



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**TITULO**

*TIPOLOGIA DE LAS SENTENCIAS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES.  
LA RESPUESTA DEFICIENTE DE NUESTRA CORTE CONSTITUCIONAL COMO  
INTERPRETE JURIDICO FINAL*

*“Tesis previa a la obtención de Especialista en Derecho Constitucional”*

*Directora. Dra. Silvana Tapia de Tuven*

*Autor: Dr. Enrique Correa Alvarado*

*Cuenca, Enero de 2.012*

*Dedicatoria*

*A Marcia, mi esposa y compañera en la vida. Mujer abnegada y madre llena de amor.  
A Carolina, mi hija, y alumna en casa con quien aprendo de la pasión  
por el derecho  
A mis hijos Santiago y Juan Pedro, solidarios. Mi esfuerzo siempre será también para  
Ellos.*

## AGRADECIMIENTO

*Cuando se inicia un trabajo de esta naturaleza, se busca una profesora o profesor que dirija la investigación. En ésta coyuntura tuve la suerte de conocer a la doctora Silvana Tapia, docente de la Universidad del Azuay, quien también es asesora del consultorio jurídico de dicha Institución. En la primera entrevista me llamó la atención su meticulosidad, su interés en mi trabajo, su seriedad, los detalles y el diálogo abierto, y porque no decirlo, apuntó las omisiones en que yo había incurrido al formular el diseño preliminar. En el desarrollo del trabajo, ella ha estado pendiente y ha demostrado un interés sobre el contenido del mismo, que lo aprecio y valoro mucho. Por ello, estas palabras de agradecimiento que siempre serán insuficientes.*

*A mi amigo y colega Mauricio Vintimilla Rodriguez, conocido para los que lo queremos como “El Colorado” mi agradecimiento de corazón. Su valioso aporte en las conversaciones sobre el derecho las aprecio y respeto mucho. Fue mi compañero en el curso que seguimos en la UDA, y desde allí hemos intercambiado libros que sirvieron para ésta investigación y, que cuando son suyos, tienen señales evidentes de haber sido devorados en lecturas que luego se transmiten y discuten. Gracias a su generoso aporte, los textos de autores como: Dworkin, Robert Alexy, García Figueroa, Prieto Sanchis, Enrique Dussel, Savater, o Ferrajoli están más cerca, o si no !!! habrá que encontrarlos!!!*

*A María Elena Ramirez, también compañera en el posgrado, por su valiosa colaboración y dedicación en los trabajos hechos en grupo. A Juan Carlos Ordóñez, amigo de toda la vida quien también apoyó mi investigación. A Lucía, por su ayuda en mi oficina. Al personal de profesores de la Universidad de Azuay que impartieron el curso de especialización, como Tarquino Orellana, Marco Machado, María Paula Romo, Anacelida Burbano, Juan Pablo Aguilar, entre otros, y a quienes laboran en el Departamento de Posgrados, como Jenny Ríos, les hago llegar mi agradecimiento por abrirnos las puertas a estudiantes de todas las Universidades.*

*A la gente que trabaja en la Biblioteca de la Universidad de Cuenca por haberme ayudado con los libros que faltaban.*

## INDICE CONTENIDO

<b>-Prólogo y Objetivo General</b> .....	8
<b>-INTRODUCCION</b> .....	12
<b>CAPITULO I: MODULACION TRADICIONAL DE LAS SENTENCIAS</b>	
-Sentencias estimatorias y desestimatorias.....	15
-Sentencias Manipulativas o atípicas e interpretativas.....	16
-Sentencias integradoras o aditivas.....	21
-Sentencias sustitutivas y exhortativas.....	23
-Sentencias con efecto temporal o prospectivas.....	24
-Sentencias ex nunc y de inconstitucionalidad diferida.....	25
-Sentencias fundadoras de línea.....	30
-Sentencias Hito.....	33
- Sentencias confirmadoras de principio y otros modelos.....	36
-Sentencias de inconstitucionalidad por omisión.....	39
-Sentencias atípicas y de unificación de Jurisprudencia.....	40
<b>CAPITULO II</b>	
-Principios fundamentales de las sentencias de inconstitucionalidad.....	44
- De Congruencia y de Motivación.....	45
-De Colegialidad y Eficacia.....	48
-Otras acepciones dentro de la tipología de sentencias: el Decisum.....	
- La Ratio Decidendi y el Obiter dicta.....	51
<b>CAPITULO III</b>	
-Comentario del Control Constitucional expresado en dos sentencias de la Corte Constitucional.....	53
- Análisis crítico de la Sentencia emitida respecto a los decretos ejecutivos que declaran el estado de Excepción en Petroecuador.....	54
Análisis Crítico de la sentencia que declara la constitucionalidad condicionada de varios artículos de la Ley de Minas.....	61
-Reflexiones para la vigencia de un “órgano de cierre” en materia Constitucional Tesis del doctor Agustín Grijalva.....	69

## **CAPITULO IV**

CONCLUSIONES..... 73

BIBLIOGRAFIA..... 76

## **ABSTRACT**

*A glance at the understanding of justice and the role that Constitutional Courts play in this regard by expressing their decisions in different types of sentences. Couture becomes up-to date when, on his first commandment he postulates that "law is constantly transformed" and today, like never before, we are living a true revolution that brings us the so called neo-constitutionalism with new ways to interpret rules in a context of respect and ensurance of human rights. These types of sentences are to be found in this research paper as well as the analysis of legal conflicts that the Ecuadorian Constitutional Court has faced, not precisely as an activist for the protection of citizen's rights.*

## **RESUMEN**

*Una mirada a como entender la justicia, y el rol que respecto al derecho juegan los Tribunales Constitucionales que expresan sus decisiones en variadas formas de sentencias. Couture se vuelve actual cuando en el primer mandamiento postula que el “derecho se transforma constantemente” y hoy, como nunca antes vivimos una verdadera revolución que nos trae el llamado neoconstitucionalismo con nuevas formas de interpretación de las normas en un contexto de respeto y garantía de los derechos humanos. Esos tipos de sentencia se encuentran en ésta investigación, y por supuesto el análisis de conflictos jurídicos que ha enfrentado la Corte Constitucional ecuatoriana que, no ha sido precisamente activista en la protección de derechos de los ciudadanos.*

***TIPOLOGIA DE LAS SENTENCIAS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES. LA RESPUESTA DEFICIENTE DE NUESTRA CORTE CONSTITUCIONAL COMO INTERPRETE JURIDICO FINAL***

*“Recuerda que cualquier momento es bueno para comenzar, y que ninguno es tan terrible para claudicar.*

*No olvides:*

*Que la causa de tu presente es tu pasado, así como la causa de tu futuro será tu presente.*

*Aprende de los audaces,  
de los fuertes,*

*De quien no acepta situaciones,*

*De quien vivirá a pesar de todo,*

*Piensa menos en los problemas y más en tu trabajo*

*Y tus problemas sin alimentarlos morirán.*

*Aprende a nacer desde el dolor*

*y a ser más grande que el más grande de los obstáculos”*

***Pablo Neruda***

## **1.- PROLOGO-**

La Vigencia de la Constitución de Montecristi supuso la esperanza de un cambio en la concepción del Estado y de sus principios, pues al establecer el tránsito desde un “Estado Legal” – en donde la ley somete a todo el poder público- a un “Estado constitucional de derechos” implica el advenimiento del “*neoconstitucionalismo*” teoría que se ha desarrollado en Europa desde mediados del siglo XX, y en Latinoamérica -luego del período de las dictaduras- que marca una distancia importante con el positivismo o formalismo jurídico. La Constitución de 2008, en adelante (CRE) supone un avance sin precedentes en el Constitucionalismo ecuatoriano, pues incorpora una amplia gama de derechos, incluyendo la decidida protección a los “derechos sociales” aparte del reconocimiento de otros – como los de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas y los de la naturaleza- que tienen que ver con nuestra cultura andina y nuestra realidad evidente: somos un Estado plurinacional. Obviamente este avance va de la mano de la creación de varios tipos de garantías o herramientas para hacer efectivos la gran diversidad de derechos que se reconocen; pudiendo destacar entre aquellas las ***garantías jurisdiccionales*** como son la acción de protección; el habeas corpus; el habeas data; la acción por incumplimiento, y la polémica acción extraordinaria de protección.

En este contexto, la Constitución de Montecristi ha creado un nuevo órgano que fortalece al desaparecido Tribunal Constitucional, y que no es otro que *la Corte Constitucional* que se convierte en el “máximo intérprete de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado”. La creación de este nuevo órgano suscitó un activo debate jurídico-político -en las misma Asamblea Constituyente- pues muchos lo veían como un “superpoder” sobre la actual Corte Nacional e incluso sobre el Legislativo, y otros han opinado – en ésta misma línea- que no es sino la creación de una nueva instancia procesal atentatoria a la seguridad jurídica. Sin duda muchas de las críticas fueron exageradas y no fueron estudios argumentados, pero no por ello podemos soslayar una serie de inquietudes, de riesgos que puede afectar a la Corte Constitucional y que deben ser analizados.

Entre las varias competencias que tiene la Corte Constitucional, fijadas tanto en la Constitución como en la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante (LOGJCC) existe una innovación fundamental que la encontramos en el artículo 86 numeral 5 y artículo 436 numeral 6 de la Carta Fundamental , de cuya lectura deducimos que el máximo órgano de control constitucional se ha transformado – de una Corte de instancia o apelación como lo fue el Tribunal Constitucional- *a una Corte para sentar jurisprudencia obligatoria*. La facultad de máximo intérprete de la Constitución por parte de la Corte Constitucional encuentra su proyección más concreta en la posibilidad de dictar “jurisprudencia obligatoria” con efectos no sólo entre partes sino *erga omnes*. Esto significa un reconocimiento de la Jurisprudencia como nueva fuente del Derecho.

Esta nueva concepción- en donde las sentencias no sólo deciden un conflicto jurídico- sino que contienen una interpretación del contenido o alcance de los derechos fundamentales, ha despertado mi preocupación por analizar y comprender dos situaciones estrechamente relacionadas, y que son: a) la Tipología de las sentencias que pueden presentarse dentro del control constitucional que corresponde a la Corte Constitucional. Sus clases, denominaciones, efectos; así como los principios que deben aplicarse en las sentencias serán materia de la primera parte de este trabajo en búsqueda de comprender su real significado y aplicación en un contexto en donde *el control difuso* de constitucionalidad no es muy claro para todos los jueces; y,

b) El accionar de la Corte – como fuente de jurisprudencia vinculante a través de la selección de ciertos casos<sup>1</sup>- que han causado desconcierto, confusión, y una nula protección de los derechos que ampara la Constitución. Creo que este sentimiento no es personal, sino compartido por muchos ecuatorianos y ecuatorianas decepcionados de algunos acontecimientos y sentencias de la Corte que, se ha visto envuelta en actos de corrupción.

Recordemos si no varias de aquellas decisiones relacionadas por ejemplo con el control de los decretos de estado de excepción que ha dictado el Presidente de la República para la estatal Petroecuador y últimamente en la Función Judicial; la constitucionalidad de la Ley Minera<sup>2</sup>; o, el tema relativo a las revocatorias del mando de autoridades de elección popular; el caso “Teleamazonas”; la acción de incumplimiento de la amnistía en el caso “Villalta” son sólo unos pocos ejemplos, que confirman que tales sentencias están muy lejos de ser consideradas como “hito” y menos “fundadoras de línea” , y más bien traslucen contenidos en donde predominan intereses más bien politiqueros, que no aportan en nada al debate del derecho Constitucional, lo que demuestran que la Institución sigue siendo permeable a la influencia del poder político que se vale de la Corte para “legitimar” sus fines. El resultado es obvio: *La Corte Constitucional va perdiendo no sólo credibilidad sino la oportunidad histórica de que sus sentencias sean un reflejo de una justicia independiente e imparcial, en donde la única norma suprema sea la Constitución y no las conveniencias de los distintos actores políticos o corporativos.*

---

<sup>1</sup> La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional LOGJCC, en su artículo 25 establece las reglas de aplicación para la selección de sentencias de la Corte Constitucional, y muchas de ellas en forma muy ambigua como la que se lee en el numeral 4.- de dicha norma, lo que permitirá la selección de casos en función de ciertos intereses que direccionen la selección en la Corte Constitucional

<sup>2</sup> En sentencia de mayoría se declaró la constitucionalidad condicionada de varios artículos de la ley, pese a que jamás se realizó la consulta previa (art 57.7 de la Constitución) ni la pre legislativa a los pueblos nacionalidades y comunidades indígenas de acuerdo al art. 57 numeral 17 ib. aparte de otros aspectos que imponían una declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo y la forma.

## OBJETIVO GENERAL

Ante la grave deficiencia de una Corte Constitucional independiente, que repercute en una producción de sentencias de poca calidad, el objetivo es realizar un trabajo *jurídico-descriptivo* de aquel tipo de sentencias que faltan para que exista un verdadero control constitucional de las leyes y, que haga valer el principio de supremacía Constitucional. En éste análisis estará la evolución de los distintos tipos de sentencias que ha aceptado la doctrina nacional y extranjera en el derecho Constitucional de nuestros días. De otro lado, el trabajo contendrá una *faceta crítica-propositiva* a la deficiente producción de este tipo de sentencias en la Corte Constitucional, pues en muy contados casos, se han expedido aquellas “*sentencias fundadoras de línea*” en tanto que las “*modulativas*” no han sido correctamente aplicadas.

La Corte Constitucional existe, pero ha dejado de ser creíble.<sup>3</sup> El trabajo pretende ser un aporte para conocer los diversos tipos de sentencia de las que se valen los jueces constitucionales para resolver en ocasiones casos muy complejos; y, además, proponemos una crítica a la actual producción de la Corte, en donde anotaremos varios ejemplos que abonan la desilusión. La esperanza que queda es que la Institución como tal es fundamental para la democracia, y significa un avance para la vigencia de un “Estado constitucional de derechos” y quizás las falencias pasen por sus integrantes<sup>4</sup> lo que ha llevado a un pago de favores en beneficio de quienes han callado frente a ésta extraña como inaceptable metamorfosis.

---

<sup>3</sup> A la fecha que se hace este trabajo, el Presidente de la Corte Constitucional doctor Patricio Pazmiño enfrenta una investigación en la Fiscalía por un supuesto soborno que se le ha entregado por parte de la Cervecería Nacional en torno a un fallo en una acción Constitucional que fue resuelta en la Corte a favor de dicha Empresa. Con motivo de esta causa, el Secretario doctor Arturo Larrea Jijón fue separado del cargo.

<sup>4</sup> Recordemos que los miembros del desaparecido Tribunal Constitucional mediante resolución de sus propios integrantes, se autoproclamaron como magistrados y magistradas de la nueva Corte Constitucional haciendo una interpretación a su conveniencia del artículo 27 del Régimen de Transición. Publicado en el RO-S 451 de 22 de Octubre de 2.008

## INTRODUCCION

La Constitución ecuatoriana aprobada mediante referéndum y que rige desde el 20 de Octubre de 2.008, tiene algunas novedades en relación a la historia constitucional ecuatoriana. Una de ellas, es la creación de un órgano denominado corte constitucional cuya potestad principal es la de constituirse en el máximo intérprete con el carácter de obligatorio no sólo de la Constitución sino de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador en el concierto Internacional.

Esta novedosa facultad rompió con décadas de una tradición arcaica seguida por el Constitucionalismo ecuatoriano que depositó en un órgano político: el Congreso nacional esta primordial competencia, lo cual, obviamente consolidó un Estado en donde regía el principio de soberanía parlamentaria, y un culto al principio de legalidad.

Con la corriente Neoconstitucionalista, cambia el modelo de estado desde aquel *Legicentrista* al denominado “*constitucional de derechos y justicia*” y se impone el modelo garantista en donde todos los jueces son constitucionales, es decir, guardianes de la Constitución, cuyo contenido axiológico de carácter rígido debe imponerse inclusive sobre aquellas leyes vigentes pero injustas. El derecho hoy transita hacia una nueva dimensión, hacia un *deber ser*, en donde las normas jurídicas ya no están solamente “puestas” por el Legislador sino que *tienen que ser válidas*, es decir quedan condicionadas por vínculos que son sustanciales relativos a sus contenidos y significados.

En este contexto, la corte constitucional crea jurisprudencia vinculante y obligatoria con efectos generales, fortaleciendo el denominado “Derecho Judicial” que se expresa en forma de precedente como una fuente muy importante para la aplicación del derecho por parte de todos los jueces, y como herramienta invaluable para los profesionales del derecho y ciudadanía en general que debe involucrarse en esta nueva forma de ver el derecho, no sólo como un conjunto de normas de contenido imperativo o prohibitivo, sino con un contenido ético, donde los principios que sostienen y definen a los derechos Humanos deben imponerse y derrotar a las normas injustas.

Para hacerlo los jueces constitucionales se valen de distintos tipos de sentencias, que pueden dejar intacto el texto de la norma sujeta a control, pero reinterpretándola; o en otros casos, adicionando cláusulas para defender el derecho de igualdad. Pueden también condicionar los efectos de las sentencias en el tiempo, en la materia, o en un determinado territorio. No ha escapado de la polémica y la discusión en foros académicos aquella facultad de la corte constitucional que, mediante sus fallos, puede convertirse en *Legislador positivo*, cuando hay mora u omisión en las obligaciones constitucionales establecidos para la Asamblea o de cualquier Institución o autoridad pública. Hay entonces inquietudes por resolver ¿Puede la corte constitucional dictar ese tipo de sentencias, y cuáles son éstas? ¿Cuál es el papel que ha desempeñado nuestra Corte dentro del control de la Constitución? ¿Cuál la importancia del precedente, y puede variar con otro posterior? ¿Cuáles son los principios que obligatoriamente debe tener una sentencia para que se convierta en un precedente digno de imitarse? ¿Hasta que punto la respuesta de la Corte ecuatoriana ha sido la adecuada para la solución de los conflictos sociales? ¿La Corte constitucional de transición ha respondido activamente como garante de los derechos colectivos en el caso de la sentencia en la ley de Minas? ¿Por qué la Corte se ha mostrado muy permisiva con el ejecutivo en el control de los estados de excepción en empresas estatales, convirtiendo en permanente lo que deber ser temporal? ¿A respetado nuestra Corte el estándar de protección internacional e Iberoamericano respecto de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas?

Intentaremos responder estas preguntas desde el punto de vista jurídico para sostener, al final, que el papel de la Corte ha sido decepcionante en cuánto al control en por los menos dos casos propuestos en ésta monografía: La sentencia de constitucionalidad condicionada en la ley de Minas, y el “control” de los decretos ejecutivos de estado de excepción en la empresa Petroecuador.

Este trabajo esta dividido en cuatro capítulos.

En el primero, encontramos los distintos tipos de sentencias que son frecuentes en derecho constitucional, desde las clásicas estimatorias hasta las modulativas, en donde haremos un recuento histórico que pone énfasis en la importancia de las “*sentencias hito*”, y la producción de nuestra corte. En el segundo, analizaremos los principios que deben aplicarse en toda sentencia constitucional que se precie de tal calificación. El tercer capítulo, contiene un análisis crítico a dos fallos emitidos por la corte. Estas sentencias, en el control de la ley de Minas y de los decretos de estado de excepción, dejan muchísimas dudas sobre la independencia de la Corte; veremos cuáles fueron sus antecedentes, los problemas suscitados, y la respuesta de

dicho órgano que decepciona dejando incólumes problemas que deberían estar solventados. Como contraste añadimos un comentario al aporte del tratadista y catedrático ecuatoriano Agustín Grijalva sobre el verdadero rol que debe tener un Tribunal Constitucional. En la cuarta parte, expresaremos nuestras reflexiones en forma de conclusiones, sobre la “tipología de sentencias” que existen actualmente, y la respuesta dada ,desde el punto de vista jurídico, por la corte constitucional en casos específicos.

Tenemos más razones para estar pesimistas y escépticos, y lo que es peor, no hay signos de que las cosas vayan a cambiar en el corto plazo.

## CAPITULO I

### 1.1.-Modulacion Tradicional:

Las sentencias de la Corte Constitucional, como de las demás ramas de la función judicial, se pueden clasificar en “*estimatorias*” y “*desestimatorias*”. Las primeras acogen la demanda. Las segundas, no le dan la razón. Esta clasificación de PALOMINO MANCHEGO, es el esquema básico pero resulta insuficiente para comprenderlas, pues actualmente cuando la Corte Constitucional dicta una sentencia en materia de inconstitucionalidad de las leyes, eventualmente esa declaratoria, puede terminar ocasionando mayores inconstitucionalidades que las que busca remediar.

Recordemos que la Corte Constitucional es el “órgano de cierre” y constituye la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los Tratados de derechos humanos ratificados por el Ecuador (Art.436 numeral 1 de la CRE) de modo que sus decisiones no tienen mayores posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En todo caso es necesario precisar que reconocida la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH) las sentencias de los Tribunales Constitucionales pueden ser objeto de impugnación ante la Corte Interamericana, en cuanto acto estatal que puede vulnerar derechos humanos, y en ese caso, los efectos del fallo dictado por el Tribunal – en nuestro caso La Corte Constitucional- en jurisdicción interna tendría efecto sólo de cosa juzgada formal y sólo se convertiría en cosa juzgada material si no hay impugnación ante la Corte Supranacional. Por lo tanto, el fallo o resolución de la Corte interamericana que considere el acto jurisdiccional interno violatorio de los derechos humanos, debe cumplirse, y sería entonces susceptible de producir responsabilidad internacional de ese estado. Si no fuese así, se incumpliría el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos esenciales de la persona humana (derechos humanos) que pesa sobre todos los órganos del Estado. (Arts. 3.1 y 11.9 de la CRE)

Al respecto la Constitución Ecuatoriana entre los “principios de aplicación de los derechos” en su artículo 11 numeral 9 establece que:

*Art 11.- El ejercicio de lo derecho se regirá por los siguientes principios:*

*9.- el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución*

La misma disposición en el inciso cuarto, consagra la responsabilidad del estado, por “detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia...”

De otro lado, el origen de ésta clasificación la podemos encontrar en el Derecho Romano Clásico, del cual junto con el germánico, somos herederos directos, que son sistemas fundamentalmente casuísticos. En Roma, el derecho nació como patrimonio casi exclusivo de jueces y filósofos<sup>5</sup>.

Los juristas romanos crearon un lenguaje jurídico técnico preciso que permitía poner orden en los conflictos de tráfico económico al agrupar formalmente los problemas reales de muy variada naturaleza y formular reglamentaciones coherentes. Convinieron conceptos “patrón” para a intervención de los magistrados<sup>6</sup>

### **1.1.2.- Modulaciones que afectan al Contenido o “Manipulativas”:**

En el ámbito del derecho comparado, con la expresión “sentencias manipulativas” se designa a los pronunciamientos expedidos por los Tribunales Constitucionales cuyo análisis ya no puede ser abordado bajo la dicotomía de sentencias estimatorias/desestimatorias, propia de la teoría general que acabamos de citar.<sup>7</sup> La nota característica en estas sentencias, consiste en que encontramos su explicación no en consideración a la relación que puede existir entre lo pedido y resuelto por el Juez Constitucional sino, esencialmente, a la transformación que sufre la ley –ya sea en sus disposiciones o sentidos interpretativos- tras su sometimiento al control de constitucionalidad.

---

<sup>5</sup> “...fue el romano en su expresión más genuina (la clásica) un derecho jurisprudencial, entendiendo la jurisprudencia en el sentido de criterio o doctrina del jurista, denominado en Roma jurisprudente o jurisperito” (FERRETI Aldo Topacio, Derecho Romano patrimonial, México D.F., Universidad Autónoma de México 1.992, p 7.

<sup>6</sup> “...el *proceso* judicial adoptó la forma clásica de una pregunta que alguien formula a un magistrado y a la que este debe responder *sí o no*. Esto es: el procedimiento judicial romano se resume en la forma de solicitar algo a la autoridad y obtener una respuesta decisoria que no va más allá de lo solicitado” CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta Prohibida*, 4ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2.008, p 97.

<sup>7</sup> Al respecto CARPIO Marcos Edgar dice: “...La expresión, en sí misma, fue acuñada por la doctrina italiana (*sentenze manipolative*) y se ha extendido en el ámbito iberoamericano tras su difusión, en 1.981 del trabajo del mismo nombre efectuado por Alessandro Pizzoruso, en un libro colectivo publicado en España con el objeto de estudiar el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1.978”. Véase artículo de éste autor : “Principio de legalidad penal y sentencias manipulativas”, En: Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e Integración en el Derecho latinoamericano, Universidad Autónoma de Chile, Lima, 2.007 p 338.

Aclaremos que no se trata de una transformación del texto normativo y no podemos hablar de un “manoseo” en los alcances interpretativos de la ley para el servicio de ciertos intereses como pudiera entenderse del verbo “manipular” en su acepción semántica, sino como una consecuencia propia e inevitable de las funciones que se ha confiado a los Tribunales Constitucionales. Dado que en el idioma castellano la expresión “manipulativa” tiene una connotación negativa, en algunos países ésta misma clase de sentencias se ha rebautizado con el nombre de sentencias “*atípicas*” (España) o “*intermedias*” (Colombia).

Desde una perspectiva teórica, no podemos rechazar estas sentencias a pretexto de su adjetivización como “manipulativas”, más aún cuando se encuentran previstas en el Art 5 de La LOGJCC y, además porque las sentencias manipulativas formalmente son estimatorias o desestimatorias, éstas no son ajenas a los tipos de sentencias que puede dictar nuestra Corte Constitucional.

Finalmente, las sentencias “manipulativas” comprenden a su vez a las sentencias interpretativas o condicionales, a las integradoras o aditivas y a las sustitutivas. Según la doctrina, el principal argumento que las justifica es la seguridad jurídica.

### **1.1.3.- Sentencias interpretativas o condicionales**

El germen de estas sentencias lo encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana. Un principio de la *judicial review of legislation* ha sido que la declaración de inconstitucionalidad de una ley no se puede realizar en todos aquellos casos en los que la ley sea susceptible de interpretarse de conformidad con la Constitución.

Mediante las sentencias interpretativas, la Corte Suprema Norteamericana y los Tribunales constitucionales no declaran la inconstitucionalidad de una disposición legislativa si es que entre las diversas opciones interpretativas, existe cuando menos una que permite que la ley pueda ser interpretada en armonía con la Constitución (*interpretation in the armony to the constitution*)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Ya en 1.910, un clásico como Westel W. Willoughby (The Constitutional law of the United States, T. 1, New York 1.910, p. 42) podría decir que: “Los Tribunales de los Estados Unidos han reiterado la doctrina de que una ley de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser juzgada inconstitucional si, por medio de una interpretación razonable de la Constitución o de la ley, una y otra pueden ser armonizadas”. Citado por CARPIO Marcos Edgar, ib. p 339.

Las sentencias interpretativas suponen entonces que *se expulsa una interpretación de la disposición*, pero se mantiene la eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulta conforme con ella, el Tribunal Constitucional *no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo el sentido interpretativo que colisiona con ella*. Se dice que es una sentencia manipulativa, pues después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el Legislador.

Las sentencias interpretativas pueden ser:

- a) *Desestimativas o de rechazo*.- Surgen al establecer la interpretación conforme a la Constitución del enunciado normativo. De éste modo, la validez de la disposición es conservada (lo que la Corte Constitucional llama el “principio de conservación del derecho”<sup>9</sup>)
- b) *Estimativas o de acogimiento*.- La Corte no anula la disposición- en cuanto tal- impugnada como inconstitucional, sino solamente una de sus interpretaciones diciendo que la disposición es inconstitucional *en cuanto* que sea interpretada de modo inconstitucional, o bien *en la parte* que expresa una norma inconstitucional . También en ésta, se conserva el enunciado normativo, pero su interpretación inconstitucional –o, más precisamente la norma que de ahí deriva- en definitiva es expulsada del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*.<sup>10</sup>

Las sentencias interpretativas o condicionales buscan entonces preservar la obra legislativa , eliminando sólo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas contrarias al orden jurídico.

Como dice el jurista Gascón citado por Luis Prieto Sanchis, en las sentencias interpretativas el Tribunal Constitucional :

---

<sup>9</sup> Art.76 numeral 4 de la LOGJCC

<sup>10</sup> De acuerdo al artículo 436 numerales 1 y 4 de la Constitución, los efectos de las sentencias que dicta la Corte son propiamente de invalidez y no de nulidad, pues se acepta que los actos impugnados existieron.

*viene a desempeñar una función propia de Tribunal Supremo, dado que establece cuál es el sentido correcto que debe atribuirse a un enunciado o cuáles procede excluir”<sup>11</sup>*

La corte constitucional ecuatoriana (a la que identificaremos como CC) pronunció una sentencia interpretativa estimatoria, y a su vez exhortativa (**No 003-09-SIN-CC /Caso No 0021 de 2.009**) en el debate suscitado sobre sí los servicios del aeropuerto Mariscal Sucre y del nuevo aeropuerto de Quito, concesionados por el Distrito Metropolitano de Quito a la Corporación QUIPORT, son o no públicos, declarando la *interpretación condicionada* del inciso segundo del Art 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por existir errónea interpretación de la misma, y se *exhorta a la Asamblea Nacional* a dictar las modificaciones normativas en la ley Orgánica que regula el sistema de Competencias respecto a los contratos de concesión.

*Intentó una* sentencia interpretativa **la # 001-08-SI-CC de 28 de Noviembre de 2.008** en donde queriendo resolver el grave problema que surgió cuando los jueces designados por sorteo para integrar la Corte Nacional de Justicia no aceptaron el respectivo encargo.

Como el régimen de transición de la Constitución no estableció ninguna regla específica para esa hipótesis (el rechazo a la designación como juez de la Corte Nacional de Justicia), la Comisión de legislación y Fiscalización por medio de María Paula Romo, Félix Alcívar, Asambleístas del Movimiento País entre otros legitimados activos, solicitaron a la Corte una interpretación de los artículos 21, 20 y 27 del régimen de Transición de la CRE sobre el Consejo Nacional de la Judicatura, Disposición Transitoria 8 (CRE) sobre las Comisarías de la Mujer y la Familia, Cortes Militares y policiales varias normas Constitucionales y el Art 21 del régimen de Transición que estable el funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, Arts. 20 27 sobre el Consejo Nacional de la Judicatura. En realidad, sin embargo, *nada podía interpretar la Corte porque precisamente el régimen de Transición no contemplaba la hipótesis fáctica puesta a su consideración*; y, como no existía la posibilidad de interpretar la Constitución para resolver el problema suscitado, La CC asumió funciones legislativas y terminó *dictando* 19 reglas en las que se determinaba que ante la negativa de los jueces para aceptar el cargo, las funciones debían ser asumidas por los conjuces permanentes designados por el pleno ante la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta el criterio de antigüedad en la designación”, y, en su defecto por los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia, teniendo en cuenta la antigüedad en su designación.

---

<sup>11</sup> PRIETO Sanchis Luis: Apuntes de Teoría del Derecho, Editorial Trotta, 4ª ed. Madrid, 2.005, p 219.

Estas funciones, jamás pueden ser “interpretación” de la Constitución, ni siquiera entendiendo la expresión “interpretación” en el sentido más laxo y amplio posible. Se tratan, simplemente de funciones parlamentarias que correspondía a la Asamblea Nacional y no a la Corte Constitucional.

Tuvo la oportunidad brillante de dictar una “sentencia hito” cuando pronuncia **el fallo 0010-10 SCN-CC de 5 de Agosto de 2.010(R.O. 256 S. S. 12 de Agosto de 2.010)** cuando fue consultada por varios Tribunales distritales de lo Fiscal y administrativo en virtud del Art. 428 de la Constitución, y, en algunos casos del Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. La norma cuestionada fue el artículo 7 de la ley reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, contante en el art. 233, numeral 1 del Código Tributario (obligación del actor de caucionar la demanda tributaria por el 10% de la cuantía de la demanda). Ante la imposibilidad de constituir la garantía requerida, varios demandantes solicitaron a los jueces la posibilidad de inaplicar dentro del juicio, el artículo 7, y se continúe la sustanciación de la causa a pesar de la no presentación de la caución. Los Jueces suspendieron los procesos, y elevaron el caso en consulta a la CC. Esta declaró la constitucionalidad condicionada de la disposición impugnada, con la interpretación de que la caución que la caución del 10% se la rinda una vez calificada la demanda, en el término de 15 días, y no antes. En suma, no eliminó la caución. Increíblemente defendió la constitucionalidad de la norma, pese a violentar los principios de Tutela judicial, igualdad formal y de gratuidad de la administración de justicia, y resolvió que esa disposición era constitucional, hasta que la Asamblea nacional, sin límite temporal, reforme la norma.

La corte consagró de ésta forma el anticuado y estatista principio “*solve et repete*”<sup>12</sup>. calificada la demanda, el actor debe ineludiblemente rendir la caución, y si no puede hacerlo, porque carece de los medios económicos suficientes, queda excluido del derecho a la tutela judicial, y, en consecuencia, asume una obligación tributaria que, de haber intervenido la justicia, probablemente no le correspondía. La CC, dejó ver en este fallo su vocación estatista, su sumisión- por decirlo menos- al Ejecutivo, y con la figura de la sentencia modulativa le permitió dejar en el limbo los derechos de los contribuyentes

También pronunció la sentencia condicionada # **001-10-SIN-CC** de 18 de Marzo de 2.010, respecto a varios artículos de la ley Minera, sobre la cuál volveré más adelante.

---

<sup>12</sup> Aforismo latino : paga y repite: CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico de Derecho Usual, Tomo VII, Editorial Heliasta, 23 ed. Buenos Aires, 1.994, p. 506.

#### 1.1.4.-Sentencias integradoras o aditivas

Las sentencias aditivas también tienen su origen en el desarrollo de la justicia Constitucional italiana. Son aquellas que declaran la ilegitimidad Constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que ésta fuera constitucional . En estas sentencias, la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace Constitucional. Por lo general, su expedición se efectúa cuando los Tribunales descubren una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación *es insuficiente*, al no haber previsto determinados aspectos que eran necesarios para que la norma se adecuara a la Constitución.

La omisión Constitucional normalmente es un supuesto de discriminación normativa y, a menudo, son el resultado de la aplicación del principio de igualdad. Ricardo Guastini, nos trae el siguiente ejemplo sobre este tipo de sentencias:

*...una disposición legislativa atribuye un derecho de seguridad social a una clase de sujetos S1 y no a otra clase S2. Según la Corte Constitucional, sin embargo, las dos clases de sujetos, S1 y S2, son iguales y, por lo tanto, deben ser tratadas del mismo modo. Así, por consiguiente, la disposición de que se trata es inconstitucional porque viola el principio de igualdad. Pues bien, en casos de éste género la Corte frecuentemente declara que la disposición es constitucionalmente ilegítima en la parte en que no confiere el mismo derecho a los sujetos S2...Algunos sostienen que, en rigor, tal decisión no es una decisión de anulación. La disposición de que se trata, en realidad, no es efectivamente anulada por la Corte: si así fuera, los sujetos S1 perderían el derecho subjetivo conferido a ellos mientras que al contrario, lo conservan. En realidad, lo que la Corte hace es más bien agregar una nueva norma al ordenamiento jurídico: la norma que confiere el mismo derecho subjetivo también a los sujetos S2. Es precisamente por ésta razón por la que se habla de sentencias aditivas*<sup>13</sup>

Este tipo de sentencias son un instrumento al *servicio del principio de igualdad*: en lugar de declarar la inconstitucionalidad de la norma (en el caso del ejemplo, a que los sujetos S1 pierdan la pensión) se añade al ordenamiento una nueva norma, que no estaba en la ley, pero que se convierte en tan vinculante como ella.

---

<sup>13</sup> GUASTINI Ricardo: “*La Constitución del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano*” En: “Neoconstitucionalismo (s)” Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, 4ª ed, Madrid, 2.003, p 65.

Estas sentencias se las conoce también como *integradoras*, y para Humberto Nogueira Alcalá, constituyen la muestra más clara del activismo judicial de los Tribunales Constitucionales, lo que supera la concepción fundada por Kelsen que los consideraba como órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico y no de creador de ellas. Estas sentencias, son entonces constitutivas, en la medida en que ellas innovan en el ordenamiento jurídico, y

Este Tratadista considera que las sentencias aditivas adoptan dos modalidades:

“A través de la primera, la omisión implicaba sólo una laguna, la que es cubierta por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional. A través de la segunda modalidad, el Tribunal considera que una omisión derivada de la norma significa exclusión, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente con dicho precepto (sentencias integradoras)”<sup>14</sup>

En la Jurisprudencia argentina encontramos la causa “*Vizzoti*”<sup>15</sup>, donde, declarada la inconstitucionalidad de la indemnización tarifada para el despido sin causa, establece pretorianamente que la base salarial a tener en cuenta para calcular la misma no puede ser menor al 33% del salario real

### **1.1.5.- Sentencias sustitutivas**

Estas sentencias se desarrollan en Italia , y son aquellas que al mismo tiempo que anulan una norma (una cierta interpretación de la disposición) crean en su lugar una norma nueva. El problema que plantean es semejante a las aditivas: se trata de una intromisión del legislador negativo en la esfera de legislador positivo.

En cierta medida, estas sentencias so una combinación de sentencia de inconstitucionalidad y sentencia integradora, ya que anulan el precepto acusado a través del fallo de inexecutableidad,

---

<sup>14</sup> NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur” En : *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, #2, julio-diciembre de 2.004, ed. Porrúa, México, p. 592.

<sup>15</sup> Fallada el 12 de Septiembre de 2.004, citada por SAGÜES María Sofía ver su ensayo: *la Corte Suprema de Justicia de la nación en el marco de la Desconstitucionalización*. En: Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e integración en el Derecho latinoamericano, Editora Jurídica Grijiley, Santiago de Chile, 2.007, p 109

con lo cual generan un vacío, que se llena por medio de un nuevo mandato que la nueva sentencia adiciona o integra al nuevo ordenamiento.<sup>16</sup>

### **1.1.6.-Sentencias apelativas o exhortativas**

Son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte, con la consecuencia adicional de que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato Constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.

Estas sentencias establecen recomendaciones o directrices al órgano Legislativo, llamándolo a Legislar sobre determinadas materias con ciertas orientaciones para actuar dentro del marco Constitucional, de no acatar, podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva.

Las sentencias exhortativas llevan también aparejada lo que la doctrina denomina *bloqueo de aplicación* consistente en que la norma es inaplicable a los casos que dieron lugar al examen de constitucionalidad.

Como ya manifesté en líneas anteriores, un ejemplo de esta sentencia, la tenemos en la **003-09-SIN-CC** pronunciada por la CC el 23 de Julio de 2.009 (Caso QUIPORT) en cuyo numeral 8.- de la DECISION manifiestan:

*“Se dispone que los poderes públicos e interesados adecuen sus actos y contratos, públicos y privados, al régimen constitucional vigente expuesto en esta sentencia, so pena de que sus actuaciones pierdan eficacia jurídica, y los instrumentos derivados sean declarados nulos, en virtud del Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador”*

---

<sup>16</sup> La referencia clásica a ésta sentencia es la C-113 de 1.993, cuando la Corte Constitucional de Colombia estudió el Art 21 del decreto 2067 de 1.991, declaró la inconstitucionalidad de éste artículo, al considerar que la ley no podía regular los efectos de los fallos del Tribunal Constitucional, pues esa era una atribución propia de la Constitución o, en su defecto, de la misma Corte Constitucional. Se estableció además un contenido sustituto para la norma, puesto que señaló que, conforme a la Constitución, correspondía exclusivamente a la propia Corte fijar libremente los efectos de los fallos; ver en mayor detalle en el Ensayo de OLANO García Hernán Alejandro En: “Tipología de nuestras sentencias Constitucionales” el 18 de Agosto de 2.004, p. 20. documento disponible en el departamento de posgrados de la UDA

En Argentina, citamos la causa *Verbitsky*<sup>17</sup> consistente en una HABEAS CORPUS colectivo interpuesto por el titular de una ONG en tutela de los derechos de las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires. En el fallo, el Tribunal (i) dispone que la Suprema Corte de Buenos Aires haga cesar en 60 días la detención en Comisarías de la provincia de menores y enfermos, y que el Poder Ejecutivo de dicha provincia cada 60 días informe a la Corte Suprema las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos... (iv) instruye a la sociedad civil de Buenos Aires y Tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro capaz de acarrear responsabilidad Internacional; (v) *exhorta* a los Poderes legislativo y Poder Ejecutivo de la provincia que *adecue la legislación Procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales*.

## 1.2.-MODULATIVAS RELATIVAS AL EFECTO TEMPORAL O PROSPECTIVAS

Sobre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los Tribunales Constitucionales, la discusión no es pacífica, y los ordenamientos jurídicos toman parte para darle mayor fuerza a la supremacía constitucional o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un equilibrio entre ambos principios. Así en el derecho comparado, en el caso de los Tribunales Constitucionales de Austria, Polonia, Grecia, los efectos de las sentencias, son, por regla general, *ex nunc*, (para el futuro) mientras que en Alemania, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general. Entre nosotros, hemos aceptado la primera corriente, cuando en el Artículo 139 de la LOGJCC dispone:

**Art. 139.-** “*Por regla general*, la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general tendrán efectos hacia el futuro” (Cursiva no original)

La norma citada se encuentra en concordancia con los Artículo 5, y 96 numeral 4 *ibídem* que disponen:

**Art 5.-** “Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en *el tiempo*, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos Constitucionales y la supremacía Constitucional” (Cursiva no original)

---

<sup>17</sup> Para un mayor detalle de ésta causa ver el artículo de SAGÜES, María Sofía *Ib*, p 109 y 110.

**Art 96.-** “Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual:

4. Las *sentencias producen efectos generales hacia el futuro*. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales” (la cursiva es del autor)

DE su lado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia **C-221 de 1.997** justificó las sentencias *ex tunc* (también llamadas prospectivas) señalando que:

“La aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales”

Vemos que nuestra ley reconoce en forma expresa la denominada “modulación de sentencias”, por lo que la jueza o juez en su resolución del caso debe pensar *el tiempo, la materia, y el espacio para que la sentencia sea viable y satisfaga las necesidades de la justicia*. En materia de derechos humanos, la forma de la obligación *debe ser construida judicialmente y específicamente para el caso*, pues ya no es tan fácil, como en el sistema tradicional del derecho, en donde, probado el supuesto de hecho de una norma, la obligación estaba prevista en la misma norma.

#### **1.2.1.- Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o *ex tunc***

La Corte puede modular los efectos temporales de su decisión y, en casos excepcionales, puede retrotraer los efectos de las sentencias a situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional. Estos fallos pueden producir problemas de seguridad jurídica al afectar situaciones jurídicas derechos adquiridos y efectos jurídicos ya producidos, como lo exige el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 82 de la CRE.

En Ecuador, ya comentamos que los Artículos 139, 96.4 y 5 de la LOGJCC claramente establecen como *regla general* que las sentencias que resuelven la inconstitucionalidad de actos normativos y administrativos de carácter general tienen efectos hacia el futuro, por lo tanto en forma tácita se acepta que pueden existir sentencias con efecto *ex tunc*.

En Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana encontramos diversas sentencias que han tenido efectos *ex tunc*, así ocurrió en el fallo **C-149 de 1.993**, en que la ley 6 de 1.992, había establecido un impuesto retroactivo, el que fue declarado inconstitucional, pero como muchos contribuyentes ya habían pagado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas en los bonos de guerra, ya citados. En otro fallo C-619 de 2.003, se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del Decreto legislativo 900 de 2.003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un estado de excepción constitucional prorrogado declarado inconstitucional por el propio Tribunal en sentencia C-327 de 29 de Abril de 2.003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del mismo desde el momento de su expedición<sup>18</sup>

Otra vez nuestra Corte Constitucional, incurre en una grave confusión, cuando dicta **la sentencia 001-11-SIO-CC, de 26 de Enero de 2.011**, en donde resuelve el caso planteado por el Señor Jhony Ricardo Firmat Chang (Secretario Nacional de la Asociación de Municipalidades Ecuatoriana, AME) en contra de la Asamblea Nacional y del Ejecutivo, al incurrir en omisión de desarrollar el precepto Constitucional previsto en la Disposición Transitoria Primera, inciso primero, y numeral 3 del inciso segundo de la Constitución, que ordena que el órgano legislativo en el plazo máximo de ciento veinte días aprobará la “ley electoral” y, en trescientos sesenta días aprobará la “Ley que regule la participación ciudadana”. Una cantidad desmesurada de peticiones de “revocatoria de mandato” en el país, generó la preocupación de las Municipalidades al estar afectados varios Alcaldes.

La respuesta de la Corte, en sentencia de mayoría, fue notoriamente contradictoria, así pues:

a.- Niega la acción por omisión planteada por el Secretario General de la AME;

b.- Dispone, sin embargo, como *medida cautelar* la suspensión por parte del Consejo Nacional Electoral de los procesos que se encuentren debidamente calificados para la revocatoria del mandato a las autoridades de elección popular, en forma indefinida, pues la condición es “hasta que la Asamblea Nacional regule los requisitos y procedimientos para hacer efectivo este derecho de participación...” y, establece que las autoridades objeto de revocatoria, cuando la solicitud esté debidamente calificada por el Consejo Nacional Electoral, podrán, en ejercicio de

---

<sup>18</sup> Sentencia C-619 de 2003 en revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano No 3 Madrid, Universidad Carlos III, citada por OLANO GARCÍA Hernán Alejandro, ib.p.22

su *autonomía de voluntad*, solicitar a dicho Organismo *la suspensión del proceso* en base a la presente sentencia.<sup>19</sup>

En estos días, existen por lo menos dos casos emblemáticos en trámite en la CC traducidas en demandas de inconstitucionalidad contra la novena reforma tributaria enviada por el ejecutivo ; así como la causa que tiene que ver con la discutida y polémica “renuncia obligatoria” para empleados del sector público, mecanismo por el cual miles de servidores fueron separados de sus puestos de trabajo. Según el Presidente de la República, la primera, entró en vigencia como “ley económica urgente” aunque no hubo aprobación ni en la Comisión de lo Tributario, menos en el pleno, lo cual generó una demanda de inconstitucionalidad de la reforma de tributos.<sup>20</sup> A mi criterio, las sentencias que resuelvan estas causas, de ser estimatorias, deberían tener *efecto ex tunc*, porque, en el primer caso, los contribuyentes habrían pagado impuestos cuya aprobación puede ser inconstitucional y debería devolverse el dinero desde cuando se hicieron las erogaciones; y, en el segundo caso, los servidores públicos tendrán que ser restituidos en sus puestos de trabajo, y pagadas sus remuneraciones así mismo desde la fecha en que fueron cesados. Probablemente, debido al costo político y económico en el presupuesto del Estado, que tendrían estas sentencias, se opte por un fallo de constitucionalidad diferida<sup>21</sup> que atenue esos graves efectos.

No olvidemos que la Corte Constitucional no sólo debe constituir ella misma en un espacio de deliberación nacional y razonable, sino que debe asegurar que otros espacios institucionales como por ejemplo el proceso legislativo incluyan este proceso deliberativo.

---

<sup>19</sup> La sentencia provocó un pedido de aclaración de las autoridades electorales, pues la deficiente redacción de la misma dejaba la duda si la sentencia tenía efectos *ex nunc* (hacia el futuro) , pues efectivamente la parte expositiva de la sentencia había señalado que los procesos electorales de revocatoria de mandato que se llevaron a cabo, así como los procesos electorales que ya se encuentran *convocados y en marcha*, se han efectuado en base a la normativa vigente, por lo que la Corte *no tiene facultad para revisarlos o suspenderlos*. Sin embargo, a renglón seguido, la misma Corte, consideró que como en el país se habían iniciado varios procedimientos de revocatoria de mandato, que pueden ocasionar daños irreversibles a quienes se encuentren dentro del proceso de revocatoria, y para asegurar, no lesionar el derecho que tiene la ciudadanía a ejercer la revocatoria, deciden *dictar como medida cautelar la suspensión de los procesos de revocatoria ya iniciados, con lo cual evidentemente el alcance del fallo tenía efectos ex tunc, pese que la Corte en su aclaración trató de ratificar que su sentencia tenía únicamente efectos hacia el futuro, abonando a la confusión*.

<sup>20</sup> El Art.301 de nuestra Constitución establece el principio de legalidad tributario, cuando dice “Sólo por iniciativa de la función legislativa y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional, se podrán establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos...”

<sup>21</sup> Art.96 numeral 4 de la LOGJCC

Ha sido Habermas<sup>22</sup> y Ely quienes han liderado conceptualmente la valoración de una Corte Constitucional en función de su rol protectorio del proceso democrático en cuanto procedimiento. Si los derechos fundamentales para ser legítimos son siempre definidos mediante discusiones que requieren procesos democráticos, se vuelve indispensable que alguna Institución resguarde estos procedimientos. En términos más específicos, ese es el rol que desempeña una Corte Constitucional *al controlar el proceso de formación de la ley*. En efecto, el propio debate parlamentario puede ser sometido a escrutinio constitucional estrictamente en relación al procedimiento, en cuanto a las condiciones de igualdad y libertad del debate y a la votación, a efectos de determinar su constitucionalidad. La Justicia constitucional y la democracia deben complementarse; e indudablemente este es uno de los puntos que probablemente – utilizo este término porque soy escéptico- sea abordado en el debate al momento de resolver la constitucionalidad del procedimiento legislativo mediante el cual entró a regir la reforma tributaria.

### **1.2.3.- Sentencias con efecto pro futuro o *ex nunc***

Siguiendo el modelo Kelseniano o Austríaco, las decisiones de inconstitucionalidad pueden tener efecto pro futuro, e implican que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada<sup>23</sup> Un Tribunal Constitucional puede incluso determinar un período de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico, siempre y cuando se aplique un plazo de vigencia razonable. Esta clase de resoluciones fue prácticamente inventada por la jurisprudencia alemana hace más de cuatro décadas. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a su aceptación. La crítica más radical consiste en preguntarse si resulta jurídica y moralmente posible exigirle al ciudadano afectado por una norma inconstitucional, soportar los efectos de ella a pesar de su inconstitucionalidad. En respuesta se ha dicho que, en ocasiones existe un bien de la sociedad (justicia objetiva) que obliga a un cierto sacrificio del derecho subjetivo comprometido.

---

<sup>22</sup> HABERMAS Jürgen, Facticidad y Validez. Capítulo sobre Tribunal Constitucional. Citado por GRIJALVA Agustín En: Independencia, Acceso y Eficiencia de la Justicia Constitucional en Ecuador, documento de apoyo entregado en la especialización en la UDA, disponible en la Universidad Quito, 2005 , p. 20.

<sup>23</sup> Las sentencias de la Corte Constitucional en asuntos de inconstitucionalidad, por lo general tienen efecto pro futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal contemplado en el numeral 5.- del Art. 76 de la Constitución.

#### 1.2.4.- Sentencias de constitucionalidad diferida o de inconstitucionalidad temporal

En estas sentencias<sup>24</sup>, los Tribunales Constitucionales constatan la inconstitucionalidad de una regulación pero se abstienen de anularla, pues han considerado que el vacío normativo genera una situación muy compleja, por lo cual es necesario que el Legislador corrija la situación.

El argumento para consolidar este tipo de sentencias consiste en evitar que como consecuencia de un fallo de anulación, se genere una situación aún más perjudicial para la estabilidad política y social de un país, que la que está provocando la situación inconstitucional impugnada. Por ejemplo, la posibilidad de que una ley, a pesar de su inconstitucionalidad, se mantenga vigente durante un cierto período a fin de evitar las graves consecuencias que su repentina anulación podría suscitar. La doctrina alemana ha llamado a esto “*una afable transición*” de la declarada situación de inconstitucionalidad a la normalidad.

La Corte Constitucional colombiana por vía jurisprudencial estableció un test para justificar este tipo de sentencias que se basa en los siguientes puntos contenidos en la sentencia C-737 de 2.001<sup>25</sup>

- i) La Corte debe justificar esta modalidad de decisión;
- ii) Debe aparecer claramente dentro del expediente que la expulsión siempre afecta más valores que resultan vulnerados con este tipo de fallo;
- iii) El Tribunal debe explicar por qué recurre a éste tipo de decisión y no a una sentencia integradora y;
- iv) Se debe justificar el plazo conferido.

En el caso de las sentencias de efectividad diferida, como poseen sustrato normativo el vencimiento del plazo para la emisión de la normativa reparadora tiene como consecuencia la

---

<sup>24</sup> La LOGJCC en el último inciso del artículo 95 así como en el Art.130 expresamente que dice: “Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca una omisión normativa que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad”

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-737 de 2.001

nulidad (queda sin efecto) la norma impugnada con efectos ex nunc, pues el Legislador dejó pasar el tiempo que le confirió el Tribunal Constitucional.

### **1.3.- MODULACIONES DE EL DERECHO DE LOS JUECES**

#### **1.3.1.- Sentencias fundadoras de línea**

Para el estudio de ésta clasificación me apoyaré, casi exclusivamente, en la jurisprudencia colombiana. Las Fundadoras de línea suelen ser sentencias, cuya parte motiva prevé enunciados amplios, pretensiosos, generalmente de estilo retórico capaz de establecer las bases doctrinarias por las que se desarrollará el sistema de precedentes. Se caracterizan además, por ser las primeras en sentido cronológico<sup>26</sup>

Estas sentencias son documentos muy importantes.

Como sabemos la CC ha pasado de ser un Tribunal de segunda instancia, con una actividad rutinaria y poco creativa, a un órgano que realiza una revisión eventual de las sentencias constitucionales (Arts.86.5 y 436.6 CRE). Esta regla general tiene como excepción, las acciones extraordinarias de protección y de cumplimiento, en las que la Corte conoce en única instancia (Arts. 93,94, 436.5 y 437 CRE). Ahora bien, una fuente para la expedición de este tipo de sentencias, lo encontramos en el Art. 25 de la LOGJCC, que se refiere a las reglas para la “selección de sentencias por la Corte Constitucional”, sin embargo tales normas imponen un criterio ambiguo y oscuro, pues observamos normas muy subjetivas como criterio de selección como “la Gravedad del asunto” y “Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia”. (literales b y d del numeral 4 Art 25 de dicha ley).

Vale la pena citar la norma que se comenta:

**Art.25.-** “Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrá en cuenta las siguientes reglas:

---

<sup>26</sup> En Colombia estas sentencias predominan durante el período de consolidación de la Constitución de 1.991, y muchas de ellas con ponencias del magistrado Ciro Angarita que mejor se identificó con la esencia de la Carta de 1.991. Nuestra Corte ha desarrollado una buena sentencia: #002-08-SIC-CC R.O. 487 S, 12 XII de 2.008, en la que dilucidó las contradicciones entre el art. 207 de la Constitución y la Segunda Disposición transitoria del régimen de Transición, para efectos de saber cuál es el órgano que debía elegir a los nuevos integrantes los Consejeros y Consejeras del Consejo de participación ciudadana y control social provisional.

9.- “Se remitirá, una vez adoptada la decisión, el expediente a la jueza o juez competente de primera instancia para que notifique a las partes la sentencia y la ejecute”

Algunos autores han planteado la duda<sup>27</sup> en cuanto a los efectos de la revisión que hace la Corte Constitucional, pues de acuerdo al Art.86.5 de la CRE se dispone que el objeto de la intervención es la generación de *Jurisprudencia vinculante*; esta disposición podría ser interpretada en el sentido de que la parte dispositiva de las sentencias ejecutoriadas en primera y segunda instancia, al hacer tránsito a cosa juzgada, no pueden ser alteradas o modificadas por la Corte, y, que por consiguiente, lo único que ésta hace es generar líneas jurisprudenciales para casos futuros.

Esta interpretación tendría un resultado negativo de impedir la revisión de sentencias que puedan ser contrarias a las líneas jurisprudenciales de la Corte, o a la misma Constitución. La Corte se convertiría en mera espectadora de la violación de derechos. Creo que debe acogerse la interpretación contraria, para que la Corte se pueda pronunciar sobre los casos particulares, pronunciando precisamente *sentencias fundadoras de línea*, pues es ineficiente que la Corte se pronuncie cientos de veces lo mismo en casos particulares (por ejemplo los casos de acciones de protección de policías y militares a quienes se les ha dado de baja). Debe seleccionar casos tipo, y crear jurisprudencia vinculante y obligatoria para los demás jueces que resuelven garantías que unifiquen la interpretación de derechos fundamentales en todo el sistema judicial.

La Primera Sala de lo Civil de ex Corte Suprema de Justicia ha dictado jurisprudencia vinculante, como son los fallos 310-2000, 367-2001, 186-2002, por lo que considero son fundadoras de línea respecto a la protección de los derechos a la identidad de los niños, en el sentido de que las disposiciones del artículo 267 (actual 253) del Código Civil ha quedado derogadas tácitamente por la vigencia del artículo 48 de la Constitución de 1.998. Al efecto los jueces señalan :

---

<sup>27</sup> ESCOBAR García Claudia , aborda éste problema en un Ensayo denominado Del Tribunal a la Corte ¿Tránsito hacia una nueva justicia Constitucional?, En “La Constitución de 2.008 en el contexto Andino”, Ministerio de Justicia y Recursos Humanos, 1ª ed. Quito, 2.008, pp. 342 a 345

*“Esta Sala considera que las disposiciones limitantes antes señaladas han quedado derogadas tácitamente por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado y que en todo caso que se pruebe dentro del proceso que la madre tuvo relaciones sexuales con el presunto padre y sólo con él durante la época de la concepción, el Juez está en el deber de declarar la paternidad si hacer distinciones odiosas y en forma sencilla...”<sup>28</sup>*

En cuanto a Colombia, cito como ejemplo la sentencia **T-422 de 1.992**, en donde en el ámbito de la aplicación del principio de igualdad, la Corte Constitucional introduce el principio de proporcionalidad. En este sentido, la jurisprudencia colombiana parece seguir a la jurisprudencia española, en el aspecto mencionado, según el cual el principio de proporcionalidad es una parte del test de razonabilidad<sup>29</sup> mediante el cual se aplica el principio de igualdad. En concreto, de acuerdo con la Corte Constitucional, si la autoridad estatal ha introducido una diferenciación como medio para obtener determinado fin, este medio debe ser proporcional a dicho fin y no debe producir efectos desmesurados para otros intereses jurídicos.

Otra sentencia de este tipo la encontramos en la **T-406 de 1.992**, en donde la Corte Colombiana busca su voluntad para fundamentar verdaderos reclamos de seguridad social que impliquen el otorgamiento por parte del estado, de cuantiosos recursos. Como dice Diego López Medina, en su ensayo “El derecho Fundamental a la salud y el sistema de salud”<sup>30</sup> :

*... La Corte inicia un proceso de “fundamentalización” de prestaciones más específicas de salud individual por contraste a reclamos colectivos de saneamiento público. Así, por ejemplo, se obtiene el reconocimiento de fundamentalidad del derecho a la salud por su conexión con valores como la vida, la integridad personal y la dignidad humana en sentencias como la T-522 de 1.992, la T-571 de 1.992, la T-484 de 1.992, la 499 de 1.992, la T.505 de 1.992 y en la T-548 de 1.992.*

---

<sup>28</sup> Ver fallos de triple reiteración de ésta Sala, en especial la 310-2000, en “Jurisprudencia de la Corte Suprema” disponible en: [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com) fecha de la consulta 19 de Enero 2.012

<sup>29</sup> Sobre este test, entre otras muchas sentencias de la primera etapa jurisprudencial, la sentencia T-230 de 1.994, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, citado por BERNAL PULIDO Carlos, “El Derecho de los derechos” Universidad Externado de Colombia, 5ª reimpression, Bogotá 2.005, p 74

<sup>30</sup> LOPEZ MEDINA Diego, “El Derecho Fundamental a la Salud y el sistema de Salud” En: “La protección judicial de los derechos sociales” , Ministerio de Justicia y Recursos Humanos, Cristian Courtis y Ramiro Avila, Editores, 1ª ed. Quito 2.009, p.388

### 1.3.2.- Sentencias hito

Son aquellas en que la Corte consagra reglas vinculantes en su *ratio decidendi* y constituyen precedente en sentido estricto. Usualmente, estas sentencias originan cambios dentro de la línea. Desde luego, estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre *ratio* y *obiter*.

De lo narrado se desprende la dificultad de identificar a las *sentencias hito*. El criterio cronológico es de vital importancia, pues, como se indicó, la regla adoptada puede ser confirmada, ampliada o sustituida por una ulterior. Los operadores de justicia y juristas en general están obligados a un manejo prolijo, sistemático y constante de esta fuente, pues el manejo poco cuidadoso de la jurisprudencia podría devenir en un caos en el ordenamiento jurídico con repercusiones en todos los niveles, y con grave quebranto a la seguridad jurídica.

Por otro lado, el constante cambio de precedente o la adopción de reglas contradictorias entre sí, atentan contra el derecho a la igualdad formal y sustancial puesto que las norma que se construye a través de las sentencias adopta – en muchos casos- características de generalidad y abstracción con capacidad de regular casos análogos. Pero, desde luego, si existen errores, si hay injusticia, la Corte debe justificar técnicamente el abandono del precedente.

Es importante destacar que tanto la Jurisprudencia Colombiana, así como entre nosotros el inciso segundo del artículo 185 de la CRE, reconocen que cualquier Juez pueda cambiar, en un caso posterior, el criterio jurisprudencial obligatorio que sigue la Corte Nacional de Justicia, es decir *una línea de sentencias*, cuando considere que las diferencias relevantes que medien entre un primer caso y un segundo caso – que él conoce- exigen otorgar al segundo una solución diferente. En otras palabras, la decisión jurisprudencial puede ser “injusta”, desde el punto de vista material, y responde a valores predominantes en un momento histórico anterior.

Esta es la causal principal de evolución de la Jurisprudencia y del derecho. Recordemos, sino, como ejemplo el famoso caso *Brown vs Board Education*<sup>31</sup>, u otras sentencias que transformaron el derecho privado norteamericano de la doctrina de la igualdad entre negros y blancos, como paradigmas de cambios jurisprudenciales motivados en la variación de los valores predominantes en la sociedad. Esta sentencia modificó precedentes oprobiosos, como la

---

<sup>31</sup> Para mayor detalle sobre esta histórica causa, o también otros casos: “*Bell vs Maryland*” “*Miranda vs Arizona*” “*NAACP vs Alabama*, el “*Shelton vs Tucker*”, “*Loving vs Virginia*” puede verse el Ensayo de AVILA SANTAMARÍA Ramiro, en “Los derechos Sociales en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos” idem, p.p 454/475.

pronunciada en el caso *Pleasy de 1.892*, que inauguró la doctrina del “*equatul but separate*” es decir el hecho de separar a blancos y negros, no significaba tratar como inferiores a los segundos, sino que simplemente se estaba cumpliendo con el principio de que siendo iguales había que tratarlos diferentes (iguales pero separados). En 1.953 la Corte Suprema norteamericana, con el caso *Brown* revirtió en forma unánime el precedente *Pleasy*, y asestó un duro golpe a la segregación racial.

Los jueces no son ajenos a la sociedad y a la historia, y hay aquellos que tienen la sabiduría de adaptarse a los contextos históricos a y a las luchas sociales, y en este aspecto debemos destacar a la denominada “Corte Warren”<sup>32</sup> que representa el mejor ejemplo de un Tribunal activista que sintonizó con el movimiento de los derechos Civiles en los EE.UU.

Otro caso que tuvo que ver con el movimiento de los derechos civiles, y particularmente la libertad de expresión, es el “*Sullivan vs New York Times*” (1.964) por el que la policía de Montgomery enjuició al *New York Times* por publicar un comunicado en el que sostenía que *Marthin Luther King* era víctima de abusos de la policía.

La Corte sostuvo que la libertad de expresión, es un sistema democrático, es un derecho que se puede ejercer aún en contra de la honra de los funcionarios públicos, salvo que exista *real malicia en la publicación* (es decir mala intención o dolo en la información, con conocimiento de quien la publica de que la noticia es falsa, o con imprudente negligencia sobre su veracidad). En este caso emblemático, la Corte aplica un estándar de menor protección a la intimidad y buena reputación de los funcionarios públicos, que luego, como refiere el Jurista colombiano *Rodrigo Uprimny*<sup>33</sup>: *ese Tribunal extendió con todas las figuras públicas en casos como Curtis Pub Co. Vs. Butts y Associated Press vs Walker*

Otra sentencia considerada como hito, a nivel Internacional, por la calidad de los argumentos es la conocida en el sistema interamericano de los derechos humanos como “*Awes Tingni c. Nicaragua*”. Esta sentencia, rompe con el paradigma de la propiedad individual por el de la *propiedad colectiva*, y reta al estado a establecer medidas para adecuar su sistema jurídico y político para proteger la propiedad de los indígenas que habitaban en zonas en donde había explotación maderera.

---

<sup>32</sup> La Corte Warren, tomó su nombre de su presidente Earl Warren, y tuvo una influencia decisiva por diez y seis años, entre 1.953 y 1.969. para mayor detalle sobre los fallos de esta Corte, que se transformaron en jurisprudencia hito, puede consultarse en el artículo de *Ramiro Avila Santamaría*: “Los derechos sociales en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, *idem*, pp. 451/475.

<sup>33</sup> *Revista y Análisis jurídico* No 9, UPRIMMY *Rodrigo* “La Universalidad de los Derechos Humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica” en *pensamiento Jurídico*, Bogotá, 1.998, pp 71-94

Otra sentencia famosa sobre libertad de expresión de la Jurisprudencia alemana, es el *caso Luth*. Luth era una persona que había pedido boicotear una película del director Harlam, quien había estado implicado por el nazismo. La justicia civil ordenó a Luth que se abstuviera de continuar con esos llamados, pero el Tribunal Constitucional concluyó que no procedía prohibirle hablar a Luth pues “con su petición de Boicot estaba tratando de influir en la opinión pública en un asunto de interés general”<sup>34</sup>

La Corte Constitucional Colombia dictó una sentencia de este tipo el 10 de Mayo 2006, despenalizando el aborto, declarando que el artículo 122 del Código Penal Colombiano es Constitucional, *en el entendido* que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos:

- a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico;
- b) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico,
- c) Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Otra sentencia hito, fue pronunciada en Argentina, cuando la Corte Suprema falló un reclamo colectivo, que involucraba el incumplimiento estatal de una cláusula de la denominada “Ley de SIDA”, que obliga al estado a proveer la medicación necesaria para el tratamiento del VIH-SIDA. Es el caso “*Asociación Benghalensis*” un grupo de ONG que demandaron al estado, la provisión de medicamentos para luchar contra esa terrible enfermedad. La Cámara de apelaciones concedió el amparo y el estado impugnó esa decisión. La Suprema confirmó la decisión de la Cámara en concordancia con el Procurador general de la Nación. La sentencia concluyó que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad; de modo que el Estado no sólo tiene que abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no sea una simple ilusión.

---

<sup>34</sup> Ib. p.p. 85 y 86

Y como olvidarnos del caso “Massera”, expediente 30514 en donde una de las Salas de la Cámara de Justicia de Buenos Aires resuelve que *los delitos de desaparición de personas son imprescriptibles*, y que no se pueden oponer por tanto los principios de prescripción de la acción penal y de cosa juzgada que eran esgrimidos por la defensa del Emilio Eduardo Massera contra la decisión del Juez de primera Instancia. La protección de los derechos humanos pertenecen al *ius cogens*, como un derecho imperativo y vinculante con carácter *erga omnes*, por lo tanto las normas y Convenciones de derechos humanos se imponen inclusive sobre el ordenamiento jurídico interno.

Esta sentencia, a nuestro modo de ver, es verdaderamente un Hito en la protección de los derechos de las víctimas que dejando de un lado excepciones que si bien estaban sustentados *ex lege*, imponen la normativa contenida en Convenciones Internacionales, y lo que es mejor, constituyen una esperanza en la labor de los jueces como protectores de lo débiles ante los fuertes.

Una Corte Constitucional independiente, debería declarar *la inconstitucionalidad de varias normas de la LOGJCC que en forma insólita han transformada a la acción de protección en subsidiaria o residual*, como son el numeral 3.- del art 40; art 42 numeral 4, por contradecir al art. 88 de la Constitución. O del oprobioso y discriminatorio artículo 19 que se burla de la eficacia de la acción de protección, concediendo a los particulares y al Estado “todos los recursos” para impugnar. También del artículo 154 ibidem que limita a la CC como intérprete “solamente” de la parte orgánica de la Constitución.

### **1.3.3.-Sentencias confirmadoras de principio**

Son aquellas que se ven como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o ratio contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias, los jueces confirman su deber de obediencia al precedente, por lo tanto, convalidan y fortalecen las sentencias hito, Por el contrario su sustitución provoca la emisión de una nueva sentencia hito cuya regla será ratificada o no, por idéntica vía en el futuro.

La mayor parte de sentencias son de este tipo, mientras que las sentencias hito o las fundadoras de línea forman un grupo reducido del total de las decisiones, no sólo en Colombia, sino en Ecuador.

## **1.4.- OTROS MODELOS SIN MODULACION**

### **1.4.1.- Sentencias de control concreto de constitucionalidad**

Nuestra Corte Constitucional tiene cinco funciones:

- Interpretación Constitucional.
- Control abstracto de Constitucionalidad
- Control concreto de constitucionalidad
- Control de las garantías judiciales de los derechos constitucionales
- Funciones políticas

En el “control concreto de constitucionalidad”<sup>35</sup> la Corte Constitucional es la llamada a definir, de manera obligatoria y definitiva, la constitucionalidad de las normas cuya juridicidad o aplicación ha sido puesta en duda por los jueces. Los tribunales constitucionales que conocen del control concreto de constitucionalidad a través de cuestiones o de recursos específicos, así como los demás órganos del estado, quedan vinculados por las sentencias de la Corte desde que tienen conocimiento de tal decisión, y las partes desde que son notificadas del respectivo fallo.

La LOGJCC en el artículo 143 concede por los menos DOS efectos las sentencias en control concreto de constitucionalidad, así pues:

**Art 143.-** “El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:

*1.- Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas Constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad. ( generales o erga omnes)*

*2.- Cuando se pronuncie sobre la constitucionalidad de la aplicación de una disposición jurídica el fallo tendrá efectos inter partes y para casos análogos. En este caso, la Corte debe definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica...”*

---

<sup>35</sup> Arts. 141 142 y 143 de la LOGJCC

Las cursivas y negritas no constan en el texto.

Recordemos que en el control concreto de constitucionalidad, todos y cada uno de los jueces son considerados jueces constitucionales, y cada uno de ellos puede asegurar la aplicación de las normas jurídicas que sirven de base a la solución de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, se ajuste a los preceptos constitucionales. En la Constitución de 1.998 (Art 174) disponía en forma muy clara la inaplicación directa de las normas jurídicas inconstitucionales por parte del Juez, y su posterior revisión por el Tribunal Constitucional para su pronunciamiento con carácter general y obligatorio. Este modelo fue criticado, por ser fuente de tratos discriminatorios y de inconsistencias y contradicciones entre las providencias judiciales, lesionando el principio de igualdad y seguridad jurídica.

La Constitución de 2.008, sustituyó este modelo por el de la “suspensión del proceso en espera del pronunciamiento de la Corte Constitucional” en aras de la seguridad jurídica. El art. 142 de la LOGJCC, prescribe que cuando la jueza o juez tengan “duda razonable y motivada” de que una norma jurídica es contraria a la Constitución a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que debe resolver en un plazo no mayor de cuarenta y cinco días.

Si el Juez NO DUDA, resolverá el problema en forma autónoma, pues el inciso segundo del Art 425 de la CRE, otorga la facultad de cualquier juez o jueza quien resuelva “aplicando la norma jerárquica superior”, por lo tanto, a mi juicio, sigue existiendo un control difuso; sin embargo, cuando “duda” el control se vuelve concentrado, pues tendrán que resolver “algunos jueces”, por lo que podemos decir que nuestra Constitución impone un sistema mixto de control de constitucionalidad.

En control concreto de constitucionalidad la Corte ha dictado varios, fallos, destacamos el 001-10-SCN-CC de 24 de Febrero de 2.010, publicado en el R.O No 156 de 26 de Marzo del mismo año, en donde deciden que la presentación de una Acción Extraordinaria de protección no es un recurso, y por lo tanto no suspende la ejecución de una sentencia penal, y por ende no encuentran contradicción entre el art. 94 de la Constitución con el art. 69 del Código Penal<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Esta sentencia sin embargo no esclarece este problema que sigue presentándose en la práctica por la deficiente redacción del numeral 8.- del artículo 62 de la LOGJCC que dispone “La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción” . En lugar de admisión, debía decirse *presentación*, por los significados y efectos diametralmente diferentes que implican esos términos. En la práctica entonces los jueces aún dudan en suspender

## **1.4.2. sentencias declarativas de inconstitucionalidad**

Esta técnica se utiliza para declarar el precepto legal como inconstitucional, o declarar la incompatibilidad de la norma con la Carta Fundamental. El efecto jurídico es la invalidez de la norma expulsada, dando la oportunidad al legislador de modificar la norma declarada inconstitucional.

### **1.4.3.- sentencias de inconstitucionalidad por omisión**

Esta clasificación de inconstitucionalidad por omisión absoluta o relativa fue dada por el doctor Paul Rueda Leal magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

Nuestra Constitución de 1998 no se refería en ningún pasaje al control sobre las omisiones normativas inconstitucionales, por lo que en la práctica el Tribunal Constitucional, al carecer de competencia, se vio impedido de subsanarlas. En la actual, establece una ruptura, al disponer que cuando cualquier Institución estatal o autoridad pública incumpla por omisión la Constitución la Corte tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad y expedir la norma o ejecutar el acto omitido<sup>37</sup> Debemos aclarar que en materia de control constitucional abstracto, la potestad de la Corte Constitucional se refiere única y exclusivamente a las omisiones normativas inconstitucionales y no a todo tipo de incumplimiento que potencialmente vulnere la CRE.<sup>38</sup>

En segundo lugar, la LOGJCC en su art. 129, señala que existen omisiones normativas absolutas; y omisiones normativas relativas. Para el primer caso, la ley contempla un exhorto, y ante el fracaso la expedición provisional de la norma. Vale la pena citarla:

**Art 129** .- *“Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:*

---

la sentencia, y se preguntan si deben esperar hasta cuando la Acción extraordinaria de protección haya sido “admitida”.

<sup>37</sup> Art 436.10 de la Constitución

<sup>38</sup> Art 125 idem, aclara este particular

1.- *En el caso de las omisiones normativas absolutas se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En el plazo que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrá su vigencia hasta que se dicten por la función o Institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia”*

2.- *En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanados por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada...”*

Como vemos, la solución para las omisiones normativas relativas, la encontramos en sentencias de constitucionalidad condicionada, en donde la Corte directamente subsana la inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional posee además facultades que no son consistentes con la figura de la omisión normativa inconstitucional, como la de *ejecutar directamente los actos omitidos*. (Art.436 numeral 10) La potestad de la Corte debe limitarse a la subsanación de la omisión normativa de cualquiera de las formas que dejamos enunciado. Las otras potestades corresponden más bien a las acciones de incumplimiento y de protección.

Algunos autores como Nogueira Alcalá<sup>39</sup>, denomina también a la omisión normativa absoluta, como *inconstitucionalidad por retardo*; e *inconstitucionalidad por negación*, a la inconstitucionalidad normativa relativa.

#### **1.4.4.-sentencias atípicas**

La Constitución no es sólo un conjunto de norma superiores del ordenamiento jurídico, sino que expresa un orden de valores que debe ser realizado por los operadores jurídicos y políticos de ella. A su vez, los enunciados constitucionales por regla general tienen un alto nivel de abstracción y admiten diversos desarrollos alternativos que pueden ser adoptados en base al principio democrático, a través de la alternancia en el poder de las fuerzas políticas que buscan gobernar.

---

<sup>39</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, citado por OLANO GARCÍA Hernán Alejandro En “Tipología de nuestras sentencias Constitucionales”, ib. p. 591

Nuestra Constitución consagra el principio que *Robert Alexy* denomina “Máximo grado de indeterminación”<sup>40</sup> El autor, refiriéndose sobre este tema a la Ley fundamental de Bonn, manifiesta:

*Los tres extremos tratados hasta ahora, el máximo rango, la máxima fuerza jurídica y la máxima importancia del objeto de regulación, sólo se convierten en un verdadero problema a través de su conexión con un cuarto extremo, el del máximo grado de indeterminación. Este se advierte en el carácter sumamente suscito y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional (...) Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del suscito texto de la ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado su benéfica actividad desde el 7 de Septiembre de 1.971. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación...*<sup>41</sup>

Cuanta razón tiene Alexy al hacer ese aserto que es válido para cualquier Constitución, pues las normas constitucionales obligan a una interpretación de ella conforme sus valores y principios, y a veces en contra de las mayorías políticas.

Por tanto la justificación doctrinal de las sentencias atípicas tiene por base el principio de conservación de las normas legislativas que fundamentan una intervención positiva y no sólo como “Legislador negativo” del Tribunal Constitucional, posibilitando el salvar la norma legislativa, aportando a una aplicación uniforme del derecho, haciendo prevalecer los principios constitucionales con una interpretación sistemática y finalista, es decir, que favorezca la plena vigencia de los derechos humanos<sup>42</sup>

Las sentencias constitucionales admiten entonces grados, modulaciones en el tiempo la materia y el espacio, así como ponderaciones, siendo la CC a la que le corresponde elegir en cada caso, las distintas alternativas para llegar a la anhelada justicia. Nuestra LOGJCC en el art. 76 se refiere a varios principios que rigen el control de constitucionalidad y que confirman la necesidad de las sentencias que analizamos. Citamos algunos:

---

<sup>40</sup> Art 11 numeral 7 de la LOGJCC

<sup>41</sup> ALEXY, Robert “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional democrático”, En “Neoconstitucionalismo (s) Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, 4ª ed. Madrid, 2003, p. 35-36

<sup>42</sup> Artículos. 11.5 y 427 de la Constitución

1.- Control Integral;

3.- *In dubio pro legislatore* (en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad)

5.- Interpretación conforme: Cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella.

6.- Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso. Se declarará la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuando exista una contradicción normativa, y por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional.

En definitiva, los Tribunales Constitucionales, por medio de los precedentes tienen la oportunidad de reescribir diariamente la Carta Fundamental

### ***1.5.- Otros Modelos:***

#### **1.5.1.- Sentencias de unificación de la jurisprudencia.-**

La doctrina Colombiana reconoce también las llamadas sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente son sentencias hito.

Como en Colombia no existe tutela contra sentencias judiciales ejecutoriadas que, en cambio nuestra Constitución sí incorpora en los Arts.424 y 437, ellos se han visto en la necesidad de desarrollar este tipo de sentencias que buscan:

- Asegurar la efectividad de los derechos y colaborar en la realización de la justicia material
- Procurar exactitud
- Unificar la interpretación razonable y disminuir la arbitrariedad
- Otorgar seguridad jurídica

-Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

En Colombia, y también entre nosotros, todo precedente puede ser modificado por la Corte Constitucional, cuando tenga argumentos suficientes para justificar que está errado. Esta tesis fue desarrollada con lujo de detalles en la sentencia C-836 de 2.001 en la cual la Corte Constitucional defendió la tesis según la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los demás jueces ordinarios e incluso para ella misma, pero si un juez, quiere apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte, puede hacerlo, pero está obligado a justificar razonadamente los fundamentos jurídicos de su decisión. Por lo tanto, un juez destinatario de la jurisprudencia del más alto Tribunal de Justicia, si puede apartarse de ella, pero tiene el deber de argumentar para poder apartarse del precedente.

En el artículo 191, numeral 2, literal c) de la LOGJCC, entre las establece que son “funciones **del pleno de la CC**” precisamente resolver sobre *sentencias de unificación* en los casos de garantías constitucionales.

## CAPITULO II

### **2.-PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD.-**

Un estado que definitivamente gira hacia el neoconstitucionalismo, como es Ecuador, ha revolucionado el papel de la jurisdicción, pues algunos autores como Ferrajoli ponen énfasis en que el Juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución (una idea que está muy presente en otros pensadores como Dworkin y Alexy) de modo que la función judicial está regida no sólo por reglas, sino también por principios o que el juez debe contribuir al desarrollo el derecho y mejora de la práctica en que consiste el Derecho.

El constitucionalismo implica la positivización de los derechos fundamentales pero como límites y vínculos sustanciales a la Legislación positiva<sup>43</sup> corresponde a una verdadera revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista. Hoy rige el principio de estricta legalidad ( *o de legalidad sustancial*) que se expresa en el sometimiento de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones. En efecto, en un ordenamiento jurídico que tenga una Constitución rígida, para que una norma sea válida *además de vigente* no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que *sus contenidos sustanciales* respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Ferrajoli, al respecto, sostiene:

*La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez ,simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución...!*<sup>44</sup>

Esto ha llevado a que los jueces en sus sentencias desarrollen y apliquen los siguientes principios:

---

<sup>43</sup> Ver Art 84 de nuestra Constitución.

<sup>44</sup> FERRAJOLI Luigi, “Los Fundamentos de los derechos Fundamentales”, Editorial Trotta, 4ª ed. Madrid 2.009, p.55

## **2.1.- Principio de Congruencia**

La Corte al momento de sentenciar debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre “demanda” y “pronunciamiento” entre lo que se solicita y lo que se resuelve.

Los vicios de incongruencia pueden ser:

- a.- *Ultra petitem***, cuando se falla más allá de lo pedido;
- b.- *extra petitem***, cosa distinta a lo pedido, se concede algo extra a la causa petendi, vale decir, a aquellos fundamentos en los que la demanda basó su solicitud;
- c.-*infra o citra petita*** Se concede menos de lo que se solicitó

Una sentencia puede ser impecable desde el punto de vista formal, pero debemos examinarla desde el punto de vista material o de su contenido es decir, si resulta admisible el argumento del Juez. Existen principios generales que nos ayudan en esta tarea, y , uno de ellos es el principio de congruencia de la decisión.

Jorge Zavala Egas nos dice al respecto:

*Coherencia: Constatar ya no la compatibilidad de la decisión normativa (fallo judicial) sino si se adecua a los principios más intensos del ordenamiento jurídico (derechos fundamentales) por haber interpretado las normas en tal forma que está acorde con estos o, al menos en forma no contradictoria con los mismos*<sup>45</sup>

Carlos Bernal Pulido citando a MacCormick, por su parte dice:

---

<sup>45</sup> ZAVALA EGAS Jorge, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilex, 1ª ed. Guayaquil 2.010, p. 390

*EL criterio de coherencia exige que las proposiciones utilizadas por la Corte Constitucional en el fundamento de las decisiones de constitucionalidad encuentren sustento en las reglas, en los valores comunes o en los principios generales*<sup>46</sup>

El numeral 10 del art 4 de la LOGJCC se refiere a este principio procesal y lo denomina de “comprensión efectiva”.

## **2.2.-Principio de motivación**

Los jueces tienen la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular deben pronunciarse sobre los argumentos relevantes propuestos por las parte en el desarrollo del proceso. (arts. 3 numeral 9 de la LOGJCC).

Los que hacemos derecho argumentamos, pero es muy distinta la argumentación del Legislador en la deliberación de un problema social (por ejemplo la delincuencia y falta de seguridad pública) y las respuestas que debe dar con una ley; o, la que hace un Abogado al aportar a la dogmática jurídica (en abstracto). En cambio la argumentación de los jueces siempre es sobre casos específicos, actuales, reales. Luis Prieto Sanchis, dice que:

*...El juez vine llamado no a elegir una solución entre varias posibles, sino a adoptar sólo una solución la correcta o la más correcta*<sup>47</sup>

Zavala Egas citando a Manuel Atienza, sostiene que los jueces:

*No tienen, por lo general que explicar sus decisiones, sino justificarlas*<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> N. MACCORMICK “Coherence in legal Justification” en AA.VV. *Theorie der normen, Festgabe für Ota Weiberger zum 65. Geburtstag*, W Krawietz, H Schelesky, G Winkler y A Shuamm (eds) Berlín, Duncker & Humboldt, 1.984, citado por BERNAL PULIDO Carlos En : El Derecho de los derechos, ib. P. 65

<sup>47</sup> PRIETO SANCHIS Luis, Apuntes de teoría del derecho, ib, p. 222

<sup>48</sup> ZAVALA EGAS Jorge, ib, p. 389

Y añade:

*Siendo el discurso jurídico, esencialmente, argumentación jurídica de carácter práctico, dado que incide – o lo pretende- sobre la conducta de los hombres debe construirse en justificación racional ante el derecho de cualquier acto normativo como lo es la sentencia<sup>49</sup>*

Una sentencia constitucional representa una decisión correcta sólo si está correctamente justificada. Desde luego, la posibilidad de justificar correctamente una decisión de este tipo representa una propiedad ideal de dicha decisión, que puede estar ligada a la corrección de la justificación que en concreto ofrezca el Juez constitucional.

Se debe entonces argumentar correctamente, y esto depende no sólo del respeto de las reglas de la lógica, sino también de la correcta valoración de los argumentos interpretativos relevantes en el caso concreto. Mientras mayor sea la corrección con la que el Juez o Tribunal Constitucional valora los argumentos interpretativos de la ley y disposiciones constitucionales, mayor será la corrección con lo cual la decisión se verá motivada.

Sobre esta base, podemos decir que la **racionalidad, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad** son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las normas legislativas y constitucionales, y en este sentido son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad.

Los jueces deben tomar entonces la mejor decisión, y esta debe estar justificada, pues el fallo se produce como resultado del razonamiento del juzgador fundamentado en el derecho.

La Motivación es una exigencia Constitucional (76 numeral 7 literal 1) de la CRE) por lo tanto forma parte y sirve para concretar el derecho público del DEBIDO PROCESO y lograr por medio de éste, seguridad jurídica. Si se la omite conlleva inclusive la nulidad del acto o pronunciamiento. No puede entenderse cumplida con una fundamentación cualquiera, sino con una fundamentación en Derecho”.

*Motivar es entonces justificar* y sólo el juez está llamado a justificar algo que tiene muy poco que ver con las “Exposiciones de motivos” que suelen encabezar las leyes. Y no sólo por su muy diferente valor jurídico, sino también por su distinto significado.

---

<sup>49</sup> ZAVALA EGAS Jorge, Ib, p. 389

Las exposiciones de motivos dan cuenta de la necesidad o conveniencia social de una determinada ley, básicamente de su utilidad según criterios consecuencialistas. La motivación, en cambio, tiene un sentido deontológico y se endereza a justificar una decisión, no porque sea útil o buena, sino porque viene exigida por un marco de derechos y obligaciones preestablecido. El control social de la actividad de interpretación y aplicación sólo puede manifestarse en la sociedad que respeta La vieja fórmula de la división de Funciones entre quien formula la norma y quien la aplica. *Si al legislador le pedimos legitimidad; al juez, racionalidad*

Finalmente la motivación incluye la aplicación de principios constitucionales, más aún en un Estado “constitucional de derechos y justicia “ pues es realidad innegable que las normas positivas muchas veces no satisfacen el ideal de justicia, y por ello debe buscarse una respuesta en principios que – como dice Alexy- son “mandatos de optimización”. Aclaremos también, que mediante los principios los jueces no pueden aplicar el método silogístico dada su indeterminación y generalidad, por ejemplo: *Se presume la inocencia de una persona* mientras no sea declarada culpable; o *se garantiza el derecho a la defensa*; o *las personas tendrán una vivienda digna*, pues por estas características no son apropiados para que sirvan de premisa mayor para resolver un caso. Pero sí sirven para justificar la utilización de argumentos; así pues, en torno al derecho a la defensa, puede justificarse racionalmente que esa defensa incluye la necesidad de que el abogado se encuentre presente en el interrogatorio de su cliente, o que se exprese en el mismo idioma de su defendido, y esos son argumentos que se deducen de un principio.

### **2.3.-Principio de colegialidad**

U Tribunal Constitucional es un órgano colegiado (pluripersonal) y como tal debe marchar de lo que digan *in globo* sus integrantes, evitando crear fisuras y enfrentamientos al momento de emitir el fallo final. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar a *los votos salvados o dissenting opinions* u opiniones disidentes, que son votos particulares que emiten algunos jueces, apartándose del criterio asumido por el colegiado.

Los votos particulares son expresión de la publicidad y carácter abierto de la Constitución; del pluralismo jurídico. No olvidemos que pueden existir varias interpretaciones sobre una disposición, y en muchas veces, influye también la interculturalidad<sup>50</sup>

Los votos disidentes son parte de la democracia. Abren un compás de espera, porque esa minoría puede convertirse mañana en mayoría. Los debates en una Corte Constitucional implica no sólo de bases jurídicas sino de interpretaciones morales, como por ejemplo, la eutanasia y el aborto. La Constitución establece el derecho a la vida pero no agota todas sus posibilidades a su alcance. Unos jueces pueden entender de una forma distinta cuando comienza y termina la vida. Tampoco el derecho resuelve definitivamente la colisión de derechos entre la vida y la autodeterminación, la libertad y los derechos sexuales y reproductivos. Cabe en un sistema jurídico el aborto como una forma de ejercicio del derecho a la autonomía y de la libertad de decidir cuando y cuántos hijos tener, como cabe la penalización del aborto protegiendo la vida del neonato. Si hay pluralidad jurídica, discusiones de carácter moral con argumentación jurídica, deliberancia, cabe entonces que haya disidencia.

El art.432 de la Constitución dispuso que los miembros de la Corte Constitucional ejerzan sus funciones en plenario y en salas, de acuerdo con la ley<sup>51</sup>

De lo anterior tenemos que las Salas pueden decidir únicamente sobre asuntos administrativos y sobre asuntos jurídicos atribuidos por vía legal o infra-legal. En cambio, el control abstracto de constitucionalidad, la revisión y unificación de sentencias de protección, habeas data, hábeas corpus y acceso a la información, las acciones de cumplimiento, la resolución de acciones extraordinarias de protección en asuntos de jurisdicción ordinaria e indígena en cambio le corresponde al *pleno* (artículo 191 CRE)

Cabe citar el artículo 92 de la LOGJCC que reza:

*Art 92.- “Las juezas y jueces de la Corte Constitucional podrán elaborar votos concurrentes o salvar el voto, para lo cual deberán entregar en la Secretaría general el escrito correspondiente dentro del término de diez días a partir de la adopción de la decisión”*

---

<sup>50</sup> Precisamente un bien argumentado voto salvado que declaró la inconstitucionalidad de la ley Minera, provino de la doctora Nina Pacari, que se apartó del criterio mayoritario favorable a declarar una sentencia de inconstitucionalidad condicionada de ciertos artículos.

<sup>51</sup> Art. 432 “La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y de salas de acuerdo con la ley”

Por supuesto, El art . 204 del Código Orgánico de la Función Judicial COFJ también lo consagra, debiendo suscribir todos los jueces, tanto el fallo de mayoría como el de minoría

#### **2.4.-Principio de eficacia**

Este principio tiene dos facetas.

- a) En el aspecto material, las sentencias que se dicten en procesos constitucionales *deben cumplirse* , pues el juez puede llegar a destituir a los servidores o servidoras públicos que no la cumplan. Si es un particular se hace efectiva la responsabilidad determinada en la ley. (art. 87 numeral 4.- de la Constitución). El art. 21 de la LOGJCC ordena que el Juez hará uso de “ *todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio*” y,
- b) Desde un punto de vista procesal, en justicia constitucional se rige por el principio de “*formalidad condicionada*” es decir, el juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia por la mera omisión de formalidades.

La EFICACIA de una acción de protección no sólo se mide por lo persuasivo y bien argumentado de la sentencia sino en su eficaz cumplimiento. Es decir:

- 1) Las resoluciones tienen que ser de posible cumplimiento, y
- 2) Tienen que ejecutarse, una vez adoptada, *por cualquier medio adecuado*.

De acuerdo con la ley<sup>52</sup> en acciones de protección hay cuatro medidas que pueden tomarse para que una sentencia sea eficaz: (1) Las medidas que sean adecuadas , (2) El uso de la fuerza pública (3) la destitución de la persona servidora pública, (4) la sanción disciplinaria, (5) Seguimiento.

Ante la violación de derechos, que ocurre todos los días en nuestro país, el mandato de “medidas adecuadas” exige jueces creativos y comprometidos socialmente. Si fuesen así, no haría falta enumerar las siguientes, que se subsumirían en esta norma.

---

<sup>52</sup> Art 21 de la LOGJCC

Hay incontables casos en que una sentencia se vuelve inejecutable y por lo tanto ineficaz debido a varios factores, entre ellos la inoperancia de los jueces que ante el reclamo de la parte que exige su cumplimiento reaccionan con frases cliché como “bajo prevenciones legales, cúmplase con la resolución”, cuando podrían por ejemplo llamar al teléfono al servidor negligente, y advertirle que puede ser destituido de su cargo; o disponer que el Defensor del Pueblo visite inmediatamente a la autoridad compelida, o denunciar por la prensa al servidor o servidora negligente.

En materia de sentencias de inconstitucionalidad, la eficacia es contundente y drástica, pues tienen efecto de cosa juzgada y ninguna autoridad puede aplicar el contenido de una disposición declarada inconstitucional, por razones de fondo, mientras no desaparezca el fundamento de la sentencia. (art 96 numeral 1 LOGJCC). Como vemos, el efecto es *erga omnes*

## **2.5.-OTRAS ACEPCIONES DENTRO DE LA TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS:**

*En las sentencias constitucionales debemos distinguir entre:*

### **2.5.1.- EL DECISUM**

La Corte Constitucional de Colombia la define como: “*la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional*”. Esta parte de la sentencia de constitucionalidad tiene alcance general. Se trata del fallo o la solución para el caso concreto.

### **2.5.2.-LA RATIO DECIDENDI**

La misma Corte la define como

*“La formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”*

*Esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial.*

La *ratio decidendi* contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial y la interpretación judicial para el caso concreto y los demás que se encuentren en las mismas circunstancias. La *ratio decidendi* es la subregla, que concreta aquellas indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos.

Nuestra CC no está obligada a determinar con explicitud cual es la *ratio decidendi* que ha adoptado en cada una de sus sentencias <sup>53</sup> exigencia además, que la veo innecesaria, pues así se singularizara la *ratio decidendi* en una sentencia, en un caso posterior se puede identificar otra *ratio decidendi*, para comenzar desde allí una nueva línea jurisprudencial.

### **2.5.3.- obiter dicta**

También se los llama “*dichos de paso*”, son una parte de la sentencia, un conjunto de enunciados que utilizan los jueces para expresar sus decisiones. No tienen entonces fuerza vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio o jerarquía del Tribunal que los formula, y constituyen un criterio auxiliar de interpretación.

Es entonces la *ratio decidendi*, y no los *obiter dicta*, la parte de la sentencia que genera efectos vinculantes.

La Corte Colombiana, en la sentencia T-960 de 2.001, recordó que la fuerza vinculante sólo se genera de la *ratio decidendi* y que: “ *las consideraciones generales que hace la Corte aún en sentencias de unificación, tienen calidad de obiter dictum, que si bien han de tenerse en cuenta, no vinculan directamente al juez*”<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Ver art 91 de la LOGJCC

<sup>54</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-960 de 2.001.

### **CAPITULO III**

#### ***BREVE COMENTARIO RESPECTO AL CONTROL CONSTITUCIONAL EXPRESADO EN ALGUNAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, EN EL MARCO DE ESTE ESTUDIO:***

Aunque ya me he referido a varias sentencias pronunciadas por la corte constitucional ecuatoriana que han llamado nuestra atención pero no precisamente por la calidad de sus argumentos, o la coherencia que debe primar en decisiones de índole constitucional que, como hemos visto, muchas veces son generadoras de jurisprudencia vinculante para todos los jueces; sin embargo, hay dos que merecen un comentario especial, debido a que los hechos que se someten a control constitucional tienen que ver con la limitación de derechos que conlleva las declaratorias de estados de excepción, (en el caso Petroecuador), así como los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que en la CRE alcanzan un alto grado de reconocimiento, pero con déficit de garantías , y con criterios harto restrictivos como se verá en la decisión de la ley Minera.

Haré una exposición de los antecedentes de hecho, y un comentario crítico a estas resoluciones

### **3.1.- LA QUE CONTROLA LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN PETROECUADOR. ¿HAY CONTROL CONSTITUCIONAL O UNA SUMISIÓN AL EJECUTIVO?**

La sentencia de fecha 3 de Septiembre de 2.009 que declara la constitucionalidad de los decretos ejecutivos 1680 de 20 de Abril de 2.009 y 1838-A de 20 de Julio de 2.009 , no regía aún la LOGJCC, que fue aprobada el 21 de Septiembre de 2.009 y se publicó en el Registro Oficial, segundo suplemento de 22 de Octubre del mismo año, por lo tanto la resolución se fundamentó en las denominadas “Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición” (RPECCEPT) que fueron dictadas por la CC el 13 de Noviembre de 2.008 (R.O 466). Me voy a referir tanto al voto de mayoría como al disidente.

#### **3.1.2.- LOS DECRETOS Y SUS ENUNCIADOS .-**

La CC en la sentencia No 0003-09-SEE-CC de fecha 3 de Septiembre de 2.009, con la ponencia de su presidente Dr. Patricio Pazmiño Freire que es aprobada por el pleno del organismo, con 6 votos a favor, *con un voto salvado de la doctora Nina Pacari* y sin contar con la presencia de dos magistrados, hace un pronunciamiento de control constitucional *tanto formal como material* de los *decretos ejecutivos 1680 de 20 de Abril de 2.009 y 1838-A de 20 de Julio de 2.009* que fueron dictados declarando que rige el “estado de Excepción en la Empresa Estatal de petróleos del Ecuador PETROECUADOR y sus filiales” así como la resolución aborda *si se han violado o no los principios de Temporalidad y excepcionalidad*.

Vale la pena señalar que el Presidente de la República Economista Rafael Correa Delgado, dictó una serie de decretos de excepción en la empresa petrolera, así pues: El 19 de Noviembre de 2.008 mediante Decreto Ejecutivo 1440, decreta el estado de excepción en PETROECUADOR Y SUS FILIALES. Dicha declaratoria tenía vigencia, de acuerdo con nuestra Constitución, hasta el 18 de Enero de 2.009. El Presidente, no renovó dicho estado de excepción por 30 días más, sino que optó por decretar un nuevo régimen de excepcionalidad mediante Decreto ejecutivo No 1544 del 20 de enero de 2.009, el cual debía concluir el 19 de Marzo de 2.009. A través del decreto ejecutivo No 1792 del 19 de Junio de 2.009, el Presidente de la república renovó la declaratoria del estado de excepción por 30 días más, es decir, su vigencia quedó prorrogada hasta el 19 de Julio de 2.009. Mediante Decreto Ejecutivo No 1680 de 20 de Abril de 2.009, se declara nuevamente el estado de excepción en PETROECUADOR y sus empresas filiales, y finalmente se emite el Decreto Ejecutivo No 1838-A del 20 de Julio de 2.009 cuya vigencia será hasta el 19 de Septiembre de 2.009.

En los Considerandos del Decreto No 1680 el Presidente dice:

*“ ...Por una **deficiente orientación organizacional** del Sistema Petroecuador, sostenida **por la estructura que debilitó al Estado y sus capacidades**, se produce una situación conflictiva en las áreas: Explotación y producción; industrialización; y, comercialización y transporte de petróleo lo que significa pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano, lo que puede provocar una grave conmoción interna;*

*...Es necesario **continuar con la intervención** urgentemente e todo el Sistema petroecuador para salvaguardar los intereses nacionales;*

Ya en la parte resolutive del Decreto (que consta de 6 artículos) dice:

*Art.2.- “...No cabe duda de que la administración de la Fuerza naval ha generado una reversión positiva de la tendencia intensiva de disminución de eficiencia del sistema Petroecuador, por ello, **debe mantenerse**, para obtener la estabilización definitiva del sistema.*

*Las negritas no constan en el texto.*

### **3.1.3.- ESTADO DE EXCEPCION.- CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO**

El doctor Roberto Brhunis, magistrado de la CC, citando a la tratadista María Cristina Patiño, dice:

*“Los estados de excepción sirven para afrontar situaciones extraordinarias, o como su nombre lo indica, excepcionales, que no pueden ser afrontadas de forma ordinaria. Adicionalmente, se debe tratar de situaciones presentes y verificables o de ocurrencia inminente las que unidas a su gravedad le permitan a la función ejecutiva declarar la anormalidad”<sup>55</sup>*

El artículo 164 de la Constitución establece que es facultad del Presidente de la República decretar los “estados de excepción” en todo el territorio nacional o en parte de él, en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre nacional. Para hacerlo sin embargo, deben observarse los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad.

---

<sup>55</sup> PATIÑO G María Cristina, Estados de Excepción y Habeas Corpus, Bogotá 2.007, 1ª. ed, Biblioteca de Tesis doctorales, Ed. Ibáñez y Academia Colombiana de la Colombiana, p. 263 (citada por BRUHNIS LEMARIE: Roberto “Sentencias Constitucionales, “Análisis, ponencias y decisiones de un juez”, Editora Jurídica Cevallos, Quito 2.010, p.277

El decreto debe contener la determinación de la causal y debe estar motivado, y además, los derechos que pueden suspenderse o limitarse y las notificaciones a los órganos que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados Internacionales.

Los derechos que pueden limitarse o suspenderse son únicamente: el derecho a la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y de reunión, y libertad de información. (art 165)

El control oficioso y de inmediato de estos decretos, cuando impliquen suspensión de derechos, corresponde a la CC. (art 436.8) y a la época de la sentencia en base a los artículos 31 al 36 del RPECCCPT<sup>56</sup>

De otro lado el Art 436.8 CRE condiciona la revisión de la Corte a que se suspendan los derechos constitucionales, por lo que las meras restricciones de derechos no darían lugar al control. Este condicionamiento es altamente nocivo, pues no define el sujeto que califica si las medidas implican una restricción o una suspensión. A pesar de este comentario, una interpretación integral y sistemática del texto constitucional no da lugar a dudas sobre la imposibilidad de restringir los derechos consagrados en la Constitución.

Tanto en el derecho Internacional como en el interno, el estado de excepción implica la suspensión del ejercicio de determinados derechos, si que esto signifique que aquella facultad sea ilimitada. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en opinión Consultiva OC-8-87 indica que los estados tienen el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, por lo que el único fin de la declaratoria de estados de excepción, es el respeto de los derechos de defensa de la democracia y de las Instituciones del Estado.

Queda claro entonces que la facultad de declarar el estado de excepción, es restringida. El Presidente tiene ese poder que no es absoluto porque la declaratoria tienen controles políticos<sup>57</sup> y jurídicos a fin de garantizar la democracia. De allí que la valoración que el mandatario haga sobre la gravedad y la inminencia, de una amenaza que podría ocasionar conmoción social, no son absolutamente subjetivas sino que deben estar justificadas por hechos reales.

---

<sup>56</sup> Por ventaja la LOGJCC en los Arts 119 al 125 norma el control constitucional no sólo de los decretos de estado de excepción, sino también *de las medidas adoptadas* con fundamento en dichos decretos, lo cual me parece positivo, pues la violación de derechos puede ser posterior al decreto mismo

<sup>57</sup> Art. 166 de la Constitución ordena que la Asamblea Nacional puede revocar los estados de excepción en cualquier tiempo.

### 3.1.4.- COMENTARIO A LA SENTENCIA.-

La sentencia de mayoría arriba a una decisión, a mi modo de ver absurda, en donde predominan las “razones de Estado” (*real politik*) declarando que los decretos ejecutivo son constitucionales; añade que debe “Recordar” al Ejecutivo sobre la importancia de cumplir con los procedimientos y *plazos* establecidos en la Constitución para asegurar el cumplimiento estricto de los mandatos constitucionales; y, *termina exhortando* a las autoridades, directivos y trabajadores de “Petroecuador sus filiales, y Petroamazonas, para que en la aplicación de derechos se aúnen esfuerzos para garantizar y proteger los derechos Constitucionales.

Pese a que la sentencia reconoce, con citas de doctrina internacional y jurisprudencia peruana, que el estado de excepción *es estrictamente transitorio*, y tiene naturaleza excepcional, sin embargo terminan doblegándose a las razones esgrimidas por el primer mandatario, considerando que Petroecuador enfrenta una “circunstancia fáctica de peligro y riesgosa...” y que por lo tanto “...la declaratoria de estado de excepción debe mantenerse siempre y cuando justifica la situación de crisis...” y que por lo tanto se han probado la gravedad de los hechos (aunque no señalan de qué modo se ha demostrado esta circunstancia, pues no hay ningún informe o documento que lleven a pensar *indudablemente* en la situación de emergencia que determinó se dicten los decretos) por lo que estiman que se cumple el principio de excepcionalidad, y el principio de necesidad, y que en virtud de estos dos principios, necesita ser implementado por mayor tiempo que los plazos establecidos en el art. 166 de la Constitución.

Es notoria la intención de los jueces de mayoría en negar- pese a la abrumadora evidencia en contrario- que se haya vulnerado *el principio de temporalidad*, y por ello encuentran justificadas las prolongaciones que se han hecho en el tiempo, porque supuestamente hay una necesidad de que la excepción<sup>58</sup> se mantenga.

A mi modo de ver, el Ejecutivo confunde una supuesta situación de crisis en la Empresa estatal con una *deficiente administración de la Empresa Petroecuador y sus filiales*, lo que de modo alguno podía llevar a decretar una situación tan extraordinaria y urgente como reviste un estado de excepción. Tampoco encuentro una motivación adecuada y convincente en el texto del decreto, pues más bien existe una extrema ambigüedad de buena parte de las expresiones para caracterizar la situación considerada.

---

<sup>58</sup> “la palabra emergencia proviene del latín “emerger” que significa transitar de un estado hacia otro, es decir transitar desde la excepcionalidad hacia la normalidad”. DALLA Alberto, “Emergencia Constitucional y control de la delegación legislativa” *En* Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles; *En* BAZÁN Víctor Coordinador, Editar/UNAM. México 2003, p. 1059.

En efecto, hablar de “*deficiente organización organizacional del Sistema Petroecuador...*” o “la estructura que debilitó al estado y sus capacidades...” son fórmulas rituales de marcada abstracción y, por ello, casi de imposible control constitucional. En efecto la deficiente organización organizacional, a más de la redundancia visible del texto, no ofrece pista alguna que permita concretar cuál es el área específica en que exista la deficiencia, y cual la incidencia en la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que el decreto da respuestas.

Del mismo modo, no sabemos cual es *la estructura que debilitó al Estado y a sus capacidades*, amén de que por la generalidad de la expresión parecería que el problema es consustancial a todo el aparato estatal, por lo que se justificaría la excepción *en todas* las Instituciones estatales, y *no sólo en Petroecuador*. Los argumentos del Presidente son entonces teóricos y abstractos, y fueron incluso neutralizados por el propio Gobierno cuando a finales de Diciembre de 2.007 declaró que el cambio en la Administración de la empresa estatal de Carlos Pareja Yanuzelli por el contralmirante Fernando Zurita fueron beneficiosos para la Empresa.

***La sentencia no persuade ni justifica sobre el principio de necesidad*** (inexistencia de algún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado). En este aspecto, lo que el Presidente debió hacer es cambiar la administración ineficiente de Petroecuador, como lo hizo meses antes con resultados alentadores según el gobierno<sup>59</sup> pero no mantener a la estatal en un constante estado de excepcionalidad por alrededor de un año, vulnerando evidentemente *el principio de temporalidad* establecido en el Art 166 de la Constitución.

El cambio en la administración, aparte de *idónea y equivalente en relación al medio adoptado*, significaría una *intervención de menor grado en la afectación de derechos*. Una medida *alternativa* dirigida a cambiar la Gerencia u otros mandos de la Petrolera, hubiese generado mayores o iguales beneficios, y además se restringían mucho menos los derechos que en un estado de excepción, amén de que los sucesivos decretos de excepción demostraban que los fines que perseguían los decretos no se cumplieron, como tampoco hubo amenaza de “una grave conmoción interna” por ello la medida fue desproporcionada.

---

<sup>59</sup> Diario Hoy, Diciembre 7 de 2.007. El presidente agradeció los servicios prestados por el gerente de Petroecuador Carlos Pareja Yanuzelli y en su reemplazo nombró al contraalmirante Fernando Zurita. En menos de una semana de producidos los cambios, la nueva autoridad anunció que se habían recuperado la producción petrolera de los 139 mil barriles diarios a los 176 mil barriles. La meta para terminar el año estaba en los 180 mil barriles diarios. El argumento de las autoridades de Petroecuador para tal hecho fue la incorporación de cuatro pozos de Sacha, y el incremento de la producción en los campos de Auca y Cononaca.

Los Jueces ni siquiera intenta hacer un “test de razonabilidad” y más bien se nota que se trata de una sentencia-a-la-que-se-quiere-llegar, permitiendo el uso y el abuso por parte del ejecutivo de esta facultad que reviste la concurrencia de ciertas notas de excepcionalidad, gravedad relevancia e imprevisibilidad que determinan la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo no mayor de 90 días, incluida la prórroga.

La sentencia, al no neutralizar los decretos del ejecutivo, obedecen claramente a un decisionismo político de la mayoría de integrantes de la Corte, que en otros fallos, han asumido facultades administrativas de la Administración pública, funciones judiciales de la función judicial, o funciones legislativas de la Asamblea Nacional, y han robustecido el hiperpresidencialismo<sup>60</sup> en nuestro país.

### **EL VOTO SALVADO.-**

La doctora Nina Pacari, apunta a una racionalidad política en el fallo de mayoría; a una decisión que defiende la “razón de estado” más que derechos de las personas. Llega a las siguientes consideraciones:

- El estado de excepción que se declara para Petroecuador “ *no obedece a una naturaleza de carácter excepcional*, puesto que como presupuesto de procedibilidad no se ha evidenciado una situación de conmoción que lleve a la destrucción o caos del sistema político o que se produzca un caos social, sino que se ha venido empleando aquella situación “excepcional” como una medida de carácter recurrente por medio del cual se pretende dejar de lado el procedimiento regular para la adopción de medidas legislativas, estableciendo lineamientos y adoptando medidas si que exista un control por parte de los órganos democráticos que deben realizar aquella tarea...”<sup>61</sup>

- *No se ha justificado el estado de necesidad*, y mucho menos se puede tolerar una situación de excepción en forma permanente, más bien el principio de temporalidad implica que la medida debe tener un inicio y un final, límites que se han agotado;

---

<sup>60</sup> Según nuestra Constitución es más fácil aprobar una Constitución que revocar el mandato del presidente, en efecto si revisamos el artículo 442, 444 y el 106, parece manejar una tesis una lógica de gobierno y no de Estado, pues en la revocatoria se requiere un referéndum aprobatorio de la mitad más uno de los votos válidos, en tanto que para revocar el mandato al presidente se requiere la “mitad más uno de los sufragantes”.

<sup>61</sup> Ver Voto salvado en caso 0003-09-EE , p. 1 -19.

-Tampoco cumple *con el principio de razonabilidad*, pues la situación extraordinaria no legitima cualquier cosa, sino una situación de verdadera connotación o gravedad interna, y más aun en un *estado Constitucional de derechos* que tiene como premisa la limitación y racionalización del poder. El fin con los decretos, es otro, ligado a la “*political questions*” que limitan derechos.

-El voto encuentra deficiencias formales : no hay inminencia de una grave conmoción interna y contradice evidentemente el texto constitucional en cuanto al límite temporal contenido en el inciso segundo del Art. 166. En cuánto al control material, ya que evidentemente con la misma motivación se podría llegar a intervenir en cualquier empresa a pretexto de una deficiente administración. El presidente no ha justificado que pueda producirse una situación de grave conmoción interna, sino se la plantea como hipótesis, que no justifica el dictar medidas extraordinarias que burlen el procedimiento ordinario.

-La situación que se invoca en los decretos sometidos a control, es la misma que sirvió de motivación en los decretos ejecutivos 1440 y 1544, lo cual demuestra que se trata de una situación permanente dentro de nuestro país. No puede prolongarse entonces un estado de excepción de modo indefinido, pues no se pueden sacrificar los derechos a perpetuidad.

-No existe razonabilidad en los decretos, por vulnerarse la proporcionalidad de la medida, pues si existen otras vías alternativas, como emprender reformas que permitan una correcta administración de Petroecuador. Tampoco se determinan cuales son los derechos que van a limitarse o suspenderse.

-Como los decretos no están adecuados a la Constitución, a la sentencia ***declara: 1.-*** la improcedencia formal y material de los decretos 1680 y No 1838 que decretan el estado de excepción en PETROECUADOR y sus empresas filiales y Petroamazonas ***2.-*** bajo las consideraciones antes expuestas, se declara la inconstitucionalidad de las Declaratorias de los estados de excepción expedidas por el Presidente Constitucional de la república del Ecuador.

Sobre el tema, juzgo pertinente citar un fallo de la Jurisprudencia española:

*Es evidente que el concepto “extraordinaria y urgente necesidad” que se contiene en la Constitución no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del gobierno se mueva libremente sin restricción alguna sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-leyes<sup>62</sup>*

El control de estos decretos debe ser exigente, y pasar por un escrutinio alto, cosa que no ocurre en este caso.

### **3.2.- LA RELATIVA A LA LEY DE MINAS. ¿SE PUEDE PASAR POR ALTO DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS RECONOCIDOS EN LOS ARTÍCULOS 57.7 Y 57.17 DE LA CONSTITUCIÓN APARTE DEL CONVENIO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO ( OIT)?**

La respuesta al interrogante que plantea el tema definitivamente es no; si embargo la corte constitucional ecuatoriana, en un discutible fallo, dictó una sentencia de constitucionalidad condicionada (**001-10-SIN-CC de 18 de Marzo de 2.010, publicada en el R.O Suplemento No 176 de 21 de Abril de 2.010**) sobre la ley de minas permitiendo la conservación de la mayoría del articulado de dicha ley, cuyo contenido no fue consultado a los pueblos y nacionalidades indígenas involucradas en el debate. Ese tipo de sentencia, que la CC puede emitir como máximo intérprete de la Constitución (art 429 de la CRE) le da ha dicho organismo la posibilidad de condicionar la producción legislativa ulterior ya que una ley no alcanzaría la jerarquía suficiente para contradecir el texto de una interpretación que no sólo es realizada por la máxima autoridad en la materia, sino que, por el principio de *paralelismo de las formas jurídicas* obtiene rango constitucional y por tanto, no puede ser inobservado por el legislador ordinario, ni por cualquier otro estamento con facultades normativas. Aclaremos que, como en el caso anterior, existió voto salvado de la doctora Nina Pacari, quien dictó sentencia estimatoria a las pretensiones de los accionantes, declarando la inconstitucionalidad por el fondo y la forma de la ley Minera, por atentar contra los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades indígenas.

---

<sup>62</sup> SSTC 182/1997, de 28 de Octubre, FJ 3; 11/2002, de 17 de enero, FJ4; 137/2003, de 3 de Julio, FJ 3; y 189/2005, de 7 de Julio, FJ 3. Jurisprudencia citada en la sentencia 68/2007 de 28 de marzo de 2.007 presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, y por el procurador de los Tribunales Roberto Granizo Palomeque en representación de cincuenta diputados en contra del Real Decreto-Ley 5/2.002 de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, en [www.tribunalconstitucionalespana](http://www.tribunalconstitucionalespana)

La Corte Constitucional si está entonces legitimada para dictar este tipo de sentencias. Pasemos entonces a comentar el fallo.

### **3.2.1.- LA CONSULTA PRELEGISLATIVA COMO REQUISITO SUSTANCIAL.-**

De conformidad con el artículo 57, número 7 de la CRE las comunidades, pueblos y nacionalidades tienen derecho a ser *consultados de forma previa*, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental y culturalmente. Seguidamente, la misma disposición constitucional señala que de no obtenerse el consentimiento del colectivo, se procederá de conformidad con la Constitución y la ley. Bajo este contexto, se deberá tratar a *la consulta prelegislativa*, prevista en el numeral 17 del mismo artículo y cuerpo normativo.

#### **LA CONSULTA PRELEGISLATIVA:**

Uno de los argumentos principales de los demandantes de la inconstitucionalidad (Marlon Santi Gualinga, Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, entre otros) fue que la ley Minera atentaba contra varias normas establecidas en Convenios y Tratados Internacionales como el 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales (OIT) así como la Convención Americana de derechos Humanos, y el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus “derechos colectivos”

Los demandados de su parte, argumentaron que sí hubo difusión de la ley, y que la CONAIE si participó en ese proceso conducido por la Comisión de Legislación de la Asamblea Nacional, haciendo llegar sus observaciones. Ante esta ambigüedad, la sentencia de la Corte Constitucional explica que la consulta prelegislativa, si bien es parte del proceso legislativo, más que una formalidad, es un derecho sustancial, en sentido estricto. Distingue, como es debido, a la consulta prevista en el artículo 398 de la Constitución que es aplicable a todos los habitantes del Ecuador y a aquella que incumbe a colectivos humanos específicos. Cabe aclarar que la Constitución en este tema tiene *dos tipos de consultas*, la primera a la que me acabo de referir relacionada con la afectación ambiental; y otra específica para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas previstas en el 57.7 (una consulta previa, libre e informada sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente); y Art 57.17. (*la consulta prelegislativa*)

La sentencia en cuestión indica que una vez agotado el procedimiento que inicia con la etapa de preparación; continúa con la convocatoria a la comunidad; luego, con la fase de difusión de información y realización de la consulta; y, culmina con la suscripción de los acuerdos y desacuerdos a los que han llegado las diferentes comunidades con la autoridad estatal; pese a los desacuerdos, el presidente de la Asamblea Nacional está facultado para publicar los resultados de la consulta, declarar el cierre del proceso y continuar con el trámite de la ley.

Resulta inconsistente que un derecho humano sustancial, según la terminología utilizada por la Corte, tenga como contrapartida una obligación no exigible por parte de su destinatario que es el Estado cuando la esencia misma de todo derecho humano y fundamental es, precisamente, funcionar como un contrapeso que busca limitar las acciones abusivas que pudiesen provenir por parte de quien ejerciere el poder.

La sentencia hace referencia al convenio 169 de la OIT que establece una consulta previa genérica, no vinculante; sin embargo, en cuanto a los derechos colectivos de comunidades y pueblos indígenas existe un estándar más elevado de protección al que se debe atender, como lo hace la Constitución en su capítulo cuarto. ***El Art. 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas*** dispone que:

*“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”*

Bajo esta directriz, la participación de la que habla el Convenio 169 no sólo tendrá que ser de buena fe, previo, público y otros enunciados que se predicán sino que adquiere *fuera vinculante*, tanto para los Estados como para los demás integrantes de la sociedad. Una vez que ha sido elevado el estándar de protección de un derecho humano, como es el caso de la consulta previa, adquiere connotaciones vinculantes, lo que lleva aparejada la obligación de armonizar los ordenamientos jurídicos internos de los estados partes, por lo que su alcance no puede quedar condicionado al criterio de la autoridad estatal so pena de transgredir el Derecho Internacional.

No cabe duda que la armonización exige un primer ejercicio de interpretación, en abstracto, a cargo del legislador sobre el alcance y su aplicabilidad en lo concreto.

Sin embargo, las reglas de interpretación que emanan de la Declaración Universal (Art. 30) prohíben cualquiera que pueda “...conferir derecho alguno al Estados, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o a realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos...”.<sup>63</sup>

Esta primera interpretación oficial, debe ser entendida y aplicada por los jueces a la luz de los principios del Derecho Internacional por lo que una restricción en el ámbito de protección de los Derechos Humanos en relación al derecho a decidir sobre asuntos capaces de afectarlos económica, social y culturalmente, lleva implícita la mora en cuanto al cumplimiento de obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado, tanto más, si tomamos en cuenta que la Corte Constitucional, al emitir este fallo, provoca efectos generales y abstractos, hasta que la Asamblea Nacional dicte una norma que la sustituya.

Sin perjuicio de ello, la ley que reemplace a los dictámenes de la sentencia no podría contradecirla ya que la propia naturaleza de la Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, hace que por el principio de *paralelismo de las formas jurídicas*<sup>64</sup>, según el cual, las normas interpretativas adquieren la misma jerarquía que las normas interpretadas, la sentencia entra a ser parte del *bloque de constitucionalidad* y por ello, sea capaz de provocar la inconstitucionalidad de una ley que llegase a contradecirla. No olvidemos que la propia Corte dicta las normas en ejercicio del principio de aplicación directa del texto constitucional.

De esta manera, si bien el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos evoluciona hacia una concepción colectivista de los Derechos Humanos, siguiendo la línea anteriormente trazada por instrumentos como la Declaración de Machu Picchu que vincula la definición de democracia con el respeto y la promoción de la pluriculturalidad, La Declaración de Quito de 1990 que toma “...en cuenta que los DESC<sup>65</sup> forman parte de los valores fundamentales de una verdadera democracia, entendida como el conjunto de prácticas socio-políticas que nacen de la participación y libre autodeterminación de los ciudadanos/as y los pueblos.”, la Declaración de Barbados, que entiende al territorio como prerequisite indispensable para el ejercicio del autogobierno; el Ecuador se estanca en el convenio 169 adoptado en 1989, inobservando el desarrollo posterior del Derecho Internacional, restringiéndolo y en consecuencia, violándolo.

---

<sup>63</sup> Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, Sentencia de 31 de Agosto de 2001 (Fondo reparaciones y costas), serie C nota 77, párr.,133, (ver en voto salvado p.33-38)

<sup>64</sup> Según este principio de interpretación, una ley sólo puede ser reformada o derogada por otra ley; un decreto por otro decreto, o una ordenanza por otra ordenanza. En el caso de la Constitución su paralelismo es la reforma parcial o total mediante procedimientos generalmente muy rígidos.

<sup>65</sup> Derechos Económicos Sociales y Culturales.

### 3.2.2.- Pronunciamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

La respuesta que da el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al tema, aunque sin seguir el mismo rumbo, llega a conclusiones similares. Si bien, el Sistema Interamericano no cuenta actualmente con un instrumento positivo sobre derechos de los pueblos indígenas y consecuentemente sobre consulta previa. No obstante, el proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas es una referencia válida, a manera de *soft law*<sup>66</sup>, para direccionar la práctica jurídica dentro de los sistemas internos.

Más allá de la aceptación o no del valor efectivo de un proyecto de declaración, la Corte Interamericana, bajo el amparo de su interpretación evolutiva, en el Caso Saramaka vs. Surinam interpretando el Art. 21 de la Convención Americana “...*considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.*” (El subrayado es mío). Este es uno de los argumentos que consta en el voto salvado, que hace una cita textual de la jurisprudencia de la CIDH, y se refiere a otros casos que tienen que ver con pueblos indígenas, como el “caso Mayagma (Sumo) Awas Tingni” o el “Sawhoyamaya vs Paraguay” y el “Yakie Axa” en el mismo país.

El inciso segundo del Art. 424 CRE reconoce la primacía de los tratados internacionales “...*que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución...*”. Con ello, la norma fundamental establece tácitamente la vigencia de la teoría del *bloque de constitucionalidad*, en virtud de la cual, los derechos no previstos por el ordenamiento interno, pero reconocidos por el Derecho Internacional “... *el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en Referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel...*.”<sup>67</sup> La cláusula abierta del Art. 11, num. 7 de la Constitución, lo afirma.

---

<sup>66</sup> Según el tratadista AVILA SANTAMARIA Ramiro, los Instrumentos Internacionales pueden ser de dos clases: Los tratados, y el *soft law*, que son instrumentos que “implica simplemente una firma del estado; estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos pero no tienen un mecanismo de protección internacional. SE dice que no son vinculantes y de ahí la denominación de “derecho suave”. AVILA SANTAMARIA Ramiro: “Los Principios de aplicación de los derechos”, En: La Constitución del 2008 en el Contexto Andino: Análisis desde la doctrina y el derecho Comparado, Ministerio de Justicia y Recursos Humanos, 1ª. ed. Quito, 2.010, p.62 y 63

<sup>67</sup> TRUJILLO Julio César, El Ecuador como Estado Plurinacional en la “Plurinacionalidad”: Democracia en la diversidad, Editorial Abya Yala, Quito, 2.009, pp 67.

En un mundo globalizado como el que vivimos, la relación entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional tiene otros alcances; pues ya no cabe hablar del monismo jurídico con el cual está relacionada la “pirámide” de Kelsen que, debe ser reconstruida debido a la Internacionalización del derecho Constitucional. Hoy en día se impone el pluralismo jurídico, única teoría que puede explicar descriptiva y prescriptivamente, la diversidad dentro del ámbito jurídico en general, y los vínculos entre las Constituciones nacionales y los Fenómenos jurídicos Internacionales. Actualmente en lugar de una “pirámide”, un concepto más adecuado podría ser de “acoplamiento”.

Comparativamente, el derecho y la consecuente obligación por parte del Estado de obtener el consentimiento informado previo, prescrito por el Sistema Universal y el Sistema Interamericano, puede entrar en contradicción con el estándar del Art. 57 num. 7 de la Constitución que se refiere a la “*consulta previa, libre e informada*” y lo que nos remite a uno de los principios básicos de interpretación de derechos humanos (Art. 11, num. 5, Constitución) por el cual, en materia de derechos fundamentales se deberá “*aplicar la norma que más favorezca su efectiva vigencia...*”.

La norma internacional sobre consulta previa, no sólo se entiende incorporada al derecho interno por las obligaciones generales del Art. 2 de la Convención Americana y la teoría del bloque de constitucionalidad, sino que al establecer un estándar más favorable a la efectiva vigencia de los Derechos Humanos, prevalece por sobre la propia Constitución por existir expresa disposición que obliga a la aplicación directa de los tratados y convenios internacionales. No podemos sino concluir que en Ecuador, no basta consultar previa y en forma informada a los pueblos y nacionalidades indígenas, ***sino que es necesario alcanzar su pleno consentimiento, libre de todo vicio de la voluntad***, en virtud del ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos y al derecho de propiedad ancestral.

En suma, el fallo de la CC contradice el estándar internacional de protección de derechos de pueblos y nacionalidades indígenas, lo que implica, en sí mismo, una violación a las obligaciones asumidas por el Estado. Sin embargo, lo más grave es que hace una *interpretación restrictiva*, dándole rango constitucional olvidando el principio previsto en el Art 11 numeral 5 de la Constitución.

Por otra parte, la Corte incurre en una contradicción en la misma sentencia porque establece un resultado no vinculante al consentimiento de comunidades, pueblos y nacionalidades, *convirtiendo a la consulta en un mero formalismo*, en atención a sus efectos, aunque por otro lado, la considera un derecho sustancial que al igual que todos los de su naturaleza, tiene que ser exigible, de lo contrario, no puede ser concebido como un derecho y peor aún como un derecho fundamental.

La Corte deja sentado un precedente restrictivo en cuanto al pleno ejercicio de derechos fundamentales colectivos dándole una interpretación constitucional que limita materialmente a la acción del legislador.

Sobre el tema, es oportuna la opinión de **Boaventura de Sousa Santos** quien sostiene:

*En Ecuador, los retos de la participación son vividos con igual intensidad pero con un énfasis distinto. Aquí la participación ciudadana es el eje central de la búsqueda de una planificación participativa. Asimismo la presencia del principio de plurinacionalidad es clara. De hecho el Plan nacional de Desarrollo, que para el período 2.007-2010 tuvo ese mismo nombre, fue renombrado “Plan nacional para el buen vivir, 2009-2013: Construyendo un estado Plurinacional e Intercultural” [...] las tensiones en el seno del gobierno ecuatoriano al respecto se revelan en el contraste-casi una “disonancia cognitiva”- entre la lógica política subyacente a la elaboración del Plan y la práctica del gobierno en promulgar leyes que afectan a los pueblos indígenas sin consulta previa, lo que viola no solamente la Constitución sino también el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas de la Asamblea general de la ONU (2 de octubre de 2.007)”<sup>68</sup>*

En definitiva vivimos en un discurso de plurinacionalidad, interculturalidad y participación democrática, pero nos estrellamos con la práctica en sentencias como la que comentamos.

## **MARCO DE APLICACIÓN DE LA LEY MINERA**

La sentencia 001-10-SIN-CC indica que la Ley de Minería es constitucional siempre que no se la aplique a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias. En este sentido, cuando proyectos de prospección y explotación minera afecten a territorios de estos colectivos, se seguirá, hasta que el legislador regule el tema, por los principios dictados por la propia Corte Constitucional en esta sentencia.

---

<sup>68</sup> DE SOUSA SANTOS Boaventura, Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur, Universidad Politécnica Salesiana, Abya Yala, 1ª ed. Quito, 2.010, p.146 a 148

No es nuevo que el modo de entender y por tanto de tratar jurídicamente a la propiedad ancestral y a la general, sea diferente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha reconocido desde el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (que citamos en este trabajo como jurisprudencia hito) en virtud del cual, se reconoce la existencia de derechos territoriales específicos de los pueblos originarios.

En esta oportunidad, la Corte expresó que: *“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.”*<sup>69</sup> Luego dirá: *“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad...”*<sup>70</sup>

El precedente jurisprudencial evolucionó y se consolidó en el Caso Saramaka en ejercicio de sus atribuciones interpretativas sobre el mismo Art. 21. La Corte avanza en el alcance de dicho precedente y *“...los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos Humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de su territorio”*<sup>71</sup>

La CC deja sentado un precedente restrictivo en cuanto al pleno ejercicio de derechos fundamentales colectivos dándole una interpretación constitucional que limita materialmente a la acción del legislador, por lo que será la misma Corte Constitucional la que en su jurisprudencia futura deberá corregir, lo que a mi punto de vista es incoherencia, con efectos nefastos para el ejercicio de derechos patrimoniales de carácter colectivo, derechos humanos medioambientales y de la naturaleza.

---

<sup>69</sup> Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso Comunidad Sawhoyamaya vs Paraguay (Fondo , reparaciones costas), sentencia de 29 de Marzo de 2.006 serie 6 No 146, nota 75, párr. 149. También caso Masacre Plan de Sánchez Vs Guatemala. (Reparaciones y costas). Sentencia de 19 de Noviembre de 2.004. (ver en voto salvado p.35-38).

<sup>70</sup> Caso Comunidad indígenas Sawhoyamana, ib, nota 75, párr. 120. (en voto salvado p.35-38)

<sup>71</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario General No 23. *Los derechos de las minorías* (art 27) (quincuagésima sesión, 1.994) ONU, Doc. CCPR/21 Rev.1/Add.5, 4 de Agosto de 1.994, párrs. 1 y 3.2. (referencia en el voto disidente de la dra. Nina Pacari p.38)

### **3.3.- REFLEXIONES PARA LA VIGENCIA DE UN VERDADERO “ÓRGANO DE CIERRE” DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: POSICIÓN DE AGUSTÍN GRIJALVA.**

Uno de los tratadistas ecuatorianos que más y mejor ha abordado a problemática de la creación de la nueva Corte Constitucional, sus nuevas funciones interpretación, es el doctor Agustín Grijalva, docente en el área de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar en la ciudad de Quito. El interés de dicho autor, visible en muchos de sus artículos, es que la Corte Constitucional preserve su carácter jurisdiccional y colabore en el ejercicio constitucional de competencias de los diversos órganos y funciones.

En uno de sus ensayos denominado “Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional”<sup>72</sup> trata sobre los siguientes temas:

#### **De la Soberanía parlamentaria a Control Constitucional.-**

Destaca el tránsito del constitucionalismo ecuatoriano, en donde tradicionalmente el Legislativo ha sido considerado como intérprete final de la Constitución, lo cual significa que la actividad del legislador no estaba sujeta a un auténtico control abstracto de constitucionalidad, lo que revela un fuerte arraigo de la noción *de soberanía parlamentaria* en nuestra cultura jurídica.

La Constitución de 2.008, a diferencia de muchas anteriores que concedían la facultad de interpretación auténtica al Congreso, concluye este proceso evolutivo en nuestro Derecho. El artículo 429 de la CRE, en línea con el Constitucionalismo actual atribuye esta facultad a la Corte Constitucional.

La Constitución de 1.998 consagró una grave contradicción, pues mientras el artículo 284 decía que “en caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución, el Congreso podrá interpretarlos de un modo generalmente obligatorio”, lo cual hacía soberano al legislador; de su lado el Artículo 278 prescribía que las declaratorias de inconstitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional no tendrían efecto retroactivo ni serían objeto de recurso alguno, es decir serían definitivos. Empero, para llegar a tales declaratorias el Tribunal Constitucional necesariamente debía interpretar la Constitución también de forma general u obligatoria con lo cual se producía una clara y abierta contradicción con las facultades interpretativas del Congreso.

---

<sup>72</sup> Véase en: “La Nueva Constitución del Ecuador”: *Estado, derechos e Instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora nacional, 1ª.ed. Quito, 2.010, p.p. 270-286.

La Constitución de 2.008 supera este anacronismo cuando en el artículo 429 establece de forma inequívoca que la “*Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*”. Al mismo tiempo se elimina ésta atribución de las competencias propias de la Función Legislativa.

Creemos que nuestra Constitución debió incluir a la C.C como un órgano que forma parte de la Función Jurisdiccional, pues evidentemente sus integrantes son jueces porque ejercen funciones jurisdiccionales en materia constitucional, y sin embargo no constan entre los órganos que integran la Tercera Función del estado (art.178 de la CRE). Tampoco debe tener funciones políticas, pues algunas de ellas- como el de emitir dictámenes favorables para la disolución de la Asamblea en el famoso proceso de la “muerte cruzada” lo pueden convertir en un botón político, y distraer de sus competencias propias como máximo órgano que vela por la supremacía de la Constitución.

#### **LA CORTE COMO MAXIMO INTERPRETE DE LA CONSTITUCION:-**

Que la corte constitucional sea el máximo intérprete no quiere decir que sea el único intérprete, ni que pueda ejercer en cualquier momento y de cualquier forma su función interpretativa.

La Constitución establece los siguientes intérpretes:

-La Corte es máximo intérprete en relación a *otros intérpretes*

-“En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia” (art 11. Numeral 5 de la CRE). También el art. 426 se refiere a la aplicación directa de la Constitución por parte de todas las personas, autoridades e Instituciones, incluyendo las juezas y jueces ¿Cómo aplicar directamente la Constitución sin dilucidar su sentido, es decir sin interpretarla?

La Constitución por su contenido axiológico, es una herramienta diaria y dinámica para infinidad de actos y normas por muchos operadores jurídicos, y de los propios ciudadanos. Todos interpretamos en distinto grado. Nos enfrentamos a las normas, y lo hacemos de distintas formas, como ciudadanos, como legisladores, o en la visión de jueces, pero hay que atribuir un sentido a las normas constitucionales. No cabe entonces un sólo interprete.

Lo que la Constitución de 2.008 establece no es que el legislativo no pueda interpretar la Constitución, sino que no pueda dictar una interpretación jurídica final de la Constitución, pues esta es una *actividad jurisdiccional que corresponde a la Corte Constitucional*.

## **INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA ORDINARIA**

### **EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL.-**

Como abogados y abogadas en libre ejercicio profesional enfrentamos diariamente una serie de procesos de distinta índole en donde es muy común la violación del debido proceso, en sus distintas facetas: el derecho a la defensa, a la actuación de pruebas en base al principio de contradicción; el derecho a contar con el tiempo para preparar la defensa, o a la actuación de pruebas que no violen los preceptos constitucionales, o una falencia muy reiterada en nuestra cultura jurídica extremadamente ritualista y formalista, cuál es la lentitud endémica en la administración de justicia que, causa desasosiego a los litigantes ávidos por una justicia pronta ágil y oportuna, e influye en mucho en la falta de credibilidad en la administración de justicia en nuestro país.

Por ello el art. 437 de la Constitución vigente enfatiza, sin excluir otros derechos la violación del debido proceso constitucional como parte del objeto del recurso extraordinario de protección. En el Derecho Comparado este es el derecho sobre el cual los Tribunales Constitucionales resuelven con frecuencia al conocer amparos contra decisiones de los jueces.

Carlos Bernal Pulido dedica el Capítulo Undécimo en su obra “El Derecho de los derechos”<sup>73</sup> a desarrollar este principio. De la lectura de la obra del autor colombiano, vemos que el derecho al debido proceso es una garantía de todos los demás derechos legales y constitucionales. Principios integradores del debido proceso, tales como el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el derecho a un juez natural, a actuar pruebas y a poder contradecirlas, tienen no sólo un valor propio o autónomo, sino además un valor instrumental frente a los demás derechos. Estos otros derechos, sólo pueden ser defendidos eficazmente en el marco del debido proceso.

El debido proceso es uno de los derechos fundamentales generales presentes en cualquier Constitución que merezca tal apelativo.

---

<sup>73</sup> BERNAL PULIDO Carlos, “El Derecho de los Derechos”, especialmente el capítulo Undécimo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2.005, pp.333-379

El doctor Agustín Grijalva, dentro de estas innovaciones que apunta con prolijidad y sapiencia, concluye que en el nuevo derecho procesal moderno los procedimientos deben ser siempre funcionales respecto a la protección del derecho sustancial, y en particular de los derechos constitucionales y de la justicia misma como valor fundamental en toda sociedad.

## **CAPITULO IV**

### **CONCLUSIONES:**

1.- La Corte Constitucional ecuatoriana tienen competencias para dictar sentencias interpretativas, entre ellas las *modulativas, aditivas, exhortativas, o de inconstitucionalidad condicionada*, a las que expresamente se refiere la LOGJCC, empero hay que meditar mucho en la forma en que se utilizan esas sentencias que básicamente respetan el principio de “*conservación del derecho*” y el “*pro legislatore*” para hacer valer fundamentalmente el derecho de igualdad en normas que carecen de tal estándar.

2.- Hay principios básicos que debe tener toda buena sentencia. El juez debe ser razonable, y no puede haber sentencia sin motivación, en donde justifique convincentemente las razones por las cuales arriba a la respuesta frente al problema planteado. Hoy en día es urgente preparar a los operadores jurídicos y abogados y abogadas en técnicas de argumentación jurídica, pues el derecho tiende a la oralidad, a la celeridad y va desapareciendo el formalismo escrito.

3.- La Corte Constitucional de transición no se ha caracterizado por realizar un control constitucional acorde a los postulados de la Constitución de Montecristi, más bien su respuesta ha sido pobre y decepcionante en varios casos, como el del afianzamiento tributario para litigar contra el estado que lo avaló; la “interpretación” paupérrima en el caso de los Magistrados de la desaparecida Corte Suprema que se negaron al sorteo; o, la evidente sumisión a la agenda del ejecutivo en las causas relacionadas con la Ley de Minas, y el control de los decretos de estados de excepción de los que ha abusado el Presidente de la República.

4.- Hay una diferencia muy grande entre aquella ilusión de mirar al Ecuador como “estado plurinacional e intercultural” que fue uno de los avances más espectaculares de nuestra Constitución y que fue acogido en Montecristi luego de arduas deliberaciones, frente a una realidad en donde se impone un modelo desarrollista en lo económico y autoritario en lo político. Puede que el “Plan Nacional de Desarrollo” diseñado por la SENPLADES, lleve en su portada el respeto al “Sumak Kawsay” y al desarrollo sustentable, pero en la realidad pesan más las razones de Estado, sin contrapesos para el ejecutivo, que influyen en una crisis de la democracia.

5.- Es preferible que la Corte Constitucional se limite a declarar la inconstitucionalidad o a determinar las interpretaciones inconstitucionales de una norma, sin tener que bloquear el avance evolutivo de las ciencias jurídicas ya que éste terminará por imponerse por la fuerza de circunstancias actualmente impredecibles, todo lo cual, deslegitimará las actuaciones de la Corte y consecuentemente, debilitará los pronunciamientos del máximo órgano de interpretación y jurisdicción, en material constitucional.

6.- La futura Corte Constitucional tiene el desafío de cambiar el precedente nefasto sentado en la sentencia que declaró la constitucionalidad condicionada de la ley de Minas, en cuanto a la protección de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, cuya cosmovisión del mundo, y por ende de la tierra (Pachamama) es completamente distinta a la que ha caracterizado a la visión eurocentrista del derecho apegada a los postulados del estado Liberal fruto de la revolución Francesa, que aún predomina entre los integrantes de nuestra Corte, salvo contadas excepciones.

7.- El voto salvado o disiente, es una muestra del pluralismo jurídico, del debate, en definitiva de la democracia. No es inútil, pues esa minoría puede convertirse luego en mayoría, y cambiar un precedente injusto, como ocurrieron en casos emblemáticos en el mundo como fue la sentencia en el caso “*Brown vs Board Education*” en Estados Unidos, que la catalogamos como “sentencia hito” porque inició una lucha por la verdadera igualdad entre los ciudadanos de cualquier raza en los estados Unidos. En dicho fallo, los jueces de la “Corte Warren” anotaron que la *Constitución no tiene color*.

8.- La importancia del precedente con carácter obligatorio y vinculante a cargo de la Corte Constitucional es indiscutible y valioso, pues unificará las sentencias en casos de acciones de protección, cumplimiento, hábeas data, habeas corpus, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales que sean seleccionadas por la Sala de selección.

9.- Una Corte Constitucional independiente y seria debería declarar la inconstitucionalidad de varias normas de la LOGJCC que tratan de convertir *en residual y subsidiaria* a la acción de protección, con el regocijo de algunos jueces despistados que desconocen el principio de supremacía de la Constitución (art 424), que no admite la restricción de derechos (art 11.4) ni las prescripciones regresivas que se contemplan en dicha ley. (art 11.8). Lo lamentable es que la “residualidad de la acción de protección” es el argumento más socorrido por las autoridades del estado, llamado al menos en el papel a “Garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos Constitucionales y de los instrumentos internacionales...” (art 3 numeral 1 de la CRE)

**10.-** La Corte Constitucional no debería tener funciones políticas, como el de emitir dictámenes favorables previos a la disolución de la Asamblea ( Art 148 CRE) o para iniciar el juicio político al presidente de la República (art 129). Estas funciones la vuelven vulnerable a poderosos intereses, y son impropias de jueces Constitucionales, amén de que las causales para esos eventos son completamente ambiguas y pueden hacernos retroceder a aquellos tiempos en donde los jueces no eran imparciales y por lo tanto no podían ser independientes.

-----

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY Robert “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional democrático”, En “Neoconstitucionalismo (s) Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, . Madrid, 2.009
- ATIENZA MANUEL, Como Analizar una Argumentación Jurídica, Quito, Diciembre de 2.009
- AVILA SANTAMARÍA Ramiro: “Los derechos Sociales en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos” En: “Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional”, varios autores, Quito 2.010.
- AVILA SANTAMARIA Ramiro: “Los Principios de aplicación de los derechos”, En: La Constitución del 2008 en el Contexto Andino: Análisis desde la doctrina y el derecho Comparado, Ministerio de Justicia y Recursos Humanos, Quito, 2.010,
- BERNAL PULIDO Carlos, “El Derecho de los Derechos”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2.005
- BRUHNIS LEMARIE: Roberto “Sentencias Constitucionales, “Análisis, ponencias y decisiones de un juez”, Editora Jurídica Cevallos, Quito 2.010
- CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico de Derecho Usual, Tomo VII, Editorial Heliasta, 23 ed. Buenos Aires, 1.994,
- CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta Prohibida*, Madrid, 2.009
- CARPIO Marcos Edgar Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e Integración en el Derecho latinoamericano, Universidad Autónoma de Chile, Lima, 2.007
- DALLA Alberto, “Emergencia Constitucional y control de la delegación legislativa” En: Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles; En BAZÁN Víctor Coordinador, Editar/UNAM. México 2.004
- DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA, Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur, Universidad Politécnica Salesiana, Abya Yala, Quito, 2.010
- ESCOBAR García Claudia : “Del Tribunal a la Corte ¿Tránsito hacia una nueva justicia Constitucional? En “La Constitución de 2.008 en el contexto Andino”, Ministerio de Justicia y Recursos Humanos, Quito, 2.008,
- FERRAJOLI Luigi, “Los Fundamentos de los derechos Fundamentales”, Editorial Trotta, 4ª ed. Madrid 2.009,
- FERRETI Aldo Topacio, Derecho Romano patrimonial, México D.F., Universidad Autónoma de México 1.992,
- GRIJALVA Agustín : Independencia, Acceso y Eficiencia de la Justicia Constitucional en Ecuador, documento de apoyo entregado en la especialización en la UDA, disponible en la Universidad Quito.

- GRIJALVA Agustín En: La Nueva Constitución del Ecuador”: *Estado, derechos e Instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora nacional, 1ª.ed. Quito, 2.010
- GUASTINI Ricardo: “*La Constitución del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano*” En: “Neoconstitucionalismo (s)” Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010
- LOPEZ MEDINA Diego, “El Derecho Fundamental a la Salud y el sistema de Salud” En: “La protección judicial de los derechos sociales” , Ministerio de Justicia y Recursos Humanos, Cristian Courtis y Ramiro Avila, Editores, Quito, 2.010
- OLANO GARCÍA Hernán Alejandro “Tipología de nuestras sentencias Constitucionales”, Bogotá, 2.004
- PORRAS Velasco Angelica y ROMERO Larco Jhoana, Jurisprudencia Constitucional, “Corte Constitucional para el período de Transición” Quito, 2.008
- PRIETO Sanchis Luis: Apuntes de Teoría del Derecho, Editorial Trotta, 4ª ed. Madrid, 2.005.
- TRUJILLO Julio César, El Ecuador como Estado Plurinacional en la “ Plurinacionalidad”: Democracia en la diversidad, Editorial Abya Yala, Quito 2.009.
- SAGÜES María Sofía ver su ensayo: *la Corte Suprema de Justicia de la nación en el marco de la Desconstitucionalización*. En: Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e integración en el Derecho latinoamericano, Santiago de Chile, 2.007
- UPRIMMY Rodrigo “La Universalidad de los Derechos Humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica” en pensamiento Jurídico, Bogotá, 1.998
- ZAVALA EGAS Jorge, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilex, Guayaquil, 2.010

#### **LEYES:**

*CONSTITUCION DEL ECUADOR 2.008*

*CONSTITUCION DEL ECUADOR 1.998*

*LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL*

#### **REVISTAS**

-*Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, #2, julio-diciembre de 2.004, ed. Porrúa, México,

#### **PERIODICOS**

*Diario Hoy de 7 de Diciembre de 2.007, Quito.*

#### **SITIOS ELECTRÓNICOS PARA VARIAS SENTENCIAS:**

[www.tribunalconstitucionalespana](http://www.tribunalconstitucionalespana)

[www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)