiento de la Corte Constitucional hasta tanto estén conformadas las otras funciones y, por otro, la regulación de sus funciones a la aprobación de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (que contaba con un término de 360 días). Actuando la norma del Régimen de Transición que imponía la prórroga en sus funciones de los antiguos vocales del Tribunal Constitucional hasta la elección de los nuevos jueces de la Corte Constitucional, como norma de puente entre una y otra cosa.

Igualmente, las concretas materias que abarcaba la laguna se circunscribieron a las cuatro preguntas analizadas sobre qué órgano debía asumir la jurisdicción constitucional, con qué atribuciones, quién debía regular el trámite de las nuevas garantías y qué debía hacerse con los procesos ya iniciados conforme a la antigua legalidad, todo ello durante el período de transición.

De la misma forma, se especificó un marco teórico de referencia marcado por las ideas de vigencia y eficacia inmediata de la constitución (frente al paradigma de soberanía de la ley o de estado de derecho legicéntrico anterior) y se buscó el anclaje de los procedimientos interpretativos a las concretas normas constitucionales que lo regulan (los de literalidad e integralidad y en caso de duda, el de favorabilidad de los derechos fundamentales (*pro homine*), asociado con el de respeto a la voluntad y espíritu del constituyente).

En relación con las tres primeras cuestiones, en definitiva, lo que había que sopesar es si debía darse más valor a la designación de las personas o al papel estructural de la Corte. Como luego se verá, estas dos cuestiones, en sede teórica, constituyen una unidad (se crea un procedimiento de designación en consonancia ético-política con las funciones y procedimientos), pero, en la realidad, pueden aparecer, al menos temporalmente, separadas.

¿Debía, pues, darse más peso al sistema de designación, suspendiendo la aplicación provisional de los mandatos sustantivos constitucionales o, por el contrario, debía preferirse poner aquéllos inmediatamente en marcha aunque no fuera materialmente posible ajustar todavía el sistema de designación a las previsiones constitucionales?

Una vez resuelto este interrogante en favor de la primera de las opciones, la respuesta a las primeras tres preguntas quedaba clara. Efectivamente, el carácter taxativo de la eficacia inmediata de las garantías, sumada a la evidente voluntad constituyente de crear un estado diverso, de operar una solución de continuidad en el ordenamiento básico de la República, abonaban la conclusión alcanzada.

En resumen, el mandato constitucional se traducía en poner en marcha el sistema de garantías y controles jurisdiccionales con carácter inmediato, aunque con una Corte provisionalmente integrada, antes que diferir el sistema de garantías y controles a la

viabilidad del proceso de designación. En otros términos, hacer prevalecer lo objetivo o sustancial, sobre lo subjetivo o personal.

Por lo que se refiere a la cuarta decisión, cabe hacer algunas observaciones algo distintas sobre su legitimidad, en este sentido restringido de legitimidad jurídico-constitucional y, sobre todo, en el sentido más general (que se verá luego) de legitimidad político-constitucional.

Estas observaciones tienen que ver, en primer lugar, con la cuestión de la fundamentación. Mientras que para el resto de las decisiones se articula una compleja y completa fundación en términos doctrinales y dogmáticos, para la ahora considerada la fundamentación es, en buena medida, tácita. Expuesto el problema de que existen acciones en curso, se limita a decir que se sustanciarán según la legalidad anterior. Como ya se dijo, existen sólidas razones de orden práctico para que esta solución resulte la más manejable, pero es más dudoso que sea la más constitucionalmente adecuada. Dicho de otra manera, consideraciones sobre la eficacia pueden haber desequilibrado el juicio sobre su legitimidad.

Por un lado, porque no se fundamenta por qué en este caso prevalecen los principios de seguridad jurídica, conservación de los actos o economía procesal (que no se mencionan, pero que hay que presuponer) sobre los de eficacia y vigencia inmediatas aplicados, en cambio, para resolver las otras cuestiones.

Por otro, porque el principio de progresividad obliga a aplicar siempre el estándar más alto existente en materia de derechos y no el que pudiera estar vigente en el momento de iniciarse el litigio.

Finamente, parece que también en este caso habría debido tenerse en cuenta la idea de refundación o ruptura que inspira al constituyente de Montecristi a la hora de decidir sobre esta cuestión. Estas consideraciones, sin embargo, no aparecen en la decisión.

Dado lo conciso el tratamiento de esta cuestión en el Oficio Nro. 002-CC-SG, cabe suponer que existe una suerte de reserva tácita en el sentido de que se sustanciarán conforme a la legalidad anterior en tanto dicho trámite no colisione con los derechos y garantías ahora reconocidos.

Con todo, no cabe ignorar que se trata de un tema menor y, en último término, residual en el que pueden haber influido también las resistencias institucionales y el conservadurismo inherente a los órganos y procedimiento jurisdiccionales, que se mencionaron en su momento como elementos de oposición al despliegue de los nuevos modelos constitucionales. Un tema, en todo caso, extinguido por el mero paso del tiempo.

A continuación sintetizaremos, de manera muy resumida, los principales razonamientos elaborados a lo largo de los tres primeros capítulos en torno a la comprensión del problema de la legitimación de la jurisdicción constitucional para el caso ecuatoriano, basándonos en el análisis realizado del modelo clásico, del modelo del constitucionalismo latinoamericano democrático y, naturalmente, de la propia Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Comenzando por la idea más general y que, en buena medida, impulsa el resto de los rasgos o características del sistema, cabe empezar diciendo que la Corte Constitucional no es concebida en la Constitución de 2008 tanto como un órgano de control (es decir, de fiscalización, restricción, anulación, etc. de la actividad de otros órganos o poderes), como una instancia de maximización del programa constitucional.

Es sólo comprendiendo el programa de transformación que se propone la Constitución como es posible comprender este nuevo papel. La Constitución no se plantea como una regulación de un determinado *status quo*, sino como un proyecto de construcción de una sociedad del buen vivir, de justicia y derechos que implica la transformación de lo existente. Una transformación para la que se marcan las vías formales y sustantivas a lo largo de su texto. Lo que antes se llamaba una constitución de transición.

En este contexto, la Corte no aparece tanto como un órgano de restricción, sino como un órgano proactivo en la búsqueda de la maximización de este programa en los diferentes ámbitos que a continuación se mencionarán, lo que, naturalmente, implica que no puede funcionar conforme a principios de justicia rogada o de control del objeto de las acciones por parte de los demandantes, ni entender su función en términos contramayoritarios o de legislador negativo.

Los cuatro ámbitos fundamentales en los que la Corte debe actuar activamente (no como posicionamiento personal de los jueces, sino como mandato constitucional) son la interacción entre poderes, el fenómeno democrático-participativo, los derechos y garantías y la vigilancia de la vigencia (no de la validez) constitucional en actos del poder público, incluidas las sentencias de la jurisdicción ordinaria.

Como ya se vio en su momento, la Constitución del Ecuador sigue el modelo de interacción compleja de poderes típico del constitucionalismo latinoamericano democrático. En él se establece la participación múltiple y en diferentes niveles de las distintas funciones y órganos para la adopción de la mayor parte de las decisiones, ya sean normativas, nombramientos o de otra naturaleza. En medio de estas complejas relaciones la Corte Constitucional aparece como encargada no ya de impedir las invasiones de competencias, sino de lograr un funcionamiento engrasado de los diferentes poderes, impulsando las relaciones de colaboración entre ellos, en el marco de lo constitucionalmente ordenado. Por ello, como se vio, se exige su participación (en forma de dictámenes u otras resoluciones) tanto antes como después de la adopción de ciertas decisiones que involucran a más de una de las funciones u órganos, actuando como una suerte de instancia de conducción en la articulación entre los diferentes poderes.

Otro elemento a través del cual se pone a la Corte Constitucional al servicio de la maximización del programa constitucional es el que tiene que ver con el impulso y garantía de la participación ciudadana.

Efectivamente, tanto positiva como negativamente, la Corte Constitucional ocupa un papel privilegiado para lograr que los principios políticos y las instituciones participativas sean una realidad en el sistema constitucional.

Negativamente, impidiendo que aquellas decisiones que debieran adoptarse con participación popular (por ejemplo, en las modificaciones constitucionales que deban hacerse por reforma o asamblea constituyente) sean sustraídas a la misma por parte de los poderes constituidos; y, positivamente, estructurando y canalizando las vías de participación popular mediante la depuración de las propuestas que puedan provenir de la ciudadanía para incluirlas regularmente en el proceso constitucionalmente previsto. En una constitución que pone un énfasis tan señalado en la dimensión participativa de

proceso político, cabe decir que resulta igualmente importante el citado papel negativo que el positivo.

De hecho, la experiencia comparada parece confirmar que los riesgos para un funcionamiento saludable de la democracia no suelen venir tanto de las posibles extralimitaciones populares (es decir, de propuestas de democracia popular o asamblearia que pasen por encima de los procedimientos constitucionales), como de la pretensión de los poderes constituidos de ir marginando las formas de democracia participativa<sup>305</sup> y de ir ocupando progresivamente esos espacios a través de los procesos (partidistas y) representativos. Podemos decir que la Corte Constitucional actúa así en una función totalmente novedosa como árbitro de la democracia representativa y de la democracia participativa, buscando ese modelo de democracia protagónica que aparece delineado en el constitucionalismo latinoamericano democrático.

Un tercer ámbito de esta maximización del programa constitucional tiene que ver con la cuestión de los derechos fundamentales. En este terreno parece que deben distinguirse tres facetas diferentes que sirven para establecer la compleja tarea de la Corte Constitucional en esta materia. Tres ámbitos que, en parte, están en relación dialéctica entre sí y que involucran sofisticados equilibrios valorativos

La primera de ellos es, naturalmente, el papel clásico de defensor de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales como pretensiones justiciables de acción u omisión en cabeza individual. Más allá de algunos perfeccionamientos (desformalización, obligación de aplicación también en ausencia de norma o procedimiento, etc.) se recoge aquí la elaboración *del ius commune* internacional en esta materia.

La segunda es de la dimensión objetiva o de irradiación en virtud de la cual los derechos se convierten en paradigma interpretativo del quehacer normativo y ejecutivo del resto de órganos y funciones del Estado. Del mismo modo que se indicaba antes, se trata de una tarea que la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales han ido adquiriendo ya sea por mandato constitucional, ya sea por construcción pretoriana.

---

<sup>305</sup> Esta dinámica resultó particularmente evidente en el estado social clásico (el de los países centrales del capitalismo en la segunda posguerra mundial) en el que los ya de por sí modestos mecanismos de democracia participativa, quedaron progresivamente suplantados por la lógica partidista-representativa hasta volverlos (con las excepciones por motivos muy particulares de Suiza y, en cierta medida, de Italia) inoperantes en la práctica.

La tercera faceta, en cambio, es donde encontramos muy importantes novedades y se trata, nuevamente, de una compleja función de arbitraje en tres campos muy diversos. Tres campos que, por su parte, aunque analíticamente diferenciables, no se presentan aislados en la realidad, sino sumándose unos a otros en los caso concretos, como diferentes estratos de un mismo problema.

En primer lugar, la Corte Constitucional se ve obligada a realizar una suerte de arbitraje entre los desarrollos propios en materia de derechos y aquellos que provienen del ámbito internacional. La obligación constitucional de atenerse al estándar más alto internacional y de aplicar los tratados internacionales en la materia, obliga a un trabajo hermenéutico de compatibilización de estos ámbitos. Aunque, aparentemente, bastaría con aplicar una suerte de regla de jerarquía del nivel de protección, la realidad es, desgraciadamente, mucho más compleja. No siempre es fácil determinar qué estándar de protección es más amplio, existiendo, además, notables asimetrías en el desarrollo de sus diferentes facetas (es decir, un tratado puede tener más desarrollada la faceta de protección, pero menos desarrollada la faceta prestacional de un derecho que la legislación interna o viceversa), sino que las posibilidades de colisión de los derechos se vuelven poliédricas, en la medida en que ciertos desarrollos en unos derechos en un ámbito (el internacional, por ejemplo) deban compatibilizarse con otros más avanzados de otros derechos en un ámbito diferente (el nacional, por ejemplo), de manera que no se anulen unos a otros. Todo esto involucra la necesidad de crear ámbitos de diálogo entre instancias nacionales e internacionales que, a día de hoy, son, cuando mucho, incipientes en Latinoamérica (e inexistentes en otros ámbitos), obstaculizadas tanto por las tendencias al nacionalismo jurídico (local) como por la propensión a una concepción jerarquizante del derecho internacional.

En segundo lugar, la Corte Constitucional, como consecuencia de la ampliación de los sujetos titulares de los derechos, se ve en la obligación de realizar una tarea de arbitraje o ponderación entre los derechos cuya titularidad corresponde individualmente a cada persona y aquellos que tienen como titular, bien a las colectividades, bien a las personas jurídicas, bien a la naturaleza. Sucede en este ámbito subjetivo, lo mismo que en la dimensión objetiva. Es decir, no se trata sólo de que la titularidad de cada uno de estos sujetos introduce peculiaridades y dificultades propias (en materia procesal, de prueba, de

sentencia, de reparación, etc.), sino de que la relación entre los derechos de unos y otros sujetos no es necesariamente armónica y de que existen derechos que tienen dimensiones individuales y también colectivas que pueden entrar en contradicción. La protección colectiva de un derecho puede colisionar con pretensiones individuales o, unas y otras, con las que se deben a la Naturaleza, todo ello en diferentes combinaciones subjetivas y objetivas.

Dada la supremacía o exclusividad que la dimensión individual ha tenido hasta ahora, podemos decir que la Corte Constitucional se verá obligada a actuar, en esta materia, como un árbitro frente al individualismo.

El tercer ámbito, más novedoso aún respecto del planteamiento clásico, es el que tiene que ver con lo que podemos llamar la mediación cultural, ya sea en el plano valorativo, ya sea en el plano propiamente jurídico.

En este sentido, el estado “intercultural, plurinacional y laico” del que habla el artículo 1 de la Constitución<sup>306</sup> proyecta sobre toda la cuestión de los derechos una problemática desconocida en los sistemas clásicos: el de la diversidad de cosmovisiones desde las que afrontar el entendimiento del componente valorativo de los derechos. De nuevo, no se trata sólo de las dificultades (de orden lingüístico, cultural, social, etc.) que entraña la asunción de cada una de estas cosmovisiones, sino de que no necesariamente todas ellas poseen concepciones susceptibles de armonizarse sin conflicto. El entendimiento de un determinado derecho por parte de una cultura puede colisionar con el entendimiento de ese mismo derecho o de otro distinto por parte de otra cultura o por parte de otros sujetos titulares (pertenecientes o no a esas culturas). Como se decía antes del individualismo, dado el carácter preponderante (o exclusivo) que la interpretación de los derechos ha tenido en términos de cultura ilustrada occidental hasta el presente, esta tarea supone un formidable reto para la Corte Constitucional, si quiere convertirse en un verdadero árbitro y facilitador del diálogo intercultural.

---

<sup>306</sup> Con sus concordancias y desarrollos. Interculturalidad: artículos 2, 16, 27, 28, 32, 57, 95, 156, 217, 249, 257, 275, 340, 343, 347, 358, 375, 378, 416, y 423. Plurinacionalidad: artículos 6, 257 y 380. Pluriculturalidad: 242, 257 y 380. Multietnicidad: artículo 380.

Este panorama general intercultural tiene, además, una concreta faceta jurídica: la que se deriva del pluralismo jurídico<sup>307</sup>. Así, no se trata sólo de que haya cosmovisiones en competencia (o colaboración) para la determinación del sentido de las dimensiones valorativas de los derechos, sino de que existen, dentro del territorio de la República, diferentes sistemas jurídicos que positivizan (ya sea en forma escrita, ya sea en forma consuetudinaria<sup>308</sup>) estos valores. Derechos que, a su vez, generan sistemas jurisdiccionales propios<sup>309</sup>. De esta forma, la Corte Constitucional como pieza de cierre garantista del sistema, se ve, igualmente, en la obligación de operar un arbitraje pluralista entre las pretensiones de normatividad de los diferentes órdenes jurídicos y entre las pretensiones de jurisdiccionalidad de las diferentes jurisdicciones existentes en la República.

El elemento fundamental aquí es que no puede entenderse que exista un orden valorativo constitucional expresado en la legislación del estado que hay que compatibilizar o relacionar con un orden valorativo procedente del derecho y la jurisdicción indígena, sino que como consecuencia del carácter intercultural del estado, el orden valorativo constitucional tiene que ser el resultado de las aportaciones de ambos derechos y jurisdicciones, de forma tal que tanto se debe controlar el uno como el otro a partir de esa creación valorativa intercultural a que obliga la Constitución.

No se trata, pues, de ver si el derecho o las resoluciones de la jurisdicción indígena son compatibles con la Constitución, como si hubiera de compararse el texto constitucional con algo externo a ella, sino de comprobar si el derecho y las resoluciones judiciales (de cualquier origen y jurisdicción, indígenas o estatales) son o no compatibles con el orden valorativo que resulta de una comprensión intercultural de los derechos.

Como en los casos anteriores, también aquí la tradición es que las relaciones entre estos sistemas jurídicos son de subordinación y control (cuando no de mero desconocimiento, negación o prohibición), entendiendo que el objeto controlado es el derecho y jurisdicción indígena y el parámetro de control el texto constitucional entendido

---

<sup>307</sup> El término como tal, no figura en la Constitución de 2008 (se trata, de todos modos de un concepto antes teórico que dogmático), pero, como se verá después, viene presupuesto por el reconocimiento de jurisdicciones no estatales.

<sup>308</sup> Derecho propio: artículos 57 y 171. Derecho consuetudinario: artículo 171. Tradiciones ancestrales (con fuerza de derecho): artículo 171.

<sup>309</sup> Jurisdicción indígena: artículos 76 y 171.

desde el derecho del estado. Por ello, la Corte Constitucional se enfrenta a una muy compleja tarea de rectificación de esta perspectiva para adecuarse al estado intercultural del artículo 1 constitucional, abriendo su control intercultural a una y otra realidad jurídica (como antes se decía de una y otra cosmovisión). Un árbitro, pues, del pluralismo jurídico.

El cuarto ámbito que antes se mencionaba tiene que ver con la vigencia efectiva del texto constitucional. De forma tal que la Corte Constitucional debe realizar una tarea de vigilancia sobre el actuar de los poderes públicos para comprobar que, de hecho, se está dando cumplimiento al programa constitucional y que éste no queda paralizado ya sea por la inacción de los poderes públicos (la omisión) o por la aplicación de principios de justicia diferentes a los constitucionalizados. Como se verá con detalle en el último capítulo de esta Tesis Doctoral, esta tarea implica un sistema complejo de supervisión de sentencias y un sistema de acciones para lograr este objetivo. En todo caso, lo que interesa es el hecho de que esta actividad no es tampoco (íntegramente) rogada, sino que corresponde a la Corte Constitucional impulsar activamente la revisión de las sentencias (al menos) en materia de garantías constitucionales, realizando, de este modo, una actividad que está a medio camino del control clásico y de la actividad de fomento, en tanto que debe instaurar los mecanismos de diálogo jurisdiccional e interinstitucional que provoquen una asunción progresiva de los valores constitucionales expresados en la jurisprudencia constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria y del resto de los poderes que sufran el reproche de omisión constitucional.

Esta tarea básica de maximizador del programa constitucional, antes que de órgano de control o garantía (que, obviamente, también lo es, pero que queda subsumido en esta misión de orden superior) tiene consecuencias directas en los tres elementos básicos del sistema clásico que se analizaban en el capítulo I: la técnica del legislador negativo, el problema de la objeción contramayoritaria y el tema de la rigidez constitucional.

Parece evidente de todo lo anteriormente expresado que la Constitución de 2008 no configura a la Corte Constitucional como un legislador negativo. Tanto sus actividades de justicia no rogada, como las de supervisión de la eficacia (no de la validez) de actos y normas, como, de manera definitiva, el mandato constitucional de saturar las lagunas que se produzcan como consecuencia de omisiones mediante la redacción de la normativa necesaria (con carácter provisional), nos muestran que existe una incompatibilidad

estructural entre órgano maximizador del programa constitucional y las técnicas de nulidad (legislador negativo) como remedio para la inconstitucionalidad.

Efectivamente, tal como ya advirtió Kelsen (*vide supra*), su modelo estaba pensado para constituciones avalorativas y no podía funcionar en las que incluyeran declaraciones políticas, éticas, valorativas, etc.

La situación en la Constitución de Ecuador, sin embargo, avanza dos pasos más.

Por un lado, no se trata sólo de que haya una constitución con valores (como ya lo eran algunas de mediados del s. XX), sino que, adicionalmente, se trata de una constitución dirigente (en el sentido citado de Gomes Canotilho) o de transición (en el sentido citado de Viciano y Martínez).

Es decir, que impone un programa de transformación de la realidad guiado por esos mismos valores, de manera que la constitucionalidad se predica no sólo de las normas, sino del resultado de las mismas en ese proceso transformador (*sensu contrario*, el estado de cosas inconstitucional de creación pretoriana por parte, por ejemplo, de la Corte Constitucional de Colombia<sup>310</sup>). Una concepción que supera el paradigma garantista (en tanto que modelo proyectivo y que determina no sólo el ser del derecho sino el deber ser del mismo<sup>311</sup>), y que se proyecta sobre la realidad sociológica de la República como parámetro de control.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la Corte Constitucional, al convertirla en órgano de maximización del programa constitucional, la configura no ya como un guardián de las decisiones del constituyente (frente a posibles intromisiones de los poderes constituidos), sino como un guardián de las intenciones, programa o proceso de transformación constitucional puesto en marcha con la constituyente y plasmado en el texto de la Constitución de 2008 (y que podemos resumir en el programa de buen vivir).

Esta nueva configuración como actor con capacidad de intervención operativa positiva en el ordenamiento exige, por su parte, un entendimiento más dialogante de la jurisdicción constitucional en un sistema de relaciones triangulares entre órganos

---

<sup>310</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia T-1030 de 2003.

<sup>311</sup> En el sentido de FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 28-34.

representativos (fundamentalmente, Asamblea Nacional, pero también con otros órganos y poderes de los diferentes niveles de organización pública), ciudadanía y Corte Constitucional.

Este entendimiento supone una comprensión cooperativa de la búsqueda de realización efectiva del programa constitucional, en cuya definición participan tanto los órganos políticos representativos, como la ciudadanía en forma directa. Se trata de un sistema de corrección recíproca en la que las tres instancias deben ir superponiendo sus iniciativas. Por poner el caso más evidente, una omisión constitucional saturada por la Corte Constitucional no supone la última palabra en la materia, puesto que siempre está en la mano de la Asamblea Nacional actuar operativamente aprobando una regulación distinta que vendría a sustituir a la de la Corte Constitucional. Pero, nuevamente, la población podría sustituir esta regulación por otra de iniciativa popular<sup>312</sup> que coincidiría o no con la anterior de la Corte. Nuevamente, esta regulación sería objeto de control constitucional por parte de la Corte Constitucional que, hipotéticamente, podría declararla inconstitucional (lo que podría dar lugar o no a una nueva laguna que la Corte tuviera que saturar). Pero tampoco en este caso se habría dicho la última palabra. En la medida en que la población podría sostener su criterio impulsando una reforma constitucional acorde con su interpretación del programa constitucional (que, *ex hypothesi* diferiría del de la Corte). Reforma que, por su parte sería objeto de control constitucional y que podría entrar en competencia con otra impulsada por el Ejecutivo o por el Legislativo, etc., etc.

En los casos de control no sobre la omisión sino sobre la acción legislativa, igualmente parece que deben predicarse estas formas de diálogo triangular entre las instancias citadas, con el correspondiente empleo de sentencias manipulativas<sup>313</sup> y formas de reenvío formal o material entre las diferentes instancias.

Lo cual conduce a la consideración del siguiente problema. El de la objeción contramayoritaria. Como se ha venido argumentado con anterioridad, el debate clásico

---

<sup>312</sup> Para la recta comprensión de este argumento, hay que recordar lo sencillo que resulta para la ciudadanía el impulso de este tipo de opciones. Recordemos, por ejemplo, que una reforma constitucional pueden iniciarse por la ciudadanía con un 1 por ciento del electorado lo que, para el momento actual, suponen 130.000 firmas.

<sup>313</sup> Cf. SOTO Cordero, Fabián, “Sentencias constitucionales: tipos y efectos”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 211-234.

sobre la objeción contramayoritaria venía marcado por unas considerables dosis de formalización, de modo tal que lo que se enfrentaban no eran mayorías y minorías sociológicas, sino mayorías y minorías para el ordenamiento jurídico, con frecuencia, muy alejadas unas de otras.

En el caso de una Constitución como la Ecuador de 2008 que hace una apuesta por la democracia participativa, tendencialmente al menos, mayorías para el derecho y mayorías sociológicas deberían coincidir. Es a partir de esta relación compleja entre mayorías y sistemas de legitimación de las decisiones (representativo y directo) como hay que entender el papel de la Corte Constitucional.

Para decirlo apodícticamente, la Corte Constitucional no actúa en la Constitución de 2008 como un órgano contramayoritario, sino como un árbitro de mayorías. No sólo en el sentido elemental del control del proceso de formación de los actos legislativos, en cuanto que deben satisfacer los criterios de democraticidad establecidos en la Constitución (es decir, el sistema de mayorías interno), sino en un sentido más profundo y diverso. La tarea de la Corte Constitucional es, prioritariamente, determinar cuál es la concreta mayoría que, en cada caso, puede determinar la adopción de un determinado contenido normativo. Si se trata de la mayoría de los órganos representativos o si se trata de la mayoría de la ciudadanía. Recordando, nuevamente, que la apertura existente respecto al proceso de modificación constitucional (que, como se dijo, normaliza esta institución que, no debemos olvidarlo, es la única fuente propia del derecho constitucional<sup>314</sup>) provoca que existan muchas más posibilidades de interacción entre las diferentes mayorías que en los sistemas clásicos en los que, *de facto*, se trataba exclusivamente de un (hipotético) conflicto entre Cortes y Asambleas al que la población asistía exclusivamente como espectador. Dicho de otra forma, cuando en el sistema clásico una Corte venía a decirle al legislativo que su norma era inconstitucional y que si quería aprobarla debía reformar la constitución, le estaba dando, en realidad, una falsa alternativa, por el carácter absolutamente extraordinario de las reformas.

En un nivel inferior, pero no menos importante, la Corte Constitucional también es la encargada de tutelar las iniciativas normativas ordinarias (no de reforma constitucional)

---

<sup>314</sup> Sobre esta cuestión, *cf.* nota 174.

o las consultas populares de forma tal que éstas transcurran por los cauces constitucionalmente previstos y que, nuevamente, no se estén suplantando unas mayorías (populares pero para distinto procedimiento) por otras, al presentarse iniciativas o consultas que, en realidad, encubran reformas constitucionales.

Por último, el hecho de que la propia Constitución prevea la Asamblea Nacional Constituyente supone que también la Corte Constitucional es uno de los actores que puede realizar el *appel au peuple*, cuando considere que lo que aparentemente se presenta como una reforma es, en realidad, un cambio de constitución, para lo que no basta la existencia de una mayoría (incluso popular), sino que requiere la convocatoria al conjunto del cuerpo social para que reconsidere sus decisiones básicas adoptadas en Montecristi.

Existe, por tanto, un complejo sistema de mayorías constitucionales (como traducción de una rica gramática democrática<sup>315</sup>) cuyo arbitraje corresponde a la Corte, no como elemento de freno de las mayorías, sino como instrumento de articulación y facilitación de su interrelación recíproca. Mayorías dentro de un mismo tipo de democracia (según procedimientos, según iniciativas), mayorías entre diferentes tipos de democracia (representativa y participativa) e invocación del procedimiento democrático por excelencia en forma de asamblea constituyente.

Es a partir de los razonamientos anteriores como podemos abordar, ahora, la cuestión de la rigidez constitucional. Como se vio en su momento, la rigidez que habitualmente se muestra como un rasgo formal de las normas constitucionales, había nacido históricamente con un evidente y expreso contenido material. Lo que se rigidificaba era el conjunto de determinaciones socioeconómicas básicas asociadas a la estructura liberal-capitalista de los estados burgueses frente a los riesgos que parecía suponer la llegada de los partidos de masas con pretensiones de gobierno mayoritario. Así, la rigidez, paradójicamente, se configuró históricamente como un instrumento antidemocrático y su contraparte, la reforma constitucional, como una institución destinada no a permitir sino a impedir (retardar o dificultar) el cambio constitucional<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> En el sentido habermasiano o de BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002.

<sup>316</sup> Sobre esta cuestión, muy ampliamente, CABO Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003.

Se pasaba así de las clásicas constituciones liberales en las que dichas determinaciones no necesitaban ser protegidas, porque ni siquiera figuraban en la constitución, sino que funcionaban como presupuestos mismos de su existencia, a unas constituciones rígidas que protegían a poderes constituyentes monoclasa y de muy baja (o ausente) democrática. Dicho de otra forma, la rigidez sólo actuaba en un sentido, frente a los impulsos transformadores que provenían del sistema representativo que, pese a todas las dificultades sistémicas, aspiraba a hacer coincidir, por vía de los partidos de masas, la mayoría formal (del ordenamiento) con la mayoría sociológica.

Pues bien, en la Constitución de Ecuador 2008, la rigidez y la concreta tarea que en relación con ella realiza la Corte Constitucional, también cambia de sentido.

Por un lado, recordemos que la regulación de la reforma constitucional (al margen de algunas cuestiones procedimentales de detalle que han dado lugar a interpretaciones contradictorias y que habrán de aclararse jurisprudencialmente según se vayan dando los casos concretos<sup>317</sup>) es, por un lado, exhaustiva, en cuanto que regula desde las

---

<sup>317</sup> Al momento de cierre de esta Tesis Doctoral tan sólo se había realizado una enmienda constitucional, a propuesta del Presidente de la República, siguiendo el procedimiento del artículo 441.1. Quizá donde exista una regulación menos completa sea en los casos en lo que la enmienda procede de la Asamblea Nacional, cabiendo diferentes interpretaciones de sus diversos aspectos. Con carácter muy general, estas dudas se refieren básicamente a lo siguiente. No está totalmente claro si la iniciativa es de la Asamblea Nacional o de un grupo (un tercio) de asambleístas. Esta diferencia no es baladí porque supone dos lógicas diferentes. Si acogemos que la iniciativa se refiere a la Asamblea Nacional (como, por ejemplo, hace el artículo 100 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que, a la letra, dice: “Cuando la iniciativa proceda de la Asamblea Nacional...”), entonces, el requisito del tercio lo que supone es que se necesita una inactiva cualificada para poner en marcha el procedimiento. O, para ser más exactos, que existe un trámite de iniciativa de la iniciativa que no puede ser realizado por un diputado individual o un grupo político, sino por un mínimo de un tercio de los asambleístas, adoptándose, a continuación, una decisión sobre la iniciativa (que da lugar a la “iniciativa propiamente dicha”) por parte del pleno en el que, a falta de otra disposición constitucional o legal se aplicarían las reglas ordinarias de aprobación, es decir, mayoría simple. Este arreglo institucional podría dar lugar a la situación relativamente paradójica de que la iniciativa tuviera menos apoyos que la iniciativa de la iniciativa (el quórum de votación es la mitad, la mayoría simple es la mitad más uno de presentes, luego se podría aprobar con un cuarto más uno de asambleístas, aunque hubiera sido propuesta por un tercio, aunque ello no parece suponer problemas de orden constitucional o político, puesto que tan sólo marcaría un cambio de posición de ciertos asambleístas que habrían modificado su posición, considerando que siempre podrían volver a ejercer el correspondiente control en los posteriores debates constitucionalmente previstos. En esta hipótesis, el requisito de procedibilidad actuaría como un freno frente a reformas poco sustentadas (es decir, con poco apoyo) por parte de los asambleístas, privilegiando, en cambio, las iniciativas bien del Presidente (que, en realidad, suponen una vía de apertura a la participación popular, puesto que involucran directamente la convocatoria de referéndum), bien a la iniciativa ciudadana (ocho por ciento del padrón electoral y referéndum). En definitiva, la mayoría parlamentaria tendría en su mano el control sobre si hay o no hay iniciativa (lógicamente, de (toda) la Asamblea Nacional), pudiendo el tercio de diputados tan sólo incluir su iniciativa de la iniciativa en el correspondiente orden del día para su consideración por el Pleno. En cambio, si consideramos que la iniciativa es del tercio de diputados, lo que la Constitución habría hecho es ampliar la legitimación activa para la modificación de la Constitución, también a la minoría parlamentaria que podría forzar a la mayoría a los correspondientes debates con independencia de su posición *a priori* sobre el tema. Aunque, en principio, esta

modificaciones más de detalle (vía enmienda), pasando por la reforma, hasta la propia Asamblea Nacional Constituyente. Por otro, es una regulación flexible que, como ya se ha dicho tantas veces, normaliza la reforma, en tanto que las mayorías exigidas para su puesta en marcha (en el caso de la reforma, de tan solo un 1 por ciento del electorado: 130.000 firmas para el momento actual) son fácilmente alcanzables. Y, en tercer lugar, es una regulación que pretende evitar que el texto constitucional (mediante su modificación) pueda quedar hurtado al poder popular, puesto que frente a la iniciativa de cualquier otro de los legitimados activamente para iniciar la modificación, siempre puede impulsarse fácilmente una (contra)reforma ciudadana y, en todo caso<sup>318</sup>, corresponde a la ciudadanía la decisión final sobre las mismas.

Es decir, se trata de una rigidez que lejos de configurarse como una rigidez antidemocrática que pretende evitar que las mayorías puedan alterar los presupuestos básicos de las sociedades liberal-burguesas (como fue la rigidez clásica), es una rigidez

---

ampliación de la gramática de la democracia parecería la más coherente con el sistema constitucional en su conjunto, tampoco deja de involucrar algunas dificultades de orden constitucional y legal. De orden constitucional, porque lo que, sin duda, subyace al proyecto de Montecristi es provocar la máxima participación del pueblo en la transformación (o no) de su Constitución y, consiguientemente (dadas las experiencias regionales anteriores en la región y fuera de ella), tratar de controlar toda forma de manipulación por parte de los poderes constituidos. En esta segunda hipótesis, en cambio, se estaría propiciando el inicio de una modificación, *prima facie*, con escaso apoyo popular. Por otro lado, ya en el orden legal, según la Ley Orgánica de la Función Legislativa, una vez que se produce la iniciativa de enmienda (supongamos por la mera entrega de las firmas de un tercio de asambleístas, pero sin votación en pleno), tras la calificación por parte de la Corte Constitucional, se configura una comisión para tramitar la reforma. Esta comisión, a falta de otra regulación, se integraría en la forma ordinaria (es decir, respetando la proporción numérica de los diferentes grupos parlamentarios), lo que daría lugar a la paradójica situación de que una comisión en la que los proponentes fueran minoría (supongamos que apoyaron la iniciativa un tercio, pero que los otros dos tercios se oponen) tendría que encargarse de tramitarla. La opción por una u otra de estas alternativas también parece arrastrar la decisión sobre quién es el encargado de facilitar los documentos a los que se refiere el citado artículo 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (la justificación de la reforma y la argumentación en torno a cuál es el procedimiento que debe seguirse para su tramitación). En el primer caso, dado que no hay paso por el Pleno, tendrían que ser los asambleístas proponentes los que los aportaron, limitándose el Consejo de Administración Legislativa a la verificación de los requisitos formales (número de firmas, existencia de los documentos) y a darle trámite a la Corte Constitucional. En el segundo de los casos, dado que pasaría a ser una iniciativa de toda la Asamblea Nacional, parecería que debiera ser el Consejo de Administración Legislativa el que los elaborara. Adicionalmente, al margen de la cuestión de si se requeriría en todo caso referéndum popular, un último asunto que quedaría por aclarar es el contenido exacto de los debates a los que se refiere la Constitución en el artículo 441. Y ello, por lo siguiente. Dado que las propuestas tienen que ser enviadas a la Corte Constitucional para su calificación como requisito de procedibilidad de los mismos, cabe preguntarse si la Asamblea podría, durante su realización, alterar o no el contenido de dichas preguntas. Nuevamente, si no puede, ello reforzaría, en la segunda de las interpretaciones, la posición de la minoría que no sólo podría forzar el debate, sino que mantendría su control hasta el final, sólo cabiendo para la mayoría el decir sí o no a lo propuesto. Ahora bien, tanto en la primera como en la segunda de las hipótesis cabría preguntarse sobre el sentido de realizar dos debates sobre un mismo texto al que no se pueden introducir cambios, tratándose en realidad de uno de los comúnmente llamados “debates de totalidad” o “aprobación en grande” que, por su propia naturaleza, suelen realizarse en un solo acto.

<sup>318</sup> Con la posible excepción del artículo 441.2 (*vide supra*) para las modificaciones menos importantes.

que pretende evitar que los poderes constituidos puedan alterar las decisiones básicas de la ciudadanía. Y, consecuentemente, la reforma constitucional, en lugar de configurarse como una institución conservadora, se normaliza como fuente del derecho constitucional permitiendo afinar periódicamente el programa de transformación social ínsito en una constitución de transición como la ahora estudiada.

Así pues, la rigidez en lugar de definirse como la existencia de un procedimiento más agravado y difícil para la reforma de la constitución que el que existe para la reforma del resto del ordenamiento, habría que entenderla como aquel rasgo formal de una constitución en virtud del cual su reforma se reserva a la ciudadanía.

En este contexto, el papel de Corte Constitucional no debe ser otro, justamente, que el de garante de esta previsión constitucional, vigilando que, en cada caso, según la importancia de la modificación y su forma de inicio, se dé a la población el protagonismo constitucionalmente ordenado, hasta llegar al caso de la Asamblea Nacional Constituyente que involucra, *a priori*, la participación del conjunto de la nación. En este sentido, la Corte Constitucional no controla propiamente las iniciativas ciudadanas (en el sentido de declararlas inviables por opuestas a la Constitución), sino que lo que controla es el grado de democraticidad de la propuesta, debiendo ser éste tanto mayor, cuanto más importantes sean los cambios que se pretenda introducir.

Para todo este conjunto de tareas, tanto las tradicionales, como, sobre todo, las de nuevo cuño, la Constitución de 2008 ha tratado de establecer un procedimiento de designación de los jueces de la Corte Constitucional que esté acorde con los principios que las inspiran. Así, como ya vimos, los artículos 432, 433 y 434 constitucionales ordenan un procedimiento de designación e integración para la Corte Constitucional en el que destacan varios elementos. En primer lugar, en él participan las otras funciones del Estado (Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social), ello en consonancia con lo que se expuso en su momento sobre la compleja arquitectura de poderes y de sus relaciones en este tipo de constituciones. En segundo lugar, se trata de un proceso en concurso público, con veeduría e impugnación ciudadana. Es decir, un procedimiento en el que se respeta el principio democrático-participativo. En tercer lugar, un procedimiento que aspira a conseguir la paridad de género. Y, por último, un proceso de designación con requisitos éticos y de mérito profesional.

Aunque resultan evidentes los avances que respecto de los sistemas tradicionales de designación (a la postre, un puro y simple reparto entre el partido mayoritario y el partido de oposición), hay que decir que, en lo relativo a una perfecta sintonía entre los principios constitucionales básicos, funciones de la Corte Constitucional y sistema de designación, no se ha avanzado tanto como en otras constituciones de la región, ni tanto como podría proponerse en sede teórica.

Por un lado, porque la participación ciudadana, aunque mucho más amplia de lo habitual, sin embargo, no llega a la elección directa, como en el caso de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia<sup>319</sup>. Igualmente, aunque se señala que se tenderá a la paridad de género, ésta no se impone como criterio obligatorio, lo que deja abierto un considerable margen de discrecionalidad en esta materia. En este mismo sentido, no se recoge el carácter pluralista de la república y de su derecho, como sí hace la citada constitución boliviana (artículo 197. I: “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”), al no hacerse mención de la jurisdicción indígena, ni de otros criterios (territoriales, étnicos, culturales, etc.) en lo relativo a la selección de los jueces constitucionales. Por último, los requisitos que invoca la Constitución<sup>320</sup> son de carácter exclusivamente meritocrático (o de rectitud ética), sin que tampoco hayan tenido cabida otros elementos potencialmente integradores del buen vivir como la ética del cuidado<sup>321</sup>, el trabajo comunitario o de promoción de los derechos, u otros de similar naturaleza.

---

<sup>319</sup> Según los artículos 158.5, 182 y 197, el Tribunal Constitucional Plurinacional se elige por sufragio universal entre los candidatos preseleccionados (“La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección”).

<sup>320</sup> Artículo 433: “1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos. 2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país. 3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años. 4. Demostrar probidad y ética. 5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

<sup>321</sup> Véase, en este sentido, por ejemplo, lo decidido por el Consejo General del Poder Judicial en España en mayo de 2014, en el sentido de que el cuidado de los hijos menores o dependientes puntuará como mérito para la selección de los letrados de dicha entidad (<http://www.lavanguardia.com/vida/20140530/54409452168/cuidar-hijos-puntuara-merito-letrados.html>, visitado el 7 de julio de 2014. Efectivamente, en la fase de concurso “se puntuarán los méritos académicos de los aspirantes, sus escritos y publicaciones, su actividad profesional, haber superado otras oposiciones para el ingreso en un cuerpo superior de las administraciones y, por primera vez, los méritos referidos a conciliación e igualdad, que podrán ser valorados hasta con 5 puntos (...) el cuidado de los hijos dentro de los cinco años anteriores a la convocatoria de las pruebas, ya lo sean por naturaleza como por adopción o acogimiento

Para finalizar este epígrafe debe abordarse el tema de la eficacia. La eficacia es, en buena medida, la otra cara de la moneda de la legitimidad, al menos, en dos sentidos.

Por un lado, porque la eficacia es un elemento básico de lo que tradicionalmente se llama legitimidad de ejercicio (para distinguirla de la legitimidad de origen<sup>322</sup>. Efectivamente, una institución que desempeña eficazmente sus funciones, al margen de su origen (y hasta del consenso inicial que exista en torno a la conveniencia de las mismas) tiende a ser percibida como una institución legitimada.

Pero, por otro, existe también una cierta relación inversa, en el sentido de que cuántas más funciones importantes se atribuyen a un órgano (lo que, *a priori*, contribuye a su legitimación), más difícil resulta, naturalmente, el cumplir adecuadamente todas ellas.

Este problema se muestra de manera extraordinariamente acusada en el caso de la Corte Constitucional de Ecuador (como, por otra parte, sucede también con otras cortes de la región), dado que, como hemos visto, la Constitución de 2008 atribuye una gran cantidad de funciones a la misma y, en último término, la coloca como pieza de cierre de muchas de las actividades constitucionales y como responsable último de la vigencia del programa de transformación constitucional (sobre todo, en lo relativo al ya de por sí amplio catálogo de derechos y garantías). Existe, pues, el riesgo de que la Corte Constitucional carezca de los medios materiales y humanos, de la cooperación de las Funciones y órganos del estado o de circunstancias materiales favorables de diversa índole (desde la propia competencia profesional de sus integrantes hasta la situación general nacional o internacional) que le permitan realizar con éxito la batería de tareas constitucionalmente previstas.

---

permanente o preadoptivo, siempre que tengan menos de doce años, se valorará con 0,5 puntos por año. Si hay más de un hijo, la valoración se incrementará en 0,2 puntos por cada año de cuidado del segundo o sucesivo hijo. Por otra parte, el cuidado de un familiar de hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad se valorará con 0,3 puntos por año, siempre que no pueda valerse por sí mismo por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, y no tenga actividad retribuida”.

<sup>322</sup> Recordemos, por ejemplo, que la construcción de la Unión Europea se ha realizado, esencialmente, mediante la técnica del *spill over* que, al menos teóricamente, debería quedar legitimada por los rendimientos prácticos positivos experimentados por la población que deberían conducir a una percepción favorable de la población y a la generación del correspondiente consenso legitimador. Es decir, un camino de la práctica a la legitimidad y no viceversa. Cf. FROGNIER, André-Paul, “La identidad europea: ¿un “spill over” identitario?” en LACHAPELLE, Guy, PAQUIN, Stéphane y MORATA Tierra, Francesc, *Globalización, gobernanza e identidades*, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2003, pp. 158-202.

Sobre esta materia no es fácil pronunciarse en el momento actual. Sucede, como ya se ha visto, por un lado, que, en realidad, al momento de cerrarse esta Tesis Doctoral, no ha actuado más que la Corte para el Período de Transición y, todavía en curso, la primera Corte Constitucional.

Se trata de un período demasiado corto como para enjuiciar si se ha producido o no el completo despliegue de todas las competencias con la eficacia requerida. E incluso en el caso de que se constatará que esto no es así, tampoco sería fácil decidir si se trata de un problema meramente temporal (no ha habido el espacio necesario para hacerlo) o si se trata de un problema de incapacidad.

Y, en este segundo caso, habría que dilucidar si el problema es estructural (mal diseño de las competencias o del propio órgano en cuanto a su composición y funcionamiento; mala incardinación con el resto de las Funciones y órganos del Estado, etc.) o coyuntural (defectos o incapacidad en el personal juzgador o no juzgador, falta de cooperación deliberada o boicot por parte de las otras Funciones y órganos del Estado o de otros poderes privados nacionales o extranjeros, incluyendo a los medios de comunicación, las organizaciones de la sociedad civil, etc.). Falta, en definitiva, la necesaria perspectiva. Con todo, se trata de un tema de extrema importancia y urgencia. No puede esperarse a que, hipotéticamente, se constate incontestablemente un mal funcionamiento para comenzar a realizar su análisis y a proponer soluciones. En este sentido, resultan esenciales los mecanismos permanentes de valoración y control (sobre los que luego se volverá).

Por otro lado –y en lógica consecuencia de lo anterior– tampoco existen los correspondientes estudios académicos sobre la materia que puedan servir de orientación. En esencia (al margen de lo que luego se dirá, específicamente, sobre la acción extraordinaria de protección en el último capítulo de esta Tesis Doctoral), contamos con tres herramientas para la valoración, pero que tienen todavía un carácter limitado (en cuanto al período y actividades contemplados). Por un lado, está el informe de gestión del primer año de la Corte Constitucional<sup>323</sup>, por otro la rendición de cuentas del proceso de

---

<sup>323</sup> *Informe de Gestión 2012-2013 – Corte Constitucional del Ecuador*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

selección para el período 2008-2013<sup>324</sup> y, finalmente, un estudio sociológico sobre la acción de protección<sup>325</sup>. En el primero de los textos citados nos encontramos con un resumen general de cifras de la Corte Constitucional en las páginas 75 a 81, al que volveremos inmediatamente. El segundo es un estudio sobre las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales de todo el país que llegan a la Corte para su selección para la elaboración de precedentes, incluyendo además, en soporte digital, las fichas técnicas de relevancia constitucional de las 996 sentencias y resoluciones de garantías constitucionales (acciones de protección, medidas cautelares, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública) remitidas por los jueces de instancia a la Corte Constitucional entre noviembre de 2012 y junio de 2013. En definitiva, se trata de un estudio sobre el funcionamiento de la Sala de Selección que se proyecta sobre la cuestión de la vigencia de las garantías en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Finalmente, el último de los trabajos citados es un estudio académico de sociología jurídica sobre uno de las concretas garantías jurisdiccionales de los derechos, como es la acción de protección.

Comenzando por el primero de ellos, podemos extraer algunas cifras básicas orientativas de las posibilidades de funcionamiento y del nivel de eficacia alcanzado por la Corte Constitucional. Entre el 6 de noviembre de 2012 y el 30 de septiembre de 2013 (es decir, en esencia, en un año) habrían sido presentados a sala de admisión 2.986 causas, a las que habría que sumar las 2.372 sentencias dictadas dentro de garantías jurisdiccionales por parte de la jurisdicciones ordinaria y remitidas a la Corte Constitucional para su selección. Es decir, un total de 5.358 asuntos en un año sobre los que la Corte debería adoptar algún tipo de decisión (si suponemos unos 300 días hábiles, más de 18 por día). Es decir, no cabe duda de que existe una utilización generalizada de los procedimientos abiertos ante la Corte Constitucional. Si desglosamos estas cifras, veremos que existe una notabilísima desproporción entre unos y otros procedimientos. Así, la acción extraordinaria de protección supone el 91% de todas las acciones (2.388), la consulta de norma el 4% (104), la acción pública de inconstitucionalidad el 2% (48), la acción por incumplimiento el 2% (54), la inconstitucionalidad de actos administrativos el 0,3% (8), la

---

<sup>324</sup> AGUIRRE Castro, Pamela Juliana, ÁVILA Benavidez, Dayana y BAZANTE Pita, Vladimir (coords.), *Rendición de cuentas del proceso de selección. Período 2008-2013*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) – Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

<sup>325</sup> STORINI, Claudia y NAVAS Alvear, Marco, *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) – Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

dirimencia de competencias el 0,3% (7), la consulta popular el 0,2% (6) y la interpretación constitucional menos del 0,1% (1), sin que estén representadas otras acciones como las relativas a tratados internacionales, a incumplimiento de sentencias, a estado de excepción, a inconstitucionalidad por omisión o a reforma constitucional.

Aunque dada la brevedad del intervalo considerado (apenas un año) no es posible extraer conclusiones definitivas. Parece claro que, cuando menos, se apuntan algunas tendencias. Lo más evidente, a reserva del análisis más detallado que se realizará en el siguiente capítulo, es la absoluta preponderancia de la acción extraordinaria de protección en el conjunto de la actividad de la Corte Constitucional. Aunque, por un lado, esto es relativamente lógico, en la medida en la que, primero, el número de sentencias se mide en decenas o centenares de miles, mientras que el resto de actos susceptibles de impugnación no pasa de cientos y, segundo, la extraordinaria importancia práctica que tiene la asunción del sistema de garantías y derechos por parte de los tribunales ordinarios; por otro, podría indicar que la Corte Constitucional está (¿todavía?) sobre todo en manos de abogados y que se coloca como una pieza en la maquinaria jurisdiccional, antes que como un elemento dinamizador de la participación y la vida políticas.

En segundo lugar figura la consulta de norma, aunque con una enorme distancia respecto de la acción extraordinaria de protección (104 frente a 2388). Posiblemente, esté asomando aquí una relativa disfunción constitucional en el siguiente sentido. Parece que los jueces, por el momento, son reacios a la paralización de los procesos que involucra la consulta de norma (o, antes incluso, a la propia consideración de si una norma infraconstitucional es o no contraria a la Constitución, aplicando con automatismo una presunción de constitucionalidad propia del modelo paleopositivista). Ello supone que, posiblemente, se estén dictando sentencias basadas en normas inconstitucionales lo que, en último término, conduce a la correspondiente presentación de una extraordinaria de protección (sobre este tema se volverá luego en el cuarto capítulo de la presente Tesis Doctoral). Ello sucede así, fundamentalmente, porque aunque la duda puede surgir a petición de parte, en definitiva, es en el juez en el que ésta debe instalarse como paso previo a la consulta de norma. Hay aquí un delicado equilibrio entre abrir procesalmente la consulta (es decir, permitir que las partes la eleven) que puede convertir a esta institución en una suerte de nueva instancia o incidente dilatorio utilizado exclusivamente

para alargar las causas por parte de los abogados inescrupulosos, y una regulación muy restrictiva que la convierta en una absoluta excepcionalidad que los jueces ni siquiera consideren como opción en su actuar ordinario. En todo caso, parece que existen aquí todavía debilidades. Aunque ya desde la Corte Constitucional para el Período de Transición se han dictado algunas reglas interpretativas<sup>326</sup> que involucran, entre otras cosas, que las consultas “serán conocidas por la Sala de Admisión, la cual deberá verificar el cumplimiento de los requisitos”, es decir, determinar si contiene los elementos formales mínimos para poder proceder a un examen de fondo, estos criterios no parecen haber sido interiorizados (¿aún?) por los jueces ordinarios<sup>327</sup>. Hay que repetir que se trata todavía de una muestra muy pequeña, pero que podría confirmarse posteriormente.

En tercer lugar, destaca que la acción por incumplimiento (una novedad radical frente al modelo clásico de jurisdicción constitucional) haya contado, para el período considerado, con más acciones que la acción pública de inconstitucionalidad (54 frente a 48), pese a la apertura de la legitimación activa de esta última. Parecería que, en este caso, la acción por incumplimiento sí ha sido percibida como una garantía idónea para rectificar un estado de cosas inconstitucional<sup>328</sup>, al menos, en el caso de las personas y grupos de atención prioritaria<sup>329</sup>.

El resto de las acciones tiene una presencia más o menos marginal, pero que parece también sugerir ciertos comentarios. En primer lugar, existe todavía una baja utilización de la acción por inconstitucionalidad de actos administrativos (8). Ello podría indicar que

---

<sup>326</sup> Sentencia 001-13-SCN-CC, de 13 de febrero de 2013 que confirma lo establecido en la 55-10-SEP-CC, de la Corte para el Período de Transición.

<sup>327</sup> Así, en “el período de 6 de febrero y 30 de junio de 2013, de 35 sentencias, en 30 de ellas se establece que las consultas planteadas por los juzgadores no cumplen los parámetros formales mínimos que le permitan a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la materialidad de las disposiciones normativas consultadas, y tan solo en cinco de ellas [001-13-SCN-CC, 008-13-SCN-CC, 026-13-SCN-CC, 030-13-SCN-CC, 034-13-SCN-CC], la Corte pudo realizar el examen de constitucionalidad propiamente dicho”, AGUIRRE Castro, Pamela Juliana, “Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 311-312.

<sup>328</sup> Recordemos que la “acción por incumplimiento es una vía procesal de reclamo ante la Corte Constitucional, puesta a disposición de víctimas de la inaplicación de normas, actos administrativos de carácter general, o incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, quienes por medio de esta acción, pueden obtener el cumplimiento de la obligación contenida en ellas así como ser objeto incluso de una reparación integral de sus derechos”, MOYA Carrillo, Pablo Fernando, “La acción por incumplimiento: garantía idónea de las personas y grupos de atención prioritaria”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, p. 206.

<sup>329</sup> Ésta es justamente la tesis principal sostenida en el trabajo citado en la nota anterior.

o bien estos actos están siendo controlados por procedimientos alternativos o, lo que es más probable, que tampoco en este caso se ha logrado (¿aún?) una adecuada interiorización de esta posibilidad que también es una novedad de este sistema de jurisdicción constitucional.

Con todo, quizá lo más llamativo sea la bajísima utilización de los mecanismos de dirimencia de competencias. Ya se advirtió antes –y ahora parece confirmarse– que mientras que los textos del nuevo constitucionalismo democrático proponen una actualización del discurso federalizante y descentralizador, en la realidad, una buena parte de las resistencias anticonstitucionales han tomado perfiles de localismos de uno u otro tipo, lo que se ha traducido, en la realidad, en un considerable retraso a la hora de aplicar estos principios. Hay que recordar que, en otros contextos, los asuntos relativos a la dirimencia de competencias han desempeñado un papel fundamental en la tarea de los tribunales constitucionales, hasta el punto de que se han convertido no sólo en árbitros, sino en verdaderos artífices de los sistemas de distribución territorial del poder<sup>330</sup>. Es de suponer que, si se profundiza en el proceso de transferencia competencial vertical, se produzca un crecimiento en la litigiosidad en esta materia. Posiblemente, este mismo estado de cosas esté detrás del hecho de que, para el período considerado, sólo se haya presentado una acción de interpretación constitucional<sup>331</sup>.

Por último las 6 acciones sobre consulta popular, como es lógico, van en consonancia con el mayor o menor empleo de esta posibilidad de participación popular. Para un período de menos de un año, como el considerado aquí, parece que debe entenderse como un número notablemente elevado que confirmaría la importancia antes señalada de la Corte Constitucional como maximizado de los procesos democrático-participativos.

Por lo que se refiere al resultado de las acciones propuestas, se evidencia una considerable proporción de casos que no superan los filtros de admisibilidad. Así, para 2616 causas presentadas a sala de admisión, 505 habrían sido admitidas (19,3 %), 1316

---

<sup>330</sup> Como ha sucedido, por ejemplo, en España.

<sup>331</sup> Recordemos que: “La Corte Constitucional, a petición de parte, realizará la interpretación de las normas de la parte orgánica de la Constitución de la República, con el objeto de establecer el alcance de dichas normas, siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación”, artículo 154 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

inadmitidas (algo más de la mitad), 185 rechazadas (7,1 %), 186 resueltas en auto que dispone aclarar y completar las demandas (7,1 %), 238 resueltas en auto que dispone el envío de expedientes por parte de la judicatura (9,1 %) y 186 en autos de aclaración, ampliación, reconsideración, nulidad o desistimiento (7,1 %).

Dicho de otra forma, por unas razones o por otras, más del 80 por ciento de las acciones presentadas no pasan a su oportuna consideración jurisdiccional. Se trata de un porcentaje sumamente elevado, pero que no difiere grandemente de lo que sucede en otras jurisdicciones constitucionales con mayor experiencia. Aunque luego se volverá sobre la cuestión (pues es la acción extraordinaria de protección la que origina la inmensa mayoría de estas inadmisiones), está pendiente aquí conseguir un equilibrio entre la normalización de la justicia constitucional como un instrumento ordinario de la vida jurídica del Estado y evitar sus usos deturpados como mero incidente dilatorio, como mecanismo de incrementar las minutas de los despachos de abogados o como instancia adicional a la previstas en la jurisdicción ordinaria. Este equilibrio se debe fundamentar en dos pilares. Por un lado, un ejercicio de pedagogía jurídica entre los diferentes actores y la ciudadanía para aclarar cuál es el concreto papel de la Corte Constitucional y evitar la presentación innecesaria de acciones por ignorancia de las partes o de sus representantes; y la fijación de criterios lo más claros posibles que apoyen la seguridad jurídica y, en su caso, las acciones disciplinarias contra quienes de manera dolosa y reiterada pretendan incumplirlas.

Por último conviene destacar la intensiva participación en la cuestión de la ratificación de tratados internacionales, habiéndose dictado 50 informes en el período considerado. Lo que confirma la apertura que antes se señalaba de estos sistemas constitucionales y la complejidad de las relaciones que se establecen entre los ordenamientos locales y el internacional.

El segundo de los trabajos mencionados nos ofrece luz sobre cómo se está desarrollando el proceso de selección. Recordemos que según el artículo 86.5 de la Constitución todos los jueces y juezas de apelación e instancia tienen la obligación de remitir a la Corte Constitucional todas las sentencias ejecutoriadas expedidas en la resolución de garantías jurisdiccionales para el desarrollo de su jurisprudencia. La selección de los casos que serán objeto de revisión está a cargo de la Sala de Selección de

la Corte, que tiene la potestad exclusiva y discrecional y sin posibilidad de recurso de escoger aquellos que, por su gravedad, novedad, relevancia o incumplimiento de precedentes constituciones deban ser revisados. Esta sala de Selección, según dispone el artículo 198 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional está integrada por tres juezas o jueces que actuarán mensualmente de manera rotatoria. Los casos seleccionados pasan, por sorteo, a una de las Salas de Revisión (artículo 199 del mismo cuerpo legal). Esta revisión puede dar lugar a la generación de jurisprudencia vinculante o a “constatar vulneraciones a derechos constituciones en la sustanciación de la causa (...) [y] revisar el caso seleccionado y efectuar una reparación integral con efectos *inter partes, pares o comunis*”<sup>332</sup>. En definitiva, una modalidad del *writ of certiorari* clásico.

Pues bien, para el período noviembre 2012 – junio 2013 (es decir, el arranque de la primera Corte Constitucional) se han sometido a análisis estadístico las 996 sentencias recibidas<sup>333</sup> que ofrecen interesantes indicaciones no ya de la eficacia de la propia Corte Constitucional, sino de hasta qué punto se están empleando los procedimientos de garantía constitucional de los derechos por parte de la jurisdicción ordinaria. Ello resulta fundamental porque, en último término, será en estas instancias donde se juegue su futuro la eficacia de justiciabilidad de los derechos, correspondiendo a la Corte Constitucional un papel rector o de *ultima ratio*. En cuanto a la distribución en función de las acciones, destaca que más de la mitad de las sentencias remitidas (58,23 %) se refieren a la acción de protección, el 25,30 % al hábeas corpus, el 9,74 % a medidas cautelares, el 4,42 % al hábeas data y el 2,31 % a la acción de acceso a la información pública. Estos datos parecen sugerir que, al margen de la acción de protección, sólo una acción clásica como el hábeas corpus se ha incorporado a la vida jurisdiccional ordinaria, siendo la presencia de las otras acciones novedosas (¿aún?) bastante marginal.

También respecto de los accionantes se constata en estos datos iniciales un perfil relativamente clásico o conservador. Por un lado, casi el 90 por ciento de los accionantes son personas físicas, lo que demuestra que las posibilidades para las personas jurídicas no

---

<sup>332</sup> Sentencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición 001-10-JPO-CC.

<sup>333</sup> Para extrapolar estos análisis y profundizar en cuestiones de eficacia, habría que saber cuántas se han recibido en total, especialmente, en comparación con cuántas se deberían haber recibido. Es decir, si se están remitiendo todas y de cuántas sentencias se trata.

han sido todavía debidamente interiorizadas. Dentro de las personas físicas, más del 75 por ciento corresponden a individuos, por lo que las posibilidades para las colectividades (considerando colectividades a partir de dos accionantes) tampoco parecen haber alcanzado su pleno desarrollo. Por último, la relación hombres/mujeres es de prácticamente 4 a 1, manifestándose todavía una fuerte carga patriarcal en la utilización de los recursos jurisdiccionales.

Respecto de los accionados, casi el 90 % de las acciones fueron contra personas jurídicas públicas (Estado) y sólo un 8,24 % contra personas jurídico-privadas, con un porcentaje marginal de individuos o grupos de individuos accionados. Nuevamente, se revela una incipiente incorporación de las posibilidades de tutela frente a particulares consagrada constitucionalmente.

Los derechos que presuntamente habrían sido violados según los accionantes también revelan algunas tendencias interesantes. Por orden de frecuencia tendríamos: la seguridad jurídica es el derecho más invocado en las acciones constitucionales con el 14,31 %, ocupando el segundo lugar la libertad de tránsito (ambulatoria) con el 13,54 %, el derecho al trabajo con el 12,88 %; el debido proceso en su forma genérica con el 12,44 %; y el derecho a la defensa (debido proceso/defensa) con el 7,93 %; el derecho a la igualdad con en el 6,33 %; el derecho a la motivación (debido proceso/motivación) con el 4,07 %; y el derecho a la propiedad con el 4,02 %. Estos datos suponen que existe una fuerte procesalización de las acciones, puesto que si sumamos seguridad jurídica, debido proceso en sus diferentes variantes, motivación e igualdad (suponiendo que se trata de igualdad jurídica y no sustancial), superamos el 45 % de las acciones. Dicho de otra forma, se trata de asuntos que no son sustantivamente de derechos, sino que han adquirido un perfil constitucional en relación con alguna de las garantías formales. Estos datos sugieren un posible uso por parte de los abogados de los procesos de garantías como alternativas más expeditas a la reclamación de fondo de los casos (sin perjuicio de que puedan existir casos legítimos de discriminación o ausencia de motivación, etc.).

Por lo que se refiere a los derechos sustantivos, destacan la libertad de tránsito con el 13,54 %, el derecho al trabajo con el 12,88 % y el derecho a la propiedad con el 4,07 %. Aunque con porcentajes marginales, aparecen algunas invocaciones de derechos de nuevo cuño como el derecho a la propiedad de tierras comunitarias, al agua, derechos de la

naturaleza, recreación, esparcimiento, deporte y tiempo libre, vivienda digna o ambiente sano.

Si en lugar de fijarnos en lo solicitado por las accionantes, nos concentramos en las resoluciones, observamos que sólo fueron aceptadas aproximadamente la cuarta parte de las acciones (27,91 %), siendo las demás negadas (67,97 %) o no aceptadas (4,21 %), es decir resueltas por desistimiento, nulidad, etc. Se trata de un porcentaje relativamente alto que indica que los jueces ordinarios no tienen una posición *a priori* de rechazo a las acciones constitucionales de garantía de los derechos, sino que las admiten como una posibilidad normalizada de actuación jurisdiccional. Los concretos derechos que se consideran vulnerados coinciden, en parte con la distribución de los derechos alegados. Así, la libertad de tránsito (ambulatoria) ha sido declarada vulnerada con el 36,41 %, la seguridad jurídica con el 10,19 %; el derecho al debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso) con el 8,98 %; y el derecho al trabajo con el 7,77 %; el derecho a la defensa (debido proceso/defensa) con el 5,34 %, el derecho a la motivación (debido proceso/motivación) con el 3,88%, el derecho al acceso a datos personales (protección de datos personales/acceso) con el 3,40%, el derecho al acceso a la información pública con el 3,16 %, el derecho a la propiedad con el 2,67 %, así como el derecho a la igualdad con idéntico porcentaje; y el derecho a la seguridad social con el 2,18 %. Podemos ver que también aquí se reproduce el predominio de los derechos formales o procesales, seguidos por la libertad ambulatoria (en casi todos los casos, ligada al hábeas corpus). Nuevamente, con porcentajes marginales, pero ya aparecen derechos de reciente reconocimiento como el derecho al agua o la vivienda digna. En términos generales parece, pues, que se confirma una progresiva asunción por parte de la jurisdicción ordinaria del programa de los derechos de la Constitución de 2008, al punto que si no hay más sentencias respecto de sus aspectos más novedosos es porque dichos derechos no han sido alegados por los accionantes.

Por último, respecto de las sentencias efectivamente seleccionadas por la Corte Constitucional para su revisión desde la Corte para el Período de Transición (octubre de 2008) hasta junio de 2013, existen las siguientes cifras: 8 de medidas cautelares, 5 de acciones de hábeas data, 20 de hábeas corpus, 2 de acceso a la información pública y 58 de acción de protección. Porcentajes que coinciden aproximadamente en su orden con los

de las sentencias remitidas. Es decir, con un amplio predominio de las acciones de protección y de hábeas corpus.

Como se advirtió anteriormente, el tercero de los textos considerados es el único trabajo académico disponible sobre cuestiones de eficacia y eficiencia de las acciones constitucionales. En concreto, se refiere al funcionamiento de la acción de protección en las provincias de Azuay y Guayas entre 2008 y 2011. Es decir, justo en el arranque de la vigencia de la nueva Constitución. Los autores del estudio, en sus conclusiones<sup>334</sup> señalan que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional estaría siendo objeto de una interpretación restrictiva en materia de legitimación activa y de admisibilidad que estaría comprometiendo su eficacia. En concreto, parece existir todavía una dificultad por parte de la jurisdicción ordinaria para distinguir las cuestiones de mera legalidad de las cuestiones de constitucionalidad. También se señala una mayoritaria ausencia o insuficiencia de medidas de reparación en los fallos. El método interpretativo más frecuente sería el de la subsunción con interpretación literal de las normas, faltando en muchos casos un mínimo razonamiento justificatorio, limitándose los jueces a la alegación de las normas que consideran violadas. En relación con las pruebas, el principal problema estaría en el no cumplimiento de la norma constitucional<sup>335</sup> de inversión de la carga de prueba. Por último se habría constatado que los particulares, como tales, apenas utilizan las garantías constitucionales, sino que se encuentran casos con patrocinio jurídico en una elevadísima proporción.

Este análisis más detallado, aunque limitado espacial (dos provincias) y temporalmente (2008 a 2011), parece concurrir en la valoración general del sistema. Nos encontraríamos en una fase de despegue en la que la asunción del programa constitucional

---

<sup>334</sup> STORINI, Claudia y NAVAS Alvear, Marco, La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) – Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 178-183.

<sup>335</sup> Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: (,,) 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se resumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

de los derechos todavía presentan notables asimetrías, no sólo por parte del personal juzgador, que experimenta dificultades a la hora de aplicar algunas disposiciones constitucionales que alteraran los parámetros tradicionales del ordenamiento jurídico liberal, sino también por parte de los propios particulares y colectivos que ya sea por desconocimiento o por razones materiales de otra naturaleza (ausencia de recursos, por ejemplo) no hacen un uso pleno de las posibilidades del complejo sistema de garantías constitucionalmente previsto.

Este despegue progresivo debe tenerse en cuenta a la hora de planificar (y valorar) en términos de eficacia y eficiencia la marcha de la Corte Constitucional. Dicho de otra forma, la programación debe presuponer que la carga de trabajo tenderá a aumentar con el paso de los años. Aunque la tarea pedagógica de la Corte Constitucional debería provocar la progresiva no presentación de acciones manifiestamente infundadas o empleadas para fines distintos de los previstos por el ordenamiento (dilatatorios, de publicidad, etc.), la progresiva asunción, en cambio, de los nuevos paradigmas en materia de derechos por parte de los justiciables y de los operadores jurídicos se traducirá en una utilización creciente de las acciones de garantía, para la que habrá que prever tanto las adecuadas normas de admisión como la existencia de procedimientos y medios materiales idóneos para la tarea.

La Corte Constitucional debe sortear, pues, dos peligros opuestos. En un extremo, puede suceder que el nuevo programa constitucional no sea interiorizado por los ciudadanos ni por los operadores jurídicos, con lo que su papel sería meramente marginal y quedaría más bien en manos de los grupos especializados en justicia constitucional que actuarían como un lobby elitista para ciertos sectores (de cualquier naturaleza: del litigio estratégico promovido por asociaciones civiles a la defensa de grupos multinacionales), actuando, por tanto, selectivamente y sin incidencia real en el despliegue efectivo del programa constitucional del buen vivir, estableciendo una suerte de sistema paralelo y privilegiado de justicia. En el otro, una generalización del nuevo sistema constitucional como vía normalizada de actuación en la ciudadanía y los operadores jurídicos conducirían a una carga de trabajo inasumible para la Corte Constitucional o que le obligaría a convertirse en una institución de proporciones desmesuradas. Si esto es así en

general, lo es con mayor razón, como se verá en el siguiente capítulo, en lo que se refiere, justamente, a la acción extraordinaria de protección.

## **CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN**

En este capítulo final de la Tesis se aborda el estudio monográfico de la acción extraordinaria de protección. Lo que se pretende, de un lado, es aplicar el marco teórico resultante de la elaboración de los tres anteriores. Es decir, las aportaciones de la doctrina clásica sobre la jurisdicción constitucional, las novedades que presenta el modelo del constitucionalismo latinoamericano democrático y las especificidades del modelo constitucional del Ecuador desde el 2008. De otro, se tratará de exponer cómo la acción extraordinaria de protección se encuentra en el centro mismo del debate sobre la legitimidad y eficacia de la justicia constitucional en Ecuador, hasta el punto de que el éxito o el fracaso de aquélla dependerá, en buena medida, de que se logre un funcionamiento ordenado de esta institución

Para realizar esta tarea comenzaremos con un primer epígrafe en el que se analizarán las cuestiones estrictamente normativas. Es decir, cómo aparece configurada la acción extraordinaria de protección, principalmente, en la Constitución de 2008, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional y en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional; y cómo ha sido analizada por la doctrina relevante, para establecer sus perfiles y naturaleza y señalar, en su caso, las posibles lagunas o antinomias que puedan existir en dicha regulación.

A continuación se abordarán cuestiones más propiamente relativas al funcionamiento de la institución. Estudiando su práctica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con especial incidencia en la cuestión de las estrategias argumentativas como cimentadoras de la legitimidad de lo actuado.

Después se encara la cuestión de la eficacia sociológica de la institución a partir de las resoluciones realmente emitidas.

Finalmente, se formularán algunas propuestas de mejora de la regulación legal o de la evolución jurisprudencial que contribuyan a fortalecer la legitimidad y eficacia de la acción extraordinaria de protección y, con ello, permitan alcanzar ese papel de maximizador del programa constitucional que antes se postulaba como cometido esencial de la Corte Constitucional.

#### IV.1 Regulación constitucional, legal y reglamentaria y naturaleza jurídica

La acción extraordinaria de protección, como garantía de los derechos, viene regulada<sup>336</sup>, como ya se ha dicho, inicialmente, en los artículos 94:

---

<sup>336</sup> Para la elaboración del análisis dogmático de la acción extraordinaria de protección, se han tenido particularmente en cuenta las siguientes obras: AGUIRRE Cueva, Ana Gabriela, *La acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales en el Ecuador, comparada con la acción de tutela contra providencias o sentencias judiciales en Colombia y el recurso de amparo contra sentencias judiciales en España*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010; ALTAMIRANO Ruiz, Santiago, *La acción extraordinaria de protección y su procedimiento*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010; ÁVILA Linzán, Luis Fernando, “Acción extraordinaria de protección”, en ÁVILA Linzán, Luis Fernando (ed.), *Repertorio constitucional 2008-2011*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012, pp. 199-288; BUSTAMANTE, Francisco José, “La acción extraordinaria de protección”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 139-158; CUEVA Carrión, Luis, *Acción constitucional extraordinaria de protección*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011; CUEVA Carrión, Luis, *Modelos de la Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2013; PÉREZ, Efraín, *Esquema de la acción extraordinaria de protección en las sentencias de la Corte Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011; ESTRELLA, Carmen, *La acción extraordinaria de protección*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Quito, 2010. (TESIS); GARCÍA Falconí, José, *La corte constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva constitución política del Ecuador*, Ediciones Rodín, Quito. 2008; GRIJALVA, Agustín, “Acción extraordinaria de protección”, en PÉREZ, Antonio José (coord.), *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 259-292; GRIJALVA, Agustín, “La acción extraordinaria de protección”, en Escobar García, Claudia (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2010, pp. 655-676; GRIJALVA, Agustín, “La acción extraordinaria de protección” en GRIJALVA, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional, 2012, (Capítulo 3. V pp. 269-290; HUALPA Bello, Antonio, *Las garantías constitucionales: la acción extraordinaria de protección*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2011; JARAMILLO Huilcapi, Verónica, “Acción Extraordinaria de Protección”, en JARAMILLO Huilcapi, Verónica, *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*, Quito, 2013, pp. 341- 378; JARAMILLO, Wilman A., *Las medidas cautelares: ¿un límite constitucional en la acción extraordinaria de protección?*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2011; GUERRERO, Juan Francisco, “La Residualidad de la acción extraordinaria de protección frente a la Acción de Nulidad de Sentencia”, en VV. AA., *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos*, Quito, Asociación Escuela de Derecho, 2011, pp. 20-25; LEMA, María Mercedes, “La acción extraordinaria de protección”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 131-152; LÓPEZ Erazo, José Luis, *La admisión en la acción extraordinaria de protección planteada en contra del autor de llamamiento a juicio*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2011; LÓPEZ Hidalgo, Pablo Sebastián, *El amparo constitucional en el Ecuador: ¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009; LÓPEZ Hidalgo, Pablo Sebastián, “La acción extraordinaria de protección”, en VV. AA., *Perspectivas constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, pp. 1-37; LÓPEZ Hidalgo, Pablo Sebastián, “La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales”, en ESCOBAR García, Claudia (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 677-718; MOGROVEJO, Diego, *La admisibilidad y la aceptación de la acción extraordinaria de protección en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2011; MELO Flores, Ruth Gabriela, “La acción extraordinaria de protección y la valoración de la prueba”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 43-56; MOGROVEJO, Diego, *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección: el control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora

**Art. 94.-** *La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.*

Y 437:

**Art. 437.-** *Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. 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.*

Como ya se señaló antes, estas disposiciones constituyen una de las novedades más importantes de la regulación de la justicia Constitucional en Ecuador. Efectivamente, tanto el texto de la Constitución de 1998, como su interpretación jurisprudencial partían del principio totalmente opuesto. El artículo 95 establecía que no cabía el amparo contra decisiones judiciales adoptadas en un proceso y el 276 que “las providencias adoptadas por la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional”. La jurisprudencia de la Corte Suprema y luego del Tribunal Constitucional tendería a ampliar el radio de la prohibición, subjetivamente, incluyendo a

---

Nacional, Quito, 2014; MORENO V., Daniela, *La acción extraordinaria de protección en la Constitución del 2008 para sentencias dictadas antes del 20 de octubre del 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010; NEIRA, Eduardo. Flores, “Acción extraordinaria de protección”, en *La justicia constitucional. Constitución de la República del Ecuador*, Del Arco Ediciones, Cuenca, 2009, pp. 150-155; PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 17-43; ROJAS Balanza, Valeria, *La reparación integral: un estudio desde su aplicación en acciones de protección en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2012. (TESIS); VÁZQUEZ E., Juan F., *Procedencia de la acción extraordinaria de protección en los juicios ejecutivos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010; VELÁSQUEZ. R., Carolina, *La acción extraordinaria de protección y los laudos arbitrales*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, mayo-2010; ZÁRATE M., Valentina, *La acción extraordinaria de protección frente a la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011; JARAMILLO Villa, Marcelo, *La acción extraordinaria de protección*, disponible en <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/presentacion1.pdf> (visitado el 22 de julio de 2014);

los “órganos de la administración que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales” y, objetivamente, alcanzando a diferentes tipos de actos no estrictamente jurisdiccionales. Se partía de la idea, naturalmente, de que la justicia constitucional no era un verdadero tribunal y que, por tanto, debía preservarse la independencia de los jueces “evitando injerencias de la justicia constitucional que compliquen las causas, prolongándolas en el tiempo o incluso sometiéndolas a la politización que ha caracterizado al Tribunal Constitucional. Se planteaba que un amparo contra sentencias u otras decisiones judiciales prácticamente significaría una tercera instancia que transformaría al amparo de acción en recurso, y que el principio de jerarquía en la función judicial, y especialmente la supremacía de la Corte Suprema se verían afectados, puesto que jueces de menor jerarquía mediante la concesión de amparo podrían cuestionar las decisiones de jueces de nivel jerárquico superior. A estas críticas se sumaban otras respecto a los riesgos que el amparo entrañaría para la cosa juzgada y la seguridad jurídica en general”<sup>337</sup>. Adicionalmente, se afirmaba que quedaba comprometida la unidad jurisdiccional al dar entrada en la impartición de justicia a órganos ajenos y que se corría el riesgo de lo que se llamó entonces una “temporalidad indefinida”<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> GRIJALVA Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, p. 270.

<sup>338</sup> 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 resaltado con preocupación la Comisión Andina de Juristas en varios de sus informes. Así también lo*

Como puede verse, se trataba de una panorama interpretativo muy alejado del que existe en el actual sistema constitucional ecuatoriano y en otros de la región (como en Colombia, Venezuela, etc.) en los que la imposición de la normatividad constitucional y, en especial, de sus garantías, se extiende también a la actividad jurisdiccional de los jueces.

Aunque en el proceso constituyente la entonces Corte Suprema manifestó su inconformidad con esta posibilidad y no fueron pocas las críticas que se vertieron sobre esta institución acusándola de alterar la seguridad jurídica, de atentar con la cosa juzgada, de incidir en la independencia judicial y retrasar los procedimientos, el amparo contra sentencias quedaría finalmente incluido, en la forma antes señalada en el texto constitucional.

A reserva de lo que luego se dirá con más amplitud, los dos artículos citados terminaban creando una acción con perfiles ligeramente divergentes en cada uno de ellos. Así, mientras el artículo 94 se refiere a sentencias y autos definitivos, el 347 añade las resoluciones con fuerza de sentencia. De igual modo, mientras que el 94 especifica que los derechos han de haber sido violados (por acción u omisión) por la sentencia, el 437 sólo requiere que hayan sido violados (por acción u omisión) en el juzgamiento, lo que no es necesariamente lo mismo, si entendemos por juzgamiento el proceso completo de impartición de justicia. Pensemos en el caso en el que la sentencia es respetuosa con los derechos, pero en el proceso se ha violado algún derecho fundamental. Por último, el artículo 94 no establece más requisito que el haber agotado en el plazo legalmente previsto todos los recursos ordinarios y extraordinarios (salvo que la no presentación no

---

*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 es 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”, PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 28-30.*

fuera atribuible a la persona titular del derecho<sup>339</sup>), el 437 añade, en cambio, que deben ser resoluciones firmes o ejecutoriadas (lo que, en la práctica, es tanto como decir que no son susceptibles de recurso) y que la violación puede ser del debido proceso o de otros derechos. Esta referencia al debido proceso<sup>340</sup>, sumada a la de violación de derechos en el juzgamiento, parece imponer la interpretación sistemática de que no se trata de una acción contra sentencias que violen derechos, sino de una acción contra sentencias dictadas en procesos que, en cualquiera de sus fases o actos, incluida la sentencia, violen derechos.

En todo caso, aparecen ya desde la regulación constitucional tres elementos importantes en torno a los cuales girará la discusión hermenéutica sobre esta institución. Por un lado, la cuestión de la violación de derechos, por otro, la del debido proceso y, finalmente, la relación con otros recursos propios de la jurisdicción ordinaria<sup>341</sup> (como la casación<sup>342</sup>).

---

<sup>339</sup> Esta redacción es, por su parte, algo ambigua, en tanto que el titular del derecho violado no tiene por qué ser la parte procesal y, además, en algunos casos, por ejemplo, los menores o incapaces, nunca podrían ser considerados incurso en negligencia.

<sup>340</sup> Por ejemplo, “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 Nos 003-09-SEP-CC, 022-10-SEP-CC y 001-13-SEP-CC. En cuanto a la Sentencia No. 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” PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 30-31. Sobre la problemática de la valoración de la prueba, véase, específicamente, MELO Flores, Ruth Gabriela, “La acción extraordinaria de protección y la valoración de la prueba”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 43-56.

<sup>341</sup> Adelantemos, ya desde ahora, que la Corte Constitucional, es el único órgano encargado de ejecutar un control tanto abstracto como concreto, por cuanto a partir de los argumentos señalados en la Sentencia No. 001-13-SCN-CC, de fecha 06 de febrero de 2013, ésta determinó con claridad que en el Estado ecuatoriano no existe un control difuso de constitucional: “en el Ecuador únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez” Asimismo, afirma “bajo ningún concepto un

En relación con el primero de los aspectos, baste señalar, por ahora, la estrecha relación que existe entre esta competencia constitucional y la recogida en el artículo 436.6 que otorga a la Corte Constitucional la facultad de dictar jurisprudencia vinculante en materia de garantías. Dado que, en términos reales, los tribunales ordinarios no incurrirán en violaciones de derechos porque desconozcan frontalmente la existencia de los derechos, sino porque su interpretación de los mismos diferirá de la constitucionalmente exigida. En definitiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional será efectivamente obligatoria en la medida en que exista alguna acción para hacerla valer frente a su irrespeto por parte de las resoluciones de los tribunales. En este sentido, si la Corte Constitucional puede adoptar medidas frente al incumplimiento presente de sus resoluciones (artículo 436.9: “*Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales*”), la acción extraordinaria de protección es una suerte de mecanismo de vigilancia del cumplimiento de su jurisprudencia para futuras ocasiones.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones, es decir, a la relación entre acción extraordinaria de protección y debido proceso, baste, por ahora, con indicar que el debido proceso tiene una suerte de doble presencia. Por un lado, porque el artículo 437 habla de que se haya violado el debido proceso en el juzgamiento, es decir, el debido proceso entendido en su sentido restringido de ordenado funcionamiento de un proceso con todas las garantías, pero también de que en ese mismo juzgamiento (o en la sentencia o auto de que habla el artículo 97) se haya violado otro cualquiera de los derechos constitucionales. En este último caso, la violación de un derecho puede haber sido no sólo sustantiva, sino también procesal. Dicho de otra forma, el debido proceso es el marco de regularidad constitucional en el que se tienen que poder disfrutar los derechos. Así, un derecho sustantivo cualquiera (la libertad de expresión, por ejemplo) puede haber sido violado por no haberse respetado el debido proceso que la regula, no porque no se hayan respetado las garantías procesales y procedimentales del debido proceso en los actos jurisdiccionales propiamente dichos. En definitiva, se trata de la cuestión de si a lo que se

---

juez podría inaplicarla (la norma) directamente dentro del caso en concreto, pues siempre, debe, necesariamente, elevar a consulta ante la Corte”.

<sup>342</sup> La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre las características de la casación estableciendo que: “(...) es un recurso de carácter extraordinario, que procede exclusivamente por la violación, contravención o inaplicación de la ley dentro de las decisiones judiciales. En tal sentido, el ordenamiento jurídico para conservar la característica de “extraordinario” del recurso, ha establecido rigurosos condicionamientos formales para su procedencia, a fin de precautelar la conservación de su esencia jurídica”, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 062-14-SEP-CC de 09 de abril de 2014

tiene derecho es a una sentencia que no viole los derechos fundamentales o a una sentencia dictada en un proceso que no viole los derechos fundamentales (una sentencia puede dar la razón a un accionante, pero haber violado sus derechos en el procedimiento, por ejemplo, no habiéndole permitido comparecer).

Por último, ya en esta primera aproximación a la acción extraordinaria de protección, la Constitución ha marcado una relación de secuencialidad entre los recursos ante la jurisdicción ordinaria y el recurso ante la Corte Constitucional (frente a resoluciones o por violación de derechos en el proceso) que parece obedecer a dos principios. El primero es un obvio principio de economía procesal en virtud del cual no tendría mucho sentido que la Corte Constitucional declarara violatoria de derechos una resolución judicial emitida según una interpretación de las normas (del juez *a quo*) que terminara siendo anulada en casación (u otros recursos, por ése u otros motivos) por la Corte Nacional de Justicia. Pero lo que es quizá más importante es que lo que subyace al agotamiento de recursos es la idea de que los encargados primarios de hacer valer los derechos son los jueces ordinarios y que, por tanto, hay que confiar en que el despliegue completo de la jurisdicción termine depurando cualquier procedimiento o resolución de su carácter violatorio de los derechos. Nuevamente, lo normal será que, si esto no se produce, no sea tanto por una acción de desprecio a los derechos, sino por la existencia de una interpretación de los mismos que contradiga la constitucionalmente sostenida por la Corte Constitucional, lo que nos conduce nuevamente a la relación entre acción extraordinaria de protección y jurisprudencia vinculante.

“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”<sup>343</sup>.*

Veamos a continuación la compleja regulación que introduce sobre la materia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional. Dicha regulación se divide, básicamente, en dos grandes bloques. Por un lado, las normas comunes al conjunto de garantías y, por otro, las que se refieren concretamente a la acción extraordinaria de protección.

Recordemos, en primer lugar, que esta ley se dicta en cumplimiento de la disposición transitoria primera que, en su numeral primero, incluía a la “ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad” entre aquellas que debían ser aprobadas por el órgano legislativo en el plazo de 360 días. Recordemos, igualmente, que, en ausencia de esta norma, las acciones especiales de protección quedaron reguladas provisionalmente hasta la expedición de dicha norma y del nuevo Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional (que se analiza más abajo) en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición<sup>344</sup>, en los capítulos VI (Las garantías jurisdiccionales de los derechos), secciones primera (Disposiciones comunes) y tercera (Acción Extraordinaria de Protección, artículos 52 a 57).

En todo caso, en lo que se refiere a las normas comunes, el artículo 6 de la Ley somete a la acción extraordinaria de protección a lo dispuesto, salvo donde se indique lo contrario, en los artículos 6 a 25 de esa misma norma.

En concreto, se regulan aquí cuestiones relativas a competencia, procedimiento, legitimación activa, contenido de la demanda, comparecencias, calificación de la demanda, audiencia, terminación del procedimiento, pruebas, contenido de la sentencia,

---

<sup>343</sup> PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, p. 30.

<sup>344</sup> Resolución número 1 de la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento 466, de 13 de noviembre 2008.

reparación integral, económica, responsabilidad y repetición, cumplimiento, violaciones procesales, abuso de derecho, apelación y selección.

Dadas las características especiales de esta garantía (que sólo puede ejercer la Corte Constitucional y que es contra sentencias) existen muchos casos en los que las normas generales no resultan aplicables. Sin embargo, la Ley no es consistente en esta materia. En ocasiones excluye explícitamente a la acción extraordinaria de protección, por ejemplo, en el artículo 9 (sobre legitimación) o 27 (medidas cautelares); pero no lo hace, en cambio, por ejemplo, en el artículo 7 (sobre competencia) cuya no aplicabilidad (obvia, por otra parte) debe quedar a la tarea del intérprete que tendrá que estar, lógicamente, a las normas del artículo 62.

En todo caso, aplicando las técnicas interpretativas adecuadas, podemos señalar que resultan de aplicación a la acción extraordinaria de protección, como normas generales, lo dispuesto en el artículo 8 en sus numerales 1 a 7<sup>345</sup> sobre celeridad, oralidad, notificaciones, no duplicación y asuntos afines. El artículo 10 sobre contenido de la demanda es de aplicación parcial y, debe completarse con el artículo 61. En concreto, son

---

<sup>345</sup> 1. El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. 2. El procedimiento será oral en todas sus fases e instancias. La audiencia deberá registrarse por cualquier medio que esté al alcance de la jueza o juez, de preferencia grabación magnetofónica. Donde existan sistemas informáticos se deberá tener un expediente electrónico, salvo documentos que constituyan elementos de prueba y las siguientes actuaciones que deberán reducirse a escrito: a. La demanda de la garantía específica. b. La calificación de la demanda. c. La contestación a la demanda. d. La sentencia o el auto que aprueba el acuerdo reparatorio. 3. Serán hábiles todos los días y horas. 4. Las notificaciones se harán por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez, de la persona legitimada activa y de la persona, entidad u órgano responsable del acto u omisión. De ser posible se preferirán medios electrónicos. 5. No serán aplicables las normas procesales ni aceptables los incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa. 6. Un mismo afectado no podrá presentar más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones, y con la misma pretensión. 7. No se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para proponer la acción ni para apelar. De ser necesario o cuando la persona lo solicite, la jueza o juez deberá asignar al accionante o persona afectada un defensor público, un abogado de la Defensoría del Pueblo o un asistente legal comunitario según lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial.

Sobre la no aplicabilidad del numeral 8 de este artículo: “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”, PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 32, en referencia al artículo 62.1 de la citada Ley, sin entrar, ahora, en su constitucionalidad.

de aplicación los numerales 1, 2, 5, 6 y 8 e inciso final<sup>346</sup> que establece que si hay violación de derechos aunque la demanda esté incompleta, debe ser tramitada y subsanarse la omisión de requisitos por parte del juzgador. También son aplicables los artículos 11 y 12 sobre comparecencia de afectado y de terceros<sup>347</sup>. El artículo 14 sobre audiencia<sup>348</sup> y el 15.1 sobre terminación del procedimiento por desistimiento<sup>349</sup>. El 16

---

<sup>346</sup> 1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada. 2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado. 5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el accionante lo supiere. 6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia. 8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba.

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

<sup>347</sup> Art. 11.- Comparecencia de la persona afectada.- Cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona, la jueza o juez deberá notificar a la persona afectada. Esta podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley aunque no haya comparecido antes.

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

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

<sup>348</sup> Art. 14.- Audiencia.- La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez, el día y hora señalado. Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona. La jueza o juez podrá escuchar a otras personas o instituciones, para mejor resolver. La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción; posteriormente intervendrá la persona o entidad accionada, que deberá contestar exclusivamente los fundamentos de la acción. Tanto la persona accionante como la accionada tendrán derecho a la réplica; la última intervención estará a cargo del accionante. El accionante y la persona afectada tendrán hasta veinte minutos para intervenir y diez minutos para replicar; de igual modo, las entidades o personas accionadas, tendrán derecho al mismo tiempo. Si son terceros interesados, y la jueza o el juez lo autoriza, tendrán derecho a intervenir diez minutos.

La jueza o juez deberá hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso, controlar la actividad de los participantes y evitar dilaciones innecesarias.

La audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, expresando exclusivamente su decisión sobre el caso. La jueza o juez, si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla.

La ausencia de la persona, institución u órgano accionado no impedirá que la audiencia se realice. La ausencia de la persona accionante o afectada podrá considerarse como desistimiento, de conformidad con el artículo siguiente. Si la presencia de la persona afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se llevará a cabo con la presencia del accionante.

<sup>349</sup> 1. Desistimiento.- La persona afectada podrá desistir de la acción en cualquier momento por razones de carácter personal que serán valoradas por la jueza o juez. Se considerará desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. En caso de desistimiento el expediente será archivado. (...) En ningún caso la jueza o juez aceptará el desistimiento (...) que implique afectación a derechos irrenunciables (...).

sobre pruebas<sup>350</sup>, el 17 sobre contenido de la sentencia<sup>351</sup> (completado con el 63), el 18 sobre reparación integral<sup>352</sup> y el 19 sobre reparación económica<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> Art. 16.- Pruebas.- La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente.

En la calificación de la demanda o en la audiencia, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas, sin que por ello se afecte el debido proceso o se dilate sin justificación la resolución del caso. Cuando la jueza o juez ordene la práctica de pruebas en audiencia, deberá establecer el término en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días y por una sola vez. Por excepción, la jueza o juez podrá ampliar de manera justificada este término exclusivamente por la complejidad de las pruebas y hasta cuando éstas sean practicadas. En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial.

La comisión para recabar pruebas podrá ser unipersonal o pluripersonal, para que realice una visita al lugar de los hechos, recoja versiones sobre los hechos y las evidencias pertinentes y elabore un informe que tendrá el valor de prueba practicada.

Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

<sup>351</sup> Art. 17.- Contenido de la sentencia.- La sentencia deberá contener al menos:

1. Antecedentes: La identificación de la persona afectada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.
2. Fundamentos de hecho: La relación de los hechos probados relevantes para la resolución.
3. Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución.
4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

De no encontrar violación de ningún derecho, la jueza o juez deberá cumplir con los elementos anteriores en lo que fuere aplicable.

<sup>352</sup> Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a

Más allá de estas normas generales en las que se reflejan las intenciones maximizadoras del programa constitucional en cuestiones tales como la flexibilización de la legitimación, la relativa desformalización, el tratamiento de la prueba con presunción a favor del ciudadano contra la administración o la obligación de reparación integral. Los elementos regulatorios más importantes los encontramos, de un lado, en el artículo 27 y, de otro, en los artículos 58 a 66.

Por lo que se refiere al artículo 27<sup>354</sup>, éste, en su inciso final, señala lacónicamente que no proceden las medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección.

Esta disposición, en principio, parece introducir una restricción a lo establecido en el artículo 85 de la Constitución, en virtud del cual, pueden ordenarse medidas cautelares “conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objetivo de evitar o hacer vitar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

Dado el carácter expansivo de la interpretación de los derechos y la restrictiva de sus límites, parecería que nos encontramos ante una restricción de esta medida potencialmente inconstitucional. Naturalmente, la lógica del párrafo tercero del artículo 27, al prohibir las medidas cautelares contra órdenes judiciales, tiene que ver con la presunción de que existen mecanismos procesales idóneos dentro del proceso judicial (diferentes de las medidas cautelares) para hacer valer los derechos y de que una orden judicial, *a priori*, cuenta con las suficientes garantías procedimentales como para suponer que no se dicta en violación de derechos.

---

nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

<sup>353</sup> 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. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite.

<sup>354</sup> Art. 27.- Requisitos.- Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.

Sin embargo, la propia existencia de la acción extraordinaria de protección es prueba de que el constituyente apreció que también en el seno de un procedimiento judicial o en su sentencia cabían violaciones a los derechos. En este sentido, no es imposible que se produzcan violaciones a los derechos inminentes y graves como consecuencia de una sentencia (o de un proceso) judicial. Es evidente que, si la sentencia ha sido ya ejecutada y ha producido todos sus efectos, no hay posibilidad de evitar la inminente violación o amenaza, con lo que las medidas cautelares resultarían improcedentes. Ahora bien, esto sucede con cualquier acto que haya realizado plenamente sus efectos y no sólo con las sentencias u órdenes judiciales.

El legislador parece haber dado por hecha la equivalencia entre sentencia firme y ejecutoriada y sentencia ejecutada, lo que, en la realidad, no siempre es el caso. Aunque se trata de un supuesto algo excepcional y, en cierto sentido, de laboratorio, si llegara a constatarse el supuesto de hecho (es decir, sentencia ejecutoriada pero no ejecutada que amenaza con una violación inminente y grave de derechos), parece que lo lógico sería dictar las medidas cautelares necesarias (sin esperar a la sentencia de fondo) por parte de la Corte Constitucional y realizar la consiguiente interpretación (o, en su caso, anulación parcial) de este precepto.

En realidad, esta cuestión no puede abordarse por separado de la de los efectos de la admisión y de las sentencias en acción extraordinaria de protección, por lo que la trataremos aquí. El artículo 62 de la Ley en su penúltimo párrafo señala que la “admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción”. Esto involucra que, también en el caso de una sentencia (ejecutada, además de ejecutoriada) que esté produciendo violaciones presentes de los derechos (por ejemplo, privación ilegítima de la libertad), éstos se mantendrían hasta la sentencia de fondo, siendo así la “protección” otorgada diferida en el tiempo.

A su vez, esto se correlaciona con los efectos de las sentencias. El artículo 63<sup>355</sup>, en su primer párrafo *in fine*, establece que la Corte “si declara la violación, ordenará la

---

<sup>355</sup> Art. 63.- Sentencia.- La Corte Constitucional 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.

reparación integral al afectado”. Este primer inciso del artículo 63 merece, cuando menos, tres comentarios distintos. Por un lado se dice que se determinará “si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante”. Esto involucra, por una parte, que la Ley parece dejar de lado las violaciones producidas en el “juzgamiento” de las que habla, como vimos, el numeral 2 del artículo 437, inclinándose por la interpretación de que lo que se puede exigir es una sentencia que no viole derechos, no una sentencia que se dicte en un procedimiento que no viole derechos. Optando, así, por la interpretación más restrictiva de las que admite la relativa ambigüedad (o antinomia) existente en el texto constitucional.

En segundo lugar, se habla de los derechos del accionante, lo que, en concordancia con el artículo 59 (sobre el que luego se volverá) parece indicar que sólo puede accionar el titular de los derechos presuntamente violados, restricción que, aunque podría deducirse sistemáticamente o derivarse de la lógica de la institución, tampoco es establecido taxativamente en la Constitución que otorga esta acción a los “ciudadanos en forma individual o colectiva”<sup>356</sup> y que sería, por tanto, una excepción (¿inconstitucional?) a la comprensión del resto de las acciones como acciones populares.

Pero, lo que aquí ahora importa es que la sentencia lo que establece es la reparación integral<sup>357</sup>, pero no la expresamente la nulidad de la sentencia. Lo más parecido a ésta es el mandato de “que se restablezca a la situación anterior a la violación”.

Ahora bien, esta restitución, no parece una restitución procesal. Es decir, no es que se vuelva al momento anterior al que se produjeron las violaciones (ya se entienda que fue en la sentencia, ya se entienda que fue en el juzgamiento) y la consiguiente nulidad de lo actuado después y, por ende, la necesidad de llevar a su culminación los procesos que hubieran quedado interrumpidos.

---

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.

<sup>356</sup> La Constitución dice a continuación que el “recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos (...)”. Es decir, no dice que en el juzgamiento se hayan violado “sus” derechos, sino que se hayan violado derechos. Por supuesto, la lógica paleopositivista y legicentrista con su obsesión por la atribución en cabeza individual de obligaciones y facultades, daría por hecho que sólo puede seguir en un procedimiento quien es parte en sentido procesal. Sin embargo, esa lógica no funciona así en el mundo constitucional, donde el carácter objetivo o de irradiación, además de subjetivo, de los derechos involucra en su defensa y tutela a toda una serie de sujetos y no sólo a sus titulares.

<sup>357</sup> Definida en el artículo 18 citado más arriba.

Parece claro que, de adoptarse esta posición, la acción extraordinaria de protección habría pasado de acción a recurso, involucrando ya una nueva instancia, si la Corte Constitucional abocara el caso desde la violación y resolviera sobre el fondo, ya a un incidente procesal, si involucrara devolución. La Constitución introduce algo de confusión en la materia al hablar en el artículo 94 de recurso y en el 437.2 de recurrente. Por otra parte, una visión sistemática de la regulación constitucional, parece abogar por una diferenciación de planos entre la justicia ordinaria y un mecanismo extraordinario de tutela de los derechos. Con todo, como luego se dirá con más amplitud y como subyace al planteamiento general de esta Tesis Doctoral, la línea de demarcación entre una justicia plenamente constitucionalizada y un sistema de jurisdicción ordinaria más garantías controladas por la Corte Constitucional, tiene importantes implicaciones tanto para el paradigma constitucional como para la eficacia y legitimidad de la Corte<sup>358</sup>.

En todo caso, “[e]n 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.

---

<sup>358</sup> Sobre la posición de la Corte Constitucional sobre este punto, resulta revelador el fundamento jurídico No. 50 del Precedente Jurisprudencial Obligatorio No 001-10 (Sentencia No. 001-10-PJO) en el que se establece textualmente: “La Corte Constitucional, tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores, determina que los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales *se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales*, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de las causas, sea la Corte Constitucional” (subrayado añadido). Véase, igualmente, específicamente sobre la acción extraordinaria de protección, lo establecido en la Sentencia No. 0016-13 SEP-CC (subrayado añadido): “El juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, los filtros regulatorios para determinar su competencia se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales, como es el caso de la supuesta antinomia entre la Ley Orgánica del Servicio Público y el Decreto Ejecutivo n.º 813. Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso y seguridad jurídica, *evitando la superposición de la justicia constitucional a la justicia ordinaria*, esta regla tendrá efectos para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado”

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”<sup>359</sup>.

El artículo 64<sup>360</sup>, que cierra el capítulo, establece un sistema de sanciones para los casos en que la acción extraordinaria de protección “fuere interpuesta sin fundamento alguno”. Se trata, obviamente, de evitar el riesgo de que los abogados (o las partes) asuman esta acción como un mecanismo para alargar artificialmente los procesos, lo que, además del desperdicio de recursos públicos que supone, resulta especialmente grave porque obstaculiza la resolución de casos verdaderos en los que gravísimas violaciones de los derechos pueden quedar represadas en su tramitación por la acumulación de estos expedientes espurios.

Volviendo, ahora, al capítulo VIII de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al margen de los aspectos ya reseñados, en él se regula el objeto, la legitimación activa, los requisitos, la admisión, la sentencia y sanciones.

El artículo 58<sup>361</sup> refunde lo dispuesto en el artículo 94 y 437 constitucionales al incluir en una sola enumeración, de un lado, derechos constitucionales y debido proceso y, de otro, sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza ley dejando, de nuevo, poco clara la cuestión del juzgamiento, sobre la que se vuelve en el 61.6.

El artículo 59<sup>362</sup> restringe la legitimación activa a quienes han o hayan debido ser parte en un proceso, por sí mismas o por medio de procurador judicial. Vemos aquí que la indefinición constitucional que antes se mencionaba se resuelve en la forma clásica (partes

---

<sup>359</sup> PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, *núm. 3. 2013*, p. 33.

<sup>360</sup> Art. 64.- Sanciones.- Cuando la acción extraordinaria de protección fuere interpuesta sin fundamento alguno, la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione a la o 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.

<sup>361</sup> Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución

<sup>362</sup> Art. 59.- Legitimación activa.- 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

del proceso), añadiendo a quienes hubieran debido ser parte del mismo, cuestión, en ocasiones compleja de determinar y que puede conducir a la necesidad de realizar prácticamente un juicio de fondo durante la admisión.

Por su parte, el artículo 60<sup>363</sup> señala un término de 20 días desde la notificación de la decisión o desde que tuvieron conocimiento de la misma quienes debieron haber sido parte del proceso. Un plazo no muy amplio, especialmente en el caso de estos últimos sujetos, ya que, mientras los primeros sí han obtenido una sentencia (aunque la juzguen violatoria de derechos), lo que quiere decir que ya han judicializado su proceso y han contado con la consiguiente asistencia letrada, para estos últimos la toma de conocimiento de la sentencia puede ser la primera noticia sobre la violación de sus derechos.

Con todo, la regulación más importante de esta institución se encuentra en los artículos 61<sup>364</sup> y 62. Del primero de ellos, relativo a los requisitos de la demanda, conviene destacar algunos aspectos. Los dos primeros numerales, se limitan a repetir algunas exigencias bien de la ley, bien de la Constitución. El primero obliga a determinar si se acude como parte del proceso o como quien debió ser parte (como pide la propia ley) y el segundo que se pruebe que la sentencia o auto está ejecutoriada (como reclama la Constitución). El tercero, en cambio, tiene un contenido más rico. Por un lado, exige el agotamiento previo de recursos, en línea con la consideración extraordinaria de esta acción, pero recoge la elaboración proveniente del derecho internacional de los derechos humanos en el sentido de que no se requiere este agotamiento cuando los recursos sean ineficaces o inadecuados, o cuando la no presentación no sea atribuible a la negligencia del titular del derecho violado. Sobre esta última cuestión hay que insistir en que la sentencia puede haber violado derechos de sujetos que no son partes, ni tampoco hubieran

---

<sup>363</sup> Art. 60.- Término para accionar.- El término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia.

<sup>364</sup> Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

1. La calidad en la que comparece la persona accionante.
2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.
3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.
4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.
5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.
6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa.

debido serlo (por lo que, según la limitación introducida por el artículo 59, no podrán recurrir a esta acción). Es decir, que hay aquí, en realidad, una casuística más compleja que la que contempla la regulación, puesto que existen múltiples combinaciones. La negligencia, en realidad, sólo puede achacarse no al titular del derecho violado, sino al que fue parte, porque el que no fue parte (aunque debió haberlo sido) no hubiera podido introducir recurso alguno (justamente, por no ser parte).

El numeral 4 exige que se determine la judicatura, etc. de la que emana la decisión, aunque, en realidad, lo que parece que debería exigirse es la aportación de la resolución ejecutoriada en la que, obviamente, figurará quién la dictó. Dado que el numeral 1 exige la constancia de que la sentencia esté ejecutoriada, este requisito parece expletivo. En realidad, lo que podría haberse exigido es que se demuestre que, si no se trata de autos o sentencias, se trate de resoluciones con fuerza de sentencia, puesto que esto puede ser discutible en diferentes supuestos (arbitrajes, decisiones de administraciones independientes, etc.). Sobre la cuestión de las decisiones provenientes de la justicia indígena volveremos después.

Los numerales 5 y 6 tratan de obligar, *prima facie*, a que se demuestre la relevancia constitucional de lo alegado. En el 5, identificando el derecho constitucional violado y, en el 6, el momento en que se alegó la violación en el proceso. Sobre lo primero conviene recordar que, según las normas generales, existe obligación por parte del órgano juzgador de suplir los elementos faltantes en la demanda cuando se observe que existe violación y ésta suplencia sea factible para el juez, lo que relativiza notablemente este requisito en presencia de una Corte Constitucional activista de los derechos. El segundo, en realidad, amalgama implícitamente dos normas. La primera (tácita) es que hay que haber alegado la violación del derecho durante el proceso (parece, pues, que en ausencia de dicha indicación, no cabe la acción). La segunda, que hay que indicar cuándo se hizo. El requisito tácito introducido es una limitación que trata de impedir que se aleguen en la acción extraordinaria de protección cuestiones que, en realidad, nunca estuvieron presentes en el proceso, como excusa para alargar un caso. Sin embargo, no cabe duda de que pueden darse casos en los que dichas violaciones pudieron haber pasado inadvertidas (o no haber sido conocidas) hasta después de la sentencia. Parece, pues, que en determinados supuestos, este requisito deberá ser relativizado jurisprudencialmente. Por

otra parte, no se dice cuándo debe haberse alegado dicha violación. En otras legislaciones (la española<sup>365</sup>, por ejemplo) debe hacerse en el primer momento procesalmente hábil o se pierde el acceso al amparo. Por otro lado, este inciso 6 parece identificar el juzgamiento del texto constitucional con proceso judicial, abonando la teoría de que la acción extraordinaria de protección cabe también no sólo contra sentencias sino contra procesos violatorios de derechos, aunque no sea eso lo que dice el artículo 58.

Por lo que se refiere a la admisión, ésta se realiza mediante un acto complejo. De un lado, la acción se presenta ante el órgano emisor de la resolución y es éste, tras notificar a las partes, el que debe remitir a la Corte Constitucional el expediente completo en el plazo de cinco días. Recibido el expediente, éste entra en sala de admisión que es la encargada de realizar una verificación de admisibilidad. Aunque el artículo no lo dice, parece que la sala deberá, en primer lugar, verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 61, por lo que, en realidad, parece haber una división de requisitos entre los dos artículos, en una técnica legislativa no muy depurada. Parecería que la intención del legislador fue separar los requisitos de forma (artículo 61) de los de fondo (62), pero en realidad, estos aparecen mezclados (por ejemplo, el numeral 6 del artículo 61) y sólo se llama requisitos a los primeros, aunque los segundos también actúan como tales.

En todo caso, los numerales 1 y 2 completan lo dispuesto en el numeral 5 del artículo anterior. Si allí se exigía la identificación del derecho, aquí se reclama un “argumento claro” sobre la violación del derecho (lo que parece querer decir una explicación detallada de en qué sentido ha sido violado) y la relación entre la acción u omisión judicial y la violación del derecho, añadiéndose “con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso”. Esta expresión no es muy afortunada, porque raramente las violaciones de los derechos resultantes de una acción (y, no digamos, de una omisión) judicial se producirán con independencia de los hechos del proceso (salvo una actuación totalmente extraprocesal del juez, convertido prácticamente en delincuente a título propio). Lo que parece haber querido decirse es que no pueden reabrirse cuestiones fácticas discutidas en el proceso, evitando convertir la acción en una nueva instancia plena. Por su parte, el

---

<sup>365</sup> Artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: “Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”

numeral dos se refiere a la “relevancia constitucional” del problema jurídico y de la pretensión. Es decir, que no se trate de un asunto de mera legalidad. Tampoco aquí la expresión parece totalmente adecuada. El problema jurídico no tiene por qué tener relevancia constitucional (de hecho, normalmente, no la tendrá en muchos casos), pero sí tenerla la pretensión. Por ejemplo, cuando lo que se pretende es que se respete el debido proceso en un problema jurídico que, de por sí, es de mera legalidad.

Los numerales 3, 4 y 5, por su parte, están estrechamente relacionados entre sí, puesto que se refieren, propiamente, a la fundamentación de la acción, mientras los dos primeros tratan, por su parte, de fijar el objeto de la acción. En concreto, se excluyen como inadmisibles tres tipos de fundamentaciones diferentes para la acción. En primer lugar, no se considera como causal la mera consideración de que la sentencia es injusta o equivocada. Efectivamente, aunque la pretensión última de todo sistema jurisdiccional es hacer justicia. En realidad, lo único que puede exigírsele es que satisfaga una serie de requisitos tendentes a lograr dicho resultado, puesto que la consideración última de lo justo o injusto es puramente subjetiva y no puede ser abrazada por el derecho (a riesgo de caer en el iusnaturalismo o el subjetivismo). Dicho de otro modo, lo que este numeral indica es que el argumento tiene que ser de derecho positivo, no moral, político o filosófico. El punto 4 especifica dentro de esta positividad argumental que no pueden aducirse cuestiones relativas a la falta de aplicación de la ley o a su errónea interpretación. Nuevamente, la redacción no es aquí del todo perfecta.

Lo que, en realidad, parece quererse indicar, aunque de manera muy resumida es que igual que no existe una justicia esencializada en los sistemas constitucionales positivos, sino sólo un conjunto de procedimientos tendentes a conseguirla, tampoco existe una interpretación esencialmente correcta de las leyes, ni una selección de fuentes correcta por naturaleza.

En definitiva, lo que existe es un procedimiento con sus propias garantías. Así, si no se aplicó una ley, debiéndose haber hecho o si la interpretación que se otorgó a la norma por parte de la jurisdicción ordinaria fue equivocada, entonces ello debió haberse recurrido en casación y, una de dos, o no se hizo y entonces no cabe la acción extraordinaria de protección al no haberse agotado los recursos disponibles o, si se hizo, entonces lo que sucede es que, aunque la parte accionante crea que la interpretación es

errónea o que no se seleccionaron correctamente las fuentes, ésa no es la opinión que sostiene el sistema normativo tal como viene interpretado por su órgano de cierre, en este caso, la Corte Nacional.

Así pues, lo que se estaría alegando, como en el numeral anterior, es que esa interpretación o selección es injusta (a juicio del accionante) lo que, como ya vimos, no constituye una causal.

Ahora bien, en el caso de que la violación a los derechos se haya producido no por inaplicación de norma o mala interpretación en sí (es decir, una violación al debido proceso o a la seguridad jurídica), sino que se hayan violado otros derechos del accionante por parte de una sentencia que, de haber tenido en cuenta una ley que no se consideró o una interpretación de aquélla que no se adoptó, no se hubiera producido, entonces, no parece que exista motivo alguno para desechar la acción extraordinaria de protección.

Dicho de otro modo, la mala selección normativa o interpretativa, no se considera, *per se*, causal, por la sencilla razón de que el encargado de determinar si tal situación se da o no se da es la Corte Nacional y, por tanto, es un supuesto de hecho, en realidad, imposible<sup>366</sup> (si ha habido sentencia en casación). Si se considerara, entonces, habría dos órganos resolviendo en “última” instancia sobre la interpretación o selección de las normas y la acción extraordinaria de protección sería una casación de la casación. Por el contrario, bien puede suceder que se hayan violado derechos en una sentencia, que no se hubieran violado de haberse aplicado otra norma o de haberse dado otra interpretación. En este caso, parece evidente que la Corte Constitucional debe actuar en reparación de la violación, no porque haya una incorrecta aplicación del sistema de fuentes, sino porque se ha producido una violación de un derecho. En resumen, la inaplicación de una norma o su interpretación errónea (a juicio del accionante) no puede, por sí sola, ser causal de la acción extraordinaria de protección.

El numeral 6, por su parte, excluye de la acción extraordinaria de protección las cuestiones relativas a la apreciación de la prueba. Nuevamente, se trata aquí de evitar convertir a la Corte Constitucional en una corte de instancia que tenga que revisar la

---

<sup>366</sup> Cosa distinta, naturalmente, es que al accionante no se lo parezca, pero, para el orden normativo, la adecuada selección e interpretación es la que realizan (en cada momento) los órganos constitucionalmente facultados para hacerlo.

valoración de la prueba. El encargado de valorar las pruebas es el juez ordinario y, contra sus apreciaciones, existen las oportunas posibilidades de recurrir en la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, esto no cierra que puedan alegarse cuestiones de prueba (pero no de su valoración), en tanto que la violación de derechos en el “juzgamiento” o “proceso” puede provenir de la denegación arbitraria de pruebas, de la utilización de pruebas nulas, etc. En estos caso, lo que se alega es una violación al debido proceso, en este caso, en lo relativo a la formación de las piezas de convicción, no a su valoración por parte del órgano constitucionalmente y legalmente habilitado para hacerlo, que es el juez natural.

Como antes se anunciaba, el numeral 6 incluye un requisito de mero procedimiento que parece estar aquí incorrectamente ubicado al repetir, innecesariamente que ha de cumplirse el plazo del artículo 60. En definitiva, no parece tener contenido deóntico propio.

Los numerales 7 y 8 encierran una mayor complejidad. El primero de ellos excluye las acciones cuando se trate de decisiones del “Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales”. Varias cuestiones merecen comentario. En primer lugar, la *ratio* de la norma parece evidente. Se trata de facilitar el funcionamiento del proceso democrático que se considera vital para el sistema constitucional en su conjunto, evitando posibles interferencias dilatorias por parte de la Corte Constitucional.

Ahora bien, por un lado, hay que considerar que la Constitución no establece ninguna restricción sobre la jurisdicción que pueda emitir las sentencias o autos definitivos, por lo que la decisión de hacerlo en la Ley podría contravenir el carácter expansivo de la interpretación de los derechos y restrictivo de sus limitaciones. Por otro lado, en cambio, podría alegarse, que es la propia Constitución la que introduce esta restricción al establecer en el artículo 221, inciso final, en relación con el Tribunal Contencioso Electoral, que sus “fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento”. Sin embargo, este argumento no parece muy poderoso por las siguientes razones. En primer lugar, también las sentencias dictadas (con los requisitos oportunos) por la Corte Nacional constituyen jurisprudencia y son de última instancia, y no por ello dejan de ser objeto de la acción extraordinaria de protección que, como se ha dicho, no es una instancia. En segundo lugar, también las sentencias de los demás tribunales (una vez adquieren firmeza) son de inmediato

cumplimiento, por lo que tampoco aquí encontramos una peculiaridad del sistema de justicia electoral. Por último, hay que recordar que las acciones extraordinarias de protección no conducen a la anulación de la sentencia sobre la que recaen, sino a la reparación integral de los derechos violados a los accionantes. En este sentido, se relativiza el conflicto entre Tribunal Contencioso Electoral y Corte Constitucional que podría, efectivamente, sembrar una sombra de duda sobre las elecciones y, consiguientemente, afectar a la propia supervivencia del orden constitucional.

Existe, además, un elemento temporal que requiere interpretación. Se trata de lo relativo a la expresión “durante procesos electorales”. Por un lado, hay que determinar cuándo se está en proceso electoral. Lamentablemente, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador - Código de la Democracia maneja, al menos, tres determinaciones de la extensión del proceso electoral. O bien, considera que se extiende desde la convocatoria hasta la proclamación de resultados<sup>367</sup>; o bien, desde la convocatoria hasta la asunción de los cargos electos<sup>368</sup>; o bien, desde la convocatoria hasta la resolución de las impugnaciones de los resultados<sup>369</sup>. Dado que no en todos los procesos electorales se proclaman candidatos, podría pensarse que la segunda posibilidad es una *lex specialis* para casos de elección de cargos y que la norma general supone que hay proceso, bien desde la convocatoria hasta la proclamación de resultados, bien hasta la resolución de impugnaciones. A su vez, dado que el 344 se refiere a los procesos electorales internos, podría pensarse que no afecta a los demás, aunque la lógica del artículo no parece ser ésa.

---

<sup>367</sup> Artículo 19, último párrafo: “La Función Legislativa no podrá designar reemplazos de funcionarios electorales destituidos por juicio político y estará impedida de iniciarlo *una vez que se hubiere efectuado la convocatoria al proceso electoral y hasta que éste concluya con la proclamación de resultados*” (subrayado añadido). Incidentalmente, hay que decir que la ley no contiene una definición de la proclamación de resultados.

<sup>368</sup> Art. 167.- *Posesionados los candidatos o candidatas triunfantes en las elecciones, se considerará concluido el proceso electoral*, sin que esto afecte la competencia de las autoridades electorales para imponer las sanciones posteriores previstas en esta ley. (subrayado añadido). Concordando con el 25.1: “1. Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente y eficaz los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados y posesionar a quienes resulten electas o electos”.

<sup>369</sup> Artículo 344, último párrafo: “El órgano electoral central tiene a su cargo la realización *de todas las etapas de los procesos electorales* internos, incluidas la convocatoria, la inscripción de los candidatos, el cómputo de los votos o la verificación del quórum reglamentario, la proclamación de los resultados *y la resolución de las impugnaciones a las que hubiere lugar*. De sus resoluciones se tendrá los recursos dispuestos en la Ley Electoral, se presentarán ante el Tribunal Contencioso Electoral”.

En todo caso, sea que se considere uno u otro plazo, siguen existiendo dudas interpretativas. En primer lugar si, a fin de cuentas, nos encontramos o no con un límite temporal. Pues, podría ser también que lo que la norma haya querido decir es que no se pueden presentar acciones extraordinarias de protección contra sentencias relativas a procesos electorales, no emitidas durante procesos electorales, cualquiera que sea éste su contenido. Hay que tener en cuenta que, también durante período electoral, el Tribunal Contencioso Electoral podría estar fallando sobre otros asuntos. No se ve claro por qué estas otras decisiones, que no afectarían al proceso electoral, debieran quedar cubiertas por esta misma imposibilidad de impugnación. Según como se defina proceso electoral (es decir, si no se incluye en dicho proceso la resolución de las impugnaciones), podrían existir, además, sentencias relativas al proceso electoral pero no dictadas durante el proceso electoral.

Y, por último, queda la duda de si, en el caso de que efectivamente se trate de un límite temporal y no material o de objeto, si aquél se refiere a la sentencia dictada o a la acción. Es decir, si no se pueden presentar acciones extraordinarias de protección (en ningún momento) contra sentencias dictadas durante (o relativas a, según se interprete la norma) procesos electorales; o si lo que no está permitido es presentar la acciones mientras se realiza el proceso electoral, independientemente de a qué se refieran éstas. Hay que pensar que una sentencia dictada sobre impugnación de resultados, se haría pública (según una de las interpretaciones) el último día del proceso, por lo que quedarían todavía 60 días para poder presentar la acción dentro de plazo. La opción por una u otra cosa (como opción de política legislativa) tiene que ver con el objetivo que se quiera alcanzar. En el primer caso, declarar la intangibilidad de las decisiones electorales para salvaguardar el proceso democrático; en el segundo, evitar la interferencia temporal en el desarrollo de las elecciones. Se trata, obviamente, de una ponderación de intereses. Ahora bien, desde el punto de vista interpretativo de lo actualmente legislado, parece que no deben ponerse límites a la defensa de los derechos, ya que la Constitución ha diseñado un sistema basado, justamente, en su máxima amplitud. En este sentido, parecería que, en todo caso, debería interpretarse como una limitación temporal y no material<sup>370</sup>.

---

<sup>370</sup> Con todo, hipotéticamente, esta limitación temporal podría convertirse en definitiva, si se trata de impugnar una sentencia dictada más de sesenta días antes de que termine el proceso electoral.

Ahora bien, el numeral de más compleja interpretación es, sin duda, el octavo. El primer inciso se refiere a que se pueda “solventar” una violación “grave” de derechos. Esta expresión puede interpretarse como mera repetición de lo dicho en el artículo 62.2 de la Ley o en la propia constitución (es decir, que haya habido violación de derechos) o como que añade algún tipo de contenido. Estos contenidos añadidos podrían estar en la idea de solventar y en la idea de gravedad. En relación con la primera de estas cuestiones, podría entenderse que la Ley quiere dejar fuera aquellas situaciones de violaciones de derechos que son ya insolventables (por ejemplo, por fallecimiento del accionante o cuestiones similares), se trataría de una aplicación del principio de eficacia y economía procesal del artículo 169 constitucional (y concordantes de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), aunque esta imposibilidad no siempre será fácil de establecer en fase de admisión. La segunda resulta más compleja. Hablar de violaciones graves de derechos, parece sugerir que existen violaciones a los derechos que no lo son. Dado que los derechos fundamentales protegen las áreas esenciales de los sujetos de los derechos que, precisamente, porque son intangibles deben protegerse especialmente, no parece fácil concebir violaciones no graves a los derechos. Adicionalmente, el concepto de gravedad es de difícil definición legal, por lo que se abre aquí una área gris o de indeterminación considerable. El segundo y tercer incisos “establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional” parecen abarcar todos los casos posibles y, consiguientemente, no introducir ninguna limitación, ya que un caso de violación de derechos o es nuevo (y supondrá un precedente) o no lo es y su carácter violatorio de derechos debe chocar necesariamente con algún precedente (si no, obviamente, sería nuevo). De forma tal que, dado que un caso no puede ser más que nuevo (y requerir el establecimiento de un precedente) o no nuevo (estar contemplado por algún precedente, pero contravenirlo), todos los casos deberían ser admitidos, con independencia de su relación con los precedentes. Hipotéticamente, quedarían aquí fuera, como máximo, aquellos casos nuevos que se consideren tan excepcionales e irrepetibles que no puedan dar lugar a un precedente. Pero es dudoso que tales casos existan. Por otra parte, estas dos verificaciones se excluyen entre sí por lo que, en todo caso, deberían estar unidas por una conjunción disyuntiva y no por una coma. Sobre la acumulación de estos requisitos se volverá a continuación.

Quizá los mayores problemas interpretativos residan en el inciso final relativo a “sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”. Hay que tener en cuenta que si esta afirmación se convierte en un requisito de admisibilidad independiente, habría cambiado notablemente la naturaleza de esta institución, en la medida en que, en la Constitución, parece concebirse como una garantía individual o colectiva de los derechos<sup>371</sup>, es decir, un instrumento jurídico que persigue, esencialmente, restituir al particular (individual o colectivo) en sus derechos y, subsidiariamente, garantizar la normatividad constitucional y contribuir al ideal de justicia que se marca como definición del estado en el artículo 1. En cambio, si para que proceda la acción, es necesaria la afectación al interés nacional (relevancia y trascendencia), la acción extraordinaria de protección se convierte en un instrumento destinado primariamente a salvaguardar dicho interés (de la forma en que lo hacen, por ejemplo, los recursos “en interés de la ley”, o las revocaciones de actos administrativos por afectación del interés general u otras instituciones análogas) y, sólo subsidiariamente, a garantizar los derechos de los ciudadanos. Dicho de otro modo, aquellos derechos de los ciudadanos que no afecten al interés nacional pueden ser violados por las sentencias sin posibilidad de acción ante la Corte Constitucional. Adicionalmente, hay que decir que no con poca frecuencia los derechos individuales (o colectivos) entran, precisamente, en conflicto con lo que los otros órganos o funciones del estado han definido como interés nacional, siendo aquéllos un límite de licitud de éste y no viceversa.

Complementariamente, quedan dos cuestiones generales sobre este artículo relativamente indefinidas en la Ley. Por un lado, cuál es la consecuencia del incumplimiento de las condiciones del artículo 62. Recordemos que los requisitos así definidos aparecen en el artículo 61 (con las relativizaciones a que obligan las normas generales del artículo 86 constitucional (y concordantes)), y que el 62 se limita a decir que la sala de admisión “deberá verificar lo siguiente”, de manera que tenemos la prótasis de un enunciado condicional, pero no su apódosis. Es decir, no se nos dice qué pasa si no se

---

<sup>371</sup> La Constitución no establece cuál es la finalidad de las garantías jurisdiccionales pero lo más habitual es que se considere que dicha finalidad es el aseguramiento del disfrute de los derechos (o la reparación de su violación) y no la salvaguardia del interés general. Entre otras muchas declaraciones jurisprudenciales, podemos alegar: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos”, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0001-13-SCN-CC.

verifican dichos requisitos. Aunque podría pensarse que la no verificación debe conducir a la no admisión, también podría considerarse que dicha no verificación pasaría como un elemento adicional de convicción a la fase de fondo. El propio artículo 62 dice que si “se declara la inadmisibilidad”, pero sin especificar si ésta sólo puede derivarse del incumplimiento de los “requisitos” del 61 o si también incluye las verificaciones del 62.

Por último, incluso si se considera que estas verificaciones son, en realidad, también requisitos, queda el problema de su carácter alternativo o acumulativo. Es decir, ¿deben darse todas las verificaciones o sólo alguna de ellas para que proceda la admisión? Recordemos que, tal como está redactado, es literalmente imposible cumplirlos todos, ya que o se establece precedente nuevo o se violan los anteriores, pero nunca las dos cosas a la vez. Esto último es particularmente importante para el numeral 8, en la medida en que si se considera que debe estar presente en todos los casos, como ya se ha dicho, la política de admisiones de la Corte Constitucional será determinante para establecer la naturaleza de esta institución (con independencia de que dicha política de admisiones se considere o no constitucional). Recordemos que, según la Ley, la inadmisión no es susceptible de recurso<sup>372</sup>.

Adicionalmente, los artículos 65<sup>373</sup> y 66<sup>374</sup>, que forman el capítulo IX de la Ley, recogen una serie de disposiciones para el caso particular de la acción extraordinaria de

---

<sup>372</sup> Aunque, durante un breve período, esta disposición se vio jurisprudencialmente relativizado al admitirse algunas revisiones excepcionales de las decisiones de admisión, posteriormente, el Pleno volvió a firmar esta imposibilidad de recurso, mediante una resolución y la modificación del reglamento de sustanciación. Véanse la Resolución de la Corte Constitucional No. 8 (Registro Oficial Suplemento 587, de 30 de noviembre de 2011) y la Resolución de la Corte Constitucional No. 1 (Registro Oficial Suplemento 634, de 6 de febrero de 2012).

<sup>373</sup> Art. 65.- Ámbito.- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.

Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley.

<sup>374</sup> Art. 66.- Principios y procedimiento.- La Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas:

1. Interculturalidad.- El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.

2. Pluralismo jurídico.- El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.

protección contra decisiones de la justicia indígena. Dado que el artículo 171 de la Constitución<sup>375</sup> reconoce a la jurisdicción ordinaria como una de las formas de ejercicio de la justicia en el país y dado que somete sus decisiones expresamente al control de constitucionalidad, parece evidente que el constituyente quiso incluir este tipo de resoluciones entre aquellas susceptibles de ser impugnadas en acción extraordinaria de protección. Antes de entrar en un estudio más detallado de la cuestión conviene hacer algunas precisiones previas.

---

3. Autonomía.- Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio.

No obstante el reconocimiento de un máximo de autonomía, tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.

4. Debido proceso.- La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.

5. Oralidad.- En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.

6. Legitimación activa.- Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. Cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad, deberá demostrar la calidad en la que comparece.

7. Acción.- La persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días.

8. Calificación.- Inmediatamente la sala de admisiones deberá comunicar si se acepta a trámite y las razones que justifican su decisión. Se sentará un acta sobre la calificación.

9. Notificación.- De aceptarse a trámite, la jueza o juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión o podrá acudir a la comunidad, de estimarse necesario.

10. Audiencia.- La autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción por el Pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia.

11. Opinión técnica.- La jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas.

12. Proyecto de sentencia.- La jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.

13. Notificación de la sentencia.- La sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.

14. Violación de derechos de las mujeres.- Las juezas o jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

<sup>375</sup> Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

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

En primer lugar, igual que en el caso de la jurisdicción ordinaria, la acción extraordinaria de protección no pretende convertirse en una instancia adicional, ni sustituir las decisiones adoptadas en dicha sede, sino asegurar que en la sentencia (o en el juzgamiento) no se han violado derechos y, de haber sido éste el caso, proceder a la correspondiente reparación, por lo que también aquí debe partirse de un escrupuloso respeto a la independencia y autonomía constitucional de esta jurisdicción evitando convertir a la acción de protección en una suerte de casación para sentencias de la jurisdicción indígena. Recordemos una vez más que la Ley no prevé la anulación de las sentencias como resultado de la acción de protección, sino sólo la subsanación de las violaciones de derechos que hubieran podido producirse.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que existen casos de notable complejidad en los que la jurisdicción ordinaria y la indígena pueden haber entrado a conocer de un mismo asunto, pudiendo darse el caso de que una sentencia de la jurisdicción ordinaria esté violando derechos de autonomía (colectivos o de la naturaleza que sean) que, en cambio, aparecen salvaguardados en la resolución de la jurisdicción indígena (que la sentencia ordinaria ignora o contraviene). Así, aparecería un uso de la acción extraordinaria de protección no para impugnar sentenciase de la jurisdicción indígena, sino para confirmarlas frente a las violaciones que la jurisdicción ordinaria pretendiera cometer. Se trata de un tema de difícil solución apriorística y que tendrá que ir siendo depurado jurisprudencialmente.

En relación con la que la Ley llama ámbito (*recte* objeto) de la acción de protección contra decisiones de la justicia indígena éste aparece regulado con cierta imprecisión. Por un lado, se refiere a la “persona que estuviere inconforme con la decisión”. Lo que parece dejar fuera el ejercicio colectivo de la acción, en contra de lo que señalan las normas generales. Dada la naturaleza de esta jurisdicción, este asunto es especialmente relevante y parece que no cabe otra interpretación que la de dar cabida a recursos colectivos. Véase, además, lo que se dice más abajo sobre el artículo 66.6 y 7.

También en este caso, la Ley parece entender que sólo son impugnables las decisiones que hayan violado derechos y no aquellas dictadas en procesos (juzgamientos en terminología constitucional) violatorios de derechos (aunque dichas violaciones no se expresen en la sentencia). Nuevamente, no parece que pueda interpretarse literalmente el

precepto, sino que habría que incluir también el supuesto recogido constitucionalmente. Respecto de las concretas violaciones, la Ley hace referencia a los derechos constitucionalmente garantizados y, específicamente, la discriminación a la mujer.

Esta especificación, innecesaria en estricta lógica jurídica, puesto que la no discriminación de la mujer es, obviamente, uno de los derechos constitucionalmente garantizados, recoge la expresa mención a este tema que hace el artículo 117 (“con garantía de participación y decisión de las mujeres”) y llama la atención sobre un tema especialmente sensible en esta área: la relación entre derechos colectivos comunitarios y derechos individuales o colectivos de las mujeres y tiene, por tanto, un valor simbólico o político, además de jurídico.

Finalmente, el artículo 65 recoge la referencia al derecho internacional de los derechos humanos y otras normas internas. Tampoco aquí la técnica es muy depurada. En un artículo sobre “ámbito” se dice que “Se observarán los principios que, sobre esta materia...”. Ahora bien, no queda muy claro cómo se pueden observar principios para delimitar un “ámbito”, ni cuál es esa “materia”. El artículo parece querer decir que, tanto en la tramitación como en la solución de fondo, se estará a lo dispuesto en la Constitución, los tratados y el resto de legislación aplicable, lo que, por otra parte, es una exigencia general de la Constitución derivada del sistema de fuentes.

El artículo 66 regula los principios<sup>376</sup> y procedimiento”. Con cierta incoherencia, se dice que la Corte Constitucional debe respetar una serie de principios, siendo que el

---

<sup>376</sup> LEMA, María Mercedes, “La acción extraordinaria de protección”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 148, ha propuesto el siguiente resumen: Interculturalidad (art. 344 COFJ, art. 661.1 LOCJCC “Las autoridades están en la obligación de comprender los hechos sometidos a resolución desde la perspectiva cultural de la personal, pueblo o nacionalidad involucradas en cada caso concreto, así como de los derechos constitucionales; Pluralismo Jurídico (art. 66.2 LOGJCC: “El Estado a través de sus agentes debe reconocer, proteger y garantizar la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas”; Autonomía (Art. 66.3 LOGJCC: “Las autoridades nacionalidades y pueblos indígenas gozarán del máximo de autonomía y el mínimo de restricción en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, las misas que tendrán los límites establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales y sobre derechos de los Pueblos Indígenas y la LOGJCC”; Debido proceso (Art. 66.4: “Entendido como la observancia de las normas, usos, costumbres y procedimientos propios de cada nacionalidad o pueblo indígena”; Oralidad (art. 66.5: “Se respetará la oralidad dentro de los procedimientos en los que se involucre a las nacionalidades y pueblos o personas indígenas; se contará con traductores de ser necesario”; Diversidad (art. 344 COFJ: “Establece la obligación de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”; Igualdad (art. 344 COFJ: “Determina la obligación de la

párrafo inmediatamente anterior ya ha señalado algunos, pero sin atribuírselos con claridad ni a ningún sujeto (“Se observarán”) ni a ninguna acción determinada (“sobre esta materia”). Ahora parece que se trata de los principios que hay que respetar tanto procesalmente, como en la valoración del fondo de la cuestión, nuevamente sin mucho orden y con cierta imprecisión. Los tres primeros numerales hacen referencia a consideraciones globales sobre cómo valorar el objeto de la acción: interculturalidad, pluralismo y autonomía. El cuarto, en cambio, define el debido proceso en relación con los procesos indígenas. Recordemos que, formalmente, este requisito está dirigido a la Corte (“La Corte Constitucional deberá respetar...”) con lo que hay una cierta confusión sobre si lo que se quiere decir es que el tipo de debido proceso que la Corte debe aplicar en la tramitación de la acción extraordinaria de protección debe ser congruente con su entendimiento en la comunidad o autoridad *a quo*, o si lo que se quiere decir es que la Corte para valorar si se ha violado o no el debido proceso (recordemos que no se menciona este debido proceso como causal independiente de violación de derechos en el “juzgamiento” y no en la sentencia”) en el proceso *a quo*, deberá interpretarlo de conformidad con el entendimiento local del mismo.

Sin mucho orden, se menciona a continuación, en los numerales 5 a 11, la oralidad (en castellano y lengua indígena correspondiente), la legitimación activa (que ahora sí se otorga a persona o grupo de personas<sup>377</sup>), lo que parecen ser requisitos de la demanda (pero que la ley llama “acción”), es decir, su presentación oral o escrita con alegación de las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones de derechos que se alega que se han producido, la calificación (*recte* admisión) que debe ser inmediata, las formas de notificación y audiencia (a la que están llamadas los accionantes, la autoridad emisora de

---

autoridad estatal de buscar los mecanismos para comprender las normas, los procedimientos y las consecuencias jurídicas de lo que se resuelva en los casos que involucren a personas o nacionalidades y pueblos indígenas; *Non bis in ídem* (art. 344 COFJ: “En base al principio general aplicado en materia penal, se establece la prohibición de que las autoridades estatales, sean judiciales o administrativas, puedan volver a resolver asuntos conocidos y resueltos por las autoridades indígenas. Siendo únicamente dichos asuntos susceptibles de control constitucional”); Projurisdicción indígena (art. 344 COFJ: “Que corresponde la aplicación más favorable a la autonomía y no intervención en la jurisdicción indígena por parte de la jurisdicción ordinaria en caso de contradicción entre las mismas”).

<sup>377</sup> Parecería que, en este caso, no se exige haber sido parte del proceso anterior. En todo caso, tampoco para la acción extraordinaria de protección, como vimos, parece estar totalmente claro este requisito (más allá de su constitucionalidad ex artículo 86).

la resolución y, si se estima necesario, la otra parte del proceso<sup>378</sup>) y la posibilidad de que la Corte requiera una opinión técnica experta.

El numeral 12 dice que la sentencia “puede” ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad. Lo que no deja de sorprender, tanto porque parecería que no debe tratarse de una posibilidad, sino de una obligación, como porque la Ley parece distinguir entre derechos constitucionalmente garantizados y derechos de las comunidades como categorías distintas, siendo que, obviamente, también los derechos de las comunidades están constitucionalmente garantizados. Lo que la Ley parece estar tratando de decir es que hay que ponderar los derechos individuales o colectivos de los accionantes, con los derechos de la comunidad en la que se desarrolla el proceso (todos constitucionalmente garantizados). Llama la atención que la Ley parece concebir que sólo se producirán conflictos entre derechos individuales de los accionantes y colectivos de la comunidad, sin considerar la posibilidad de que una decisión se impugne por violación, precisamente, de estos últimos. Aunque pueda no ser el caso más frecuente, es desde luego una situación perfectamente posible (alguien podría recurrir una sentencia indígena por excesivamente individualista y protectora de algunos sujetos en detrimento de la autonomía de la comunidad, por ejemplo).

La Ley añade que la notificación se hará de forma oral ante los accionantes, se recogerá en castellano y en su propia lengua por escrito.

El numeral 14, sin mayor secuencia lógica, vuelve sobre el tema de la discriminación a las mujeres, imponiendo a los jueces que se impida la alegación en las sentencias indígenas de la costumbre, interculturalidad o pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres. Se establece aquí, por tanto, una regla de ponderación entre derechos, dando un especial valor a la no discriminación de la mujer y restringiendo los argumentos constitucionalmente lícitos para no atenderla.

Por su parte, el Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional introduce algunos elementos complementarios a la regulación. En

---

<sup>378</sup> Es importante recordar que dada la naturaleza consensuada de buena parte de las decisiones que se adoptan en jurisdicción indígena, las partes no son necesariamente partes enfrentadas, sino que pueden haber alcanzado ya un acuerdo, por lo que es importante tenerlos en cuenta a la hora de intervenir sobre la resolución.

concreto, la acción extraordinaria de protección integra el capítulo II del título II (artículos 34 a 39) y el capítulo III de ese mismo título para las acciones extraordinarias de protección contra decisiones de la justicia indígena. Adicionalmente, le son de aplicación, las normas generales de los artículos 2-4 y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35, párrafo 5, los capítulos I (normas comunes), II (sala de admisión) y V (de la sustanciación) del título II (procesos constitucionales).

En términos generales, estas normas comunes no añaden sino especificaciones de orden procedimental<sup>379</sup>. Los artículos 34 a 39, por su parte, reiteran en buena medida lo dispuesto en la Constitución y en la Ley.

El artículo 34<sup>380</sup> remite al artículo 61 en cuanto a los requisitos (aunque, en realidad, éstos se encuentran en los artículos 61 y 62, como vimos), añadiendo tan sólo que la prueba de que se han violado los derechos deberá ser demostrada “documentadamente”, que parece corresponderse con el “argumento claro” del artículo 62.1

El artículo 35<sup>381</sup> se ocupa de algunas cuestiones de trámite, en particular, de aclarar que aunque la acción se presenta ante el órgano que expidió la resolución, la participación

---

<sup>379</sup> Y, algún requisito adicional, como el correo electrónico para notificaciones del artículo 10.2, sin carácter esencial.

<sup>380</sup> Art. 34.- Requisitos de la demanda.- La demanda de acción extraordinaria de protección deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y lo dispuesto en las normas procesales comunes del presente Reglamento.

El recurrente deberá demostrar documentadamente que en las sentencias o autos definitivos se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos constitucionales.

<sup>381</sup> Art. 35.- Trámite.- La acción extraordinaria de protección será presentada de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el presente Reglamento.

Cuando la acción extraordinaria de protección se presente en la judicatura, sala o tribunal que expidió la decisión judicial impugnada, deberá hacérselo para ante la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, es el único órgano competente para admitir, conocer y resolver la acción extraordinaria de protección, en consecuencia, la judicatura, sala o tribunal se limitará a receptar la demanda y la remitirá con el expediente, sin más trámite, dentro del término previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debiendo observar lo dispuesto en el artículo 36 del presente Reglamento. En caso de incumplimiento de esta disposición, la Corte Constitucional pondrá en conocimiento del Consejo de la Judicatura el hecho, para la sanción disciplinaria correspondiente.

En caso de incumplimiento de lo establecido en el inciso anterior, la Sala de Admisión dispondrá a las secretarías o secretarios de las judicaturas, salas o tribunales, que remitan el expediente y/o la documentación que considere necesaria para su pronunciamiento. Las secretarías o secretarios de las judicaturas, salas o tribunales serán responsables por el retardo injustificado o negligente en la remisión del expediente y/o documentación solicitada por la Corte Constitucional, lo cual se pondrá en conocimiento del Consejo de la Judicatura.

de dicho órgano es de mero trámite, limitándose a cumplir con la obligación de remitirla con el expediente a la corte, siendo causa de sanción disciplinaria el no hacerlo. Aclarando los plazos de presentación (de 20 días, que se computan a partir de la última resolución impugnada) y de verificación de requisitos (diez días). El artículo 36<sup>382</sup> establece la obligación de obtener copias certificadas de las sentencias o autos definitivos para dar cumplimiento a lo resuelto. El artículo 37<sup>383</sup> faculta al ponente y al Pleno para pedir informe al juez *a quo* y el 38<sup>384</sup> abre la posibilidad de realizar audiencias. Finalmente, el artículo 39<sup>385</sup> marca un plazo de 30 días para dictar sentencia por parte del Pleno.

La regulación de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena es algo más amplia (artículos 40 a 48), aunque tampoco introduce mayores novedades. En esencia, el artículo 40<sup>386</sup> aclara cómo proceder con el trámite para los casos en que la acción se formule verbalmente o en idioma distinto del castellano. El

---

La acción extraordinaria de protección seguirá el trámite previsto en los Capítulos I, II y V del Título II del presente Reglamento, en cuanto a su recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación.

El cómputo del término de veinte días establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se contará a partir de que la última decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional o del debido proceso se encuentre ejecutoriada

La Sala respectiva, en el término de diez días, verificará que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, término que correrá a partir del momento en que el expediente se encuentre al despacho.

Si la Sala declara inadmisibles o rechaza la acción, remitirá el caso a la Secretaría General para el archivo de la causa y la devolución del expediente al juez, sala o tribunal de origen.

<sup>382</sup> Art. 36.- Documentación certificada.- En la acción extraordinaria de protección, la judicatura, sala o tribunal ante la que se presente esta acción, deberá obtener copias certificadas de las sentencias o autos definitivos y de las demás piezas procesales necesarias para su ejecución, para que el juez de instancia haga cumplir lo resuelto en la sentencia o auto definitivo, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 21 y 62, inciso penúltimo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>383</sup> Art. 37.- Informes.- La jueza o juez ponente, o el Pleno, para mejor resolver, podrá solicitar informe a la jueza o juez de la instancia donde presuntamente se produjo la vulneración del derecho, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>384</sup> Art. 38.- Audiencia.- La jueza o juez ponente podrá señalar día y hora para la realización de la audiencia, cuando lo considere necesario.

Efectuada la audiencia o no, la jueza o juez ponente elaborará el proyecto de sentencia, el que remitirá a la Secretaría General para conocimiento y resolución del Pleno.

<sup>385</sup> Art. 39.- Sentencia.- El Pleno de la Corte Constitucional, una vez que Secretaría General haya notificado a las partes con la recepción del proceso para su conocimiento y decisión, emitirá su sentencia en el término máximo de 30 días, que se contarán de conformidad con lo establecido en el Art. 8 de este Reglamento

<sup>386</sup> Art. 40.- Trámite.- En lo que fuere aplicable, la Corte Constitucional observará lo establecido en los Capítulos I, II y V del Título II de este Reglamento, en cuanto a la recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación.

En los casos en los que la acción sea formulada de manera verbal, la persona o grupo de personas acudirán a la Secretaría General o a las Oficinas Regionales de la Corte Constitucional, donde será receptada la demanda, dejando constancia en grabación magnetofónica, que será transcrita, dentro del término de veinte días.

Si la acción se plantea en una lengua que no sea el castellano, la Corte contará con traductores designados para el efecto, quienes transcribirán la demanda, tanto en la lengua propia como en castellano

artículo 41<sup>387</sup> fija el plazo de diez días para la calificación en sala de admisión y el 42<sup>388</sup>, la forma de realizar la audiencia que, en este caso, no es facultativa, nuevamente, atendiendo a las peculiaridades de la oralidad, no realizarse en castellano y posible participación de la contraparte. El artículo 43<sup>389</sup> se limita a remitirse al 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para lo relativo a sustanciación.

Los artículos 44<sup>390</sup> y 45<sup>391</sup>, en cambio, son los que concentran las principales novedades.

---

<sup>387</sup> Art. 41.- Calificación.- La sala de admisión, en el término de 10 días de estar el expediente listo para el despacho, procederá a su calificación, de la que se dejará constancia en actas y que será comunicada a las partes, en las direcciones o lugares señalados por el accionante al momento de presentar la acción

<sup>388</sup> Art. 42.- Audiencia.- Aceptada a trámite la acción, la jueza o juez ponente, designado por sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión, o podrá acudir a la comunidad, de estimarlo necesario.

La autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción, por el Pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la decisión de justicia indígena.

<sup>389</sup> Art. 43.- Sustanciación.- En la sustanciación de esta acción se observarán los principios establecidos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>390</sup> Art. 44.- Examen de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena.- En la sustanciación de las acciones extraordinarias de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República y el Convenio 169 de la OIT, se observarán los siguientes parámetros:

- 1) Existencia de una autoridad legítima.- Se verificará que la autoridad que ejerza justicia indígena sea legítimamente reconocida por la comunidad, pueblo o nacionalidad.
- 2) Ámbito territorial.- Se verificará que el asunto materia del litigio haya ocurrido en las tierras o territorios de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. Se entiende por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos.
- 3) Identidad.- Se verificará que el conflicto haya sido resuelto respecto de personas que hayan sido reconocidas como indígenas en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.
- 4) Derecho Propio.- Se verificará que las autoridades indígenas en la resolución del conflicto, hayan aplicado sus tradiciones ancestrales y derecho propio.
- 5) Participación de las mujeres indígenas en el proceso de juzgamiento.- Se verificará que las autoridades indígenas hayan propendido a la implementación de mecanismos para garantizar la participación de las mujeres de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena en la toma de decisiones jurisdiccionales, pero siempre respetando el derecho propio y costumbres en la toma de decisiones internas del pueblo o nacionalidad indígena.
- 6) Conflicto interno.- Se constatará que las autoridades indígenas hayan conocido asuntos de cualquier naturaleza respetando los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y particularmente la no discriminación a la mujer, por el solo hecho de serlo.

La vinculación de la decisión indígena a los derechos humanos, de la que trata el artículo 171 de la Constitución, lo será siempre y cuando se efectúe una lectura integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente.

<sup>391</sup> Art. 45.- Coordinación de Jurisdicciones.- En los casos en los que se crucen jurisdicciones, identidades, territorios o sistemas de derecho, la jueza o juez o autoridad indígena que conoce la causa implementará procedimientos ad hoc de coordinación y cooperación entre las dos jurisdicciones.

En primer lugar, en el artículo 44 hay una referencia nominativa al Convenio 169 de la OIT como concreción del mandato de los artículos 57, 58 y 425 de la Constitución, lo que le otorga una situación de evidente prioridad interpretativa, en lógica consecuencia con el contenido de dicho convenio. Aunque, en estricto derecho, una disposición de este tipo no es probablemente necesaria, no cabe duda de que, dada la complejidad del ordenamiento internacional, puede tener un evidente efecto orientador para las diferentes jurisdicciones. Los cuatro primeros numerales tratan de determinar que nos encontremos genuinamente ante una sentencia o resolución final de fondo legítimamente emitidas. A diferencia de lo que sucede con la jurisdicción ordinaria cuyos órganos y procedimientos vienen señalados por el propio ordenamiento estatal, con lo que la verificación de la legitimidad de la decisión es, en buena medida, formal, no existe algo equivalente para la jurisdicción indígena, cuya existencia –al menos en las primeras fases de desarrollo constitucional– tendrá que ser verificada caso a caso. Así, se exige la verificación de la legitimidad de la autoridad indígena que emite la resolución, el ámbito territorial en el que se ha producido el litigio y la identidad étnica de las personas enjuiciadas, recogiendo los requisitos del artículo 171 constitucional (“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial (...) Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos”).

En cambio, los numerales 5 y 6 no se refieren a la identificación de la resolución como una de las sentencias de fondo susceptibles de ser accionadas, sino a requisitos de debido proceso y sustantivos que pueden dar lugar no a la admisión de la acción extraordinaria de protección, sino a la emisión de una sentencia de fondo contra la resolución indígena. En concreto, el numeral 5 exige que se respete la participación de las mujeres y el numeral 6 los derechos reconocidos en instrumentos internacionales (incluida la no discriminación de la mujer). El último inciso recuerda que, dado el carácter intercultural y plurinacional del estado, los derechos permiten diferentes interpretaciones de acuerdo a distintas cosmovisiones y que, por tanto, “se exige una lectura integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos”.

El artículo 45 tiene, en realidad, un extraño encaje sistemático aquí. Recordemos que se está hablando de la acción extraordinaria de protección contra resoluciones que,

lógicamente, ya tienen que haber sido emitidas. Este artículo incluye un mandato a la jurisdicción indígena de buscar formas de coordinación y cooperación cuando haya cruce de jurisdicciones, identidades, territorios o sistemas de derechos. Implícitamente, podría pensarse que se trata de una suerte de requisito tácito de constitucionalidad de las resoluciones de la justicia indígena, pero ni la redacción textual ni el nivel jerárquico de la norma parecen permitir una lectura muy exigente de este presunto requisito. Si bien, en estricto sentido, parece más una norma orientadora de la conducta de las jurisdicciones indígenas que un precepto sobre acción extraordinaria de protección.

Por último los artículos 46<sup>392</sup>, 47<sup>393</sup> y 48<sup>394</sup> se refieren, respectivamente, a la posibilidad de pedir dictámenes técnicos (algo particularmente importante, dado que no se presume en los jueces constitucionales el conocimiento de las peculiaridades de la jurisdicción indígena, lo que supone un caso extremo de *iura novit curia*), al término de treinta días para que el ponente presente la sentencia al pleno, una vez evacuada la audiencia o recibidos los informes antes mencionados, y a las peculiaridades de notificación oral y reducción por escrito a castellano y lengua propia de la comunidad.

Considerada globalmente la regulación constitucional, legal y reglamentaria (más allá de las lagunas y antinomias antes señaladas) parece que podemos concluir, en cuanto a la naturaleza de esta institución, que se trata (como, por otra parte, señala su propio nombre) de una acción y no de un recurso (en tanto que no impugna la decisión de fondo, ni constituye, por tanto, una instancia), caracterizada por las notas<sup>395</sup> de independencia (en tanto, que funciona con independencia de otras garantías jurisdiccionales como la acción

---

<sup>392</sup> Art. 46.- Opinión técnica.- La jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de expertos en la materia.

<sup>393</sup> Art. 47.- Proyecto de sentencia.- La jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia al Pleno para su conocimiento y resolución, en un término que no podrá ser superior a treinta días, contados desde que se efectuó la audiencia o agotados los términos necesarios para solicitar opiniones técnicas de expertos en temas relacionados con pueblos indígenas, cuando la complejidad del caso así lo amerite.

<sup>394</sup> Art. 48.- Notificación de la sentencia.- La sentencia emitida por el Pleno de la Corte Constitucional en esta materia será dada a conocer, de forma oral y motivadamente, en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado, sin perjuicio de su notificación en el domicilio judicial, cuando se lo haya señalado.

La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas, que han intervenido en el proceso.

<sup>395</sup> Siguiendo aquí con algunas modificaciones la terminología de LEMA, María Mercedes, “La acción extraordinaria de protección”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 132.

de protección o de cumplimiento, por ejemplo), excepcionalidad (puesto que sólo cabe contra ciertos actos judiciales: no contra medidas cautelares, por ejemplo), especialidad (porque sólo cabe ante violaciones de derechos constitucionales y no de otra naturaleza) y subsidiariedad<sup>396</sup> (en cuanto que exige agotamiento (con las matizaciones antes vistas) de los recursos previos en la jurisdicción ordinaria), que pretende restituir los derechos constitucionalmente violados ya en una resolución judicial firme y definitiva sobre un asunto, ya en el juzgamiento que dio lugar a dicha resolución judicial.

La propia Corte Constitucional en su jurisprudencia ha venido definiendo la naturaleza y alcance de esta institución. “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 Nos. 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:

---

<sup>396</sup> También llamada, en ocasiones, residualidad. Según una parte de la doctrina, la residualidad habría quedado fuera del ordenamiento constitucional en virtud de lo dispuesto por los artículos 86 y 88 y su incorporación a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Procesos Constitucionales, para ésta y otras acciones (como la de protección) resultarían inconstitucional. En este sentido se manifiesta enérgicamente, MONTAÑA Pinto, Juan, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 115 y ss. Véase, además, ALARCÓN Peña, Pablo. “Residualidad elemento generador de la ordinarización de la Acción de Protección” en ESCOBAR García, Claudia (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2010 p. 559-605.

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".<sup>397</sup>

“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

---

<sup>397</sup> PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 27-28.

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 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”<sup>398</sup>.

---

<sup>398</sup> *Ibíd.*, p. 31.

## **IV.2 Cuestiones de legitimidad**

Adicionalmente a todo lo señalado sobre la legitimidad general de la Corte Constitucional dentro del diseño del sistema constitucional en Ecuador y, más concretamente, de la legitimación de origen de la acción extraordinaria de protección, haremos referencia aquí a cuál es la práctica argumentativa seguida por la Corte con el fin de justificar sus intervenciones en la acción extraordinaria de protección.

Tanto desde el punto de vista de cuáles son las técnicas de interpretación que se siguen más frecuentemente, como desde el punto de vista de cuáles son los posicionamientos materiales que la Corte ha sostenido en aquellas cuestiones que de manera más reiterada se plantean en la acción extraordinaria de protección. Se trata, pues, de dos formas alternativas de legitimación de ejercicio, la que se refiere a lo decidido (¿en qué medida expresa los valores constitucionales sociales compartidos?) y la que se refiere a la forma de justificar lo decidido (¿en qué medida es razonable y convincente la forma de argumentar lo decidido?).

Por último, se incluye una reflexión sobre la relación entre la acción extraordinaria de protección y los procesos de selección y revisión.

### *VI.2.1 Los métodos de interpretación*

Del análisis<sup>399</sup> se desprende de manera indudable que la Corte Constitucional, en 9 de cada 10 sentencias, se decanta por el uso de los métodos literal y teleológico, para la argumentación y fundamentación de sus decisiones.

Es decir, la línea argumentativa que predomina en las sentencias parte de interpretaciones literales o semánticas de las normas constitucionales, proyectándolas al mismo tiempo sobre las normas infraconstitucionales. Ello nos indica que, en la mayoría de los casos, las acciones responden básicamente a la inobservancia del debido proceso constitucional y legal previsto, de forma que el conflicto constitucional surge como consecuencia de vulneraciones evidentes y flagrantes de las normas procesales que desarrollan los principios del debido proceso.

Por su parte, el método teleológico ha sido empleado mayoritariamente para definir la naturaleza, alcance y objetivo de la acción extraordinaria de protección, es decir, para lograr la identificación del problema jurídico y establecer las líneas generales que guiarán la argumentación en torno a la resolución del caso puesto a su conocimiento.

Igualmente, se han encontrado numerosos esfuerzos por definir algunos de los principios que rigen el debido proceso como la motivación, la seguridad jurídica, el derecho a la defensa, la tutela judicial efectiva, entre otros, con la finalidad de detallar las premisas que servirían de base para construir un argumento que permita proyectar el ámbito constitucional de protección de estos derechos, hacia la tramitación de las causas que se resuelven. Sobre este tema se volverá en el epígrafe siguiente.

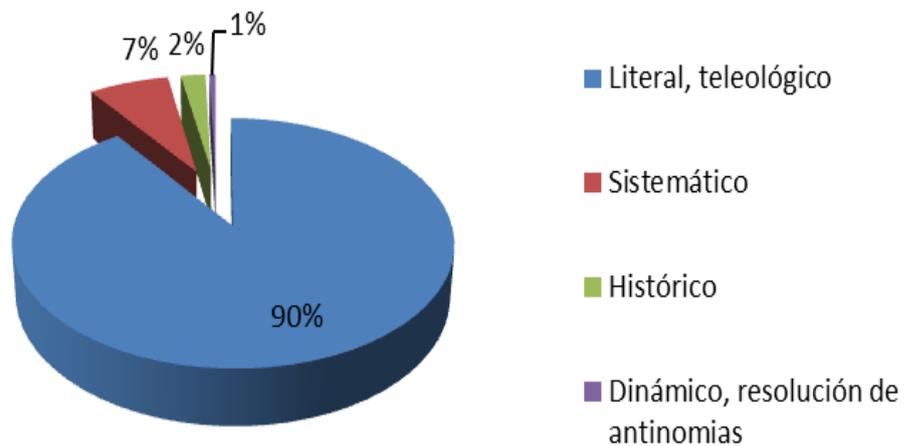
Finalmente, y de manera marginal, se ha constatado el uso de otros métodos interpretativos como el sistemático, o el histórico, puesto que en ocasiones, la Corte se ha visto en la necesidad de acudir a otras normas constitucionales que iluminan el caso, o realizar una visión originalista de la Constitución, a fin de esclarecer la solución del problema jurídico, reforzar los argumentos y legitimar la decisión<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> Este análisis toma como base la delimitación conceptual de los diferentes métodos efectuada en el epígrafe III.1.3.

<sup>400</sup> Las referencias concretas a las sentencias pueden consultarse en el cuadro anexo.

### Uso de los métodos de interpretación constitucional en AEP



*IV.2.2 Las decisiones de fondo: la interpretación de los derechos constitucionales*

Si bien, como es natural, en la acción extraordinaria de protección se han tratado numerosos temas relativos a una amplia gama de derechos<sup>401</sup>, algunos de ellos han recibido una particular atención. Se trata, en concreto, de: debido proceso, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, el derecho al trabajo, la igualdad, libre competencia, honra y buena reputación, territorio ancestral, vida, integridad, identidad, filiación, interés superior del niño y/o niña, jubilación, vivienda, vida digna, derechos de grupos de atención prioritaria, salud, propiedad privada, petición y libertad personal. En el presente análisis, incluiremos aquellos sobre los que existe una jurisprudencia más rica.

---

<sup>401</sup> La referencia exhaustiva puede encontrarse en la tabla anexa.

### *IV.2.2.1 Derecho al debido proceso*

Uno de los primeros aspectos que ha destacado la jurisprudencia es que el debido proceso no es un derecho unívoco, sino que resulta de la combinación de otros derechos lo que ha provocado una intensa labor interpretativa.

En sus esfuerzos por definir el debido proceso, la Corte Constitucional del Ecuador se ha apoyado en ocasiones, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, al señalar que el debido proceso:

(...) comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a las reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial y administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas (...) toda vez que salvaguarda la primacía del principio de legalidad e igualdad, así como realiza efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia, sustento básico y esencial de una sociedad democrática<sup>402</sup>.

Con esta definición, se puede colegir la amplitud otorgada al derecho al debido proceso que se reconoce como derecho compuesto por otras garantías, íntimamente relacionadas a la vinculación de las actuaciones tanto judiciales como administrativas, a las normas que regulan el procedimiento, y que además fundan las bases para la tutela procesal de los derechos de las personas, desde el principio de legalidad, de igualdad y del estado democrático, y como medio para la realización de la justicia.

Por otra parte, el debido proceso ha sido entendido por la Corte Constitucional como un derecho de configuración de doble dimensión, en la medida en que puede ser un derecho autónomo o puede operar como una garantía que permite la protección de otros derechos<sup>403</sup>.

Así las cosas, este derecho contiene un conjunto de garantías básicas recogidas en la jurisprudencia de la Corte<sup>404</sup> y que se resumen en las siguientes:

---

<sup>402</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 014-13-EP, de 14 de mayo de 2013.

<sup>403</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 016-13-EP, de 16 de mayo de 2013.

<sup>404</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 037-13-SEP-CC, de 24 de julio de 2007.

- a) Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes;
- b) Presunción de inocencia;
- c) Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que, al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza;
- d) Invalidez e ineficacia probatoria de las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley;
- e) Principio *in dubio pro reo*;
- f) Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza; y,
- g) Derecho a la defensa.

Asimismo, se ha dejado claro que con el debido proceso no se trata de cumplir un trámite cualquiera o de dar la apariencia ordenada y simplista de procedimientos reglados, donde importa más la forma que el contenido, sino de garantizar que no se prive a ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos, y que la sentencia que se dicte en base a un proceso sea fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que se exigen en un Estado Constitucional de derechos.

(i) *Derecho a la defensa*

En la misma línea, la Corte ha mantenido que el derecho a la defensa forma parte de las garantías básicas del debido proceso, en virtud del cual las partes intervinientes en un proceso deben estar en igualdad de condiciones ante la administración de justicia<sup>405</sup>.

De esta manera, la Corte Constitucional manifestó que el establecimiento constitucional del derecho a la defensa implica que todo tipo de actos que conlleven su privación o limitación produciría en última instancia indefensión; es decir, el derecho a la defensa es una garantía esencial que complementa el debido proceso<sup>406</sup>.

El pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en buena medida el resultado del mismo. De esta manera, la inmediación procesal impone al juez el deber de notificar a las partes con la

---

<sup>405</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 016-13-SEP-CC, de 16 de mayo de 2013.

<sup>406</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 012-13-SEP-CC, de 9 de mayo de 2013.

suficiente antelación, y no excluirlas indebidamente del proceso, puesto que de otro modo, no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa<sup>407</sup>.

El derecho a la defensa es una garantía destinada a que todas las personas, dentro de cualquier orden jurisdiccional, cuenten con los medios adecuados y oportunos a fin de hacerlos valer ante las autoridades en procura de su defensa.

(ii) *Derecho a la motivación*

La primera Corte Constitucional se ha hecho eco de la producción doctrinaria que sentó líneas interpretativas en torno a la acción extraordinaria de protección en general, y en cuanto al derecho a la motivación en particular. En este sentido ha manifestado que, como garantía del debido proceso, el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución demanda que las resoluciones de los poderes públicos estén motivadas, acotando que ésta no se agota en el hecho de encontrarse conforme a la ley, sino que la motivación debe atender a la dimensión y repercusión social del proceso, correspondiendo al juez argumentar los contenidos de su pronunciamiento con las razones suficientes para que las partes tengan el convencimiento suficiente de que la decisión es justa<sup>408</sup>.

En las sentencias de acción extraordinaria de protección, la motivación es definida como aquella garantía constitucional que determina la justificación razonada de las decisiones judiciales para hacerla jurídicamente plausible o, en otras palabras, que éstas guarden conformidad con las normas legales y constitucionales, así como también las normas de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; el derecho a la motivación determina la explicación de los criterios que condujeron a la decisión debiendo ser la expresión de las razones de hecho y de derecho que las fundamentan<sup>409</sup>.

No obstante, la configuración constitucional del derecho a la motivación no se agota en una prescripción dirigida a los administradores de justicia, sino que se extiende como un condicionamiento de todas las resoluciones de los poderes públicos con el objeto de que las personas puedan conocer de forma efectiva y veraz las razones que motivaron la emisión de determinada decisión.

---

<sup>407</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 056-13-SEP-CC, de 7 de agosto de 2013.

<sup>408</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 051-13-SEP-CC, de 7 de agosto de 2013.

<sup>409</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 048-13-SEP-CC, de 31 de julio de 2013.

Por ello, la motivación no implica la enunciación dispersa de normas jurídicas o antecedentes fácticos, sino, por el contrario, exige un mayor ejercicio argumentativo en el cual se fundamente la aplicación de las mismas a un hecho y la consecuencia jurídica que de ello se deriva.

(iii) *Tutela judicial efectiva*<sup>410</sup>

La tutela judicial efectiva, a la luz de las normas constitucionales, ha encontrado una interpretación que, a criterio de la Corte, la vincula directamente con el fundamento y justificación constitucional de la existencia de toda institucionalidad con potestad jurisdiccional. Es decir, que la Corte Constitucional ha entendido este derecho como un elemento sustancial que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de sus fuentes inferiores, siempre que sea requerida la intervención del Estado para su protección<sup>411</sup>.

En tal sentido, su satisfacción no se agota en la mera existencia de la justicia constitucional, sino en la puesta a disposición de todas las personas, de un sistema jurídico institucional encargado de dar protección judicial en todas las materias. Por lo tanto, la existencia de recursos en la vía ordinaria también constituye una medida de garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

---

<sup>410</sup> Constitución de la República, Art. 75.- Toda persona tiene acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial, expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones será sancionado por la ley.

<sup>411</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 037-13-SEP-CC, de 24 de julio de 2007.

*IV.2.2.2 Seguridad jurídica*

La seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos, delimitándose conceptualmente su alcance como una “garantía dada al individuo por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, en su protección y reparación”<sup>412</sup>, afirmando que es un derecho que refuerza la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente.

Este derecho cobra mayor importancia en los procesos en los cuales se establecen responsabilidades penales o sanciones de cualquier naturaleza, siendo que la tipicidad de la conducta antijurídica es la garantía que asiste a la persona a ser procesada únicamente por actos que se encuentren establecidos como delitos o en su defecto, contemplen consecuencias que impliquen una sanción, en lo referente a la aplicación de normas jurídicas previas, claras y públicas.

En esta medida, al efectuar una interpretación del artículo 82 de la Constitución<sup>413</sup>, la seguridad jurídica se satisface por medio de la existencia de normas, además de su aplicación uniforme en los casos en los que ella requiere ser utilizada. Definida de tal manera, constituye un principio sustancial, pilar fundamental del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia diseñado en la Constitución, vinculado con exigencias de igual protección a los sujetos de derechos<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 037-13-SEP-CC, de 24 de julio de 2007.

<sup>413</sup> Constitución de la República, Art. 82.- el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes.

<sup>414</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 041-13-SEP-CC, de 24 de julio de 2013.

*IV.2.2.3 El principio-derecho a la igualdad y prohibición de discriminación*

La Corte Constitucional ecuatoriana ha emitido diferentes sentencias de acción extraordinaria de protección donde se ha profundizado y ampliado la comprensión de la aplicación de los principios de igualdad formal y sustancial, y la prohibición de discriminación, para determinar bajo qué lineamientos se configuraría una violación a estos principios-derechos constitucionales.

En este contexto, la Corte Constitucional a través de su argumentación ha permitido dilucidar el uso razonable de estos principios-derechos recurriendo a varios métodos de interpretación como la subsunción, el test de razonabilidad, interpretación integral e histórica de la Constitución.

Asimismo, este órgano ha analizado los alcances y diferenciaciones que debe ser consideradas al momento de verificar una legítima aplicación de los principios-derechos a la igualdad y prohibición de discriminación, tanto desde la normativa constitucional como del contenido señalado en las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos y su interpretación autorizada.

En el primer caso, la Corte Constitucional ha ejecutado un análisis diferenciador del principio de igualdad desde su dimensión formal y material, así como, del mandato de prohibición de discriminación según lo determina el artículo 11 numeral 2 y artículo 66 numeral 4 de la Constitución ecuatoriana.

Paralelamente, con la finalidad de profundizar en el análisis de la aplicación del principio de igualdad formal, la Corte Constitucional ha recurrido a la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus opiniones consultivas, así como de otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este contexto, este órgano, ha reconocido a la igualdad como “(...) un principio de aplicación e interpretación de los demás derechos constitucionales (...)”<sup>415</sup>, condición que incide en un redimensionamiento de la aplicación y tutela de los derechos constitucionales y ha aclarado que “(...) el concepto de igualdad no significa una igualdad de trato uniforme

---

<sup>415</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso No. 0179-12-CN y ACUMULADOS, 04 de septiembre de 2013, p. 57.

por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferentes en otras situaciones”, insistiendo que en el caso de la aplicación de una norma, este principio opera cuando coinciden efectivamente en su ejecución las causas determinadas con antelación por la norma jurídica y su uso en “(...) situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados”<sup>416</sup>.

Del mismo modo, ha aclarado la interpretación de la dualidad del principio de igualdad desde su dimensión formal, y material.

En el caso de la igualdad formal, la Corte configura a ésta como la ejecución de “(...) un trato idéntico a sujetos –individuales o colectivos– que se hallan en la misma situación”<sup>417</sup>, es decir, como lo ratifica en otra clase de sentencia, la igualdad formal obliga a que se abrigue los mismos derechos a las personas que se encuentran en igualdad de condiciones, omitiendo tratos diferenciados irrazonables que beneficien a unas y perjudiquen a otras<sup>418</sup>.

En el caso de la dimensión material del principio de igualdad, ésta debe ser concebida como un trato diferenciado en situaciones no uniformes, que debe ser implementado, por un lado, evitando aplicaciones del derecho arbitrarias que puedan atentar contra las diferencias, e implementar mecanismos homogeneizantes que configuren actos discriminatorios; y, por el otro, utilizando cuando fuere necesario acciones afirmativas razonables que consoliden una igualdad de hecho. En otras palabras, esta dimensionalidad “(...) supone en cambio que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requieran un trato distinto, que permita equiparar el status de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos”<sup>419</sup>, circunstancia que convierte al Estado en el responsable de implementar acciones de carácter afirmativo que “(...) promuevan la equiparación de las condiciones materiales de las personas que se encuentran en situaciones menos ventajosas con relación a aquéllas que tienen mejores condiciones, procurando de esta manera el desarrollo integral de las personas en sociedad”<sup>420</sup>.

---

<sup>416</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-13-SEP-CC, de 05 de marzo del 2013.

<sup>417</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 020-14-SEP-CC, de 29 de enero de 2014.

<sup>418</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0002-10-SIN-CC, Caso No. 0002-09-IN, de 8 de abril de 2010.

<sup>419</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 020-14-SEP-CC, de 29 de enero de 2014.

<sup>420</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 020-14-SEP-CC, de 29 de enero de 2014.

Finalmente, respecto a la prohibición de no discriminación, la Corte Constitucional ha acudido al artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, con el fin de hacer referencia a la discriminación negativa y positiva, y lograr determinar bajo qué lineamientos se configura una discriminación atentatoria a los derechos constitucionales y a la dignidad humana, o por lo contrario, bajo qué criterios, el trato diferenciado es legítimo y busca consolidar una igualdad de hecho.

Con esta consideraciones, en el caso de la discriminación negativa, este órgano ha reiterado que es necesario valorar previo a la determinación de discriminación negativa, como lo señala tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si el trato desigual se basa en una justificación objetiva y razonable, tomando como mecanismo determinante un balance entre la finalidad de la norma u acto y sus efectos. “En suma, se produce discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable”<sup>421</sup>. Es decir, no todo trato diferenciado a personas en situaciones heterogéneas puede concebirse como legítimo, por cuanto, la determinación de la condición discriminatoria de trato en un caso concreto, debe ser analizado a partir de la específica intencionalidad que se persigue con dicho tratamiento, así como por los efectos obtenidos, por lo tanto, para esclarecer la legitimidad del trato se debe establecer una relación de proporcionalidad entre ambos parámetros<sup>422</sup>.

Respecto a la discriminación positiva, la Corte Constitucional ecuatoriana en otra de sus sentencias de acción extraordinaria de protección ha reconocido la importancia de las acciones afirmativas que, como dispone la Constitución, promueven “(...) la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”<sup>423</sup>.

En este sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana ha señalado que las acciones afirmativas tales como los principios de paridad y alternabilidad, constituyen un componente esencial del sistema político del Ecuador, por cuanto surgen a partir del proceso de lucha social emancipatoria contra la división patriarcal del mundo público para los hombres y privado para las mujeres, y buscan la consolidación de la igualdad material en la estructuración de la institucionalidad del Estado, donde las mujeres deben participar en igualdad de condiciones que los hombres. Así como, la Corte Constitucional reconoce que

---

<sup>421</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-13-SEP-CC, de 5 de marzo del 2013.

<sup>422</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso No. 0179-12-CN y ACUMULADOS, 4 de septiembre de 2013.

<sup>423</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 11 numeral 2, tercer inciso.

cuando no se respetan tales principios en la conformación de listas de candidatos y candidatas para elección popular, se configura un trato desigual y discriminatorio<sup>424</sup>.

Cabe mencionar, que este desarrollo jurisprudencial referente a los principios de igualdad y prohibición de discriminación ha sido ratificado por la Corte Constitucional en otras garantías constitucionales, tales como la acción pública de inconstitucionalidad o consulta de norma, entre otras.

---

<sup>424</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0002-09-SEP-CC, Caso No. 0111-09-EP, de 5 de mayo de 2009.

*IV.2.2.4 El derecho al trabajo:*

El trabajo, según lo dispuesto por la Constitución ecuatoriana, constituye “(...) un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía”<sup>425</sup>. Lo que obliga al Estado a garantizar a los trabajadores que sus labores se desarrollen en condiciones dignas, con retribuciones justas, sin la existencia de trabajos forzosos, y en aseguramiento de un estado saludable, y que asegure finalmente, el acceso a una jubilación digna.

Paralelamente, la Carta constitucional dispone en sus artículos 331 y 333, entre otras innovaciones, que el aparato estatal debe asegurar el igual acceso al empleo, remuneraciones equitativas, y el establecimiento de condiciones que erradiquen las desigualdades, así como el derecho al seguro social a quienes tengan a cargo el trabajo no remunerado del hogar.

En esta misma línea, la Corte Constitucional a través de sus decisiones bajo la activación de la acción extraordinaria de protección ha desarrollado el contenido de este derecho, señalando que “[s]i bien la Constitución garantiza a todos los seres humanos el derecho al trabajo, por lo mismo está en la obligación de conservarlo y cumplir los deberes legítimos que impone su empleador (...) De allí que la Constitución de la República no tutela a las personas que incurran en actos de desobediencia”<sup>426</sup>, interpretación que involucra que al trabajo como un derecho que debe ser garantizado en la medida del cumplimiento de ciertas reglas que deben estar apegadas al contenido constitucional<sup>427</sup>.

Asimismo, la Corte Constitucional en otra de sus sentencias señala que el trabajo debe concebirse como un derecho asegurado en igualdad de condiciones entre pares y en circunstancias adecuadas de trabajo<sup>428</sup>.

Además, ha insistido en la importancia de este derecho, sobre todo al concebirse como mecanismo especial de tutela de los trabajadores, a la luz del respeto de los principios de intangibilidad, irrenunciabilidad y *pro operario*, al señalar que

“En efecto, el derecho al trabajo, al ser un derecho social y económico, adquiere una categoría especial toda vez que tutela derechos de la parte considerada débil dentro

---

<sup>425</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 33.

<sup>426</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 024-14-SEP-CC, de 29 de enero de 2014.

<sup>427</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 024-14-SEP-CC, de 29 de enero de 2014.

<sup>428</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 062-14-SEP-CC, de 9 de abril de 2014.

de la relación laboral, quien al verse desprovista de los medios e instrumentos de producción puede ser objeto de vulneraciones de sus derechos, es en aquel sentido que se reconoce constitucionalmente el derecho a la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, los cuales asociados con el principio de in dubio pro operario constituyen importantes conquistas sociales que han sido reconocidas de forma expresa en el constitucionalismo ecuatoriano”<sup>429</sup>.

Finalmente, respecto al derecho a la jubilación, la Corte Constitucional reconoce a éste “(...) como retribución de ese esfuerzo, es un derecho irrenunciable e intangible, cuya aplicación se sustenta en los principios *pro hómine* y de favorabilidad *pro operario*,”<sup>430</sup> condición que determina su relación indisoluble con el derecho al trabajo, y su configuración como garantía del derecho a una vida digna.

---

<sup>429</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 062-14-SEP-CC, de 9 de abril de 2014.

<sup>430</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 013-14-SEP-CC, de 15 de enero de 2014.

### *IV.2.3 La relación entre la acción extraordinaria de protección y los procesos de selección y revisión*

Como hemos visto, la Constitución establece como formas de garantía jurisdiccional de los derechos tanto la acción extraordinaria de protección, como la obligación de que los jueces que remitan a las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional las sentencias emitidas en ejercicio de las garantías jurisdiccionales constitucionales. Estos dos procedimientos constitucionales fueron creados bajo diferentes perspectivas, sin embargo, a partir del desarrollo jurisprudencial operado por la Corte Constitucional se ha determinado que ambas puedan poseer una dimensión tanto subjetiva como objetiva, con el objetivo de garantizar la tutela y reparación de los derechos constitucionales bajo el ideal de maximización constitucional del sistema de justicia.

En el caso de la acción extraordinaria de protección, como hemos visto, su naturaleza tiene un carácter subjetivo ya que la finalidad de este recurso es determinar la violación de derechos constitucionales o del debido proceso constitucional en sentencias o autos definitivos y cuyo efecto de reparación deberá ser, entre otros, retrotraer lo actuado hasta antes del momento en que se haya cometido la violación, teniendo esta sentencia un efecto *inter partes* que pretende tutelar y reparar derechos de los afectados en el caso concreto. Sin embargo, en muchos casos la Corte Constitucional, al momento de sustanciar esta garantía, corrige vicios de actuación derivados de que los jueces, al decidir sobre garantías jurisdiccionales, no han observado los precedentes establecidos por la Corte Constitucional y, en consecuencia, crea reglas jurisprudenciales de acatamiento obligatorio, cuyos efectos vinculantes pueden ser *inter partes*, *inter pares* o *inter comunis* según dispone el artículo 62, numeral 8 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por otro lado, como se ha señalado con antelación, el proceso de selección y revisión nace como una garantía normativa o general de dimensión objetiva que pretende asegurar el derecho a la seguridad jurídica y a la igualdad, y por tanto, la coherencia del ordenamiento jurídico, a partir del establecimiento de precedentes vinculantes cuyos efectos constituyen reglas jurisprudenciales de acatamiento general.

Sin embargo, la Corte Constitucional aunque no pretende inicialmente utilizar la competencia de selección y revisión de sentencias para reparar derechos subjetivos, sino

generar derecho objetivo<sup>431</sup> bajo el presupuesto de precautar los derechos constitucionales, puede ampliar esta garantía a una dimensión subjetiva, es decir, determinar la vulneración de los derechos alegados en el caso o de otros derechos constitucionales y dictaminar su integral reparación en el caso en concreto.

Sin duda, aunque el objetivo de ampliar el campo de acción de estas dos garantías es asegurar la tutela efectiva de los derechos constitucionales y, al mismo tiempo asegurar la materialización del contenido constitucional en la administración de justicia constitucional, constituye una preocupación la falta de mecanismos de sistematización que operen de forma ágil y oportuna y logren consolidar y socializar tanto a las Funciones del Estado como a la ciudadanía, las reglas jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional.

Esta relación pretende demostrar que el ejercicio de la emisión de precedentes constitucionales si bien debe ser ejecutado primordialmente por las Salas de Selección y Revisión, al constituirse la Corte Constitucional en un órgano jurisdiccional de precedentes, también crea reglas jurisprudenciales con diversos efectos a partir de otros procesos de conocimiento tales como la acción extraordinaria de protección, el control abstracto de constitucionalidad, la acción de incumplimiento, y la acción por incumplimiento<sup>432</sup>.

---

<sup>431</sup> ZAVALA Egas, Jorge, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Edilex, Guayaquil, 2012, p. 228.

<sup>432</sup> ÁVILA, Luis, *El precedente constitucional. Teoría y Praxis*, Ibáñez, Bogotá 2013, p. 98.

### IV.3 El ejercicio material de la acción extraordinaria de protección: cuestiones de eficacia

Como se ha venido insistiendo a lo largo de esta Tesis Doctoral, la eficacia de la acción extraordinaria de protección es una variable ineludible para valorar la legitimidad de esta acción y, en último término, uno de los terrenos en los que se juega la legitimidad global de la justicia constitucional y hasta de la constitución, en la medida en la que esta acción se dirige, potencialmente, contra miles de actos jurisdiccionales y por tanto, puede determinar la presencia capilar o no del programa constitucional en la vida jurídica del país. Ahora bien, precisamente, por ello, también puede quedar totalmente desbordada por pretensiones más o menos espurias que vuelvan inservible el recurso a esta posibilidad.

Antes de entrar en el análisis más detallado, tanto desde el punto de vista sociológico de los datos brutos de la realidad, como jurídico-constitucional del tipo de utilización que se hace de la acción y del tipo de respuesta que se le da desde la Corte, plantaremos un esquema conceptual que distingue tres tipos de problemas: conceptuales, estructurales o prácticos<sup>433</sup>.

#### a) Problemas conceptuales

Efectivamente, existe una apreciación muy extendida que muchas de las acciones extraordinarias de protección han tenido como objetivo principal no consideración alguna relativa a derechos constitucionales, sino la revisión pura y simple de las decisiones judiciales sobre el fondo de lo resuelto.

Esto parece sugerir que existe una convicción más o menos extendida en el mundo jurídico de que el amparo contra sentencias judiciales implica la creación de una instancia adicional, de forma tal que la acción extraordinaria de protección actúe como un verdadero recurso. Como antes se indicó, a este entendimiento, puede haber contribuido la propia Constitución al referirse a la acción como recurso en los artículos citados en su lugar.

---

<sup>433</sup> Para esta clasificación, en las páginas que sigue, se seguirá muy de cerca mi elaboración previa sobre la materia en PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 34-38, sin necesidad de ulterior cita expresa.

Sin embargo, como se ha venido advirtiendo, esta amalgama de acción y recurso no resiste un mínimo análisis. Mientras que una acción implica el inicio de un nuevo proceso y es el acto mediante el cual se inicia la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia que podría prorrogarse en los diferentes niveles jerárquicos de esta misma jurisdicción mediante los oportunos recursos<sup>434</sup>; un recurso, en cambio, estará siempre inserto en el seno de un proceso.

Así, en recursos como el de apelación o de nulidad, se mantienen tanto el objeto del litigio, como las partes procesales, procediéndose bien a dictar nueva sentencia (como en apelación o casación) o a devolver al juez a quo la causa desde el momento en que se produjo la infracción que dio lugar a la apreciación del recurso de nulidad. Es decir, estamos siempre en el campo de proceso original.

En cambio, la acción extraordinaria de protección parte del presupuesto contrario, es decir, que quienes accionan lo hacen, justamente, porque alegan que en la justicia ordinaria se ha producido una violación de sus derechos ya en la sentencia, ya en el proceso, sin que hayan podido encontrar satisfacción a esta pretensión dentro de este orden jurisdiccional. Por el contrario, si fuera un recurso ello implicaría 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.

Ahora bien, tratándose de una acción, su (nuevo) objeto es determinar si ha habido o no violación en el proceso anterior (de objeto diferente) que reclame reparación en el orden constitucional.

En conclusión, la acción extraordinaria de protección es una acción y no un recurso, puesto que conoce de una situación diferente a las de la jurisdicción ordinaria, no resuelve sobre el fondo de lo que configura el proceso de instancia, sino que aprecia si la administración de justicia no tuteló los derechos constitucionales o violó el derecho al debido proceso, iniciando un nuevo proceso de índole constitucional y asumiéndose, mediante la reparación, la responsabilidad estatal ante tales violaciones de los derechos.

---

<sup>434</sup> Véase, CORDERO Heredia, David, “La acción extraordinaria de protección: ¿acción o recurso?” en [http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin3\\_accion\\_proteccion\\_davidcordero.pdf](http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin3_accion_proteccion_davidcordero.pdf) (visitado el 1 de agosto de 2014).

De esta manera, ha conseguido zanjar la diferencia esencial de la acción de protección y la vía contencioso administrativa, en la medida en que ésta última no es ni puede ser considerada como una vía adecuada para reparar violaciones a derechos constitucionales, así como la acción de protección no lo es para controlar la legalidad de los actos administrativos, y que la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses demanda que positivamente exista y se haya verificado la pretendida violación a los mismos.<sup>435</sup>

Se puede precisar además que la jurisprudencia ha recalcado que la acción de protección no procede para ejecutar normas del sistema jurídico, considerando además que los problemas de interpretación y aplicación de normativa legal no es un asunto que compete al fuero constitucional, pues, de hacerlo, la Corte enfrentaría un problema respecto de yuxtaposición de acciones, ya que es materia de conocimiento de una acción por incumplimiento, salvaguardando de esta manera la coherencia del sistema de protección de derechos en el Ecuador.<sup>436</sup>

### b) Problemas estructurales

Como se vio en su momento, en la construcción del modelo de constitucionalismo al que pertenece la Constitución de Ecuador, se produce una compleja trama de decisiones destinadas a someter al poder al derecho, en particular, a las previsiones del programa constitucional. Como ya se vio con amplitud en el capítulo anterior, para que esto sea posible es indispensable construir una justicia constitucional eficaz y autónoma colocada como elemento de clave de bóveda del control y, sobre todo, de la coordinación del resto de los poderes del Estado, incluida la Función Judicial.

Como ya se apuntó, ello condujo a que, en la Constituyente, se discutieran modificaciones estructurales en la comprensión y funcionamiento de la justicia constitucional y, en concreto, en lo relativo al principio de supremacía constitucional en relación con la Función Judicial. Una de las cuestiones polémicas fue, precisamente, la posibilidad de controlar constitucionalmente las decisiones judiciales. Ello involucró la creación de un mecanismo nuevo de control.

---

<sup>435</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 041-13-SEP-CC, de 24 de julio de 2013.

<sup>436</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 043-13-SEP-CC, de 31 de julio de 2013.

La pretensión que arrastra toda acción extraordinaria de protección no es otra que verificar si el juez ordinario ha violado el debido proceso u otro derecho constitucional. Si la Corte Constitucional establece tal violación, deberá declararla en sentencia y adoptar medidas para su reparación integral. Por tanto, la acción extraordinaria de protección no es un proceso constitucional de revisión de sentencias, puesto que los derechos constitucionales deben ser amparados en los propios procesos judiciales, y las actuaciones del juez deben, en principio, ajustarse a la Constitución. Justamente por ello, la acción extraordinaria de protección no trata de sustituir a los procedimientos ordinarios donde se encuentran previstos mecanismos que buscan el respeto de los derechos a través del oportuno sistema de recursos.

Justamente, uno de los requisitos de admisión de la acción extraordinaria de protección es la prueba de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, añadiéndose, como se vio, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la excepción para el caso de que aquéllos resulten ineficaces o inadecuados. La ineficacia de un recurso significa que éste 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. Este problema que, como ya se dijo, se ha planteado igualmente en el orden internacional (por ejemplo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>437</sup>) constituye un importante problema estructural para el recto funcionamiento de esta acción que requerirá una cuidadosa decantación jurisprudencial (a reserva de una posible intervención operativa del legislador).

### c) Problemas en la práctica

Naturalmente, las anteriores dificultades también se traducen en problemas en la práctica, ahora bien, a lo que aquí ahora se hace referencia es a aquellos que se suscitan en la esfera más propiamente procesal de la acción extraordinaria de protección, ya dentro de la justicia constitucional. En primer lugar, ello tiene que ver con los requisitos que, según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional debe cumplir la demanda y, simétricamente, con los parámetros de admisibilidad de la acción. En general

---

<sup>437</sup> Artículo 46.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

cabe decir que estas condiciones tienden a la creación de un marco relativamente estricto, destinado a evitar su uso abusivo y la posibilidad de que acabe convertida en una nueva instancia. Como ya vimos, incluso el artículo 64 de dicha norma establece un procedimiento contra los abogados que interpusieren la acción sin fundamento alguno.

Como luego se expondrá más detalladamente al referirnos a los datos concretos, en la práctica se evidencia que la acción extraordinaria de protección es empleada por numerosos accionantes extraordinario con la finalidad de dilatar aún más los procesos judiciales, llegando incluso, lo que resulta preocupante, a intentar atacar la cosa juzgada en sentencia y pretendiendo afectar a la seguridad jurídica. Quizá por ello mismo, el porcentaje de inadmisiones de la acción extraordinaria de protección que revelan los datos de la Secretaría General de la Corte Constitucional, muestra que se ha aplicado por parte de la Corte Constitucional una política rigurosa de demarcación de la excepcionalidad de esta garantía jurisdiccional. Adicionalmente, también resulta preciso señalar que la admisión de una acción extraordinaria de protección por parte de una sala de la Corte Constitucional, no involucra, como es natural, un análisis de fondo, por lo que, consecuentemente, la garantía puede ser aún desechada por el Pleno de la Corte Constitucional en su resolución final.

En un nivel más apegado a la vida material de las Cortes, hay que recordar que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al establecer el procedimiento de admisión de la acción extraordinaria de protección, dispone en su primer inciso que se deberá remitir el expediente completo a la Corte Constitucional una vez que se presenta la demanda.

En relación con esa remisión, debe observarse que la ley no determina de manera expresa cómo debe proceder el juez para lograr 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, la reacción que se está produciendo por parte de la judicatura ordinaria es que suspenden su competencia hasta que reciben de nuevo el expediente del proceso en sus juzgados. Esto

está ocasionando problemas en la práctica, ya que, como vemos, los jueces no han comprendido que su competencia no está suspendida, aunque pese sobre su actuar la duda de qué pasará si la Corte, finalmente, otorga la acción extraordinaria de protección. Sin embargo, esa inquietud es irrelevante a la hora de proseguir dando cumplimiento a lo actuado, ya que, en todo caso, le corresponderá a la Corte Constitucional en su sentencia el determinarlo, cayendo fuera, por tanto, del ámbito de las cuestiones que debe considerar el juez *a quo*.

En conclusión, aunque el inciso tercero del numeral 8 del artículo citado dice que “la admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción”; en realidad, debió haber dejado establecido que la presentación de la acción no suspende los efectos de la providencia accionada y expresar de forma inequívoca 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, en caso contrario se estaría incumpliendo el mandato de no interrupción.

### *IV.3.1 Casos resueltos*

Para ilustrar la eficacia sociológica de la acción extraordinaria de protección en Ecuador procederemos, a continuación, al análisis cuantitativo y cualitativo de las diferentes sentencias emitidas por la Primera Corte Constitucional. Este estudio complementa y desarrolla los datos generales sobre actividad de la Corte Constitucional recogidos en el capítulo anterior.

En concreto, se considerará el número de casos resueltos, el tipo de legitimados activos, la jurisdicción en la se ocasionó el acto judicial acusado de violatorio, y la circunscripción territorial en la que se origina.

Asimismo, se indican los derechos sobre los cuales versa la fundamentación de las sentencias, y si tales presuntas violaciones fueron el producto de una acción u omisión por parte del juzgador

Antes de entrar al análisis de las sentencias conviene establecer la proporción de causas presentadas y admitidas. Para el período enero de 2013 a junio de 2014 (para el que se disponen datos exhaustivos) la sala de admisión recibió 4807 acciones, de las cuales admitió 832. Es decir un 17 por ciento, lo que revela un muy elevado porcentaje de causas indebidamente presentadas<sup>438</sup>.

Ya dentro de las causas admitidas, la primera Corte Constitucional ha conocido y resuelto 198 sentencias sobre acción extraordinaria de protección<sup>439</sup>, que responden a una multiplicidad de legitimados activos, que aducen vulneraciones a derechos constitucionales y/o debido proceso a partir de las decisiones dictadas por los jueces. De las sentencias examinadas, en 97 se acepta violación a los derechos constitucionales o al debido proceso; y en 78 se niega violación a los derechos constitucionales o al debido proceso.

---

<sup>438</sup> En concreto: 3031 causas en 2013, 551 admitidas, 1528 inadmitidas, 241 rechazadas y 711 sujetas a otras decisiones (petición de aclaración, etc.); para el primer semestre de 2014: 1776 causas, 281 admitidas, 897 inadmitidas, 183 rechazadas, 415 sujetas a otras decisiones.

<sup>439</sup> Cabe mencionar que no se analizaron 23 sentencias de acción extraordinaria de protección emitidas por la Primera Corte Constitucional, por cuanto, al momento de cierre de esta Tesis Doctoral (julio de 2014) no fue posible acceder a las mismas.

Es decir, se ha aceptado el 55 por ciento de las mismas y rechazado el 45 por ciento de las aceptadas a valoración de fondo, lo que significa que a pesar de que éstas hayan cumplido los requisitos de admisibilidad, en un poco menos de la mitad de los casos conocidos por la Corte no se configuran violaciones a los derechos constitucionales y/o al debido proceso constitucional.



*IV.3.2 Tipo de legitimado activo*

Como vimos anteriormente, uno de los postulados que asegura el carácter garantista de la Constitución ecuatoriana es la ampliación del acceso a la activación de las garantías jurisdiccionales, condición que permite que cualquier persona, grupos de personas, pueblo, nacionalidad o comunidad pueda constituirse como legitimado activo de una garantía constitucional.

Sin embargo, en el caso de la acción extraordinaria de protección al considerarse como una garantía de carácter excepcional que se activa únicamente cuando a través de sentencias o autos definitivos de justicia ordinaria o constitucional se hayan violado derechos constitucionales o debido proceso, los requisitos de admisibilidad son más rigurosos, pues este tipo de acción además de poseer una dimensión subjetiva que permite retrotraer los procesos hasta antes de que se haya configura la violación constitucional, también puede emitir reglas jurisprudenciales con diversos efectos, que direccionen el camino jurisdiccional del país hacia un proceso de constitucionalización de la justicia.

En este contexto, además de otros requisitos legales, en el caso del legitimado activo, se requiere que la persona o grupo de personas, que interpongan esta garantía, hayan sido parte del proceso jurisdiccional donde se configuró la presunta vulneración constitucional.

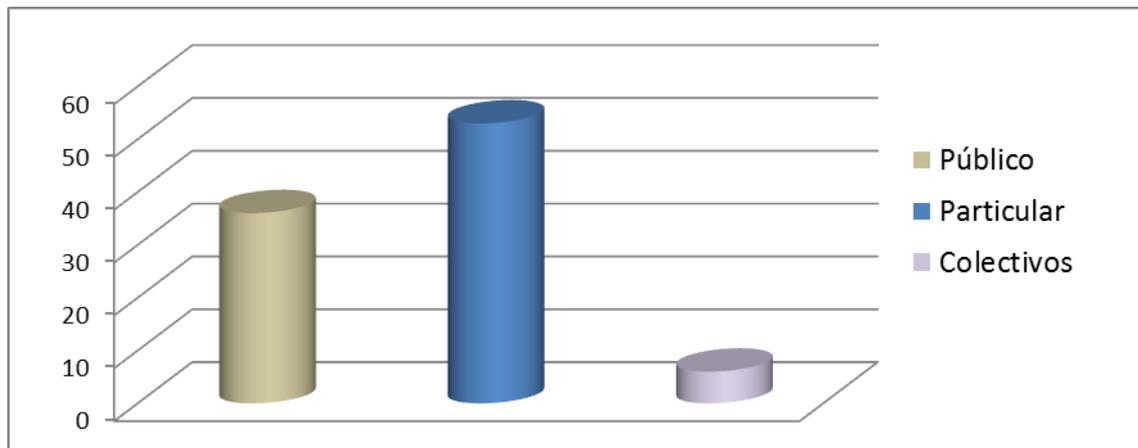
Ahora bien, la efectiva ampliación del acceso a la justicia constitucional se evidencia en la variedad de tipo de legitimados que han activado esta garantía ante la primera Corte Constitucional, circunstancia que involucra personas individuales, colectivos sociales o grupos de personas, instituciones públicas, e inclusive una articulación de estos tipos.

Sin embargo, el porcentaje de activación por las clases de legitimados no es homogéneo, más bien se observa que la mayoría de las acciones extraordinarias de protección, es decir, un 63 por ciento, ha sido presentado por personas individuales, un 28 por ciento ha sido iniciado por instituciones públicas, y únicamente el 10 por ciento corresponde a colectivos o grupos de personas, así como, el 2 por ciento ha sido interpuesto tanto por instituciones públicas en consenso con personas individuales como por entidades estatales en articulación con colectivos.

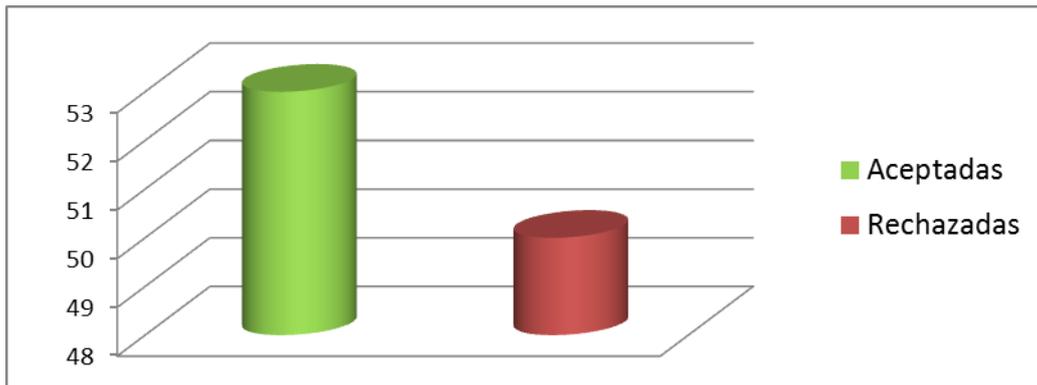
En concreto, 103 sentencias resultan de acciones iniciadas por personas individuales, 49 sentencias de entidades públicas, 20 sentencias de acciones de colectivos sociales o grupos de personas, y 3 sentencias por una articulación entre estos tipos de legitimados



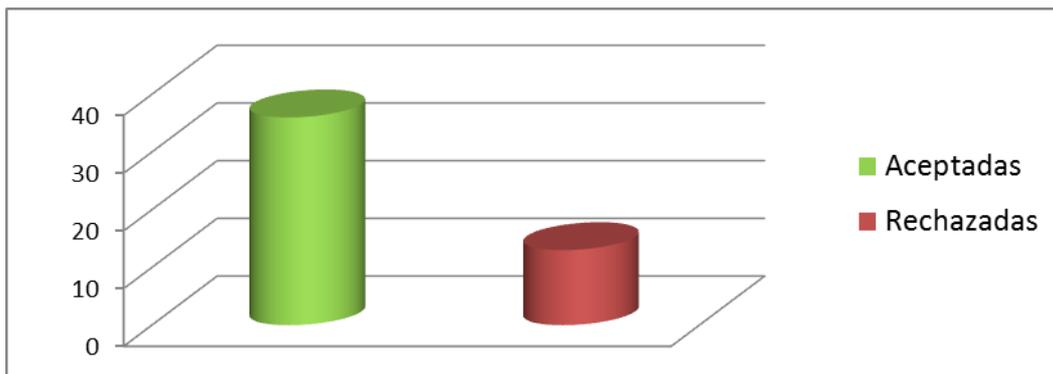
En relación con las sentencias emitidas por la Corte Constitucional que reconocen o niegan la vulneración de derechos constitucionales o/y debido proceso, se observa lo siguiente:



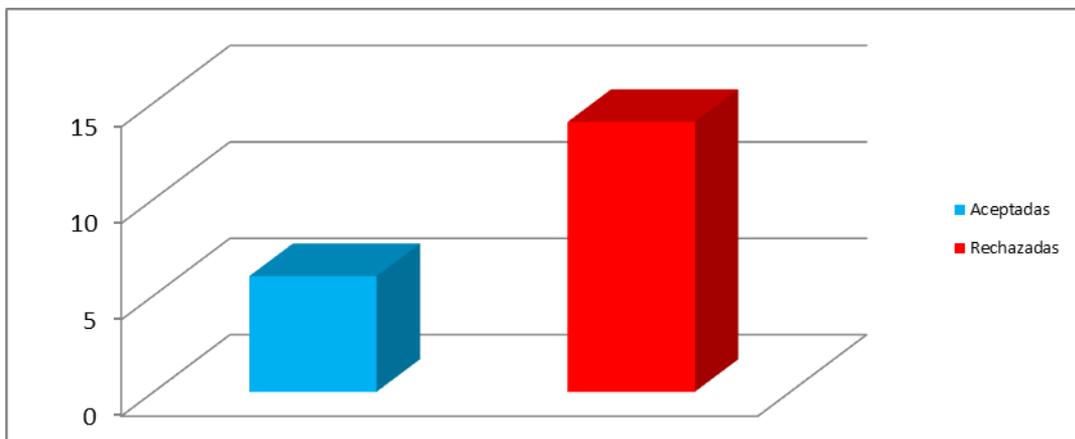
De los 103 casos iniciados por personas individuales, 53 sentencias (61,5%) reconocen vulneración al debido proceso y/o derechos constitucionales, y 50 sentencias (48%) han sido rechazadas.



En el caso de las 49 sentencias de acción extraordinaria de protección activadas por las instituciones públicas, en 36 de ellas (73,5%) se reconoció la violación a derechos constitucionales y/o debido proceso, y en 13 sentencias (26,5%) se negó la existencia de tal vulneración.



Frente a los casos de acción extraordinaria de protección conocidos por la Corte Constitucional, cuyos legitimados activos fueron colectivos sociales o grupos de personas, únicamente en 6 sentencias (30%) se acepta la transgresión al debido proceso y/o derechos constitucionales, y en 14 sentencias (70%) se rechaza tal existencia.



Finalmente, la Corte Constitucional ecuatoriana ha reconocido vulneración al debido proceso y/o derechos constitucionales en las tres sentencias, donde sus legitimados activos fueron entidades públicas articuladas a personas individuales, e instituciones estatales conjuntamente con grupos de personas.

*IV.3.3 Jurisdicción o tipo de procesos en los que se alega violación de derechos constitucionales*

Del análisis de las sentencias de acción extraordinaria de protección, se ha podido evidenciar que un considerable número de las acciones ha sido activado en contra de acciones de garantía jurisdiccional de los derechos (45%), muy por delante de las presentadas en procesos civiles que suman casi la mitad de las primeras (23%), seguidos por escasos 18 casos en materia penal (10%) y de otros procesos con carácter ya residual.

Más concretamente, las demandas presentadas contra acciones constitucionales se activan particularmente en contra de acciones de protección, lo cual evidencia que la tutela contra sentencias en el Ecuador se emplea con el objetivo primario de materializar los derechos del debido proceso, dentro del mismo marco del sistema de administración de justicia constitucional.

Algunos datos adicionales indican lo siguiente:

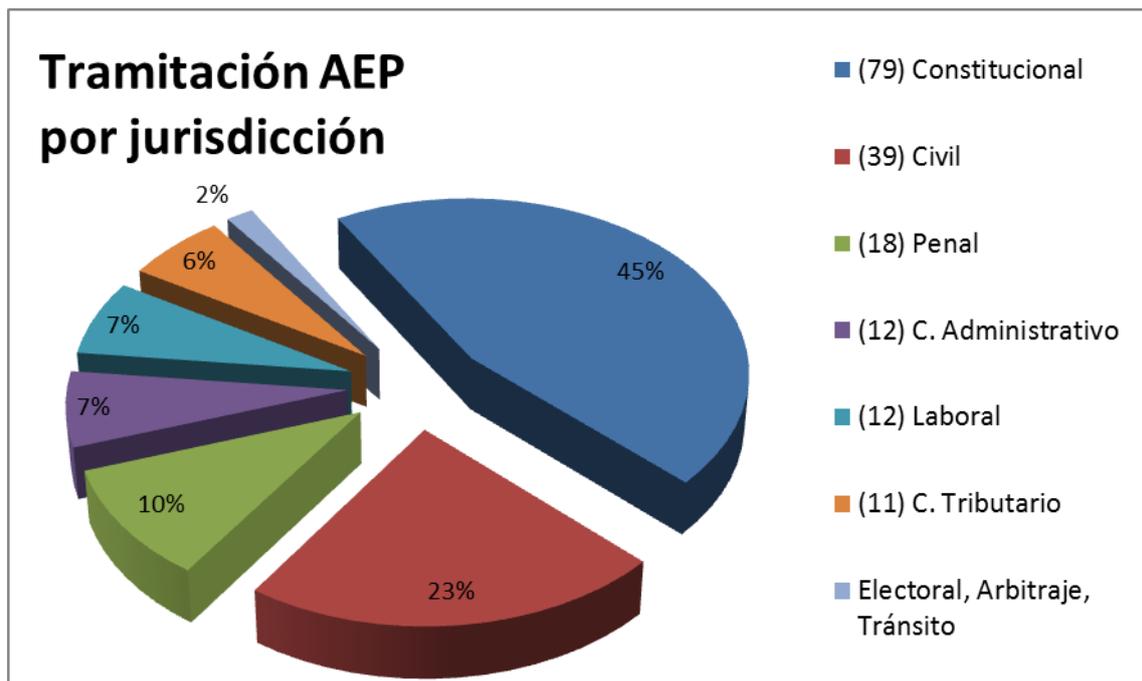
Cerca del 60% (46 acciones) contra procesos constitucionales, acepta la demanda declarando la vulneración a los derechos constitucionales relativos al debido proceso, lo cual parece sugerir una seria deficiencia en la administración de justicia constitucional en instancia, requiriendo por tal motivo que éstas sean corregidas con efectos generales.

En relación al legitimado activo, se puede determinar que de las 31 demandas propuestas por entidades estatales, el 80% (25 acciones) es aceptada, frente al 43% (21 acciones) de las presentadas por personas naturales o colectivos.

En la mayoría de los procesos en acciones constitucionales, aparecían involucrados derechos laborales.

En segundo lugar, se observa un porcentaje menor respecto de las acciones derivadas del fuero civil, 18 son aceptadas mientras que 21 son negadas. Es importante destacar que por la naturaleza de esta materia, solamente 6 han sido activadas por entidades públicas.

Finalmente, en lo que respecta a las acciones presentadas contra sentencias del fuero penal, 11 son aceptadas declarando la vulneración al debido proceso, frente a 7 que desechan la demanda al encontrar que no se ha producido vulneración de derechos.

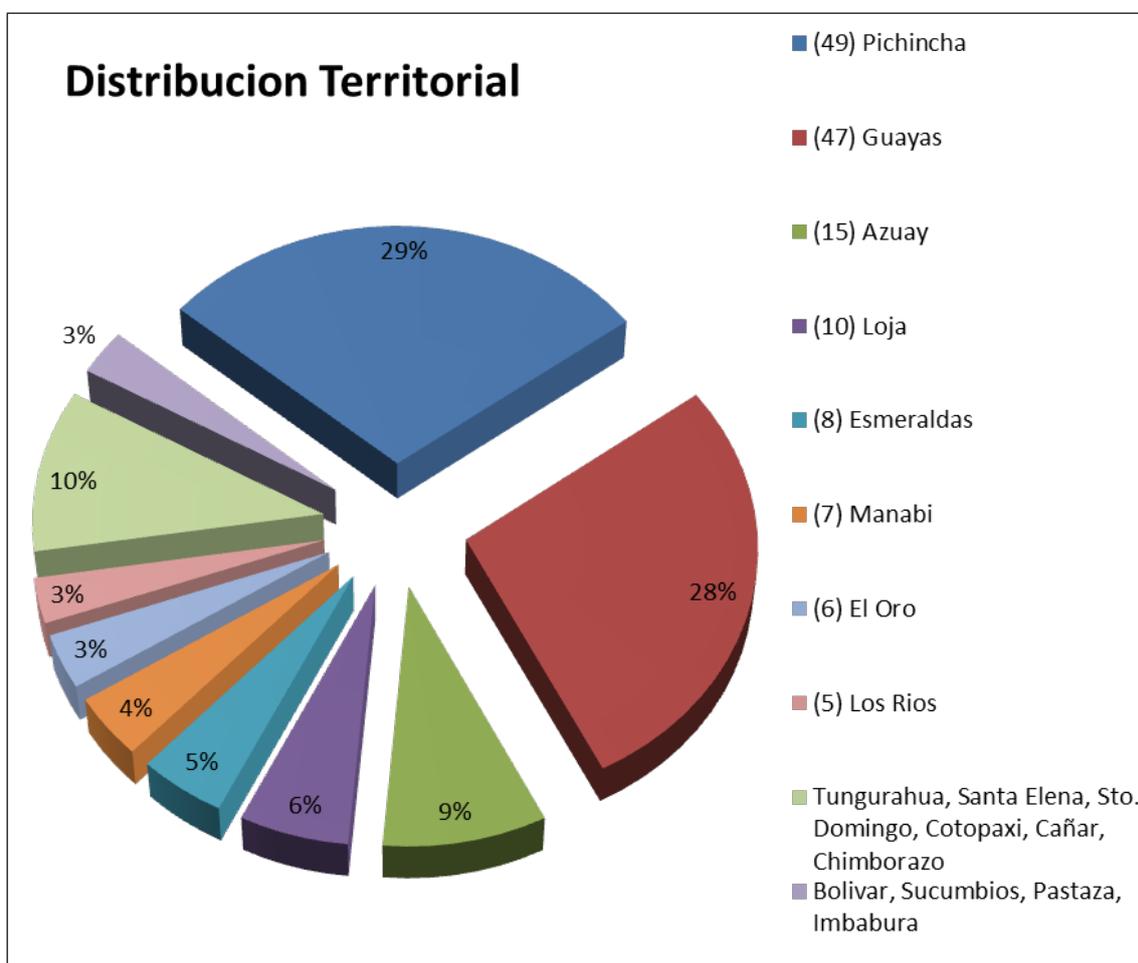


IV.3.4 Territorio

En razón del territorio, se ha buscado precisar el origen del conflicto para determinar las provincias que presentan con mayor frecuencia acción extraordinaria de protección. Por lo tanto, se exceptúan de este análisis los fallos de la Corte Nacional de Justicia, puesto que la medición sería desproporcionada en relación a la provincia de Pichincha.

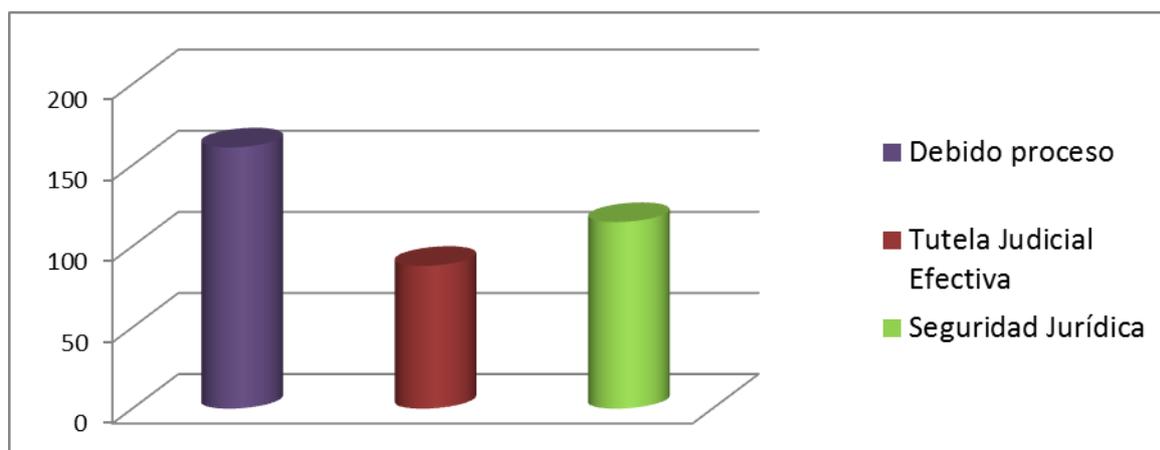
En tal virtud, el primer dato arrojado por el análisis es contundente. Más de la mitad de la administración de justicia constitucional se condensa en las provincias de Pichincha y Guayas con 49 y 47, seguidas por Azuay con 15. Ello puede deberse a la densidad demográfica que soportan estos territorios, además de contar con altos índices de conflictividad judicial.

Sin embargo, el análisis también refleja que la acción extraordinaria de protección ha cubierto casi la totalidad del territorio nacional en 18 de las 24 provincias.



*IV.3.5 Derechos constitucionales en que se fundamenta la activación de la acción extraordinaria de protección*

Según el análisis de las sentencias sobre acción extraordinaria de protección resueltas a partir del inicio de las funciones de la Primera Corte Constitucional del Ecuador, los legitimados activos alegan que los derechos presuntamente vulnerados en mayor medida son el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.



En el caso de la tutela judicial efectiva, en el 50,29 por ciento de las sentencias examinadas se recurre a la presunta violación de este derecho como base de la activación de esta garantía jurisdiccional.

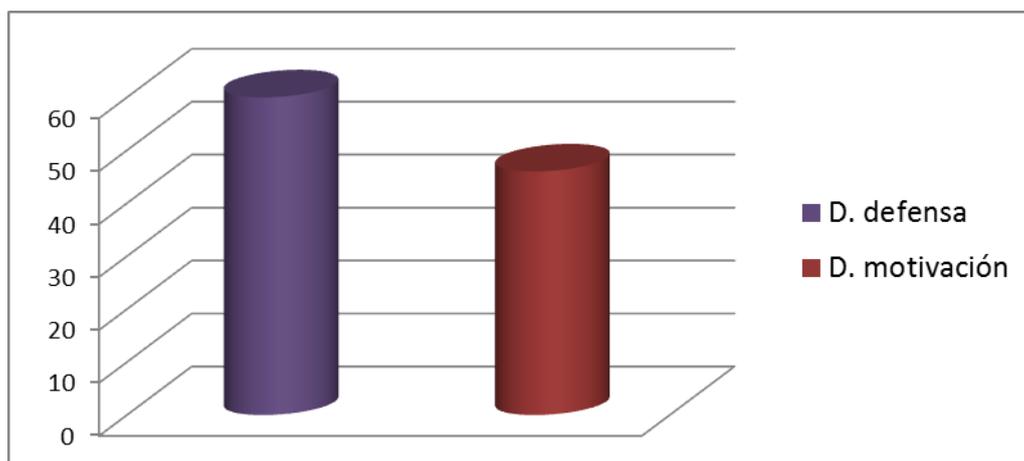
Frente al derecho a la seguridad jurídica, en el 65,71 por ciento de las sentencias se refleja su presunta violación.

Respecto al debido proceso, en 161 de las 175 sentencias analizadas, es decir, en un 92 por ciento de las sentencias, se aduce violación a este derecho-garantía constitucional<sup>440</sup>.

Si bien varias de las sentencias se refieren a este derecho-garantía de manera general, un numeroso grupo de sentencias determina la forma en que se violenta tal garantía destacándose el derecho a la defensa y a la motivación.

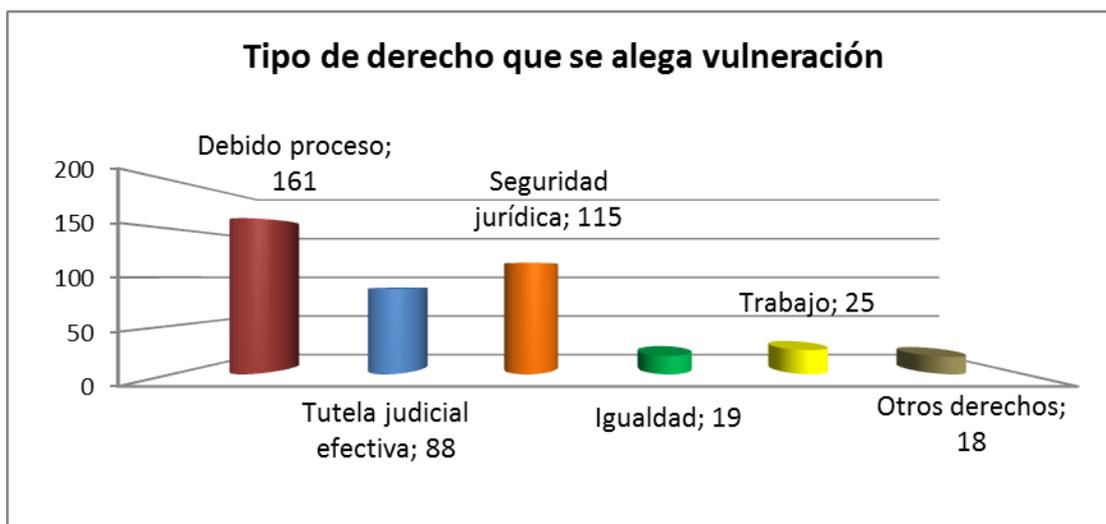
<sup>440</sup> Como es obvio, que los anteriores porcentajes superen el cien por cien se explica porque, en una misma acción, pueden invocarse diferentes derechos.

Respecto al derecho a la defensa, el 34,2 por ciento de las sentencias aduce a una vulneración directa a este derecho. Respecto a la motivación, en el 26,2 por ciento de los casos que han sido conocidos y resueltos por la primera Corte Constitucional se alega violación a una adecuada motivación judicial.



Por otro lado, además de estos derechos constitucionales y de la garantía del debido proceso, muchas de las acciones presentadas ante la Corte Constitucional se refieren a la presunta violación de varios derechos y principios constitucionales.

Respecto a estos derechos y principios constitucionales, destacan: el derecho al trabajo, que consta como uno de los derechos virtualmente vulnerados en 25 de las sentencias analizadas, es decir, en el 14,2 por ciento del total de las sentencias; la igualdad, señalado por los legitimados activos como uno de los principios violados en 19 de las sentencias estudiadas, en otras palabras, en el 10,9 por ciento del total de sentencias sobre acción extraordinaria de protección conocidas por la primera Corte Constitucional; y, finalmente, en 18 de las sentencias analizadas se aduce la violación de otro tipo de derechos, tales como, libre competencia, honra y buena reputación, territorio ancestral, vida, integridad, identidad, filiación, interés superior del niño y/o niña, jubilación, vivienda, vida digna, derechos de grupos de atención prioritaria, salud, propiedad privada, petición, libertad personal, así como, aducen la vulneración al principio por persona, y a los principios de interpretación de los derechos constitucionales tales como progresividad, prohibición de regresividad, entre otros.



Finalmente, la Corte Constitucional al implementar el examen de constitucionalidad del fondo del caso, ha optado por tres caminos en su análisis al reconocer violaciones a derechos constitucionales y/o debido proceso constitucional. En el primer caso, ha reconocido una vulneración parcial de los derechos alegados como transgredidos por el legitimado activo<sup>441</sup>.

En el segundo caso, ha aceptado en su totalidad los planteamientos señalados en la pretensión de la acción; y, en el tercer caso, no sólo ha reconocido la vulneración de uno o todos los derechos constitucionales y/o el debido proceso presuntamente quebrantado por el juez, a partir de la pretensión planteada por el legitimado activo, sino que ha rebasado tales aseveraciones para reconocer otras violaciones omitidas por el legitimado al momento de activar esta garantía jurisdiccional<sup>442</sup>.

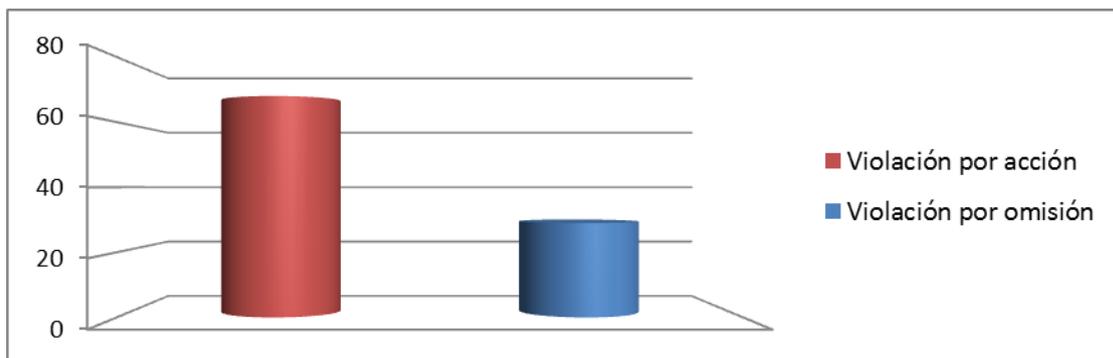
<sup>441</sup> Por ejemplo, en la Sentencia No. 003-14-SEP-CC, el legitimado activo argumenta una violación a los derechos de tutela judicial efectiva, debido proceso, derecho a la defensa, y seguridad jurídica; sin embargo, la Corte Constitucional reconoce únicamente la vulneración a la garantía del debido proceso en la omisión de una adecuada motivación.

<sup>442</sup> Cabe mencionar, la Sentencia No. 022-14-SEP-CC, mediante la cual la Corte Constitucional rebasa la presunta violación a la garantía del debido proceso en la falta de motivación, aducida por el legitimado activo, para señalar una transgresión al derecho a la tutela judicial efectiva, debido proceso, seguridad jurídica, el principio de interés superior del niño, e incluso, solicita al Consejo Nacional de la Judicatura se investigue a los jueces que han causado tales vulneraciones constitucionales.

*IV.3.6 Forma en que se vulneran derechos constitucionales*

Esta garantía jurisdiccional otorga al juez constitucional la posibilidad de determinar violaciones a los derechos constitucionales y/o el debido proceso, configuradas no únicamente a través de la acción arbitraria del juzgador, sino a partir de omisiones sustanciales que asegurarían la materialización de una justicia apegada al carácter garantista de la Constitución, y por cuyo no hacer se violentan varias disposiciones constitucionales.

En este sentido, de las sentencias sobre acción extraordinaria de protección emitida por la Primera Corte Constitucional se reconoce violación por acción en un 68 por ciento de las sentencias aceptadas, y por omisión en un 32 por ciento.



#### **IV.4 Cuadro resumen de las acciones extraordinarias de protección analizadas**

### Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	1	x			Penal	Pichincha	Debido proceso, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva	x		x		Literal, teleológica
2013	2			x	Constitucional	Pichincha	Igualdad, trabajo		x		x	Literal, teleológica
2013	4		x		Penal	Guayas	Defensa y motivación		x	x		Literal, teleológica
2013	5	x			Civil	Sto. Domingo	Libre competencia, seguridad jurídica	x		x		Literal, teleológica
2013	6		x		C Administrativo	Pichincha	Motivación y recurrir		x		x	Literal, teleológica
2013	8		x		Penal	Pichincha	Tutela judicial efectiva, motivación	x		x		Literal, teleológica
2013	9		x		Constitucional	Guayas	Trabajo, motivación		x		x	Literal, teleológica

## Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2013	10		x		Civil	Pichincha	Seguridad jurídica, derecho a la defensa, <i>non bis in ídem</i> , motivación	x		x	Literal, teleológica
2013	11		x		Civil	Tungurahua	Defensa y motivación	x		x	Literal, teleológica
2013	12	x			Constitucional	Guayas	Defensa y motivación	x	x		Literal, teleológica
2013	13			x	Constitucional	Pichincha	Tutela judicial efectiva, motivación	x		x	Literal, teleológica
2013	14		x		Constitucional	Azuay	Tutela judicial efectiva, motivación		x	x	Literal, teleológica
2013	15		x		C Tributario	Guayas	Tutela judicial efectiva, motivación		x	x	Literal, teleológica
2013	16			x	Constitucional	Loja	Trabajo, defensa, seguridad	x		x	Histórica, sistemática, literal

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
											jurídica, motivación	
2013	17			x	Civil	Sta. Elena	Debido proceso		x		x	Literal, teleológica
2013	18											Literal, teleológica
2013	19	x			Constitucional	Esmeraldas	<i>Non bis in ídem, motivación, defensa</i>	x		x		Literal, teleológica
2013	20											Literal, teleológica
2013	21											Literal, teleológica
2013	22		x		Constitucional	El Oro	Debido proceso	x			x	Literal, teleológica
2013	23			x	Constitucional	Pichincha	Tutela judicial efectiva, debido proceso, seguridad jurídica	x			x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2013	24		x		Civil	Pichincha		x	x		Literal, teleológica
2013	25		x		Constitucional	Cotopaxi	x			x	Literal, teleológica
2013	26	x			Constitucional	Guayas	x		x		Literal, teleológica
2013	27		x		Civil	Guayas	x		x		Literal, teleológica
2013	28	x			Constitucional	Manabí	x		x		Literal, teleológica
2013	29		x		Constitucional	Manabí		x		x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	30	x			Constitucional	Esmeraldas	Debido proceso, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva	x		x		Literal
2013	31	x	x		Tributario	Azuay	Juez imparcial y motivación	x		x		Sistemática, literal
2013	32		x		Civil	Guayas	Defensa, debido proceso	x			x	Literal, teleológica
2013	33		x		Constitucional	Sto. Domingo	Trabajo, seguridad jurídica	x		x		Literal, teleológica
2013	34	x			Laboral	Carchi	Motivación, seguridad jurídica	x			x	Literal, teleológica
2013	35		x		Constitucional	Azuay	Seguridad jurídica, debido proceso	x			x	Literal, teleológica
2013	36											Literal, teleológica
2013	37	x			Penal	Guayas	Seguridad jurídica, defensa, debido proceso	x		x		Histórica, literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	38	x			Penal	Guayas	Seguridad jurídica, defensa, protección de las víctimas de infracciones penales	x		x		Literal, teleológica
2013	39		x		Alimentos	Pastaza	Defensa		x	x		Literal, teleológica
2013	40		x		Constitucional	Guayas	Tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, trabajo	x			x	Literal, teleológica
2013	41			x	Constitucional	Guayas	Tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, trabajo	x			x	Teleológica, literal
2013	42		x		Civil	Chimborazo	Tutela efectiva, debido proceso, defensa	x			x	Teleológica, literal

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2013	43	x			Constitucional	Azuay	Seguridad jurídica, motivación	x		x	Sistemática, literal, teleológica
2013	44		x		Constitucional	Pichincha	Debido proceso, trabajo		x	x	Literal, teleológica
2013	45		x		Constitucional	Guayas	Debido proceso, defensa	x		x	Literal, teleológica
2013	46		x		Civil	Loja	Defensa, seguridad jurídica		x		Literal, teleológica
2013	47		x		Civil	Tungurahua	Debido proceso, tutela efectiva		x		Literal, teleológica
2013	48		x		Penal		Tutela efectiva, seguridad jurídica, debido proceso	x		x	Literal, teleológica
2013	49		x		Civil	Pichincha	Tutela efectiva, defensa, seguridad jurídica	x		x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación		
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	50	x			C Administrativo	Pichincha	Tutela efectiva, defensa, seguridad jurídica	x		x	Literal, teleológica	
2013	51	x			Constitucional	Manabí	Tutela efectiva, defensa, seguridad jurídica	x		x	Literal, histórica, teleológica	
2013	52		x		Constitucional	Esmeraldas	Tutela efectiva, honra y buena reputación, trabajo, igualdad, debido proceso	x		x	Literal, integral, teleológica	
2013	53		x		Constitucional	Guayas	Debido proceso, defensa, tutela efectiva, motivación	x			x	Sistemática, teleológica, literal
2013	54		x		Constitucional	Loja	Debido proceso, Defensa, seguridad jurídica, trabajo	x			x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	55		x		Laboral	Pichincha	Tutela efectiva, defensa, debido proceso, igualdad	x		x		Literal, teleológica
2013	56	x			Constitucional	Esmeraldas	Tutela efectiva, defensa, debido proceso, seguridad jurídica	x		x		Literal, teleológica
2013	57		x		Penal	Guayas	Tutela efectiva, defensa, debido proceso	x		x		Literal, teleológica
2013	58		x		Laboral	El Oro	Debido proceso, trabajo	x			x	Sistemática, teleológica, literal
2013	59	x			Constitucional	El Oro	Debido proceso, motivación	x		x		Literal, teleológica
2013	60		x		Constitucional	Pichincha	Motivación, seguridad jurídica	x			x	Literal, teleológica
2013	61	x			Constitucional	Cañar	Seguridad jurídica, debido proceso,	x		x		Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2013	62	x			Constitucional	Loja	Motivación, debido proceso	x		x	Literal, teleológica
2013	63			x	Constitucional		Seguridad jurídica, debido proceso, trabajo, igualdad	x		x	Literal, teleológica
2013	64		x		Civil	Sto. Domingo	Debido proceso, seguridad jurídica	x		x	Literal, teleológica
2013	65	x			Constitucional	Guayas	Tutela efectiva, seguridad jurídica, debido proceso	x	x		Literal, teleológica
2013	66		x		C Electoral	Manabí	Debido proceso, defensa	x		x	Literal, histórica, teleológica
2013	67	x			C Administrativo	Pichincha	Defensa, debido proceso, seguridad jurídica, tutela efectiva	x		x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación		
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	68	x			C Administrativo	Pichincha	Tutela efectiva, seguridad jurídica, debido proceso	x			x	Literal, teleológica
2013	69		x		Constitucional	Pichincha	Debido proceso, tutela efectiva		x	x		Literal, teleológica
2013	70		x		C Tributario	Azuay	Debido proceso, igualdad, tutela efectiva	x		x		Literal, teleológica
2013	71		x		Constitucional	Azuay	Recurrir fallo, seguridad jurídica	x		x		Literal, teleológica
2013	72											
2013	73	x		x	Constitucional	Sta. Elena	Territorio ancestral, vida, integridad, acceso a la justicia, tutela efectiva, seguridad jurídica, debido proceso	x		x		Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	74		x		Civil	Los Ríos	Identidad, filiación, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, interés superior del niño	x		x		Literal, teleológica
2013	75	x			Constitucional	Guayas	Defensa, debido proceso, seguridad jurídica	x		x		Literal, teleológica
2013	76											
2013	77	x			Constitucional	Pichincha	Debido proceso, autonomía del IESS	x		x		Literal, teleológica
2013	78		x		Tributario	Pichincha	Acceso a la justicia, seguridad jurídica, tutela efectiva,	x			x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación		
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	79	x			Penal	Guayas	Defensa, protección de víctimas de infracciones penales, seguridad jurídica	x		x	Literal, sistemática, teleológica	
2013	80		x		Constitucional	Guayas	Debido proceso, tutela efectiva, seguridad jurídica, trabajo	x		x		
2013	81											
2013	82											
2013	83		x		Constitucional	Los Ríos	Jubilación, seguridad jurídica	x			x	Literal, teleológica
2013	84		x		Laboral	Pichincha	Seguridad jurídica, debido proceso, defensa, trabajo, igualdad	x			x	Literal, teleológica

## Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	85	x			Constitucional	Sucumbíos	Tutela efectiva, debido proceso	x		x		Literal, teleológica
2013	86		x		Civil	Guayas	Debido proceso, defensa		x	x		Literal, teleológica
2013	87	x			Civil	Guayas	Debido proceso	x			x	Literal, teleológica
2013	88		x		C Administrativo	Pichincha	Trabajo		x	x		Literal, teleológica
2013	89		x		Penal	Guayas	Debido proceso, seguridad jurídica	x			x	Literal, teleológica
2013	90		x		Laboral	Cotopaxi	Tutela efectiva, debido proceso		x	x		Literal, teleológica
2013	91		x		Civil	Pichincha	Tutela efectiva, debido proceso	x		x		Literal, teleológica
2013	92			x	Constitucional	Manabí	Debido proceso	x		x		Literal, teleológica
2013	93	x			Constitucional	Cañar	Seguridad Jurídica, debido proceso, tutela efectiva	x		x		Literal, teleológica
2013	94											

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2013	95	x			Constitucional	Esmeraldas		x	x		Literal, teleológica
2013	96	x			Constitucional	Azuay	x		x		Literal, teleológica
2013	97	x			Civil	Guayas		x		x	Literal, teleológica
2013	98		x		Constitucional	Pichincha	x		x		Literal, teleológica
2013	99			x	Civil	Imbabura		x	x		Literal, teleológica
2013	100			x	Penal	Pichincha		x		x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
						igualdad					
2013	101		x		C Tributario	Pichincha	Tutela efectiva, debido proceso, seguridad jurídica, motivación, violación a trámite	x		x	Literal, teleológica
2013	102		x		Constitucional	Azuay	Debido proceso, tutela efectiva, seguridad jurídica		x	x	Literal, teleológica, integral
2013	103	x			Constitucional	Esmeraldas	Debido proceso, tutela efectiva	x		x	Literal, teleológica
2013	104			x	Civil	Pichincha	Debido proceso	x		x	Literal, teleológica
2013	105	x			Constitucional	Cañar	Seguridad jurídica, debido proceso	x		x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2013	106		x		Civil	Pichincha		x		x	Literal, teleológica
2013	107		x		Civil	Guayas	x		x		Literal, teleológica
2013	108		x		Constitucional	Pichincha		x		x	Literal, teleológica
2013	109		x		Laboral	Pichincha	x			x	Literal, teleológica
2013	110		x		Constitucional	Santa Elena		x	x		Literal, teleológica
2013	111	x			C Administrativo	Pichincha		x	x		Literal, teleológica
2013	112		x		Civil	Pichincha		x		x	Teleológica, Literal
2013	113		x		Civil	Pichincha	x		x		Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación		
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2013	114		x		C Tributario	Pichincha	Tutela efectiva, debido proceso, seguridad jurídica	x		x	R antinomia	
2013	115	x			C Administrativo	Pichincha	Debido proceso, seguridad jurídica	x		x	Literal, teleológica, integral	
2013	116			x	Constitucional	Pichincha	Tutela efectiva, seguridad jurídica, debido proceso	x		x	Literal, teleológica	
2013	117			x	Constitucional	Loja	Grupo de atención prioritaria, igualdad, debido proceso, tutela efectiva	x			x	Sistemática, Literal, teleológica
2013	118	x			Constitucional	Guayas	Debido proceso		x	x		Literal
2013	119	x			Constitucional	Guayas	Seguridad jurídica, debido proceso	x		x		Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2013	120		x		Constitucional	Guayas	Trabajo, debido proceso	x		x	Literal, integral, teleológica
2013	121		x		Penal	Pichincha	Defensa, debido proceso, libertad, tutela efectiva, justicia		x	x	Literal, teleológica
2013	122		x		C Administrativo	Guayas	Defensa, debido proceso	x		x	Literal, teleológica
2013	123		x		Arbitraje	Guayas	Motivación, debido proceso	x	x		Sistemática, literal
2013	124	x			Constitucional	Guayas	Defensa, motivación		x	x	Literal, teleológica
2013	125		x		Penal	Pichincha	Seguridad jurídica, tutela efectiva, debido proceso, motivación	x		x	Literal, teleológica
2013	126		x		Civil	Los Ríos	Debido proceso, motivación		x	x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2013	127	x			Constitucional	Guayas	Tutela efectiva, defensa, igualdad entre las partes	x		x	Literal, teleológica
2013	128			x	Penal	Pichincha	Defensa, debido proceso,		x	x	Literal, teleológica
2013	129		x		Constitucional	Los Ríos	Debido proceso, tutela efectiva, seguridad jurídica	x		x	Literal, teleológica
2013	130		x		Constitucional	Los Ríos	Debido proceso, tutela efectiva, seguridad jurídica	x		x	Literal, teleológica
2013	131	x			C Tributario	Pichincha	Debido proceso, seguridad jurídica, igualdad, tutela efectiva	x		x	Literal, teleológica
2014	1		X		Tránsito	Imbabura	Debido proceso, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva,		x	x	

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
											defensa
2014	2		x		Administrativo	Loja y Zamora Chinchipe	Debido proceso respecto a la garantía probatoria, tutela judicial efectiva	x		x	Literal, teleológica
2014	3		x		Civil	Azuay	Tutela Judicial Efectiva, Debido proceso, defensa, seguridad jurídica	x		x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2014	5		x		Administrativo	Guayas		x		x	Literal, teleológica
2014	6		x		Constitucional	Chimborazo		x		x	Literal, teleológica
2014	8		x		Civil	Pichincha	x		x		Literal, teleológica
2014	9	x			Constitucional	Guayas		x	x		Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2014	10		x		Constitucional	Pichincha	Igualdad y no discriminación, proporcionalidad, debido proceso - motivación, seguridad jurídica, principio <i>pro homine</i> , derecho al trabajo		x	x		Literal, teleológica
2014	11		x		Constitucional	Guayas	Debido proceso- defensa, seguridad jurídica	x			x	Literal, teleológica y dinámica
2014	12		x		Civil	Tungurahua	Debido proceso, <i>non bis in ídem</i> , principios de interpretación de los derechos	x			x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2014	13			x	Constitucional	Imbabura	Reserva de ley, tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa, derecho al trabajo, <i>in dubio pro laboratore</i> , intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos, progresividad de derechos, prohibición de regresividad, <i>pro persona</i> , protección especial jubilados	x			x	Literal
2014	14		x		Civil	Pichincha	Debido proceso, defensa, seguridad jurídica		x		x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2014	16		x		Penal	Guayas		x		x	Literal, teleológica
2014	16		x		Tributario	Pichincha	x		x		Literal, teleológica
2014	18		x		Tributario	Azuay		x	x		Literal, teleológica
2014	19	x		x	Civil	Azuay	x		x		Literal, teleológica
2014	20		x		Constitucional	Loja	x			x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2014	21	x			Constitucional	Bolívar		x		x	Literal, teleológica
											Tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, debido proceso en motivación
2014	22		x		Civil	Chimborazo	x		x		Literal, teleológica
											Debido proceso en motivación
2014	23	x			Civil	Esmeraldas		x		x	Literal, teleológica
											Tutela judicial efectiva, debido proceso en motivación, defensa,
2014	24		x		Constitucional	Manabí	x			x	Literal, teleológica
											Tutela judicial efectiva, debido proceso en motivación, y seguridad jurídica, trabajo, salud, interés superior del niño

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza
			Individual	Colectivo						
2014	25	x			Constitucional	Guayas		x	x	Literal, teleológica
2014	26		x		Laboral	Cotopaxi		x	x	Literal, y sistemática
2014	27			x	Civil	Loja	x		x	Literal, teleológica
2014	28			x	Civil	Pichincha	x		x	Literal, teleológica
2014	29		x		Constitucional	Pichincha	x		x	Literal, evolutiva y teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
2014	30		x		Laboral	Guayas	Seguridad jurídica, trabajo		x	x		Literal, teleológica
2014	31	x			Administrativo	Pichincha	Tutela judicial efectiva, debido proceso, seguridad jurídica	x		x		Literal, teleológica
2014	32		x		Penal	Pichincha	Libertad, defensa, debido proceso, honor y buen nombre		x		x	Literal, teleológica
2014	33	x			Laboral	Loja	Seguridad jurídica, defensa, motivación		x		x	Literal, teleológica
2014	34		x		Civil	Esmeraldas	Debido proceso, <i>non bis in ídem</i>		x		x	Literal, teleológica
2014	35		x		Tributario	Pichincha	Salud, igualdad y no discriminación, debido proceso en motivación, seguridad		x		x	Literal, teleológica



**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2014	41		x		Civil	Guayas		x	x	Literal, teleológica	
2014	42		x		Constitucional	Pichincha		x	x	Literal, teleológica	
2014	43		x		Civil	Azuay				x	Literal, teleológica
2014	44										
2014	45			x	Constitucional	Azuay		x		x	Literal, teleológica
2014	48		x		Constitucional	Azuay		x	x		Literal, teleológica
2014	49	x			Constitucional	Guayas		x	x		Literal, teleológica

### Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo	Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza	
			Individual	Colectivo							
2014	50		x		Constitucional	Guayas	Seguridad jurídica	x		x	Literal, teleológica
2014	51	x			C Administrativo	Loja	Debido proceso, motivación,	x	x		Literal, teleológica
2014	52		x		Defensa Consumidor	Pichincha	Seguridad jurídica, debido proceso,		x		Literal, teleológica, integral
2014	53			x	Laboral	Azuay	Defensa, debido proceso		x	x	Literal, teleológica
2014	55		x		Penal	Pichincha	Debido proceso	x		x	Literal, teleológica
2014	56										
2014	57		x		Civil	El Oro	Debido proceso, seguridad jurídica		x	x	Literal, teleológica
2014	58		x		Tributario	Guayas	Defensa, acceso a la justicia, igualdad	x		x	Literal, teleológica
2014	59	x			Constitucional	Guayas	Debido proceso, seguridad jurídica, petición, acceso		x	x	Literal, teleológica

**Sentencias en acción extraordinaria de protección de la Primera Corte Constitucional**

Sentencia		Legitimado Activo		Legitimado pasivo		Derecho	Detonante		Decisión		Métodos de interpretación	
Año	No.	Público	Particular		Materia	Territorio	Acción	Omisión	Acepta	Rechaza		
			Individual	Colectivo								
											a la justicia, igualdad	
2014	61		x		Civil	El Oro	Debido proceso, motivación		x		x	Literal, teleológica
2014	62		x		Laboral	Guayas	Tutela efectiva, debido proceso, motivación, trabajo	x				Literal, teleológica
2014	63		x		Constitucional	Guayas	Trabajo, tutela efectiva, debido proceso, seguridad jurídica		x	x		Literal, teleológica
2014	64		x		Constitucional	Guayas	Debido proceso, defensa		x	x		Literal, teleológica
2014	67		x		Penal	Guayas	Debido proceso, seguridad jurídica	x		x	x	Literal, integral, teleológica

#### **IV.5 Propuesta de reforma (síntesis)**

En forma sintética se recogen a continuación algunas de las consideraciones sobre posibles lagunas o antinomias existentes en la regulación constitucional, legal y reglamentaria. Como se vio en su lugar, estas dificultades han venido siendo enfrentadas por la jurisprudencia otorgándoles diferentes soluciones. No se trata ahora de recordar éstas, sino de señalar los puntos en los que sería deseable una intervención operativa por parte de los órganos legitimados en cada caso.

Igualmente, se incluyen algunos aspectos que, aunque no constituyen propiamente lagunas o antinomias (y no forman parte, por tanto, del análisis dogmático propiamente dicho, sino de la política del derecho), se juzgan convenientes para un funcionamiento más ajustado (legítimo y eficaz) de la institución.

En la propia constitución, más allá de que se juzgue necesario introducir una regulación más detallada (sobra admisión, efectos, etc.), lo que, en realidad, es una decisión de oportunidad que compete al constituyente o al poder de reforma, lo que sí sería recomendable es una regulación más coherente entre los artículos 94 y 437, en especial, haciendo coincidir la enumeración de los actos contra los que procede y aclarando de forma inequívoca, si se trata de una acción contra resoluciones que violan derechos o contra procesos que violan derechos (sea o no en la resolución final). Igualmente, el lenguaje debería reformularse para evitar la referencia a los recursos (toda vez que no se trata de uno). Por último, convendría aclarar la aplicación de algunas de las normas generales de las garantías con esta concreta acción, toda vez que parecen existir dificultades para aplicarlas pura y simplemente en este caso.

En lo que se refiere a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resultaría conveniente, en primer lugar, aclarar la relación entre las normas generales y la específica regulación de la acción extraordinaria de protección, mientras que en unos casos se señala cuál es ésta relación (en el artículo 9, por ejemplo), en otros queda a la labor del intérprete. Hay que tener presente que algunas de estas normas generales (sobre desformalización de la demanda) reproducen normas generales de la Constitución sobre acciones jurisdiccionales de garantía de los derechos

Un segundo elemento que parece necesitado de adecuación regulatoria es el de las medidas cautelares, que aparecen excluidas sin mayor calificación. Especialmente, en relación con la diferencia entre sentencia ejecutoriada y sentencia ejecutada.

Un tercer elemento necesitado de aclaración es la delimitación más precisa de los sujetos activos de la acción y el alcance de la expresión “que se restablezca la situación anterior a la violación”.

Un cuarto elemento es la relativamente confusa regulación de los artículos 61 y 62 sobre requisitos de la demanda, en la que éstos aparecen relativamente desordenados, repetidos y sin aclararse por completo las consecuencias de su presencia o ausencia, ni las posibilidades de subsanación de parte o de oficio.

Un quinto elemento tiene que ver con la exclusión de las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral, cuya delimitación material y formal resulta insuficiente.

Un sexto elemento tiene que ver con las exigencias de gravedad y relevancia trascendencia nacional, tanto por su delimitación como por sus consecuencias.

Un séptimo elemento se refiere al artículo 62, inciso tercero del numeral 8 que debería dejar establecido que la presentación de la acción no suspende los efectos de la providencia accionada y expresar de forma inequívoca que el juez executor 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.

En relación con la jurisdicción indígena hay que recordar la relativa contradicción en la delimitación de los sujetos activos en diferentes puntos de la ley y la relativa confusión entre ámbito, procedimiento y principios.

Además, el numeral 12 del artículo 66 establece como posibilidad la modulación de los derechos garantizados con los de la comunidad, lo que, en realidad, constituye una obligación constitucional.

En el Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, podemos recordar la incorrecta ubicación sistemática del artículo 45 y que los numerales 5

y 6 del artículo 44 mezclan requisitos de identificación de la resolución impugnada con asuntos de debido proceso.

En materia jurisprudencial<sup>443</sup>, quizá lo más urgente sería que la Corte desarrolle reglas claras sobre cómo debe entenderse el principio de subsidiaridad, para evitar que se consolide la tendencia actual a la ordinarización del derecho constitucional, particularmente en materia laboral y contencioso administrativa. Además, es necesario que la Corte establezca reglas y modelos de argumentación constitucional que permitan a los jueces ordinarios y a los operadores jurídicos distinguir entre asuntos de relevancia constitucional y de mera legalidad.

Por otro lado, parece evidente que la solución a los problemas de esta acción y de las garantías jurisdiccionales en general requiere, fundamentalmente, un cambio en la cultura jurídica ecuatoriana, lo que involucra la transformación correlativa de los estudios jurídicos. En este sentido, además de las facultades de jurisprudencia, el Consejo de la Judicatura está llamado a desarrollar un papel fundamental en la formación de los jueces existentes.

Además, la revalorización de la jurisprudencia como auténtica fuente del derecho requiere de su sistematización, tarea que ha comenzado la Relatoría de la Corte Constitucional con la publicación del Repertorio Constitucional destinado (junto con la Gaceta Constitucional y el Registro Oficial) a dar publicidad a las decisiones de la Corte Constitucional.

Por último, debería plantearse la conveniencia de crear jueces y tribunales especializados en materia constitucional que complementen y ayuden a los jueces ordinarios en la administración de las garantías jurisdiccionales. La norma constitucional indica que todos los jueces ordinarios son jueces constitucionales, pero ello no impide que existan jueces especializados. Estos jueces podrían encargarse de los temas técnicamente más complejos, descargando a la jurisdicción ordinaria y contribuyendo a permear los contenidos constitucionales y las interpretaciones de la Corte Constitucional.

---

<sup>443</sup> Para algunas de estas consideraciones, véase PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 38-41.

**CONCLUSIONES**

**Primera:** El modelo clásico de justicia constitucional se asienta sobre una condiciones materiales concretas, asociadas al ascenso de las clases burguesas que culmina en las revoluciones liberal-burguesas, y que se traducen en un determinado modelo de constitucionalismo y de sistema jurídico, marcado, entre otras cosas, por las ideas de constitucionalismo monoclasa y legicentrismo.

**Segunda.** Tanto el origen histórico de los sistemas de justicia constitucional en Estados Unidos y en Europa, como el debate sobre la idea de rigidez que arranca con la obra de Lord Bryce están fuertemente marcados por consideraciones históricas en las que predomina una visión adversa a la extensión del procedimiento democrático y un refugio en argumentos técnicos para justificar medidas de protección de las minorías dirigentes ante la progresiva extensión del sufragio universal.

**Tercera.** El desarrollo histórico de la objeción contramayoritaria en los Estados Unidos refleja una compleja historia de intereses y alianzas cambiantes que no es fácil categorizar en términos elementales de progresismo o conservadurismo. Tanto estos hechos, como la elaboración teórica sobre los mismos, demuestran que esta objeción se inserta en una muy precisa concepción de la democracia en la que la idea de mayoría es más un concepto jurídico-constitucional que una realidad sociológica.

**Cuarta.** La propuesta kelseniana de la jurisdicción constitucional como legislador negativo se basa en unos presupuestos (en un tipo de constitución) que ha dejado de existir prácticamente en todo el mundo, por lo que la pretensión de su mantenimiento choca irremediabilmente con la realidad. Esta realidad, en virtud del nuevo papel de los derechos y valores, coloca a las jurisdicciones constitucionales en una compleja tensión entre legitimación y eficacia, en la medida en que pueden convertirse ya en una última instancia de toda decisión judicial, ya en un sistema paralelo y de acceso privilegiado, ya en un sistema altamente selectivo sin incidencia práctica sobre la realidad

**Quinta.** Aunque existen diferentes terminologías para referirse al reciente constitucionalismo latinoamericano al que pertenece la constitución ecuatoriana, parece preferible la de constitucionalismo latinoamericano democrático por acotar más precisamente tanto a qué textos se refiere, como por poner de relieve una de sus características esenciales.

**Sexta.** Existen ciertas coincidencias materiales que explican el desarrollo relativamente paralelo de los procesos constituyentes en la región y las semejanzas en las soluciones constitucionales adoptadas. Esta identidad en la situación puede analizarse a partir de las ideas de fractura económica, fractura política y fractura social conducentes a un período destituyente de expulsión de los integrantes del anterior bloque de poder y preconstituyente de agregación de nuevas mayorías en victorias electorales.

**Séptima.** El nuevo constitucionalismo latinoamericano democrático comparte diez rasgos principales: la extensión y detalle de sus textos, la pretensión de máxima inclusión social en términos de reconocimiento pluricultural, una apuesta por la democracia participativa, una nueva comprensión de la relación con la naturaleza, un renovado concepto de soberanía, una explícita voluntad integradora regional, la adopción de un enfoque de género, la revitalización del poder judicial, una nueva arquitectura de frenos y contrapesos con diversos poderes y funciones y una nueva configuración de los derechos fundamentales. Esta descripción admite una triple caracterización: como constitucionalismo liberal de tercera generación, como constitucionalismo social de segunda generación o como constitucionalismo de transición. El conjunto de innovaciones constatadas parece abonar la tercera de las interpretaciones citadas.

**Octava.** Los derechos han sido recogidos en el constitucionalismo latinoamericano democrático con rasgos radicalmente novedosos, unos procedentes del derecho internacional de los derechos humanos, otros de elaboración local. Entre ellos, hay que destacar la renovación del catálogo de los derechos y su nueva estructuración, la cuestión de las normas de aplicación, la aparición de criterios interpretativos multiculturales, la ampliación de los sistemas de garantía, la ampliación de los sujetos de los derechos, la incorporación de la eficacia horizontal, la reelaboración de la idea de igualdad o la instauración de métodos participativos para las políticas de los derechos. Por su parte, la estructura de poderes presenta como principales novedades la existencia de una complejidad inédita en los diferentes niveles de gobierno, la modificación de las legitimidades democráticas de dichos poderes, la presencia del fenómeno participativo y la compleja disputa política surgida en términos territoriales.

**Novena.** La justicia constitucional debe actuar en el nuevo constitucionalismo latinoamericano en un orden constitucional que supera tanto el marco monoclasa del

constitucionalismo liberal, como el marco biclase del constitucionalismo social, al tiempo que se instala en un contexto de pluralismo jurídico. Ello supone que tanto la cuestión del origen de la justicia constitucional, como la rigidez, la objeción contramayoritaria o la idea del legislador negativo adquieran perfiles nuevos. Además, el carácter dirigente y reglamentista de estas constituciones enriquece y complejiza el panorama interpretativo de la justicia constitucional, como también lo hace el elemento multicultural, la nueva relación con la naturaleza, la integración regional, la perspectiva de género, la amplitud del catálogo de los derechos y las normas de aplicación que lo acompañan o la riqueza del sistema de poderes.

**Décima.** La regulación constitucional de la justicia constitucional en la Constitución del 2008 ofrece una mezcla de conservación literal de preceptos de la Constitución de 1998 y radicales modificaciones. En su conjunto, ofrece una muy variada gama de competencias en relación con los diferentes poderes, con el sistema democrático, con el derecho internacional o con las declaratorias de estados de excepción, configurando una extensa lista de competencias desarrolladas en el plano legal por la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y de Control Constitucional pero que, por su novedad, requerirán una amplia tarea pedagógica y de delimitación conceptual por parte de la Corte Constitucional. Una de las principales novedades del desarrollo legal de los preceptos constitucionales estriba en haber positivizado diferentes técnicas de interpretación y principios hermenéuticos que, en otros sistemas, han sido jurisprudencialmente aislados.

**Undécima.** Aunque la Constitución del 2008 pretendió establecer un régimen de transición para el momento inmediatamente posterior a su entrada en vigor (y hasta tanto se desplegaran por completo las nuevas instituciones y el nuevo marco legal), en el caso del paso del antiguo Tribunal Constitucional a la nueva Corte Constitucional, las previsiones resultaban contradictorias y totalmente insuficientes, lo que obligó a una decisión pretoriana para salvar esta laguna. Partiendo de las ideas de eficacia inmediata y aplicación directa de la Constitución, la Corte Constitucional concluyó (correctamente, a partir de los mandatos constitucionales) que los sistemas de garantías de los derechos y control constitucional debían ser asumidos con carácter inmediato y provisional, hasta tanto se conformara regularmente la nueva Corte Constitucional.

**Duodécima.** La Corte Constitucional aparece diseñada en la Constitución de Ecuador no tanto como un órgano de control en el sentido clásico, sino como un órgano de maximización del programa constitucional. Ello involucra un mandato constitucional de activismo en sus tareas relativas a la interacción de los poderes, al ámbito del fenómeno democrático participativo, en lo que se refiere a los derechos y garantías y respecto al control de la vigencia constitucional en actos del poder público. En la interacción de poderes actuando no como garantía frente a la invasión de competencias, sino como impulsor de la relación constitucionalmente ajustada entre poderes. En el circuito democrático-participativo, impidiendo su suplantación por parte de los poderes constituidos de base representativa y canalizando por vías constitucionales las propuestas populares. En los derechos, actuando en cuatro ámbitos fundamentales: como defensor de la dimensión subjetiva de los derechos tal como se delinea en las formas más avanzadas de sus garantías; imponiendo la visión de los derechos en las actuaciones de los diferentes poderes; actuando como árbitro entre las obligaciones internacionales y las prescripciones nacionales, entre la visión individualista y los nuevos sujetos, y entre las diferentes concepciones culturales. En lo relativo a la vigencia efectiva de la Constitución, vigilando las omisiones e incumplimientos. Esta acción de maximizador del programa constitucional exige una visión más dialogante de la relación entre órganos representativos, ciudadanía y Corte Constitucional.

**Decimotercera.** La amplitud de las funciones encomendadas a la Corte Constitucional supone, además de una potencialidad de impulso transformador en el seno del constitucionalismo de transición, un riesgo. Un riesgo porque existe la posibilidad de que quede superada por la carga de trabajo o de que, por el contrario, se establezcan normas tan restrictivas de admisión que su papel se convierta en marginal o sólo al alcance de ciertos grupos especializados. El escaso tiempo transcurrido no permite realizar afirmaciones categóricas sobre la eficacia y eficiencia de los diferentes sistemas de garantías, si bien apuntan ya importantes asimetrías. Destacando, especialmente, el absoluto predominio de la acción extraordinaria de protección sobre todos los demás.

**Decimocuarta.** Existe una relativa discrepancia entre los artículos 94 y 437 constitucionales en lo que se refiere tanto a las resoluciones susceptibles de impugnación por acción extraordinaria de protección, como respecto de la cuestión de si las violaciones

deben aparecer en la sentencia o en el juzgamiento. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula la acción extraordinaria de protección tanto en sus normas comunes, como específicamente en la sección tercera del capítulo sexto. En concreto, son aplicables a la acción extraordinaria de protección las normas generales contenidas en los artículos 8 en sus numerales 1 a 7 sobre celeridad, oralidad, notificaciones, no duplicación y asuntos afines; 10 (parcialmente) sobre contenido de la demanda (completado y modificado por artículo 61), en concreto, los numerales 1, 2, 5, 6 y 8 e inciso final que establece que si hay violación de derechos aunque la demanda esté incompleta, debe ser tramitada y subsanarse la omisión de requisitos por parte del juzgador; los artículos 11 y 12 sobre comparecencia de afectado y de terceros; el artículo 14 sobre audiencia y el 15.1 sobre terminación del procedimiento por desistimiento; el 16 sobre pruebas, el 17 sobre contenido de la sentencia (completado con el 63), el 18 sobre reparación integral y el 19 sobre reparación económica. De las normas específicas, las más importantes son los artículos 61 y 62, que introducen cierta confusión sobre lo que son requisitos y sobre la consecuencia de su incumplimiento, que deberían aclararse jurisprudencial o legislativamente.

**Decimoquinta.** Considerada globalmente la regulación constitucional, legal y reglamentaria (más allá de las lagunas y antinomias señaladas), parece que podemos concluir, en cuanto a la naturaleza de esta institución, que se trata (como, por otra parte, señala su propio nombre) de una acción y no de un recurso (en tanto que no impugna la decisión de fondo, ni constituye, por tanto, una instancia), caracterizada por las notas de independencia (en tanto, que funciona con independencia de otras garantías jurisdiccionales como la acción de protección o de cumplimiento, por ejemplo), excepcionalidad (puesto que sólo cabe contra ciertos actos judiciales: no contra medidas cautelares, por ejemplo), especialidad (porque sólo cabe ante violaciones de derechos constitucionales y no de otra naturaleza) y subsidiariedad (en cuanto que exige agotamiento (con las matizaciones antes vistas) de los recursos previos en la jurisdicción ordinaria), que pretende restituir los derechos constitucionalmente violados ya en una resolución judicial firme y definitiva sobre un asunto, ya en el juzgamiento que dio lugar a dicha resolución judicial.

**Decimosexta.** Los métodos interpretativos empleados en las acciones extraordinarias de protección son, básicamente, el literal y teleológico, con una presencia marginal del resto de los mismos. Esto parece indicar que la mayor parte de los casos se originan por la ignorancia pura y simple de lo dispuesto en la Constitución, antes que por diferencias interpretativas entre la jurisdicción ordinaria y la Corte Constitucional.

**Decimoséptima.** Las acciones extraordinarias de protección resueltas hasta el momento han permitido crear un discurso jurisprudencial, especialmente, sobre los siguientes asuntos: debido proceso (incluyendo el derecho a la defensa, el derecho a la motivación y el derecho a la tutela judicial efectiva), seguridad jurídica, principio de igualdad y derecho al trabajo.

**Decimoctava.** En términos cuantitativos podemos destacar los siguientes datos. De las acciones extraordinarias de protección admitidas, un 45 por ciento ha sido aceptado y un 55 por ciento rechazado. El 63 por ciento de los accionantes son particulares, el 28 por ciento, instituciones públicas y el 10 por ciento, colectivos o grupos de personas. El porcentaje de acciones aceptadas provenientes de entidades públicas es ligeramente superior al de las que interponen particulares, mientras que las que corresponden a colectivos con generalmente no aceptadas (un 70 por ciento). Ello parece indicar que el uso más ajustado a derecho, como parece lógico en el momento de despegue de esta institución, es el que realizan las propias entidades públicas. En relación con las jurisdicciones o tipos de procesos de los que provienen las acciones, mayoritariamente se trata de cuestiones suscitadas en procesos de garantías jurisdiccionales de los derechos (casi la mitad), seguidas por las del fuero civil (23 por ciento) y las del fuero penal (10 por ciento). Además, dentro de las que provienen de procesos de garantías jurisdiccionales, casi el 60 por ciento son finalmente aceptadas, lo que parece sugerir una deficiencia en la impartición de justicia constitucional en instancia. La mayoría de estas acciones frente a procesos de garantías tenían como materia las relaciones laborales. 18 de las 24 provincias aparecen representadas en la muestra, aunque a Pichincha y Guayas corresponde más de la mitad, lo que refleja su peso poblacional y mayor actividad jurisdiccional en el país. En el conjunto de todas las acciones, el derecho abrumadoramente más alegado es el debido proceso (en un 92 por ciento de ellas), seguido de la tutela judicial y de la seguridad jurídica, lo que confirma la tendencia a la procesalización también de esta acción, como

sucede en el conjunto de actuaciones de la Corte Constitucional. Ello parece indicar una todavía tendencial asunción por parte de los particulares y de los operadores jurídicos del rico elenco de derechos sustantivos reconocidos en la Constitución. Con todo, el derecho al trabajo se alega en el 14,2 por ciento de las acciones, seguido por la igualdad (10 por ciento) y otros derechos (con porcentajes marginales) como son libre competencia, honra y buena reputación, territorio ancestral, vida, integridad, identidad, filiación, interés superior del niño y/o niña, jubilación, vivienda, vida digna, derechos de grupos de atención prioritaria, salud, propiedad privada, petición, libertad personal; también se menciona la vulneración al principio *pro persona*, y a los de interpretación de los derechos constitucionales tales como la progresividad o la prohibición de regresividad, entre otros.

**Decimonovena.** Como propuestas *de lege ferenda* sería recomendable una regulación más coherente entre los artículos 94 y 437 constitucionales, en especial, haciendo coincidir la enumeración de los actos contra los que procede y aclarando de forma inequívoca, si se trata de una acción contra resoluciones que violan derechos o contra procesos que violan derechos (sea o no en la resolución final). Igualmente, el lenguaje debería reformularse para evitar la referencia a los recursos (toda vez que no se trata de uno). Por último, convendría aclarar la aplicación de algunas de las normas generales de las garantías con esta concreta acción, toda vez que parecen existir dificultades para aplicarlas pura y simplemente en este caso.

En lo que se refiere a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resultaría conveniente, en primer lugar, aclarar la relación entre las normas generales y la específica regulación de la acción extraordinaria de protección, ya que mientras que en unos casos se señala cuál es ésta relación (en el artículo 9, por ejemplo), en otros queda a la labor del intérprete.

Un segundo elemento que parece necesitado de adecuación regulatoria es el de las medidas cautelares, que aparecen excluidas sin mayor calificación. Especialmente, en relación con la diferencia entre sentencia ejecutoriada y sentencia ejecutada.

Un tercer elemento necesitado de aclaración es la delimitación más precisa de los sujetos activos de la acción y el alcance de la expresión “que se restablezca la situación anterior a la violación”.

Un cuarto elemento es la relativamente confusa regulación de los artículos 61 y 62 sobre requisitos de la demanda, en la que éstos aparecen relativamente desordenados, repetidos y sin aclararse por completo las consecuencias de su presencia o ausencia, ni las posibilidades de subsanación de parte o de oficio.

Un quinto elemento tiene que ver con la exclusión de las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral, cuya delimitación material y formal resulta insuficiente.

Un sexto elemento tiene que ver con las exigencias de gravedad y relevancia trascendencia nacional, tanto por su delimitación como por sus consecuencias.

Un séptimo elemento se refiere al artículo 62, inciso tercero del numeral 8, que debería dejar establecido que la presentación de la acción no suspende los efectos de la providencia accionada y expresar de forma inequívoca que el juez ejecutor del auto o sentencia materia de la acción extraordinaria, seguirá sustanciando con copias certificadas del proceso o, en su defecto, deberá remitir las copias certificadas a la Corte Constitucional.

En relación con la jurisdicción indígena hay que recordar la relativa contradicción en la delimitación de los sujetos activos en diferentes puntos de la ley y la relativa confusión entre ámbito, procedimiento y principios.

Además, el numeral 12 del artículo 66 establece como posibilidad la modulación de los derechos garantizados con los de la comunidad, lo que, en realidad, constituye una obligación constitucional.

En el Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, podemos recordar la incorrecta ubicación sistemática del artículo 45 y que los numerales 5 y 6 del artículo 44 mezclan requisitos de identificación de la resolución impugnada con asuntos de debido proceso.

En materia jurisprudencial, quizá lo más urgente sería que la Corte desarrolle reglas claras sobre cómo debe entenderse el principio de subsidiariedad, para evitar que se consolide la tendencia actual a la ordinarización del derecho constitucional, particularmente en materia laboral y contencioso administrativa. Además, es necesario

que la Corte establezca reglas y modelos de argumentación constitucional que permitan a los jueces ordinarios y a los operadores jurídicos distinguir entre asuntos de relevancia constitucional y de mera legalidad.

**Vigésima.** La solución a los problemas de esta acción y de las garantías jurisdiccionales en general requiere, fundamentalmente, un cambio en la cultura jurídica ecuatoriana, lo que involucra la transformación correlativa de los estudios jurídicos. Además, la revalorización de la jurisprudencia como auténtica fuente del derecho demanda su sistematización, tarea que ha comenzado la Relatoría de la Corte Constitucional con la publicación del Repertorio Constitucional destinado (junto con la Gaceta Constitucional y el Registro Oficial) a dar publicidad a las decisiones de la Corte Constitucional. Por último, se sostiene la conveniencia de crear jueces y tribunales especializados en materia constitucional que complementen y ayuden a los jueces ordinarios en la administración de las garantías jurisdiccionales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

---

ABREGÚ, Martín., y Courtis, Christian (coords.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

ACKERMAN, Bruce, *We the People: Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991.

ACOSTA Sánchez, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.

AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo, “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 93-104.

AGUILÓ Regla, Josep, “Sobre la resistencia constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, 2003, pp. 9-33.

AGUIRRE Castro, Pamela Juliana, ÁVILA Benavidez, Dayana y BAZANTE Pita, Vladimir (coords.), *Rendición de cuentas del proceso de selección. Período 2008-2013*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) – Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

AGUIRRE Cueva, Ana Gabriela, *La acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales en el Ecuador, comparada con la acción de tutela contra providencias o sentencias judiciales en Colombia y el recurso de amparo contra sentencias judiciales en España*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.

AGUIRRE, Carlos, “La garantía del hábeas corpus en el Estado constitucional de derechos y justicia”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 159-184.

AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

---

AJA, Eliseo, “El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados Europeos”, Prólogo a AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

ALARCÓN Peña, Pablo, “El Estado constitucional de derechos y las garantías jurisdiccionales”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 99-110.

ALARCÓN Peña, Pablo. “Residualidad elemento generador de la ordinarización de la Acción de Protección” en ESCOBAR García, Claudia (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2010 p. 559-605.

ALCANTARA Sáez, Manuel, *Sistemas políticos de América Latina*, vol. I (*América del Sur*), Tecnos, Madrid, 1999.

ALEXI, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.

ALTAMIRANO Ruiz, Santiago, *La acción extraordinaria de protección y su procedimiento*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.

ÁLVAREZ Medina, Víctor y HERNÁNDEZ Kondryn, Gilberto, “Visión constitucional de la seguridad y defensa de la nación y su interrelación con la política exterior venezolana”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 505-540.

ANDRADE Quevedo, Karla, “La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 111-138.

ANDRADE Ubidia Santiago y ÁVILA Linzán Luis Fernando (eds.), *La transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ANDRADE UBIDIA, Santiago, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 239-268.

ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009

ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (dir.), *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 33-88.

APARICIO Wilhelmi, Marco, “Ciudadanías intensas. Alcances de la refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia”, en NOGUERA Fernández, Albert (ed.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 245-272.

APARICIO Wilhelmi, Marco, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 19-40.

APARICIO Wilhelmi, Marco, “La Constitución venezolana y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas: diferencias sin jerarquías”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 171-184.

APARICIO Wilhelmi, Marco, “Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-24.

APARICIO, Miguel Ángel, *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonomo organizado por*

---

*el Grupo de Estudios sobre la Forma de Estado de la Universidad de Barcelona*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001.

ARBÓS, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 44, 1995, p. 263-298.

ARIAS Manzano, Tania, ¿Hacia un nuevo ordenamiento territorial? De la descentralización a la carta a competencias explícitas y obligatorias. El régimen autónomo descentralizado aprobado en Montecristi”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 217-240.

ARIAS Rodríguez, Julio César, “El redimensionamiento orgánico de la administración pública nacional, a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 277-314.

ÁVILA Linzán, Luis Fernando (ed.), *Política, justicia y Constitución*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-Red por el Constitucionalismo Democrático, Quito, 2012.

ÁVILA Linzán, Luis Fernando (ed.), *Repertorio constitucional 2008-2011*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012.

ÁVILA Linzán, Luis Fernando, “Acción extraordinaria de protección”, en ÁVILA Linzán, Luis Fernando (ed.), *Repertorio constitucional 2008-2011*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012, pp. 199-288.

ÁVILA Linzán, Luis Fernando, “Constitucionalización de la movilidad humana y la(s) democracia(s) en clave intercultural” en, ÁVILA Linzán, Luis Fernando, *Emancipación y*

---

*transformación constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011, pp. 175-212.

ÁVILA Linzán, Luis Fernando, “El hábeas corpus en un Estado constitucional de derechos y justicia”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 153-178.

ÁVILA Linzán, Luis Fernando, *Emancipación y transformación constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011.

ÁVILA Ordóñez, María Paz y CORREDORES Ledesma, María Belén, *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

ÁVILA Santamaría, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 405-428.

ÁVILA Santamaría, Ramiro, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008” en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 89-110

ÁVILA Santamaría, Ramiro,

---

ÁVILA Santamaría, Ramiro, “Los derechos sociales y el activismo judicial: la situación de los Estados Unidos y su jurisprudencia”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-Red por el Constitucionalismo Democrático, Quito, 2012, pp. 151-177.

ÁVILA Santamaría, Ramiro, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-Red por el Constitucionalismo Democrático, Quito, 2012.

ÁVILA Santamaría, Ramiro, SALGADO, Judith y VALLADARES, Lola (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ÁVILA, Luis, *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004

ÁVILA, Luis, *El precedente constitucional. Teoría y Praxis*, Ibáñez, Bogotá 2013.

BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 30.

BALBUENA Cisneros, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México*, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2005.

BALBUENA, Arminda y CABO, Antonio de, “El constitucionalismo postsocial como constitucionalismo atenuado y el Derecho Europeo como no-derecho: borrador de una crítica materialista de las formas de dominación a través de las formas jurídicas en el capitalismo actual”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, pp. 499-518.

BALDA Santistevan, Rafael, “Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 171-188.

---

BALTAZAR Yucailla, Rosa, “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 211-234.

BASSOLS Coma, Martín, *El Tribunal de Garantías constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

BASSOLS Coma, Martín, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

BAYÓN, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985, pp. 137-153.

BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

BENTHAM, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.

BERGER, Raoul, *Congress v. The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1969.

BERGER, Raoul, *Government by Judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977.

BERGH, Albert Ellery (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*, Memorial Edition, Washington D.C., 1903.

BERNAL Pulido, Carlos “La racionalidad de la ponderación” en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008.

BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.

---

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, trad. castellana de Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991.

BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002

BRAGE Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1998.

BRYCE, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

BUSTAMANTE, Francisco José, “La acción extraordinaria de protección”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana, Corte Constitucional del Ecuador*, Quito, 2013, pp. 139-158.

CABO de la Vega, Antonio de y CRIADO, Marcos, “Actualidad Constitucional en los Estados Unidos de América en 2000”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7 (2001), pp. 323-342.

CABO de la Vega, Antonio de y PISARELLO, G., “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos” en MORODO Leoncio, Raúl y VEGA García, Pedro de (coords.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000, vol. III, pp. 1807-1830.

CABO de la Vega, Antonio de y PISARELLO, G., “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?” en APARICIO, Miguel Ángel, *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autónomo organizado por el Grupo de Estudios sobre la Forma de Estado de la Universidad de Barcelona*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001, pp. 219-244.

CABO de la Vega, Antonio de y PISARELLO, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

CABO de la Vega, Antonio de, “Comisiones parlamentarias”; “Congreso de los Diputados”; “Cortes Generales”; “Cuestión de confianza”; “Derecho Parlamentario”; “Disolución de las

---

Cámaras Legislativas”; “Grupos parlamentarios”; “Iniciativa legislativa”; “Proyecto de ley; Proposición de ley; Inmunidad”; “Interpelaciones y preguntas parlamentarias”; “Investidura”; “Inviolabilidad (de ciertos sujetos)”; “Legislatura”; “Mandato imperativo”; “Mandato representativo”; “Mayoría absoluta y cualificada”; “Moción de censura”; “Parlamentario (individual)”; “Parlamentario (sistema de gobierno)”; “Prerrogativas parlamentarias”; “Procedimiento legislativo”; “Promulgación y publicación”; “Quórum (o número legal)”; “Sanción”; “Semipresidencialismo”; “Senado”; “Sesión parlamentaria”; “Veto” en LUCAS Verdú, Pablo (coord.), *Prontuario de Derecho Constitucional*, Editorial Comares, Granada, 1996, pp. 31-33; 40-42; 67-69; 71-73; 119-121; 144-145; 188-189; 201-203; 203-205; 205-206; 207-209; 209-211; 228-229; 261-262; 263-265; 265-266; 269-271; 307-309; 309-311; 336; 347-349; 349-351; 357-358; 379-380; 385-386; 387-388; 391-392; 424-426.

CABO de la Vega, Antonio de, “El poder legislativo: el reto pendiente de la eficacia y la participación”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 257-274.

CABO de la Vega, Antonio de, “Institucionalidad y extrainstitucionalidad en el desarrollo de la Constitución Bolivariana de 1999” en *Ágora*, núm. 13, 2005, pp. 69-79.

CABO de la Vega, Antonio de, “Lo improbable es posible” en <http://www.attac.tv/2013/02/18199> (visitada el 19 de mayo de 2014).

CABO de la Vega, Antonio de, “Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-40.

CABO de la Vega, Antonio de, “Posibilidades prácticas de activación del poder constituyente en la actualidad: obstáculos jurídicos y políticos”, en MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, pp. 324-334.

CABO de la Vega, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1997.

---

CABO Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003.

CABO Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional, vol. II, Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, Barcelona, PPU, 1993.

CABRERA Romero, Jesús Eduardo, “Las proyecciones del estado social de derecho y de justicia”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 71-86.

CALZADA Conde, Rogelia, “El principio configurador y garantista de la Constitución de Cádiz”, en CANO Bueso, Juan (ed.), *Materiales para el estudio de la Constitución de Cádiz*, Parlamento de Andalucía/Editorial Tecnos, Sevilla, 1989, pp. 141-168.

CANO Bueso, Juan (ed.), *Materiales para el estudio de la Constitución de Cádiz*, Parlamento de Andalucía/Editorial Tecnos, Sevilla, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, pp. 9-23.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e Teoría da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003.

CAPELLA Hernández, Juan Ramón (coord.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

CAPELLETI, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix- Zamudio, UNAM, México, 1966.

---

CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002.

CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

CARRASQUERO López, Francisco Antonio, “Poder electoral: fundamentos y condiciones del sistema electoral venezolano en la Constitución de la República bolivariana de Venezuela”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 415-433.

CARRERA Silva, Liliana *La democracia participativa en la constitución colombiana de 1991: las veedurías ciudadanas*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.

CARRERA Silva, Liliana, “La defensa integral de la nueva soberanía global: la política exterior, soberanía, seguridad y defensa en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 541-578.

CASADO Gutiérrez, Fernando, *Venezuela en la prensa internacional: procesos de información y desinformación*, Tesis Doctoral, Universidad de La Laguna, La Laguna, 2012.

CASTRO Aniyar, Daniel, “”Hecho en socialismo”. *El sistema socialista de soberanía alimentaria en Venezuela como ejemplo de nuevos tipos de políticas públicas participativas (febrero 1999-febrero 2012)*”, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.

CASTRO Riera, Carlos, “Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 111-129.

CHÁVEZ Vallejo, Gina y GARCÍA, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO Sede Ecuador, Quito, 2004.

CHÁVEZ Vallejo, Gina, “¿Los capítulos que se le olvidaron a Cervantes?”, en PILA Avendaño, Viviana Jeanneth, ANTÓN Sánchez, Jhon y CAICEDO Tapia, Danilo, *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: Del reconocimiento a las acciones afirmativas. Una perspectiva jurídica, antropológica, sociológica e histórica de los derechos humanos de los afrodescendientes en el Ecuador*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011, pp. 319-340.

CHÁVEZ Vallejo, Gina, “El derecho propio: ¡destapando la Caja de Pandora!”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 67-88.

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2004, p. 23.

COMISIÓN Andina de Juristas, *Los Procesos de Amparo y Hábeas Corpus: un análisis comparado*, Lima, 2000.

CORDERO Heredia, David, “La acción extraordinaria de protección: ¿acción o recurso?” en [http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin3\\_accion\\_proteccion\\_davidcordero.pdf](http://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin3_accion_proteccion_davidcordero.pdf) (visitado el 1 de agosto de 2014).

COSTA, Joaquín, “Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y necesidad de cambiarla”, en *Revista del Trabajo*, Madrid, 1975, disponible en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01476185400181684199079/index.htm>

---

COURTIS Christian y ÁVILA Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009, pp. 203-450.

CRIADO de Diego, Marcos “Democracia y ejercicio de la soberanía en la Constitución venezolana de 1999: Participación y corresponsabilidad”, en *Ágora*, núm. 14, 2006, pp. 125-142.

CRIADO de Diego, Marcos y CABO de la Vega, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000”, en *Teoría y realidad constitucional*, vol. 7, 2001, pp. 323-340.

CRIADO de Diego, Marcos, “Democracia y derechos participativos: elementos de ruptura con la democracia liberal”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 45-68.

CRIADO de Diego, Marcos, “El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-44.

CRUZ Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

CUEVA Carrión, Luis, *Acción constitucional extraordinaria de protección*, Ediciones Cueva Carrión, Quito 2011.

CUEVA Carrión, Luis, *Modelos de la Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2013.

CURRIE, David P., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888*, University of Chicago Press, Chicago, 1985.

DÁVALOS Muirragui, María Daniela, “¿Existe la ciudadanía universal? Análisis de las ideas del cosmopolitismo plasmadas en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 73-110.

---

DE RUGGIERO, Guido, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos García de Posada, Editorial Comares, Granada, 2005.

DÍAZ Ricci, Sergio, “Supremacía de la Constitución”, en MORODO, Raúl y VEGA, Pedro de (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, IIJ-UNAM y Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, vol. 2, pp. 895-930.

DÍEZ del Corral, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

DÍEZ Ripollés, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 3, 2002, pp. 63-97.

DORADO Porras, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 3, Dykinson, Madrid, 1997.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

ECHEVERRÍA, Julio, “El estado en la nueva Constitución”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 11-20.

EGAS Reyes, Pablo, “La propiedad en la Constitución de 2008”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 329-352.

EGUIGUREN, Genaro, “Visión de la Administración pública en la nueva Constitución”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 119-134.

ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, Colombia 1997.

---

ESCARRÁ Malavé, Carlos, “Consideraciones libres sobre los derechos colectivos”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 139-169.

ESCOBAR García, Claudia (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2010.

ESCOBAR García, Claudia, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 217-272.

ESCOBAR García, Claudia, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011.

ESCOBAR Roca, Guillermo, “Los derechos civiles y políticos en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-50

ESCUADERO Soliz, Jhoel, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”, BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 273-289.

ESPINOSA Gallegos-Anda Carlos y Caicedo Tapia, Danilo (eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ESTRELLA, Carmen, “El estado de excepción en Ecuador”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 146-178.

ESTRELLA, Carmen, *La acción extraordinaria de protección*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Quito, 2010. (TESIS)

---

FERNÁNDEZ Liesa, Carlos R., DÍAZ Barrado, Cástor Miguel, ALCOCEBA Gallego, María Amparo, MANERO Salvador, Ana, *El tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Dykinson, 2008, pp. 357-362

FERNÁNDEZ Sarasola, Ignacio, “Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812”, en SÁNCHEZ Férriz Remedio, y GARCÍA Pechuán, Mariano (coords.), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene Edicions, Valencia, 2001, pp. 185-189.

FERRAJOLI, Luigi y otros (G. Pisarello y A. de Cabo, comp.), *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, “Derechos Fundamentales” en FERRAJOLI, Luigi y otros (G. Pisarello y A. de Cabo, comp.), *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 19-56.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, trad. de Perfecto Andrés y otros, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., Editorial Trotta, Madrid, 2011.

FERRERES Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 23, 2000, pp. 29-48.

FERRERES Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional” en VV. AA., *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 2002, Madrid, pp. 227-246.

FIALLO Monedero, Liliam y ZALDÍVAR Rodríguez, Abraham, “Un nuevo constitucionalismo para el proyecto de emancipación latinoamericana” VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 197-214.

FINKELMAN, Paul, “The *Dred Scott* Case, Slavery and the Politics of Law”, en *Hamline Law Review*, núm. 20, 1996.

---

FLORES Aguirre, Xavier A., Las Relaciones Internacionales en la Constitución del 2008: un análisis sistemático”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 241-253.

FLORES, Cilia, “Aportes para una historia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 229-256.

FOUCAULT, Michel, “La “gubernamentalidad”” en FOUCAULT, Michel, *Estética, ética y hermenéutica*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 175-198.

FOUCAULT, Michel, *Estética, ética y hermenéutica*, Paidós, Barcelona, 1999.

FRIEDMAN, Barry, “Dialogue and Judicial Review”, en *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, 1993, pp. 577-682.

FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 4, 2000, pp. 971-1064.

FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, en *Yale Law Journal*, vol. 153, 2002, pp. 112 y ss.

FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, en *New York University Law Review*, vol. 73, núm. 2, pp. 333-433.

FRIEDMAN, Barry, The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstructions’s Political Court”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 1, 2002, pp. 91 y ss.

FRIEDMAN, Barry, The History of the Countermajoritarian Difficulty Part III: The Lesson of Lochner”, en *New York University Law Review*, 2001, pp. 76 y ss.

FROGNIER, André-Paul, “La identidad europea: ¿un "spill over" identitario?” en LACHAPELLE, Guy, PAQUIN, Stéphane y MORATA Tierra, Francesc, *Globalización*,

---

*gobernanza e identidades*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 2003, pp. 158-202.

GALLEGOS Herrera, Daniel, “El control formal de constitucionalidad de los actos normativos”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 319-355.

GARCÍA Falconí, José, *La corte constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva constitución política del Ecuador*, Ediciones Rodín, Quito. 2008.

GARCÍA Herrera, Miguel Ángel, “Rigidez constitucional y estado social” en ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (dir.), *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 33-88.

GARCÍA Morales, Aniza, *El derecho humano al agua*, Editorial Trotta, Madrid, 2008

GARCÍA, Fernando, “La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”, en ANDRADE Ubidia Santiago y ÁVILA Linzán Luis Fernando (eds.), *La transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 479-498.

GARCÍA-ESCUDERO Márquez, Piedad, “La reforma del artículo 135: ¿son suficientes trece días para la tramitación parlamentaria de una reforma constitucional?”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, pp. 79-88.

GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008

GARGARELLA, Roberto, “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica”, en *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 30-48.

GARGARELLA, Roberto, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional” en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 128, 129.

---

GARGARELLA, Roberto, “La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos” en VV.AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 200 y ss.

GARGARELLA, Roberto, “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas”, en HIERRO, Liborio L. (ed.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco – Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 129-144.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

GARNSEY, Peter, *Thinking about property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

GILLMAN, Howard, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993.

GONZÁLEZ Quevedo, Joanna, “Bases jurídicas para el empoderamiento político en los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia” VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 269-298.

GRANT, James A., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, UNAM, México, 1963.

GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

GRIJALVA Jiménez, Agustín, “Evolución histórica del control constitucional en Ecuador”, en GRIJALVA Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 171-196.

GRIJALVA Jiménez, Agustín, “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén

(eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 257-278.

GRIJALVA, Agustín, “Acción extraordinaria de protección”, en PÉREZ, Antonio José (coord.), *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 259-292.

GRIJALVA, Agustín, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 269-286.

GRIJALVA, Agustín, “La acción extraordinaria de protección” en GRIJALVA, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional, 2012, (Capítulo 3. V pp. 269-290.

GRIJALVA, Agustín, “La acción extraordinaria de protección”, en Escobar García, Claudia (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2010, pp. 655-676.

GRIJALVA Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012.

GRIMM, Dieter "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, num. 1, 1995.

GRIMM, Dieter, “Integración por medio de la Constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2004, pp. 53-69.

GUASTINI, Riccardo *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008.

GUASTINI, Riccardo, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, Madrid, pp. 49-70.

---

GUASTINI, Riccardo, “Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 245-249.

GUERRERO del Pozo, Juan Francisco, “Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 101-144.

GUERRERO, Juan Francisco, “La Residualidad de la acción extraordinaria de protección frente a la Acción de Nulidad de Sentencia”, en VV. AA., *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos*, Quito, Asociación Escuela de Derecho, 2011, pp. 20-25.

GUTIÉRREZ Gutiérrez, Ignacio, “Globalización, Estado y Derecho Constitucional”, en *A distancia*, núm. 2, 2001-2002, pp. 17-21.

GUZMÁN Hernández, Teodoro Yan, “Legados normativos para democratizar la revocatoria de mandato desde el (neo)constitucionalismo latinoamericano” VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 299-328.

HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución” en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, núm. 11, 2008, pp. 29-61 29.

HABERMAS, Jürgen, "Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'" , *European Law Journal*, núm. 1, 1995.

HAMILTON, Alexander, “Artículo LXXVIII” en HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

HIERRO, Liborio L. (ed.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco – Marcial Pons, Madrid, 2014.

---

HSU, Daü-Li, *Mutación de la Constitución*, trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, IVAP, Oñati, 1998.

HUALPA Bello, Antonio, *Las garantías constitucionales: la acción extraordinaria de protección*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2011.

*Informe de Gestión 2012-2013 – Corte Constitucional del Ecuador*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

JAMES, C. R. L., *Los jacobinos negros*, trad. de Ramón García, Madrid, Turner-Fondo de Cultura Económica, 2003.

JARAMILLO Huilcapi, Verónica, “Acción Extraordinaria de Protección”, en JARAMILLO Huilcapi, Verónica, *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*, Quito, 2013, pp. 341- 378.

JARAMILLO Huilcapi, Verónica, *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*, Quito, 2013.

JARAMILLO Villa, Marcelo, *La acción extraordinaria de protección*, disponible en <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/presentacion1.pdf> (visitado el 22 de julio de 2014).

JARAMILLO, Wilman A., *Las medidas cautelares: ¿un límite constitucional en la acción extraordinaria de protección?*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2011.

JESSOP, Bob, *El futuro del Estado Capitalista*, trad. de Aniza García y Antonio de Cabo, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.

JESSOP, Bob, *Putting Capitalist State in its Place*, Polity, Cambridge, 1990.

JIMENA Quesada, Luis, “La reforma del artículo 135 de la carta magna española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 335-356.

---

JIMÉNEZ Morales, Caridad Rosa, “La estructura distrital a la luz del nuevo constitucionalismo” VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 329-372.

KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, en KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Juan Ruiz Manero, Editorial Debate, Madrid, 1988.

KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Juan Ruiz Manero, Editorial Debate, Madrid, 1988.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1986.

KOKOTT, Juliane, “The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context, Report on Germany”, *EUI Working Paper RSC*, núm. 95/25, Florence, European University Institute, pp. 13-17.

LACHAPELLE, Guy, PAQUIN, Stéphane y MORATA Tierra, Francesc, *Globalización, gobernanza e identidades*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2003.

LEMA, María Mercedes, “La acción extraordinaria de protección”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 131-152.

LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 179-210.

LLASAG Fernández, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora” en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 311-355.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986.

LÓPEZ Castillo, Antonio, SAIZ Arnáiz, Alejandro y FERRERES Comellas, Víctor, *Constitución Española y Constitución Europea análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

LÓPEZ Erazo, José Luis, *La admisión en la acción extraordinaria de protección planteada en contra del autor de llamamiento a juicio*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2011.

LÓPEZ Hidalgo, Pablo Sebastián, “La acción extraordinaria de protección”, en VV. AA., *Perspectivas constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, pp. 1-37.

LÓPEZ Hidalgo, Pablo Sebastián, “La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales”, en ESCOBAR García, Claudia (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 677-718.

LÓPEZ Hidalgo, Pablo Sebastián, *El amparo constitucional en el Ecuador: ¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.

LORCA, María Isabel, “Interpretación Jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el derecho como instrumento de cambio social)”, en ESPINOZA de los Monteros, Javier y NARVÁEZ Hernández, José Ramón, *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, UNAM, 2011, p. 244.

LORENTE Sariñena, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

LUCAS Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Editorial Tecnos, Madrid, 1972.

MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Trotta, Madrid, 2005.

MAESTRO Buelga, Gonzalo, “Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-30.

MAESTRO Buelga, Gonzalo, “Intervención y transformación en la Constitución económica bolivariana”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 485-501.

MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

MARTÍN Beristain, Carlos, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

MARTÍNEZ Dalmau Rubén, “El poder electoral: entre la innovación institucional y las exigencias de la democracia participativa”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 435-453.

MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014.

MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 279-290.

MARTÍNEZ de Bringas, Asier, “Naturaleza de la(s) autonomía(s) indígena(s) en el marco de la Constitución boliviana: Una reflexión sobre el contenido de los derechos indígenas”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-20.

MARTÍNEZ Sierra, José Manuel, “La reforma constitucional y el referéndum en Irlanda: a propósito de Niza”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 299-314

MASAPANTE Gallegos, Christian, “Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana: eficacia en su aplicación y efectividad de la garantía”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 245-272.

---

MEIL Landwerlin, Gerardo, “El estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, Dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm 42, 1984, pp. 211-225.

MELO Flores, Ruth Gabriela, “La acción extraordinaria de protección y la valoración de la prueba”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3, 2013, pp. 43-56.

MÉNDEZ López, Josefina A. y CUTIÉ Mustelie, Danelia “La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos”, en *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 94-115.

MÉNDEZ López, Josefina y CUTIÉ Mustelie, Daniela, “La participación popular y los derechos. Fundamento y contenido del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 215-240.

MÉNDEZ López, Josefina y ZALDÍVAR Abad, Martha L., “”Revolución constituyente” en América Latina: Espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos”, VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 105-170.

MOGROVEJO, Diego, *La admisibilidad y la aceptación de la acción extraordinaria de protección en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2011.

MOGROVEJO, Diego, *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección: el control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2014.

MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de derecho procesal constitucional. Aspectos generales*, Tomo 1, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012.

MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte

Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012.

MONTAÑA Pinto, Juan y PAZMIÑO FREIRE, Patricio, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 23-48.

MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012.

MONTAÑA Pinto, Juan, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 103-130.

MONTAÑA Pinto, Juan, “Editorial” en *Umbral. Revista de Derecho Constitucional*, núm. 2 (Monográfico sobre “Género y diversidades”), 2012, pp. 9-23.

MONTAÑA Pinto, Juan, “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de derecho procesal constitucional. Aspectos generales*, Corte Constitucional para el Período de Transición- Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, tomo 1, pp. 91-135.

MONTAÑA Pinto, Juan, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 189-216.

---

MONTAÑA Pinto, Juan, *Derecho indígena y cambio constitucional: la lucha por la visibilidad del derecho indígena en Colombia*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, Alicante, 2005.

MONTAÑA Pinto, Juan, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012.

MORALES Lamuño, Luisa Estella, “Justicia, derechos humanos e integración regional”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 336-361.

MORALES Viteri, Juan Pablo, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 85-122.

MORALES Viteri, Juan Pablo, “Los nuevos horizontes de la participación”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 155-200.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro, *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*, Método, São Paulo, 2007

MORENO V., Daniela, *La acción extraordinaria de protección en la Constitución del 2008 para sentencias dictadas antes del 20 de octubre del 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.

MORODO Leoncio, Raúl y VEGA García, Pedro de (coords.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, 3 vols, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000.

MOYA Carrillo, Pablo Fernando, “La acción por incumplimiento: garantía idónea de las personas y grupos de atención prioritaria”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 203-214.

---

NAVAS Alvear, Marco, *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Intiyan – Ediciones CIESPAL, Quito, 2012.

NEGRI, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias-Prodhufi, Madrid 1994, p. 20.

NEIRA, Eduardo Flores, “Acción extraordinaria de protección”, en NEIRA, Eduardo Flores, *La justicia constitucional. Constitución de la República del Ecuador*, Del Arco Ediciones, Cuenca, 2009, pp. 150-155.

NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en VV.AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 125 y ss.

NOGUERA Fernández, Albert (ed.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NOGUERA Fernández, Albert, “América del Sur: ¿democratizando la justicia constitucional?”, en NOGUERA Fernández, Albert (ed.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 273-316.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert, “Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-33.

NOGUERA Fernández, Albert, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 133-158.

NOGUERA Fernández, Albert, “Reflexiones a partir del análisis del presidencialismo en la Constitución venezolana: acción de gobierno y articulación ejecutivo-ciudadanos”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 315-329.

---

NOGUERA Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

OFFE, Claus, “Structural problems of the Capitalist State: Class Rule and the Political System. On the Selectiveness of Political Institutions” en VON BEYME, Klaus, *German Political Studies*, Sage, Beverly Hills, 1974, vol. I, pp. 31-54.

ORTEGA Díaz, Luisa, “La política criminal como instrumento fundamental del estado para garantizar la justicia y la paz social”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 187-201.

OTTO, Ignacio de, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989.

OYARTE Martínez, Rafael, “Relaciones Ejecutivo-Legislativo”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 45-92.

PACHANO, Fernando “Apuntes sobre la interpretación constitucional”, en *Iuris Dictio*, Universidad san Francisco de Quito, No. 6, 2002.

PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009.

PALACIOS Romeo, Francisco, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*” en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 41-66.

PALACIOS Romeo, Francisco, “El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica: (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: *Quis custodiet ipsos custodes?*)”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-49.

---

PALACIOS Romeo, Francisco, “Quiebra del estado liberal-aleatorio, constitucionalización material del estado social y apertura de un nuevo sistema comunitario”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas pp. 97-135.

PALACIOS Romeo, Francisco, *La civilización de choque: hegemonía occidental, modernización y Estado periférico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999

PALACIOS Romeo, Francisco, *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la Crisis del Behemoth Occidental*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

PÁSARA, Luis (ed.), *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011

PÁSARA, Luis, “Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina”, *La transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 85-108.

PÁSARA, Luis, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

PAZMIÑO Freire, Patricio, “Corte Constitucional: Consecuencia lógica de la evolución histórica del control constitucional”, en VV. AA., *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2007.

PAZMIÑO Freire, Patricio, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, en *Umbral: revista de derecho constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, núm. 3. 2013, pp. 17-43.

PÉREZ Hernández, Lisette, “Democracia sin estándares. El poder en Cuba y Venezuela”, VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 171-196.

---

PÉREZ Martínez, Yuri, “La participación política como requisito funcional de la democracia Análisis desde el diseño constitucional de la República Bolivariana de Venezuela”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 241-268.

PÉREZ Perdomo, Rogelio, “Para un diagnóstico de la corrupción en Venezuela”, en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, núm. 1, 1997, 179-186.

PÉREZ Ruales, Nicole y VALLE Franco, Álex (eds.), *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

PÉREZ Ruales, Nicole, “El impacto de la globalización en los derechos de los migrantes”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 273-310.

PÉREZ Ruales, Nicole, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 201-226.

PÉREZ, Antonio José (coord.), *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.

PÉREZ, Efraín, *Esquema de la acción extraordinaria de protección en las sentencias de la Corte Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

PETSCHEN Verdaguer, Santiago, “El referéndum irlandés: tendón de Aquiles estatalista” en FERNÁNDEZ Liesa, Carlos R., DÍAZ Barrado, Cástor Miguel, ALCOCEBA Gallego, María Amparo, MANERO Salvador, Ana, *El tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Dykinson, 2008, pp. 357-362.

PETZOLD, Hermmann, “Venezuela: una democracia, problemas y perspectivas de un sistema político”, en VV. AA., *El Derecho Constitucional en el umbral del siglo XXI. III Congreso venezolano de Derecho Constitucional*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1993.

PILA Avendaño, Viviana Jeanneth, ANTÓN Sánchez, Jhon y CAICEDO Tapia, Danilo, *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: Del reconocimiento a las acciones*

---

*afirmativas. Una perspectiva jurídica, antropológica, sociológica e histórica de los derechos humanos de los afrodescendientes en el Ecuador*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011.

PISARELLO Prados, Gerardo, “Garantismo social e institucional: una lectura republicano-democrática”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 203-225.

PISARELLO, Gerardo, “Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad”, en CAPELLA Hernández, Juan Ramón (coord.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 129-150.

PISARELLO, Gerardo, “Jueces y Constitución en los Estados Unidos (Elementos para una reflexión sobre el activismo)”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, enero-julio, 2000, pp. 273-284.

PISARELLO, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, Madrid, 2014.

PISARELLO, Gerardo, *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2012.

PÓLIT Montes de Oca, Berenice, “Control constitucional de los mecanismos de participación popular directa” en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 63-100.

PORRAS Velasco, Angélica, “Los derechos laborales y la Seguridad Social en la nueva Constitución. Algunos lineamientos para el cambio legislativo”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 157-178.

POSADA, Alfonso de, *Tratado de Derecho Político*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935.

---

POUND, Roscoe, “The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” en *Journal of the American Judicature Society*, vol. 46, 1962.

POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación”, trad. de Josep M. Vilajosana, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social* (Buenos Aires, 1977), núm. 21, vol. II (1998), pp. 339-353.

PRIETO Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013.

PRIETO Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 181.

PRIETO Valdés, Martha, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Nuevos paradigmas político constitucionales”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 77-104.

REY Pérez, José Luis, “La reforma del artículo 135: Una alteración del título preliminar (estado social) por la puerta de atrás”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2001, pp. 231-245.

RODRÍGUEZ Barraza, Adriana, *Identidad lingüística y nación cultural en Johann Gottfried Herder*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008

RODRÍGUEZ Díaz, Isaías, “Evolución de los derechos civiles y políticos y su regulación en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 25-43.

ROJAS Balanza, Valeria, *La reparación integral: un estudio desde su aplicación en acciones de protección el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2012.

---

ROMERO Larco, Johanna, “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad” en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 181-210.

ROMERO Larco, Johanna, “La acción por incumplimiento: garantía de la seguridad jurídica”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 225-252.

ROURA Gómez, Santiago A., “Supremacía y rigidez constitucional en la Constitución de 1812”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 23, 1997, pp. 133-154.

ROURA Gómez, Santiago, *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

RUBIO Correa, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 149 y 150.

RUSSIÁN, Clodosbaldo, “El poder ciudadano en Venezuela: reivindicación histórica de una planteamiento bolivariano”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 365-391.

SAIZ Arnáiz, Alejandro, “De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en LÓPEZ Castillo, Antonio, SAIZ Arnáiz, Alejandro y FERRERES Comellas, Víctor, *Constitución Española y Constitución Europea análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 51-75.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “La constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 409-432.

SALGADO Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.

SALGADO, Judith, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 137-156.

SÁNCHEZ Ferriz Remedio, y GARCÍA Pechuán, Mariano (coords.), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene Edicions, Valencia, 2001.

SANÍN Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional 2: Del existencialismo popular a la verdad de la democracia*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-Red por el Constitucionalismo Democrático (RCD), Quito, 2011.

SANÍN Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.), *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Derecho y emancipación*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011.

SARTRE, J. Paul, “Presentación”, *Les Temps Modernes*, 1945.

SCHAVELZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS-Plural Editores, La Paz, 2012.

SCHMITT, Carl, *Los fundamentos históricos-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, trad. de Pedro Madrigal, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

---

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

SIEGEL, Sephen A., “Let Us Now Praise Infamous Men”, en *Texas Law Review*, vol. 73, 1995, pp. 661 y ss.

SILVA Calderón, Álvaro, “Régimen socioeconómico y acción del estado en la economía nacional”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 457-483.

SILVA García, Fernando, “La Unión Europea: problemas constitucionales derivados de su estructura y funcionamiento institucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, 2002, pp. 589-620.

SILVA Portero, Carolina, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 51-84.

SILVA, José Ignacio y SCHLIESSER, Reinier, *La evolución de la pobreza en Venezuela*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 1998.

SOTO Cordero, Fabián, “Hábeas data: garantía jurisdiccional del derecho a la autodeterminación informativa”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 185-202.

SOTO Cordero, Fabián, “Sentencias constitucionales: tipos y efectos”, en MONTAÑA Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 211-234.

STORINI, Claudia y Escudero Soliz, Jhoel, “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-33.

STORINI, Claudia y NAVAS Alvear, Marco, *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) – Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

STORINI, Claudia, “El poder ciudadano: una visión paradigmática del control social y de la participación ciudadana en la gestión del estado”, en PALACIOS Romeo, Francisco José y VELÁZQUEZ Reque, Dixies (coords.), *Estudios sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela. X Aniversario*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 393-411.

STORINI, Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 287-312.

SUING Nagua, José, “El sistema nacional descentralizado de planificación participativa”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 383-402.

SUNSTEIN, Cass, “Beyond the Republican Revival”, en *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, pp. 1548 y ss.

TORRE, Rosa Elena de la y MONTAÑA PINTO, Juan, “El hábeas data en Ecuador”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 179-192.

TORRES López, Juan (coord.), *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*, Icaria, Barcelona, 2006.

TORRES, Luis Fernando, “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 429-450.

---

TROYA Jaramillo, José Vicente, “El modelo económico, financiero y tributario de la Constitución de 2008”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 315-328.

TRUJILLO, Julio César “La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, en *Foro: revista de derecho*, Universidad Andina Simón Bolívar/CEN, Quito, 2004, No. 3.

TRUJILLO, Julio César, “Sociedad civil, Estado y participación” en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 21-44.

URIBE Terán, Daniel Fernando, “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”, en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 253-274

URIBE Terán, Daniel Fernando, “Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador” en MONTAÑA Pinto, Juan y PORRAS Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, pp. 83-102.

VÁZQUEZ E., Juan F., *Procedencia de la acción extraordinaria de protección en los juicios ejecutivos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.

VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979.

VEGA García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2011.

VELÁSQUEZ. R., Carolina, *La acción extraordinaria de protección y los laudos arbitrales*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, mayo-2010.

VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en ÁVILA Linzán, Luis Fernando (ed.), *Política, justicia y Constitución*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)-Red por el Constitucionalismo Democrático, Quito, 2012, pp. 157-188.

VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-24.

VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Ágora*, núm. 13, 2005, pp. 55-68.

VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 11-50.

VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén, “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 7-29.

VICIANO Pastor, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

VICIANO Pastor, Roberto, “Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pp. 105-118.

VICIANO Pastor, Roberto, “El largo camino hacia una Constitución europea”, en *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. 1, 2001, pp. 91-104.

---

VICIANO Pastor, Roberto, “La columna vertebral de la revolución: el fenómeno participativo en la Venezuela bolivariana”, en TORRES López, Juan (coord.), *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*, Icaria, Barcelona, 2006, pp. 45-60.

VICIANO Pastor, Roberto, “La función legislativa en la nueva Constitución de Ecuador”, en ÁVILA Santamaría, Ramiro, GRIJALVA Jiménez, Agustín y MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 159-170.

VICIANO Pastor, Roberto, “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 67-68, 2009, pp. 91-99.

VILLABELLA Armengol, Carlos Manuel, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 49-76.

VILLABELLA Armengol, Carlos, “El Derecho Constitucional del Siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”, en VICIANO Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 51-76.

VILLACRÉS López, Javier Fernando, “La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en Ecuador”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO Soliz, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 335-355.

VILLAVERDE, Ignacio, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.182.

VV. AA, *Dictamen sobre el Proyecto de Constitución de Bolivia*, REPAC, La Paz, 2007.

VV. AA., *El Derecho Constitucional en el umbral del siglo XXI. III Congreso venezolano de Derecho Constitucional*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1993.

VV. AA., *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 2002, Madrid.

VV. AA., *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos*, Quito, Asociación Escuela de Derecho, 2011.

VV. AA., *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2007.

VV.AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

WALDRON, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 18-51.

WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, Civitas, Madrid, 1991

ZAMBRANO Álvarez, Diego, “Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de derechos”, en ÁVILA Linzán, Luis Fernando, *Emancipación y transformación constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2011, pp. 273-306.

ZÁRATE M., Valentina, *La acción extraordinaria de protección frente a la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.

ZAVALA Egas, Jorge, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Edilex, Guayaquil, 2012, p. 228

ZINN, Howard, *La otra historia de los Estados Unidos (desde 1492 hasta hoy)*, Hiru, Hondarribia, 2005.