



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

El Rol de la Corte Constitucional ecuatoriana en el caso de la reelección indefinida ¿Un guardián de la Constitución?

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica.

Autor:

Fernando Andrés Durán Escudero

Director:

Dr. Phd. Sebastián López Hidalgo

Cuenca – Ecuador

2019

DEDICATORIA

A mis padres Fernando y Sonia, por su apoyo,
ejemplo y enseñanza diaria.

A mis hermanas Cristina y Sofía, por ser un apoyo
incondicional.

AGRADECIMIENTO

A mi director y maestro Sebastián López, porque a través de su guía he aprendido, más que ser un estudiante común, a interesarme por buscar las respuestas y preguntas más íntimas del Derecho (y no solo el Constitucional).

A mis compañeros Santiago y Valeria, por ser la razón de los grandes y felices momentos que he vivido en la Universidad.

RESUMEN

Las Cortes y Tribunales Constitucionales desde la teoría y el desarrollo histórico, han adquirido el carácter de guardianes de la Constitución. Con esta premisa, esta tesis en una primera parte, analiza las bases históricas y teóricas de esta posición.

A partir de este concepto, se evalúa el rol de la Corte Constitucional del Ecuador y su tarea de defensa de la Constitución dentro del dictamen previo de constitucionalidad al proyecto de enmienda presentado por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador en el año 2014 que buscaría instaurar la reelección presidencial indefinida.

Finalmente, se determinan nuevos criterios para el papel de la justicia constitucional en relación con un ideal normativo afín a la democracia deliberativa; así, a través de un ejercicio hipotético, se analizan ciertas variantes metodológicas que la Corte Constitucional ecuatoriana podía haber utilizado en este importante dictamen.

Palabras Clave: Guardián de la Constitución, Dictamen Previo, enmienda constitucional, reelección indefinida.

ABSTRACT

Courts and Constitutional Courts have become guardians of the Constitution from theory and historical development. Under this premise, this investigation analyzes the historical and theoretical bases of this position. Based on this concept, the role of the Constitutional Court of Ecuador and its task of defending the Constitution is evaluated in its preliminary decision of constitutionality regarding the amendment project submitted by the National Assembly of Ecuador in 2014, which seeks to establish the indefinite presidential reelection. Finally, new criteria for constitutional justice are determined in relation to an ideal normative concerning deliberative democracy. Through a hypothetical exercise, certain methodological variants that the Ecuadorian Constitutional Court could have used in this important opinion are analyzed.

Keywords: Guardian, Constitution, constitutional justice, Preliminary Opinion, constitutional amendment, indefinite reelection



Translated by
Ing. Paúl Arpi

ÍNDICE

Índice

RESUMEN	III
ABSTRACT:	IV
CAPÍTULO 1	1
1. LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN	1
1.1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SU ORIGEN HISTÓRICO:.....	3
1.1.1. El modelo de norteamericano del “judicial review” y la supremacía de la Constitución:	3
i) El concepto de constitución como norma jurídica y la supremacía constitucional:	4
ii) El “judicial review” o la revisión judicial a las leyes como la verdadera esencia de la actividad judicial:.....	8
1.1.2. El modelo europeo de justicia constitucional:.....	11
i) El sistema de jurisdicción concentrada:	13
ii) El Tribunal Constitucional como un legislador negativo:	16
1.1.3. La posición actual de la Corte Constitucional: la relativización de los modelos estadounidense y europeo.	19
1.2. EL CARÁCTER DE “GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN”:.....	21
1.2.1. ¿Qué implica ser el Guardián de la Constitución?	22
1.2.2. El Guardián de la Constitución como un organismo jurídico que resuelve problemas de alta política:.....	30
1.2.3. El Guardián de la Constitución: ¿un órgano aparentemente antidemocrático?	35
i) El control constitucional restringido a la vigilancia de los procedimientos democráticos:	38
ii) El control material a la legislación desde el originalismo y la lectura moral de la Constitución:	40
iii) El control desde una visión ecléctica:	44
1.3. EL MÉTODO RACIONAL DE ACTUACIÓN DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN:	47
1.4. LA ALTERNABILIDAD COMO UN PRINCIPIO DE LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA Y LA NECESIDAD DE SU CONTROL:	51
CAPÍTULO 2	55
2. EL DICTAMEN RESPECTO DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA EN EL ECUADOR Y EL ROL DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN.....	55
2.1. LA MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CASO DE LA REELECCIÓN INDEFINIDA Y EL PROYECTO PRESENTADO A LA CORTE CONSTITUCIONAL:	56
2.1.1. El Proyecto de enmienda a la Constitución respecto de la reelección presidencial del bloque alianza país y su trámite:	56
2.1.2. Los Argumentos que acompañaron el proyecto para eliminar el límite a la Reelección presidencial:.....	60
i) Argumentos políticos a favor de la reelección indefinida:	61
ii) Argumentos jurídicos a favor de la reelección indefinida por vía de enmienda constitucional:.....	63
2.2. EL ROL DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CONTROL DE LA REFORMA:	65
2.2.1. Breve aproximación a la reforma constitucional como una garantía extraordinaria de la Constitución:.....	65
2.2.2. Los límites a la reforma constitucional:	67
2.2.3. El guardián de la Constitución y el control de la reforma constitucional:	71
2.2.3.1. La Corte Constitucional como un guardián formal del proceso de reforma de la Constitución:	72
2.2.3.2. La Corte Constitucional como un guardián del contenido de la reforma de la Constitución:	77
i) El control respecto de los límites expuestos de la Constitución:	78
ii) El control respecto de los límites implícitos de la Constitución y la teoría de la sustitución de la Constitución:.....	82
a) La doctrina de la sustitución de la Constitución de la Corte Constitucional colombiana:	84

- b) El caso de los principios jurídicos y valores democráticos del Tribunal Constitucional peruano:
85

2.2.4.	La Constitución ecuatoriana y la competencia para dictaminar sobre el procedimiento de reforma:	89
i)	El Control previo de constitucionalidad a los proyectos de enmienda y reforma a la Constitución:	99
2.3.	EL ROL DE LA CCE RESPECTO DE LA REELECCIÓN INDEFINIDA EN EL DICTAMEN 001-14-DRC-CC:	104
2.3.1.	El Dictamen 001-14-DRC-CC y los fundamentos de la CCE:	105
2.3.2.	¿Fue la CCE el guardián de la Constitución del Ecuador en el dictamen favorable al proceso de enmienda en el caso de la reelección indefinida?	109
2.3.2.1.	El test de motivación como canon de revisión de la actividad de la CCE:	110
a)	La razonabilidad de la decisión:.....	113
b)	La lógica de la decisión:.....	114
c)	La comprensibilidad de la decisión:	115
2.3.2.2.	¿Cumple el Dictamen 001-14-DRC-CC con el requisito de razonabilidad?.....	117
i)	¿Es razonable resolver que eliminar los límites a la reelección indefinida no altera la estructura fundamental de la CRE?	117
ii)	¿Es razonable determinar que la alternancia no es parte constitutiva del Estado?.....	120
iii)	¿Es razonable concluir que el proyecto modificadorio no restringe derechos y garantías sino busca promoverlos al eliminar una injustificada prohibición?	123
2.3.2.3.	¿Cumple el Dictamen 001-14-DRC-CC con el requisito de lógica?	125
i)	¿Es lógico concluir que eliminar los límites a la reelección indefinida no altera la estructura fundamental de la CRE?	125
ii)	¿Es lógico que la CCE haya determinado que la alternancia no es parte constitutiva del Estado? 126	
iii)	¿Es lógico que la CCE haya determinado que el proyecto no restringe derechos y garantías, sino que busca promoverlos al eliminar una injustificada prohibición?	127
2.3.2.4.	¿Cumple el Dictamen 001-14-DRC-CC con el requisito de comprensibilidad?.....	130
CAPÍTULO 3		133
3. CATARSIS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA: PAUTAS DE UNA CORTE CONSTITUCIONAL DELIBERATIVA EN EL ECUADOR.		133
3.1.	UNA APUESTA POR LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.	134
3.2.	“VOLVER AL FUTURO” UN ANÁLISIS DE CIERTOS MECANISMOS QUE SE PODÍAN HABER UTILIZADO PARA RESOLVER ADECUADAMENTE EL DICTAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ENMIENDA PROPUESTA POR EL LEGISLATIVO PARA LA REELECCIÓN INDEFINIDA:	143
CONCLUSIONES:.....		154
BIBLIOGRAFÍA.....		164

CAPÍTULO 1

1. LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

Introducción

El sistema democrático – constitucional funciona, en gran parte, gracias a la tarea de defensa de la Constitución que ejercen las Altas Cortes y Tribunales Constitucionales en los diferentes Estados. Sólo a través de su actividad es que la actuación política del parlamento, ejecutivo y los jueces ordinarios tienen un filtro jurisdiccional que consolida o enjuicia la validez de sus decisiones.

Guste o no, este organismo es el ente rector de controversias significativas y trascendentales dentro de las democracias constitucionales. No es un hecho menor que, a través de esta institución, la voluntad del constituyente y los principios consagrados en la Constitución sean interpretados a diario y, con ello, la supremacía de la norma fundamental cobre relevancia en una sociedad que requiere que sus controversias más relevantes (económicas, morales, políticas, y sociales) sean resueltas de manera adecuada.

La historia de esta institución se comienza a escribir en Norteamérica y Europa. Por esta razón, en este primer capítulo, se analizará el origen de la justicia constitucional desde el contexto de dos modelos: norteamericano y europeo, con el objeto de dar una respuesta a la vigencia de ésta jurisdicción, así como, las bases teóricas que llevaron a configurar su existencia.

En este mismo sentido, será necesario reescribir la noción ya atribuida de guardián de la Constitución que tienen las Altas Cortes, desde una conceptualización epistemológica, teórica y política, sabiendo que, existen objeciones a su tarea que, como crítica válida, han contribuido a fijar límites a su actividad, al mismo tiempo que, han servido para determinar parámetros de actuación de este importante organismo.

Así, se analizará que, las Cortes Constitucionales deben lidiar con la dicotomía entre su papel político y el método jurídico que deben emplear con el objeto de afianzar la normatividad de la Constitución. En el mismo sentido, se revisará la objeción

antidemocrática que pesa sobre esta institución, por ser un órgano eminentemente contramayoritario que controla la actividad de las mayorías que se entiende, como regla general, legítima.

Luego, se observará que la tarea de un Tribunal Constitucional se ejerce desde un control procedimental a la actividad de los poderes, al mismo tiempo que, puede revisar los méritos de las decisiones políticas, como una idea que depende del concepto de Constitución existente. Asimismo, se examinará que las Cortes Constitucionales tienen la obligación primordial de concretar su actuación a un discurso justificativo y de estricta argumentación con el objeto de legitimar su actuación en el propio ejercicio de sus funciones.

Finalmente, se analizará que las Altas Cortes están llamadas a defender los principios que constituyen la gran estructura de la Constitución, entre los que figuran el de alternancia en el poder como una forma de limitar la prevalencia de las mayorías en la elección popular y servir de clave de enfriamiento del sistema que pudiese concentrar a un mandatario en un mismo cargo.

1.1. La Justicia Constitucional su origen histórico:

La Corte Constitucional como un órgano especializado en realizar la tarea del control constitucional dentro de los Estados contemporáneos es el resultado de la invención norteamericana del siglo XIX y reinventada por Hans Kelsen en el siglo XX.

Para esta investigación, en primer plano, resulta esencial revisar las bases históricas y teóricas del modelo constitucional norteamericano que aportaría al mundo la concepción de una Constitución como norma jurídica, así como, la revisión judicial a las leyes como un cometido de la Corte Suprema en aras de garantizar el principio de supremacía constitucional, efectivamente.

Asimismo, es imperioso recabar los fundamentos teóricos de la jurisdicción constitucional en Europa, que promovería el inicio de la actividad de enjuiciar la regularidad constitucional en manos de un órgano concentrado y distinto de los otros poderes.

Desde este contexto, se logrará entender el contexto histórico y teórico de la creación de la Corte Constitucional como una institución sustancial para la democracia moderna.

1.1.1. El modelo de norteamericano del “*judicial review*” y la supremacía de la Constitución:

El origen de la justicia constitucional radica en los Estados Unidos de América. Desde el mítico caso *Marbury vs Madison*, el papel del modelo de justicia constitucional norteamericano ha sido influyente para el desarrollo de este tipo especial de jurisdicción y el rol político-jurídico que cumple dentro de las democracias modernas.

A través de varios avances y tensiones, la revisión judicial en manos de la Corte Suprema de los E.E.U.U. es uno de los ejemplos de cómo, dentro de un Estado, se debe velar por la supremacía de la Constitución frente a los actos del poder y cómo mantener

al concepto de Constitución como un texto vivo, evolutivo y adaptable a las necesidades históricas.

En efecto, se puede pensar que, con este organismo, la Constitución Americana de 1787 y sus enmiendas han sido respetadas desde lo político y desarrolladas desde lo jurídico. A decir de Eduardo García de Enterría, la concepción – particular – de Constitución que tuvieron, en su momento, los fundadores de E.E.U.U. con los aportes del modelo de revisión judicial, constituyen: “...*la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho*” (García de Enterría, *La Posición Jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español: posibilidades y perspectivas*, 2014).

Evidentemente, para realizar un análisis respecto del concepto de un garante de la constitución, el punto de partida son los aportes del constitucionalismo norteamericano y sus principales aplicaciones; a saber: i) el concepto de constitución como norma jurídica; y ii) El “*judicial review*” o la revisión judicial a las leyes como la verdadera esencia de la actividad judicial.

i) *El concepto de constitución como norma jurídica y la supremacía constitucional:*

Hasta hace un poco más de un siglo, las constituciones eran concebidas como proyectos políticos (Aragón Reyes, 2013). No es sino con los inicios del constitucionalismo norteamericano que se desarrolla la idea de ver a la Constitución como norma suprema de aplicación y estándar de actuación del poder.

Es bien conocido que, el concepto de supremacía constitucional es entendido como el principio autoproclamado de que la Constitución es la norma fundamental (*norma normarum*) y, con ello, la que define la validez de las normas inferiores. Es decir, la Constitución es suprema dado que, es formalmente superior a las otras normas del ordenamiento, al mismo tiempo que, constituye – materialmente – el parámetro de validez de éstas.

Para Manuel Aragón (2013), por ejemplo, el concepto de supremacía revierte una significación política que se traduce, jurídicamente, en el de “supralegalidad

constitucional”. Así, manifiesta que la supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución que, al margen de una posición o argumento ideológico, se tiene por fundamental o esencial para la consecución de los fines políticos. Pero que, se hace posible, jurídicamente a través del concepto de supralegalidad que mantienen – únicamente – las Constituciones auténticas¹.

Efectivamente, esta característica que, actualmente, puede parecer elemental tuvo que pasar por varias circunstancias históricas, principalmente, el desplazamiento del principio de legalidad (Oyarte, 2019, pág. 1057)– que se fundaba en la “soberanía del parlamento” – para que, la Constitución “*sea el parámetro normativo superior que decide la validez de las Leyes del Parlamento*”. (García de Enterría, 2006, pág. 59)

Previo al constitucionalismo norteamericano, como indica Guastini & Carbonell (2003), el término Constitución fue considerado, para: “*denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político*”; es decir, como organización del poder político – muchas veces ilimitado y absoluto – resumido en una carta programática.

Esto implica que – históricamente – se veía a la Constitución como un instrumento del poder en tanto que, el parámetro de validez y legitimidad del sistema jurídico se encontraba, todavía, en la promulgación de las leyes como expresión del soberano – principio de soberanía parlamentaria – (Brewer-Carías, 2010)².

Sin embargo, de forma posterior, y trascendental para nuestros tiempos, la idea de Constitución cambió para ser, más que un documento – naturalmente – político, el resultado jurídico de la deliberación popular y expresiva de valores tutelables por parte del poder. Como indica Brewer Carías (2010):

¹ Sobre lo dicho, el autor en la obra citada realiza un soberbio análisis respecto de la significación política de la supremacía y la significación jurídica de la supralegalidad, como las nociones imprescindibles de un significado de Constitución, así como, la necesidad de distinguirlas.

² Previo a la vigencia del concepto del valor normativo de la constitución, los sistemas jurídicos como el inglés o el francés, ubicaban al Parlamento como exento de Control, por el contrario, nada estaba fuera de la ley, a tal punto que, los jueces únicamente aplicaban el Derecho y no eran creadores de éste.

“[la] emanación de la soberanía popular, de carácter rígida, permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática, donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos”

Por lo que, las constituciones fueron concibiéndose normas procedimentales y sustanciales para regir la actividad de todo un Estado. Esto, además, considerando el contexto que previo a la revolución americana: “...*Hasta ese momento, esta idea de Constitución no existía, y las Constituciones, a lo sumo, eran cartas otorgadas por los monarcas a sus súbditos*” (Brewer Carías, 2017).

Así, si bien el concepto de supremacía de la Constitución fue parcialmente teorizado en *El Federalista*³, el primer antecedente (positivo) del concepto de supremacía constitucional es enunciado en la Constitución estadounidense como una norma que vincula coercitivamente a jueces y legisladores, a pesar de no haber sido desarrollado a través de un sistema de justicia constitucional (Oyarte, 2019)⁴. De esta forma se establecía en el artículo VI, sección 2, la cláusula básica de la constitución como la norma superior al Derecho Ordinario:

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.”

Esta disposición, constituye el punto de partida para que la Constitución sea el parámetro de validez de todas las normas y resguarde los valores fundamentales de una sociedad. Como afirma García de Enterría:

“...la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, lex superior; aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema” (García de Enterría, 2014, pág. 41)

³ Conocidos en inglés como “The Federalist Papers” son una serie de ensayos que defienden la Constitución federal de los Estados Unidos de América en el contexto de la independencia de la corona inglesa. Fueron escritos por tres académicos y estadistas de esta nación: Alexander Hamilton, Jhon Jay y James Madison.

⁴ A ese tiempo, si bien se determina que la Constitución se encuentra por sobre las competencias del legislador y de un juez, no se incluye un sistema para hacer efectivo ese principio de supremacía de la Constitución, es decir, no existe una garantía de la Constitución, que luego vendría a ser la Corte Suprema.

El aporte es destronar a la monarquía a través de la formalización en un documento, ese “Higher Law”⁵ o *Derecho Superior*, que sea – verdaderamente – exigible por el poder de la nación, principalmente los jueces, abriendo la puerta a la idea del *control* como una característica inherente al concepto de Constitución (Aragón Reyes, 1987) y constituyendo el punto de partida para la revisión judicial, que tendría su inicio, años más tarde.

Luego, este principio sería desarrollado con la enmienda del *Bill Of Rights* que, como afirma gran parte de la doctrina, faltaba en el texto originario como una la inclusión de un rostro dogmático de la Constitución (García de Enterría citando a Schwartz, 2014). En este momento histórico, se conciben específicos límites materiales al poder legislativo:

“...el Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa, o el derecho de reunirse pacíficamente, o de presentar peticiones al Gobierno” (1815)⁶

Ciertamente, esto evidencia un nuevo paradigma para la justicia constitucional, en ese tiempo. En primer lugar, la necesidad – que no había sido incluida en documentos anteriores – de fijar límites al poder legislativo, así como, la sujeción de éste a la Constitución; lo que implica, en otros términos, el derecho de las personas a una vida privada exenta de los abusos del poder (que eran clásicos en el pasado por parte de las monarquías) y, el deber de abstención del Estado frente a los ciudadanos como la vigencia de una subordinación material y sustantiva a la Constitución (Brewer-Carías, 2010)⁷ y (García de Enterría, 2014)

De esta manera, el primer aporte norteamericano consiste en la práctica de ver a la Constitución no sólo como una carta programática, sino como un factor de validez -

⁵ Como indica el antecedente más relevante respecto de la supremacía de la constitución se puede encontrar en el Bonhams case (1610) en 1803 respecto de la existencia de un Higher Law sentenciado por el juez inglés Edward Coke en el que pretende realizar un control no sobre el alcance o interpretación de las leyes parlamentarias, sino sobre la validez misma de estas normas por ser contrarias a principios fundamentales del *common law* y la *natural equity* (igualdad – derecho – natural).

⁶ Primera enmienda introducida a la Constitución de los Estados Unidos de América un 15 de diciembre de 1815.

⁷ Este principio es, también, el punto de partida para definir que puede existir un control constitucional de tipo formal (violación formal a la Constitución) y de fondo (violación material a la Constitución).

material y formal - de las leyes, que habría sido conseguido con la emisión de la Constitución de 1776 y fortalecida con la enmienda de 1815. Sin embargo, la Constitución no tenía – todavía – un defensor, por lo que, el sistema no estaba completo. Esto motivó, luego de un par de décadas, la emisión de la primera sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de una ley, como consagración del valor normativo y supremo de la Constitución en manos de la Corte Suprema.

ii) *El “judicial review” o la revisión judicial a las leyes como la verdadera esencia de la actividad judicial:*

En el contexto del famoso caso *Marbury vs Madison*, obra del juez Marshall, se evidencia que, por primera vez, una ley federal es invalidada partiendo del argumento que contraría – materialmente – a la Constitución estadounidense. La problemática que reviste este fallo es sustancial para el principio de supremacía de la Constitución y la garantía de su eficacia, principalmente, por la atribución de un juez de defender la Constitución y sobre el rol que cumple en esta actividad.

Las circunstancias fácticas del caso y su contexto han sido analizadas bastamente por la doctrina (Fernandez Segado, 2011). Sin embargo, de manera breve, cabe mencionar que el contexto político de esta resolución, ayuda a comprender el problema, al mismo tiempo que, ha producido un debate importante sobre la legitimidad del *judicial review* que será materia de discusión más adelante.

En este orden, el problema de fondo radica en el nombramiento de jueces que había realizado el presidente John Adams la noche previa a concluir su mandato el 03 de marzo de 1801, entre federalistas afines a la Unión (como se conocía a los “*Midnight Judges*”- jueces de media noche)⁸. En estas designaciones, se encontraba William Marbury como juez de paz para el condado de Washington – distrito de Columbia, a quién no se le entregó su nombramiento por parte del Secretario de Estado – John Marshall (el juez que resolvería el caso posteriormente – de posición federalista); precisamente, por el cambio de gobierno y porque Marshall gozaba de una licencia que le había otorgado la Corte

⁸ Se utiliza este término, dado que, el presidente Adams nombró varias decenas de funcionarios al término de su mandato y dedicó la firma de los despachos de nombramientos durante las últimas horas de su periodo presidencial.

Suprema, a la que retornaría con la posesión de Thomas Jefferson como presidente, el padre de los republicanos.

En ese contexto, el presidente Jefferson designa como nuevo Secretario de Estado a James Madison, pero éste, se rehúsa a entregarle el nombramiento a Marbury. En ese momento, este último acude a la Corte Suprema – en la que ya se encontraba John Marshall – para que se expida un *writ of mandamus* (orden judicial) y se le entregue el nombramiento correspondiente.

En el escenario de pugna entre federalistas y republicanos, el nuevo Gobierno de Jefferson no dudaba que la resolución sería favorable para Marbury, dado que, existían todos los argumentos jurídicos para emitir el *mandamus*. Esencialmente, el nombramiento había sido emitido por el presidente, además, contenía el sello de este y solo faltaba su entrega física para proceder a la posesión (responsabilidad que le correspondía a Marshall durante su gestión como secretario); por lo que, el derecho de Marbury no se encontraba muy discutido.

En lo medular, Marshall encuentra una contradicción entre la ley que otorgaba competencia a la Corte Suprema para emitir esta orden - la *Judiciary Act* de 1789 – y la Constitución estadounidense. La norma fundamental determinaba que la Corte Suprema tenía competencia como instancia de apelación y, en otros, como única instancia; mientras que, la *Judiciary Act* otorgaba el poder a la Corte para conocer sobre *writ of mandamus* y otorgar órdenes a funcionarios federales, sin hacer distinción; es decir, sin una referencia explícita a si la Corte actuaba en calidad de tribunal de apelación o de única instancia.

En este fallo, el juez Marshall determina su competencia – favorablemente al solicitante – en atención directa a la Constitución y no a la ley, desechando ésta última y creando la regla del control constitucional a la actividad legislativa, en los casos en que una ley contraría manifiestamente a la Constitución.

Marshall, fundó su decisión en varias consideraciones a las que se pretende resumir en las siguientes. En primer plano, que el Gobierno de los Estados Unidos ha fijado principios fundamentales que constituyen el objetivo de la sociedad americana de conducirse a su propia felicidad. Así, tomando en cuenta estos principios, los fundadores,

impusieron límites al poder legislativo que no pueden ser tergiversados u olvidados, dado que la Constitución es escrita; y, bajo esa premisa, o bien la Constitución controla los actos legislativos que la contradicen o bien el legislativo podrá alterar la Constitución a través de una ley.

Desde esta perspectiva, Marshall, concluye que, la Constitución es inmodificable por los medios ordinarios (distinta de la actividad legislativa) y que, por tanto, si el parlamento pretende modificar la Constitución contrariando su texto a través de una ley, ese acto legislativo no es Derecho: “*si fuese verdad... entonces las Constituciones escritas serían intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable...*” (García de Enterría quien cita a Brest, 2014). De esta forma, las leyes emitidas por el legislativo que contradicen a la Constitución son nulas:

“...Así, si una Ley está en oposición a la Constitución; si las dos, La Ley y la Constitución, son aplicables al caso concreto, el Tribunal debe decidir el caso conforme a la Ley, inaplicando la Constitución, o conforme a la Constitución, inaplicando la Ley; el Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto ha de regir el caso. Esto está en la verdadera esencia de la función judicial” (García de Enterría quien cita Brest, 2014)

De esta forma, Marshall decide anular la *Judiciary Act* en el caso concreto aplicando directamente la Constitución y, en lo medular, declarando como la esencia de la función judicial el deber de ser fiel a la Constitución y la significación de su valor normativo; siendo ésta, desde una posición personal, la premisa de una verdadera defensa a la norma superior.

No obstante, vale considerar los ingredientes políticos que revisten este fallo y que, incluso, la originalidad del mismo haya sido cuestionada. Primero, la facultad de anular una ley resulta cuestionable – por decir lo menos –, considerando que no se encuentra en la Constitución; segundo, como afirma Oyarte (2019, pág. 1060) los federalistas ganaban una facultad de controlar al Congreso:

“Marshall en su decisión no sólo resuelve un caso concreto, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad de una ley, sino que al resolver un caso que se puede entender *menor...* gana para la Corte Suprema de los Estados Unidos una facultad enorme: controlar la actividad legislativa de un congreso en el que los federalistas – y Marshall era uno de ellos – no tenía mayoría.”

Dicho sea de paso, según Acosta Sánchez citado por López Hidalgo (2018) esta resolución es poco original, dado que, habría sido una transcripción del artículo de Hamilton en el “*Federalista*”. Y, en tercer lugar, el caso no sería utilizado sino hasta cincuenta años después en el caso *Dredd Scott vs Sanford*.

A pesar del debate político, es indiscutible que *Marbury vs Madison* constituye el *leading case* del sistema de control constitucional que instauraría, lo dicho por Hamilton, “la obligación más fuerte” (*higher and superior obligation*) o la vinculación más fuerte del juez a la Constitución, como uno de los deberes primordiales de un juez constitucional y su rol en el control a la actividad legislativa (García de Enterría, 2014).

Además, vale mencionar que, si bien la aceptación de la Constitución como norma jurídica no fue discutida en el desarrollo del siglo XIX, su ejercicio y práctica a través del *judicial review* se fortalecería – efectivamente – en el siglo XX respecto de los casos *New Deal* norteamericano y el activismo judicial (Aragón Reyes, 2013).

Recapitulando, el modelo estadounidense de justicia constitucional instaaura las bases de la jurisdicción constitucional, tal cual, la conocemos. Principalmente, por establecer la supremacía o suprallegalidad como una característica inherente al significado de Constitución, así como, la idea del control material a la actividad legislativa.

1.1.2. El modelo europeo de justicia constitucional:

En Europa, por otro lado, la justicia constitucional daría sus primeros pasos recién en el primer tercio del siglo XX. Efectivamente, durante el siglo XIX el constitucionalismo europeo habría quedado al margen del desarrollo norteamericano, dado que, - y esto sólo puede explicarse – como afirma Enterría (García de Enterría, 2006, pág. 61) por: “*la prevalencia del «principio monárquico» como fuente formal – exclusiva o participante – de la Constitución, que implica reducir ésta a un simple Código formal de articulación de los poderes del Estado, sin otra trascendencia general*”⁹.

⁹ Gran parte de la doctrina considera que el concepto de Constitución en Europa del Siglo XIX seguía siendo, a lo sumo, una limitación «a posteriori» al poder ilimitado del Monarca, y no una construcción originaria de competencias y normas que determinan no sólo la organización del poder, sino, como *máxima*, la promoción de los derechos fundamentales de las personas.

A esto, se suma la prevalencia del principio de soberanía parlamentaria que habría sido sobrellevado y poetizado por parte del movimiento jacobino; caracterizado, incluso, de una posición radical de izquierda que ubica una Dictadura de la “Asamblea” por sobre el respeto al orden constitucional (García de Enterría, 2006, pág. 173), principalmente, motivado por el rechazo al abuso de los jueces del *Ancien Regime* (Capelletti, 1986, pág. 20)

En esencia, se puede interpretar que el mayor obstáculo para el desarrollo tardío de la justicia constitucional en Europa, con respecto a la norteamericana, se encuentra en el dogma eufemístico de la “Asamblea” jacobina. Se entendía, que la única forma de luchar contra el poder del monarca (o de consolidar el poder de la burguesía en el caso francés) se encontraba en la emisión – *infallible* – de las leyes por parte de esta élite. Así, sus postulados se configuraban en una idea absoluta: la voluntad popular y colectiva se encontraba en el Parlamento, y que toda idea fuera de éste constituía una carta en contra de lo que era legítimo o libre.

Parafraseando a Brewer Carías quien cita a Favoreu (2010, pág. 37), el mito de Rousseau respecto de que el “*legislador no puede actuar mal*” (*ne peut mal faire*) sería la bandera de este movimiento que mantiene un discurso –muy abstracto y hasta populista – de que *todo* pasa y se encuentra en “*La Asamblea o Congreso*”.

Aquello resulta asimilable a un relato de Jorge Luis Borges, que expone la idea de un personaje que es invitado a participar de una secta denominada como el título de la obra (“El Congreso”). En ella, implícitamente (como es característica de su narrativa) evidencia la falsa idea de una representación del “mundo” en un organismo. Uno de los personajes del cuento, incluso, indica algo que resume la idea que se pretende indicar:

“...Cuatro años he tardado en comprender lo que les digo ahora. La empresa que hemos acometido es tan vasta que abarca – ahora lo sé – el mundo entero. No es unos cuantos charlatanes que aturden en los galpones de una estancia perdida. El Congreso del mundo comenzó con el primer instante del mundo y proseguirá cuando seamos polvo. No hay lugar en que no esté. El Congreso es los libros que hemos quemado. El Congreso es los caledonios que derrotaron a las legiones de los Césares. El Congreso es Job en el muladar y Cristo en la cruz. EL Congreso es aquel muchacho inútil que malgasta mi hacienda con las ramerías...” (Borges, 2005)

En suma, gran parte del truncamiento del desarrollo constitucional en Europa del siglo XIX se debe a esta posición elitista y el pacto parcial con las monarquías; así, la Constitución era norma política y no jurídica (Aragón Reyes, 2013, p. 271). De manera

que, tanto el sistema de fuentes como la legitimidad del poder en la mayoría de las sociedades del viejo continente se encontraban radicadas en la actividad legislativa por antonomasia, más concretamente, en el principio de soberanía parlamentaria. Así, las constituciones se concebían como un acuerdo entre el monarca y la clase burguesa, pero, además, fácilmente modificables como pasó, por ejemplo, en el caso francés quienes tuvieron varios procesos constituyentes posteriores a la revolución de 1789 (Brewer Carías, 2017).

Desde este punto el concepto de Constitución en Europa se encontraba todavía en desarrollo. Así, la recepción del sistema de justicia constitucional concentrado que traería la creación del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución y como defensor de la supremacía constitucional, no vendría, sino acompañada por la impronta – indiscutible – de Hans Kelsen en las primeras décadas del siglo XX.

Así el sistema austriaco-kelseniano (como también se lo denomina) trajo caracteres decisivos para el posicionamiento de la justicia constitucional tal cual se conoce. En este sentido, cabe hacer referencia a los más importantes: i) el sistema de jurisdicción concentrada; y ii) el tribunal constitucional como un legislador negativo.

i) *El sistema de jurisdicción concentrada:*

El surgimiento del sistema de justicia constitucional en Europa es a través de un modelo distinto, especializado y disímil del norteamericano, aunque el fondo mantiene ciertas similitudes.

En efecto, como se analizó anteriormente, en los EE.UU. el sistema fue (y es todavía) caracterizado como una facultad *difusa* en la que se encuentran investidos todos los jueces de inaplicar una disposición que contraría a la Constitución – siguiendo los lineamientos del precedente (*stare decisis*) de la Corte Suprema¹⁰ – dentro de un caso en concreto.

¹⁰ De acuerdo a la doctrina del *stare decisis* que nace del aforismo: “*stare decisis et quieta non moveré*” que significa: “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto” es la piedra angular del sistema anglosajón – Common Law – que determina la obligación judicial de respetar el precedente (lo decidido) sea de manera horizontal (jueces de la misma jerarquía) o vertical (jueces de mayor jerarquía). De acuerdo al modelo estadounidense, la revisión judicial se la realiza acorde al precedente y es el caso *Marbury vs Madison* y los siguientes los que determinan el estándar y el criterio que debe seguir un apropiado control concreto de constitucionalidad.

Lo manifestado, difiere del sistema europeo como un sistema de jurisdicción especial, que vendría a ser puesto en práctica a través de un órgano único (*concentrado*) que decidiría – en base a un análisis de compatibilidad lógica –, *in abstracto*, si una ley sería contraria a la Constitución o no.

El sistema entonces radica en la creación de un Tribunal que resuelva los incidentes de constitucionalidad de las leyes, un órgano especializado y competente únicamente para este tipo de casos y que no juzgue hechos, sino normas. De esta manera, nace el Tribunal Constitucional como el signo de garantía jurisdiccional de la Constitución.

Al parecer, la creación del “Tribunal Constitucional” en la actualidad, parece no generar mucha discusión. Como diría, G. de Enterría (2014), la historia ya ha juzgado su vigencia y su funcionamiento positivo para las democracias; sin embargo, para comprender el concepto de “Guardián de la Constitución” es necesario revisar la justificación de la creación de este organismo que, radica en varias razones, explicadas por Kelsen (1974) en su artículo: “*La Garantía jurisdiccional de la Constitución*” que de manera breve se pretende resumir en los siguientes puntos.

En primer lugar, se encuentra el «problema de regularidad» en las etapas de creación del Derecho (Kelsen, 1974). En lo principal, el jurista austriaco realiza un análisis teórico y práctico de la implicancia de la garantía jurisdiccional de la Constitución o de la “justicia constitucional” que – como manifiesta en su trabajo – es lo mismo.

La problemática de una garantía de la Constitución nace por el inconveniente de regularidad, entendido éste, como la dificultad de compatibilidad o correspondencia entre un grado de creación del Derecho y otro. En otras palabras, sabiendo que el Derecho como un sistema jurídico posee grados de creación, entiéndase estos, como la Constitución, La Ley, el Reglamento, los actos jurídicos que crean efectos materiales, las sentencias, etc., la regularidad de los actos requiere una correspondencia entre un grado inferior con respecto a su grado superior.

De lo dicho, si se considera que – normalmente – si existen garantías jurisdiccionales de los actos administrativos con efectos particulares, por qué no, y, más bien dicho, cómo no, puede existir garantías entre la ley y la Constitución. En palabras del propio autor:

“...Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes.” (Kelsen, 1974, pág. 474)

En segundo lugar, esta idea de regularidad parte de la existencia de una diferencia en el sistema; la legalidad es distinta de la constitucionalidad por ser ésta un grado superior a ella. Además, ésta última, define no solamente la forma – procedimiento – de las leyes, sino el contenido material de éstas. La constitución es, pues, regla de procedimiento y regla de fondo. En efecto, Kelsen (1974, pág. 477) manifiesta:

“...De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino además un catálogo de derechos fundamentales de los individuos, o libertades individuales. Es por ello —es el sentido primordial, si no exclusivo de esta práctica—, que la Constitución señala principios, direcciones y límites, para el contenido de las leyes futuras.

Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad —bajo la forma habitual de una garantía en beneficio de los sujetos, de un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad etc.— la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc.”

11

En este orden de ideas, como tercer punto, en el contexto de las garantías a los actos estatales y su virtual irregularidad, Kelsen encuentra un problema. Si una garantía objetiva de los actos irregulares consiste en la nulidad o anulabilidad de éstos en el contexto de anulación de una norma general, ésta facultad, entonces, se encontraría restringida al caso concreto; pero, si se decide su inejecución, la norma se mantendrá en vigor y deberá ser aplicada en otros casos – en los que se pudiese considerar de regular. (Kelsen, 1974, pág. 478)

De esta forma, si bien la autoridad jurisdiccional puede rehusar la validez de una norma, sólo puede hacerlo en el caso en concreto, es decir, es siempre parcial. Evidenciánsode, así, las imperfecciones del sistema estadounidense y el modelo *difuso* de control constitucional, para que surja – necesariamente – uno que supla ésta debilidad.

¹¹ Personalmente, desde los primeros años de estudio se nos hacía creer que Kelsen tenía una visión puramente formal del Derecho. Sin embargo, en el artículo citado es rescatable la explicación contundente respecto de la noción de Constitución en sentido material y formal que realiza el autor como punto de partida para la justificación de la garantía de la norma fundamental.

Ciertamente, la reserva de este poder debía ser centralizado, de manera que, las limitaciones parciales a las leyes que pudiesen ser aplicadas o no por los jueces sean ubicadas en un solo órgano – *instancia suprema* –. Kelsen (1974, pág. 487) afirma:

“La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema.”

Asimismo, la instancia suprema no puede agotarse en el mismo aparataje estatal, es decir, no puede confiarse en que el legislativo anule sus propios actos irregulares. Sería un acto ingenuo, políticamente hablando, que se espere que, en el contexto de la soberanía parlamentaria, el órgano legislativo se controle a sí mismo sabiendo que de por sí, se consideraba el órgano supremo por antonomasia.

En definitiva, esta importante labor sólo puede ser encomendada a una instancia independiente de toda actividad estatal y yace en la figura del Tribunal Constitucional; un órgano que sea capaz de controlar la actividad legislativa, logrando la subordinación eficaz y del parlamento a la Constitución (Kelsen, 1974).

Ahora bien, si la garantía jurisdiccional a la Constitución es objetiva (anulación) y personificada en la figura del Tribunal Constitucional ¿cuál es la naturaleza de la institución que debe ejercer el control de constitucionalidad?

ii) *El Tribunal Constitucional como un legislador negativo:*

La esencia del Tribunal sería la de un legislador en sentido negativo. En la idea de Kelsen, dado que, anular una norma es una actividad – esencialmente – legislativa, la actividad del Tribunal sería en sentido inverso. Visto de otra forma, si la confianza de controlar las leyes se otorga a un Tribunal diferente de todo el aparataje estatal, con su poder jurisdiccional frente a la Constitución constituye el antídoto del legislativo, y no hay discusión respecto de aquel (Kelsen, 1974, pág. 489).

Por el contrario, la justificación del Tribunal Constitucional parece reafirmar el principio de división de poderes (no separación de poderes); ciertamente, porque el poder no debe ser «separado» sino «dividido» para que exista un control de éste (Kelsen,

1974). Asimismo, el Tribunal Constitucional viene a ser un órgano – parte del poder – que legisla negativamente y, con ello, legítimo desde su origen.

Sobre esto, cabe hacer hincapié en lo dicho por el propio Kelsen (1974, pág. 493) cuando menciona:

“...Es aquí donde aparece la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar...la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución.”

Ahora, de acuerdo al objeto de la jurisdicción constitucional, desde la consideración teórica de Kelsen, se ubica – aunque parezca una obviedad – a las leyes, los tratados internacionales y todo acto general subordinado directamente a la Constitución¹². Así, si, por ejemplo, el ejecutivo plantea un reglamento que debía haber sido emitido mediante reserva de ley, contrariando a la Constitución – de manera directa –, este debería ser objeto de control constitucional; eso sí, siempre y cuando, de manera exclusiva, la discusión sea respecto de la regularidad constitucional de un acto general o particular (su relación de compatibilidad con la norma fundamental); lo que resulta, en términos generales, claro¹³.

En este mismo sentido, si la jurisdicción constitucional cumple el papel de legislación negativa, el resultado de esta actividad es la anulación de la norma con efectos *erga omnes*, es decir, con efectos generales, declarando la invalidez de la ley, el reglamento o el acto general y desterrando a esta del ordenamiento jurídico.

¹² Si bien el modelo concentrado nace como un control que se realiza, comúnmente, a las leyes y actos de carácter general; luego, ganaría las altas Cortes y Tribunales Concentrados, la competencia de realizar un control previo a la reforma de la Constitución por parte del legislativo y que es, en definitiva, el objeto mismo del presente trabajo – como se analizará más adelante –.

¹³ No es materia del presente análisis la problemática de la limitación de la competencia del Tribunal Constitucional con respecto a la jurisdicción administrativa, cosa que sí menciona Kelsen en su trabajo. Sin embargo, cabe mencionar que el argumento básico radica en que el Tribunal será competente de controlar los actos que – teniendo vicios formales o materiales – se encuentren subordinados directamente a la Constitución. Así, un reglamento, que tiene vicios de irregularidad con una ley, no será sino «mediatamente» inconstitucional; siendo aquello, de competencia de los tribunales ordinarios de la jurisdicción administrativa y no de una Corte Constitucional. Así como, una segunda razón, configurada en que serán únicamente los actos generales (leyes y reglamentos) los que puedan ser objeto de control – no actos meramente individuales –.

Asimismo, la anulación es *pro futuro*, y no, con efectos retroactivos; principalmente, por garantizar la seguridad jurídica frente a los actos materiales realizados en virtud de la ley que habría sido válida hasta la declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Tribunal. Así, el Tribunal podría anular la ley con efectos *ex nunc* o, bien podría, mantener en vigor la ley que – de ser el caso – habría sido derogada en virtud del acto legislativo que se ha determinado como inconstitucional.

En este mismo sentido, en palabras de García de Enterría (García de Enterría, 2006, pág. 63), la actividad del Tribunal Constitucional tomada desde el modelo kelseniano implica que:

“el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular...sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica ...entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la constitución. Por eso sostiene Kelsen que no hay en ese juicio puramente lógico una verdadera aplicación de la Ley a un caso concreto y, por tanto, no se estaría en presencia de una actividad judicial, que supone una decisión singular”

Por último, el sistema kelseniano se justifica, entonces, en que la garantía de la eficacia de la Constitución descansa en la labor de defensa que ejerce el Tribunal Constitucional como verdadero Guardián de la norma fundamental y como el custodio de la noción formal y material de la Constitución, por ser éste, un órgano especializado, original desde la Constitución y que no – siendo un derivado de la función legislativa – depende de los poderes del Estado.

Evidentemente, una Constitución es – verdaderamente – obligatoria sólo si posee una jurisdicción constitucional personificada en el Tribunal Constitucional. Así, Kelsen (1974, pág. 510) concluye su postulado afirmando:

“Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia— una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria.”

El sistema concentrado es, entonces, un sistema que confía la «garantía de la constitución» a un órgano único, siendo éste, capaz de declarar la inconstitucionalidad de una ley y anularla; conociendo, únicamente, no sobre hechos, sino sobre normas – de manera abstracta; por otro lado, los tribunales ordinarios, se ocuparán de la aplicación de

las normas ordinarias en casos concretos sin tener la facultad de revisar las leyes, por sí mismos.

En síntesis, el aporte teórico de Kelsen fue y sigue siendo sustancial para la construcción del sistema de justicia constitucional. Sin ahondar más en el tema, cabe mencionar que, la doctrina ha reconocido la contribución del jurista austriaco, sin embargo, el anhelo de control y garantía de la Constitución por parte de los Tribunales Constitucionales sería disímil de lo que sucedería después.

Como relata Manuel Aragón (2013, pág. 273), la justicia constitucional sería “malograda” desde su inicio y sería interrumpida con el advenimiento del nacional socialismo en Europa del Este y luego en el resto del continente. En Norteamérica, tampoco surgirían grandes avances, sin embargo, el modelo del *judicial review* enfrentaría sus tensiones más acentuadas con la emisión del *New Deal* promovida por el presidente Roosevelt para contrarrestar la *Gran Depresión* en la década de los 30’s.

1.1.3. La posición actual de la Corte Constitucional: la relativización de los modelos estadounidense y europeo.

Con los efectos de la segunda guerra mundial la justicia constitucional se habría visto estancada. Sin embargo, con la caída del nazismo y fascismo, a consecuencia de los procesos de transición a la democracia en gran parte de Europa, con el fin de las dictaduras conservadoras y la caída del régimen comunista en los países de Europa del este, el Estado Constitucional democrático tendría una gran expansión (Aragón Reyes, Estudios de Derecho Constitucional, 2013, pág. 277)

Las diferencias entre el modelo estadounidense (difuso) y el austriaco (concentrado) serían relativizadas por la adopción de ciertas constituciones con las opciones de constitucionalidad directa, típica del modelo concentrado. Además, la cuestión de constitucionalidad sería insertada como un diálogo de los tribunales ordinarios con las Altas Cortes y, en la otra cara de la moneda, se prescribiría la facultad directa del juez de inaplicar la ley cuando – en el caso concreto – sea manifiestamente contraria a la norma fundamental (Aragón Reyes, Estudios de Derecho Constitucional, 2013, pág. 279).

De esta forma, en la segunda mitad de siglo la *bipolaridad* de los modelos se configuraría con los aportes de postguerra de Italia y Alemania que verían en la justicia constitucional un tipo de jurisdicción, más que un «legislador negativo» (Fernandez

Segado, La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, 2005). Esto evidencia, como afirma Llorente citado por Fernández Segado (2005) que: *“hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano”*.

Por otro lado, existieron avances que llevaron a configurar la función de los órganos que ejercen jurisdicción constitucional como una tarea activa; es decir, que sus sentencias no se limitan a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, solamente, sino que han tomado un papel protagónico, a través de su función creadora del Derecho (Fernandez Segado, La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, 2005, pág. 41).¹⁴

Esto, desde la concepción en que la actividad judicial no se limita únicamente a una aplicación del Derecho; sino, por el contrario, dado que el Derecho es lenguaje y, con ello, las normas constitucionales son emitidas en base a principios generales que implican términos, muchas de las veces, generales y abstractos, la actividad de las Altas Cortes requiere un ejercicio de hermenéutica importante; pero, además, una justificación externa e interna proliza en la emisión de sus sentencias.

Hoy en día, la actividad de la Corte Constitucional no está puesta en duda, sin embargo, existen ciertas connotaciones respecto de su rol político y la cuota de poder que manejan en las democracias, tanto así que, los efectos de sus resoluciones son trascendentales para el desarrollo jurídico y político de un Estado y, en algunos casos, regresivas.

Es decir, en las manos del Tribunal Constitucional – más allá de los planteamientos y/o objeciones existentes – se deposita una función sustancial para el funcionamiento de una verdadera democracia: controlar que el gobierno (ejecutivo) y el legislativo (asamblea o parlamento) adecúen su actividad a la Constitución; sólo así, se podrá garantizar que los derechos de las minorías sean respetados y promoviendo un ambiente adecuado en el proceso de toma de decisiones.

¹⁴ Este papel sería criticado por gran parte de la doctrina, sobre todo estadounidense, argumentando que la Corte Suprema tendría un ilegítimo «amending power» o “poder de enmienda” de la Constitución, sustituyendo la misma y ejerciendo competencias que no han sido atribuidas por el pueblo norteamericano sino han sido tomadas arbitrariamente por los jueces.

Así, la verdadera garantía y el responsable de que la justicia constitucional – y con ello la Constitución misma – funcione de acuerdo al plan (por así decirlo) será el Tribunal o Corte Constitucional.

Si bien podrán existir garantías normativas y políticas que permitan que, de una u otra manera, tanto el Legislativo como el Gobierno se limiten a ejercer las competencias y adecuar su conducta a la Constitución; no podrá configurarse un verdadero respeto si es que una institución no tiene la capacidad de controlar la actividad de las funciones del poder que puedan conllevar una violación a los derechos de las personas o a los procedimientos determinados en la propia Constitución.

Esto lleva a cuestionarse ¿qué implica ser el guardián de la Constitución? ¿En qué consiste la actividad de una Corte Constitucional? Y, ¿Cómo es que la confianza de la defensa de la Constitución puede ser puesta en un órgano jurisdiccional? ¿Esto llevaría a pensar que existe un gobierno de los jueces, dado que, la cuota de poder se encuentra desplazada del legislativo al poder jurisdiccional? Y, si así fuere, por tanto, ¿Cómo un órgano que dice defender la Constitución de la actividad de los poderes parlamentario y ejecutivo, no es electo popularmente? ¿Cuáles son los límites de un Tribunal Constitucional desde lo formal y lo material?

1.2. El carácter de “Guardián de la Constitución”:

Hasta este punto, se ha analizado el *por qué* de la justicia constitucional desde el contexto histórico. Así, se ha logrado responder que la justicia constitucional – con la relativización de los modelos norteamericano y europeo – nace como una respuesta a la mala salud política de varios sistemas jurídicos del siglo XX, principalmente por el temor a la actividad de la mayoría establecida en el Parlamento.

Con ello, se ha revisado que la vigencia de la norma fundamental, como requisito de validez de las normas secundarias y, en definitiva, como una pieza clave de la sujeción de todos los poderes a ella, se evidencia en la actividad del control constitucional a los actos del poder.

En tal virtud, corresponde analizar la naturaleza misma de la justicia constitucional y, con esto, el concepto de guardián de la Constitución que se ha atribuido a las Cortes o Tribunales Constitucionales y sus estándares de actuación.

En un primer momento, se analizará que, desde un inicio, el sistema de defensa de la Constitución ha sido puesto en el órgano judicial y, desde un análisis de la propia actividad de las Cortes, existen justificaciones teóricas y epistemológicas respecto de su tarea de defensa de la norma fundamental.

Por otro lado, se verá que, mientras que hay razones válidas para considerar la labor del Guardián, hay quienes refutan el rol político que mantiene el máximo intérprete constitucional dentro de un Estado; así, este organismo deberá lidiar con esta objeción sujetándose al método jurídico y no a las circunstancias políticas que pudieran incidir en sus decisiones.

En un mismo sentido, una de las más grandes críticas a la justicia constitucional se encuentra en su carácter – aparentemente – antidemocrático por su carencia de representatividad popular; de ahí que, se deba responder: ¿cómo puede legitimarse una Corte Constitucional? y ¿qué teorías se han propuesto para lidiar con la brecha interpretativa que orbita en el texto constitucional y esta institución?

Por último, se analizará que, a raíz de las críticas respecto de su legitimidad, la justicia constitucional ha encontrado estándares y parámetros de justificación de la actividad del Guardián. Luego, dichos estándares servirán como recursos objetivos para revisar su gestión dentro de la presente investigación.

1.2.1. ¿Qué implica ser el Guardián de la Constitución?

En primer momento, se podría decir con seguridad que un guardián implica ser un protector, alguien que realiza una tarea de defensa y custodia de algún objeto en particular. También, se podría decir que son los objetos valiosos los que requieren custodia y protección, dado que, por su propia naturaleza pueden ser robados, usurpados, tomados, etc.

Algo similar, sucede con la Constitución. Y es que, ha sido una actividad casi alquimista la que ha tenido que pasar para que la justicia constitucional se consolide en los Estados contemporáneos para definir – de forma explícita e implícita – que la Constitución es lo más valioso del ordenamiento jurídico. Es más, no es que solamente es lo más valioso por ser jerárquicamente superior a otras normas, sino que, en su contenido radica el respeto de todos los poderes a su programación, así como, el respeto a la concepción material de los derechos fundamentales de las personas que son parte de un Estado.

En tal sentido, si la Constitución involucra la validez misma del sistema jurídico, si el funcionamiento de la estructura en que se desarrolla una sociedad, en términos jurídicos, depende del balance de la Constitución con su pueblo, se requieren mecanismos que protejan y garanticen que la Constitución se lleve a cabo. En otras palabras, que no exista ninguna acción que se encuentre fuera de los parámetros de la norma fundamental, tanto en sentido formal como material.

Desde esta idea general, se concibe al defensor de la Constitución como un protector de que la norma fundamental no sea violada. Como afirma Kelsen (1995, pág. 3):

“«Defensor de la Constitución» significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una «garantía» de la Constitución”

No obstante, ¿cómo se explica esta garantía político – jurídica? ¿puede justificarse epistemológicamente la inclusión de una Corte Constitucional en el sistema jurídico? ¿cómo entender su funcionamiento desde la teoría constitucional?

En primer lugar, como se ha visto anteriormente, desde las circunstancias históricas, tras los períodos de guerra y postguerra en el siglo XX, la gran mayoría de los países de Europa redescubrirían la fuerza normativa de la Constitución.

En lo principal, la falta de respeto a la *norma normarum* habría sido un elemento común en los regímenes fascistas y totalitarios, por lo que, países como Austria, Alemania, Italia, España y Portugal – como una suerte de catarsis institucional – incorporaron la garantía más efectiva hasta lo que se conocía: el Tribunal Constitucional.

En base a este hecho, el profesor Pérez Royo afirma que el Tribunal Constitucional no es un órgano que se explica en la Teoría del Estado Constitucional, sino que se entiende *históricamente* como una *anomalía*, comprendida por la dificultad existente en varios países de Europa: “*de pasar del Estado Liberal hacia el Estado democrático*” (2010, pág. 731).

Por ello, en los regímenes que no tuvieron dificultad de transición a la democracia, no ha existido la necesidad de un Tribunal Constitucional; sino que, la defensa de la Constitución ha sido llevada a cabo por parte del poder judicial (como en Inglaterra o Estados Unidos) o por el mismo Legislativo (como en el caso de Francia)¹⁵.

Esto lleva a concluir que, en los Estados en que la confianza del orden no se legitimaba en el ejercicio de los clásicos poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) se tuvo que crear un organismo diferente que pueda velar, con independencia de los modelos clásicos, por la protección del orden constitucional. En este orden de ideas, se necesitaba de una garantía jurisdiccional a la Constitución personificada en el Tribunal Constitucional, con capacidades (limitadas) de controlar la actividad legislativa, de gobierno e, incluso, de los jueces ordinarios.

La expresión «guardián» o «defensor» nace a raíz de un debate académico. Con mirada al pasado, justamente, al período de entreguerras, la pregunta por quien debe ser el «guardián» de la Constitución es un debate clásico de la teoría constitucional entre Hans Kelsen y Carl Schmitt en la tercera década del siglo XX; a través del cual, Schmitt escribiría varios artículos que se convertirían en un libro titulado: “*Der Hüter der Verfassung* [El guardián de la Constitución]” (Vita, 2017); y, en donde, se planteaba la discusión respecto de la validez – dentro de un Estado democrático – de un único “defensor” o “protector” de la Constitución¹⁶.

¹⁵ En Francia se ha dado una situación particular; y es que como un verdadero anexo del poder legislativo se creó el *Conseil Constitutionnel* en la Constitución de 1958 que, con sus reformas, especialmente la del año 1974, permite a que un número de parlamentarios (generalmente a la Oposición) plantear «denuncias» de inconstitucionalidad de las leyes emitidas ante un Consejo conformado por nueve personas que deberán emitir una resolución al respecto.

¹⁶ Sin embargo, los postulados de Schmitt originariamente hablaban del encargado de decidir por la constitución el destino de un régimen, calificando a los Estados de Legislativos, Judiciales, entre otros. Desde ese aspecto, Schmitt interpretaría que el art. 48 de la Constitución de Weimar – que permitía frente a una crisis institucional en el legislativo que sea el presidente o Jefe de Estado quien asuma esta labor, concentrando dos poderes en uno para “guiar” al régimen – sea considerado o conceptualizado como la

Luego, Kelsen respondería a Schmitt con la clásica obra: “¿*Quién debe ser el defensor de la Constitución?*” replicando los fundamentos decisionistas (y hasta dictatoriales) de este último.

A través de las aproximaciones teóricas de estos académicos, se logró evidenciar que la defensa de la Constitución implicaba la actividad de control político – jurídico de los actos de las demás funciones del Estado y, por tanto, no se equipara la «defensa» o «ser guardián» con la «ejecución» de las normas constitucionales (situación que le compete únicamente – por esencia – al órgano de gobierno) (Kelsen, 1995). De este modo, todas las personas que cumplen funciones de ejecución serían defensores de la Constitución; pero, la tarea de control es, en lo medular, lo que define la protección y defensa de la norma fundamental.

Asimismo, sería ingenuo pensar que esta difícil tarea sería *apolítica*; por el contrario, es imposible aislar el control de la política de ésta misma; así, Kelsen (1995) determinaba que si la función política de la Constitución es imponer límites jurídicos al ejercicio del poder, la garantía constitucional y, con esto, la protección de la constitución a raíz de la revisión de los actos, implicaba que estos límites no sean transgredidos; poniendo a prueba los conflictos políticos a través del método jurídico.

Por el contrario, a decir de Kelsen (1995), Schmitt utilizaría criterios “cubiertos de polvo” para interpretar que el art. 48 de la Constitución alemana de Weimar declararía como defensor “natural” al jefe del Estado fundadas en la doctrina del *pouvoir neutre*.

Con mayor detalle, esta doctrina, en palabras de García Pelayo quien se refiere a Benjamin Constant (1983, pág. 10), implica un poder neutral de control de las funciones clásicas; así manifiesta:

“...Benjamín Constant, quien a los tres poderes de Montesquieu añade un cuarto poder o *pouvoir neutre* —que más tarde sería llamado en la doctrina española «poder armónico o moderador»— y al que Constant da una función reguladora del funcionamiento de los restantes poderes, mientras que para Montesquieu la regulación se producía inmanentemente por la simple interacción de la trinidad de poderes. Tal poder neutral pertenece al Jefe del Estado como órgano diferenciado del Gobierno o Ejecutivo, ya que éste es un poder activo que, junto con los otros dos, es decir, el legislativo y el judicial, cooperan cada uno en la esfera que le corresponde a la acción general del Estado, pero

“defensa” de la Constitución. Luego, por varias razones, se ubicaría al concepto de protección de la Constitución relacionada al ámbito de control y prevención de que actos de los poderes sean contrarios a ésta.

«cuando [tales poderes] se entrechocan y se entran se necesita de una fuerza que les ponga en su lugar». Esta fuerza —dice Constant— no puede estar en uno de los poderes activos porque serviría a la destrucción de los otros.”

A partir de esta idea, Schmitt diría que la defensa de la Constitución se materializa en el Jefe de Estado por ser no sólo el legitimado para el efecto, sino porque ante el truncamiento de las fuerzas políticas de un país, su figura suplantaría al Parlamento para gobernar (justificando implícitamente la dictadura). De esta forma, asimilaba, gobernar (ejecutar) con “defender” la Constitución, cuando, por esencia la actividad de defensa es de protección y no de ejecución.

Además, Schmitt presentaría que la política no es justiciable, o lo que es lo mismo, la política es «decisión» ejercida por los actores sociales a través del Parlamento y el Ejecutivo; de este modo, si los conflictos de “alta política” (como lo llama Schmitt) pasan a manos de un Tribunal Constitucional, sería poner en peligro la justicia y contaminar la política (Kelsen quien cita a Schmitt, 1995, pág. 32).

Sin embargo, el argumento central para confiar en la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, a decir de Kelsen, se define en la idea de que el control de constitucional es un ejercicio para el sistema de justicia:

“...¿La Justicia? ¿Cómo podría, precisamente la Justicia, ser gravada y puesta en peligro por el control de la constitucionalidad – tal como Carl Schmitt se ha esforzado en probar por todos los medios – cuando el control de la constitucionalidad no es, en absoluto, «Justicia»?” (Kelsen, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, 1995, pág. 33)

Con esta breve referencia, vale decir que las bases que cuestionaron y determinaron la posición de defensa de la Constitución se encuentran en la dicotomía de otorgar o no, desde el orden constitucional, la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos del poder a un órgano que tendría la autoridad de hablar por y con la Constitución; además, dotándole de la autoridad de “última palabra” en la interpretación de las normas constitucionales y, en definitiva, poder revocar leyes, políticas, actos regulatorios, etc.

Por lo dicho, las razones teóricas de un guardián de la Constitución, revisadas desde los puntos de vista jurídico – políticos, se encuentran precisamente en asegurar y controlar los actos de los entes estatales, poner a prueba la gobernabilidad, a los principios y reglas de definidos en la Constitución. Es decir, ser el encargado de enjuiciar la voluntad

de legislador y ejecutivo y a través de una mayor argumentación, a partir de un método riguroso, confirmar la validez de una norma o una política pública, o defender la Constitución e impedir su vigencia jurídica.

Además de la defensa de una justificación teórica del Guardián de la Constitución, existen argumentos epistemológicos que consolidan este rol. Y es que la sociedad misma le ha dado tal carácter, como autoridad (con lo que esto significa) para poder interpretar y definir el contenido de la Constitución. Es decir, de poner a examen los actos de las funciones básicas del Estado como un reconocimiento de que tanto legislador, presidente y jueces ordinarios pueden fallar – constitucionalmente hablando – en sus actos.

Por esta razón, el hecho de que exista una instancia de control no solo que cumple un efecto disuasivo de su actividad, sino que, constituye un método adecuado de la vida política.

En otras palabras, desde una concepción epistemológica del Estado Constitucional, el Rol de un Tribunal como garante de la Constitución constituye orientar la convivencia política por lo presupuesto en la norma fundamental que se entiende como lo “válido” (Barzotto, 2010, pág. 431).

Así, la justicia constitucional implica una «autolimitación» del orden político, dado que, ha sido creado por el soberano (pueblo constituyente) para cuestionar los actos emitidos por la mayoría que se torna como autorizada para definir la validez de sus actos¹⁷. Como afirma Barzotto (2010, pág. 442):

“...la revisión constitucional de una decisión popular, operada argumentativamente, tiene el significado inmediato de que el pueblo puede errar: la argumentación del guardián de la Constitución tiene por finalidad hacer evidente ese error”

¹⁷ Para este autor, desde el punto de vista epistemológico de la Democracia, el Guardián de la Constitución tiene la paradójica función de “autorizar al pueblo desautorizándolo”, por ser un órgano contramayoritario que, si bien no representa directamente la voluntad popular, con sus decisiones (que deben ser de hecho justificadas en la verdad de la Constitución) representa – más técnicamente – los principios del constituyente que, en definitiva, constituyen los parámetros de validez del orden jurídico. Es decir, el control constitucional y, con ello, la decisión de una autoridad como un Tribunal Constitucional, es custodiar que la verdad constitucional prevalezca ante la voluntad de una mayoría que podría – virtualmente – tergiversar ésta.

Asimismo, la actividad del control constitucional (y con esto la del guardián de la Constitución) cumple una doble función: adecuación y reflexión.

La primera, al revisar la constitucionalidad de los actos del legislativo y ejecutivo, se realiza una labor de *adecuación*, definida como la tarea de establecer la correspondencia entre los actos legislativos con la validez presupuesta en la Constitución¹⁸. Es decir, aparentemente las leyes son válidas por ser definidas por la mayoría (a través del proceso formal); sin embargo, se debe considerar que es posible que existan leyes formal o materialmente inválidas que no deban ser vinculantes para la sociedad.

Por otro lado, una Corte Constitucional cumple una labor de *reflexión* de la actividad política; dado que, aquello que parecía como válido para la mayoría (las leyes o actos de gobierno) puede mostrarse como inválido una vez sometido a un proceso de escrutinio judicial. El Control Constitucional, entonces, funge de custodio de la validez de las normas gracias a que puede desvincular aquello que parecía “verosímil” (acercado a la verdad) con lo “válido” (lo que determina la Constitución).

En resumen, desde una mirada epistemológica, el Tribunal Constitucional tiene la labor de conservar las funciones de los poderes dentro de la Constitución y no fuera de ellas. Así, será un organismo concebido como autolimitación del poder mismo.

Sin embargo, esto parece ser producto de un “elitismo epistemológico” (López Hidalgo citando a Nino, 2018, pág. 33). Esta afirmación hace referencia a que, si el sistema de justicia constitucional es la garantía por excelencia de la Constitución, quiere decir que, la función jurisdiccional (los jueces) se encuentran mejor posicionados para poder resolver los conflictos fundamentales de un Estado. Como afirma López Hidalgo:

“este elitismo epistemológico presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representar y equilibrar, imparcialmente, los intereses de todos los potencialmente afectados por tales decisiones” (2018, pág. 33)

Bajo este argumento, la función judicial a través de sus métodos puede – válidamente – cuestionar la actividad de las mayorías y reafirmar la voluntad popular

¹⁸ Desde el campo epistemológico, la adecuación no es más que la relación entre el pensamiento y la verdad; es decir, cómo un enunciado se acerca a la realidad.

consagrada en el propio texto constitucional que es superior a toda función del poder (Gargarella, 2011, pág. 51). Así, cada vez que se anule una ley o se confirme, las Altas Cortes estarían cumpliendo con el mandato del propio pueblo previsto en la Constitución, como una suerte de espejo en que la sociedad se mira día a día (López Hidalgo, 2018, pág. 34).

En conclusión, pese a que se deba a un elitismo o no, se justifica que un órgano sea el encargado de cuestionar las decisiones políticas a través de un método argumentativo que adecúe las decisiones que podrían ser inválidas a la Constitución, o las confirme como tales; así corrobora en el proceso político (y dialéctico) a través de un método estrictamente jurídico.

De esta forma, el carácter de guardián de la Constitución de la Corte Constitucional parece entenderse, sin embargo, o existen varias objeciones a su tarea. Sobre todo, existen serias dudas respecto de los límites de su función y la manera de asegurar que la revisión de los actos mayoritarios pueda llevarse de una manera objetiva.

Desde esta perspectiva ¿cómo sobrellevar que un órgano jurídico resuelva sobre aspectos políticos? ¿Cómo acceder – legítimamente – a que una institución conformada por un número de jueces sea quien controle la actividad del órgano parlamentario? ¿Cómo se justifica diariamente el guardián y cuáles son las garantías de que actúe adecuadamente?

Al respecto, cabe mencionar, que la discusión más importante respecto del guardián de la Constitución se encuentra en la problemática de los límites de su actividad; desde un escenario, quien defiende la Constitución mantiene una posición de poder dentro de las democracias, por lo que, el papel político que juegan las Cortes Constitucionales es una gran interrogante todavía en el constitucionalismo. Del mismo modo, se ha objetado que la figura del defensor de la Constitución no se entiende legítima en el sistema de democracia representativa.

A partir de estas dos refutaciones a la tarea del Guardián, se han configurado estándares de actuación de este organismo que determinan cómo lidiar con las circunstancias políticas en su actividad y cómo es que una Corte Constitucional puede

legitimarse pese a ser un órgano elitista y contramayoritario¹⁹. Desde esta misma idea es que se puede evaluar objetivamente la gestión del Guardián y empezar a responder a una de las preguntas más difíciles del constitucionalismo ¿Cómo evaluar objetivamente si las decisiones del máximo intérprete constitucional son apegadas a la propia Constitución?

1.2.2. El Guardián de la Constitución como un organismo jurídico que resuelve problemas de alta política:

La labor de un Guardián de la Constitución se encuentra sujeto a varias objeciones y limitaciones. Así, gran parte de la doctrina constitucional han pretendido analizar las tensiones existentes entre el Derecho y la Política al momento de ejercer la tarea del control constitucional; sin embargo, talvez esta no sea una contradicción en sus términos.

El conflicto entre Derecho y Política, nace como una objeción a la tarea de la defensa de la Constitución por parte de un órgano jurisdiccional expuesta por Carl Schmitt. El jurista alemán cuestionó que: *“Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en sus términos”* (García de Enterría quien cita a Schmitt, 2014, pág. 68); bajo este mismo argumento, se diría, además, que la Constitución no podía ser objeto de un proceso, dado que las decisiones estatales pertenecen al legislador y – fundamentalmente – al ejecutivo.

En contraste a lo mencionado, es innegable que la Política – entendida como la instancia de toma de decisiones, relaciones de conflicto, concurrencia y cooperación de una sociedad que procura el bienestar social de la misma – se encuentra en relación clara con el Derecho; sin embargo, la relación entre estas dos instancias tiene una dinámica propia a raíz de la consolidación de la justicia constitucional.

En efecto, a raíz de la vigencia del principio de supremacía de la Constitución, la norma fundamental pasó de ser una enunciación de preceptos de carácter político a gozar de un contenido, primordialmente, jurídico. A partir de esta premisa, hoy por hoy, si la

¹⁹ La expresión propia corresponde en el idioma inglés como *“countermajoritarian difficulty”* de titularidad de Alexander Bickel, quien utilizaría el término “contramayoritario” para justificar una defensa, desde la teoría democrática, de la revisión judicial y constitucional de las leyes por parte de órganos que no son electos popularmente.

Constitución es norma, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente (por el Derecho) y no por la política. En otras palabras, la toma de decisiones (función ejecutiva y legislativa) puede verse apartada de su programación (violación formal) o puede afectar otras normas y derechos presupuestos por el orden constitucional (violación material) dentro de su actividad – eminentemente política –. Luego, si la actividad administrativa y legislativa falta en regularidad con respecto a la Constitución, el juzgamiento pertenece – ciertamente – al Tribunal Constitucional.

Ahora, entendido esto, como indica el profesor García Pelayo (1981), los principios políticos han sido *juridificados* en el texto constitucional, lo que implica que, un Tribunal Constitucional al tener que interpretar y defender el texto constitucional, tiene, necesariamente, incidencia en la vida política a través de sus resoluciones.

En lo principal, un Tribunal Constitucional pertenece al proceso de dirección política de un Estado siendo un filtro necesario de la actividad del poder, formando parte del control de la toma de decisiones y de los conflictos sociales. Como diría Habermas (2004) discutible o no, es un “*factor sobresaliente*” en la política.

Si bien no toma parte activa – dado que no tiene iniciativa de acción sino a actúa petición de parte o cuando las normas requieren su labor – es natural que, entonces, la sociedad haya fijado que el proceso político tenga un *outsider* que funja de árbitro de este complejo proceso (Ely J. H., 1997)

Si se piensa en que la actividad de control y defensa de la Constitución tiene efectos generales para la colectividad sus decisiones se tornan decisivas y definitivas para la vida política, social y económica de un país. Como un ejemplo, se pueden plantear los siguientes escenarios prácticos:

- Una Corte Constitucional puede excluir ciertas normas del orden jurídico. Puede suceder que se excluya una ley que conllevaba una reforma laboral para el sistema económico de un país; una ley tributaria que encaminaría una nueva política económica para resolver una crisis dentro de un Estado o, un reglamento que establezca distinciones injustificadas entre un sector de la sociedad y otro.

- Un Tribunal puede, ejerciendo un control preventivo, inadmitir la inclusión de un tratado internacional que vaya a cambiar el destino de política exterior de un país por mantener una alianza política o económica con algún Estado o comunidad internacional.
- Un guardián de la Constitución puede, para bien o para mal, vetar o permitir un proceso de reforma o enmienda constitucional que cambie la estructura política de una sociedad o que mantenga el *status quo*.

Desde este punto, si bien los conflictos constitucionales tienen que ver, justamente, respecto de la regularidad constitucional en la emisión de las leyes, actos normativos, declaratorias de estados de excepción, por nombrar algunos; sin duda que la tarea del control tiene sustancial incidencia en la “toma de decisiones” dentro de un Estado, dado que, obligatoriamente (en algunos casos)²⁰ y a petición de parte (en otros)²¹ estos actos de voluntad estatal deben pasar por un filtro interno, riguroso a través de un método claro y fijado por el Constituyente: El Control Constitucional.

De esta forma, la política tiene que estar sujeta al Derecho – y más precisamente al Derecho Constitucional – esta es, medularmente, la gran conquista de la labor de los Tribunales Constitucionales y las Cortes que ejercen jurisdicción constitucional: mantener el Estado de Derecho con la Constitución en primer lugar. En palabras de García Pelayo (1981, pág. 18):

“...Así pues, la jurisdicción constitucional es la garantía institucional básica del Estado constitucional de Derecho. Por eso se ha dicho con razón que la inserción de la jurisdicción constitucional en la vida estatal asegura y perfecciona el Estado de Derecho”

En tal virtud, un Tribunal o Corte Constitucional es un árbitro de la política a través de la aplicación de métodos jurídicos para controlar la actividad de los poderes

²⁰ Se hace referencia a los supuestos de control previo de constitucionalidad determinados en el art. 438 de la Constitución del Ecuador y art. 100 de la LOGJCC, por ejemplo, en el caso de un dictamen previo de calificación a un proceso de enmienda o de reforma constitucional.

²¹ En este caso, un control posterior de constitucionalidad, como en el caso de una Acción de Inconstitucionalidad (control abstracto) que enjuicia un acto normativo o una ley emitida por el Parlamento. Para el caso ecuatoriano esta competencia de la Corte Constitucional se encuentra en el numeral segundo del art.436 de la Constitución; así como en el Capítulo I de la LOGJCC.

comunes dentro de un Estado. Es, tal cual como se analizó anteriormente²², un filtro de las decisiones políticas, una defensa ante la tergiversación del texto constitucional y un *poder neutral* ante las fuerzas fácticas dominantes en una sociedad (García Pelayo, 1981, pág. 21).²³

Ahora bien, ¿cómo es que un Tribunal o Corte Constitucional en su tarea de defensa de la Constitución debe lidiar con las tensiones (o consecuencias) políticas de sus resoluciones?

En lo principal, el defensor de la Constitución decide conflictos de sustancia política a través de criterios jurídicos, aplicando el Derecho a través de una rigurosidad metódica (García de Enterría, 2014), de tal suerte que, el juez constitucional pese a las circunstancias políticas debe respetar siempre su labor jurisdiccional.

En otras palabras, una Corte Constitucional tiene que lidiar con intereses generales de la colectividad; así, se “juega mucho” en los procesos que resuelve este organismo, por así decirlo; al tener efectos de carácter *erga omnes*, las resoluciones del máximo intérprete constitucional pueden encaminar – correctamente – la actividad estatal, o pueden ser catastróficas para el Estado de Derecho. Muchas veces, pueden ser “«*políticamente inexactas o falsas*»... *desbaratando las tareas políticas, teniendo efectos en la comunidad política entera*” (García de Enterría quien cita a Bachoff, 2014)

En este sentido, vale mencionar que las circunstancias políticas (consecuencias prácticas) de las decisiones de una Corte Constitucional no deben (ni pueden) ceder ante el método judicial de interpretar y aplicar la Constitución, correctamente.

García de Enterría quien cita a Otto Bachoff (2014), menciona que la situación de una Corte difiere de la del juez ordinario, quién comúnmente tiene la obligación de aplicar el Derecho de acuerdo a la rigurosidad de la ley; sin embargo, esta situación no es la que vive el juez constitucional; sino, más comúnmente, se está ante el caso de una norma que

²²Véase *ut supra* (acápito 1.2.) referente a la justificación epistemológica del Guardián de la Constitución cuando se menciona que es la auto puesta en duda de la sociedad lo que configura la necesidad y corrección – en términos de razón práctica – la actividad de un Tribunal o Corte Constitucional.

²³ Al respecto, cabe indicar que, a criterio del autor referido, el Tribunal Constitucional tiene una significación importante en el sistema de división horizontal de poderes al actuar como correctivo de la acumulación fáctica de poderes en el sistema partidista ejercido en el Parlamento que, comúnmente, al tener mayoría puede emitir leyes que puedan ser un riesgo para los sectores minoritarios.

satisface un valor particular pero que amenaza con lesionar «valores generales». En resumen, el conflicto se encuentra entre “el rigor de la norma y la exigencia del bien general” (García de Enterría, 2014, pág. 85).

En este orden de ideas, una Corte Constitucional no puede perder de vista su único horizonte: la Constitución y el método jurisdiccional para poder enjuiciar los actos del poder público pese a los efectos que pueda traer en la colectividad. En otros términos, si bien la justicia constitucional no es ciega ante las circunstancias que puedan darse en un momento específico, ésta se encuentra solamente obligada al Derecho y no a los efectos socioeconómicos, políticos, populares o de otra naturaleza.

De ahí que, las dificultades de interpretación y aplicación de las normas constitucionales deban ser compensadas con una mayor fundamentación. Como afirma García de Enterría quien cita a Bachoff:

“Contra el Derecho, el juez no puede decidir jamás... El juez puede enjuiciar la ley sólo sobre el parámetro de la Constitución, quizá inclusive sobre principios jurídicos fundamentales presupuestos por la Constitución pre o superconstitucionales; en todo caso, sólo sobre el parámetro de un *Derecho* de rango superior. Un Tribunal Constitucional no puede rehusar la validez de una Ley sólo por las *consecuencias políticas* implicadas en ella... Hacer esto no es sólo facultad suya, sino también su deber; su doble función como Tribunal y como órgano constitucional se hace claro precisamente aquí y aquí debe confirmarse. En caso de conflicto entre el Derecho y la política el juez está sólo vinculado al *Derecho*” (2014, pág. 88)

Por estas razones, la tarea de un guardián de la Constitución conlleva una de las circunstancias críticas del Estado de Derecho que debe ser llevado a través de un entendimiento claro del método jurisdiccional con independencia de las demás funciones y, sobre todo, entendiendo el rol que los jueces constitucionales están llamados a realizar; como diría Alexis de Tocqueville cuando se refiere a los jueces federales:

“... no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo...” (De Tocqueville, 1963)

En conclusión, si bien sobre las Altas Cortes pesa la objeción de su gran poder político, la garantía jurisdiccional de la Constitución no cuestiona la toma de decisiones en sentido estricto, sino que la ubica a través de un filtro o de un antídoto (considerando que el poder – y así lo enseña la Historia – puede ser perverso); por lo que, la función del Guardián de la Constitución será aplicar el Derecho como medida de legitimidad de la

acción política; “*el constituyente escogió que la política pase por un examen jurídico*” (García Pelayo, 1981).

A pesar de esta respuesta, la justicia constitucional mantiene un reclamo constante respecto de su legitimidad democrática y que, para efectos de esta investigación, debe ser analizada con miras a entender los límites y estándares de la actuación del Guardián de la Constitución.

1.2.3. El Guardián de la Constitución: ¿un órgano aparentemente antidemocrático?

La tarea de la defensa de la Constitución, además de su carácter político, se ve cuestionada por su carácter – aparentemente – antidemocrático; y es que ¿Cómo no podría ser un menoscabo a la democracia que se controle la actividad del Parlamento o el Ejecutivo, por un órgano que no ha sido electo popularmente? ¿Cómo se explica que un número jueces sean los encargados de interpretar y desarrollar el contenido de la norma fundamental sin tener la legitimación – representativa – del pueblo?

Las interrogantes descritas son producto de un debate que nace desde las bases del constitucionalismo; principalmente, la facultad de la revisión judicial se originó por una sentencia de la Corte Suprema estadounidense, como se afirma, con argumentos sólidos, a través de lo que podría llamarse una “usurpación” del poder para configurarse un «*gobierno de los jueces*» (Berger, 1997). Sin embargo, si bien la discusión respecto del origen del control constitucional ha sido saldada debido a que varios procesos constituyentes han determinado expresamente la creación de Tribunales y Cortes Constitucionales (López Hidalgo, 2018, pág. 31), lo que sí se mantiene en tensión, son los límites a la tarea del control²⁴.

Así visto, si bien no es del todo controvertido que una Corte Constitucional ejerza esta tarea, aun queda en tela de duda *cómo* desarrollar la revisión jurisdiccional a las leyes en compatibilidad con la democracia representativa, *cómo* determinar límites a las fuertes atribuciones de una Corte y *cómo* realizar un escrutinio a las resoluciones de este

²⁴ Sobre esto, cabe reflexionar que existe una diferencia – respecto de la justicia constitucional – entre ser originaria de una decisión democrática y ser – efectivamente – compatible con la democracia en funcionamiento. Respecto de lo segundo, es que se objeta, principalmente, en la mayoría de sistemas, salvo el estadounidense, por razones que ya se han explicado.

organismo en aras a evaluar la gestión y verificar su legitimación (Bernal Pulido, En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes, 1999).

Al respecto, previo a resolver estos cuestionamientos, debe decirse de entrada que la legitimación de un Tribunal Constitucional se “*juega día a día*” (García de Enterría, 2014), pues la tarea del Guardián será defender y desarrollar correctamente el texto constitucional con la espada de Damocles tendiendo siempre desde arriba: su naturaleza elitista y contramayoritaria²⁵; luego, además, debe definirse cómo evaluar si una decisión es correcta o no con el texto constitucional en términos objetivos.

En tal virtud, las objeciones democráticas al rol del máximo intérprete constitucional, dentro de la doctrina, han contribuido a establecer pautas de evaluación a sus resoluciones; después de todo, en términos razonables, es una empresa sumamente engorrosa determinar cuando una decisión del órgano más alto de justicia constitucional es plausible o no con la Constitución.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿si es compatible la labor del Guardián de la Constitución con la democracia? Debe considerarse que el origen del problema radica en que el ejercicio de las competencias del más alto intérprete constitucional conlleva una fuerza: “contramayoritaria” en contra de las leyes; siendo así que, en términos reales, lo que hace una Corte Constitucional es “frustar” la voluntad de representantes del pueblo cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley o un acto del ejecutivo; es decir, no decide por “el pueblo” sino contra la representación “del pueblo” (Bickel, 1986).

Como menciona López Hidalgo (2018, pág. 23), la crítica contramayoritaria sostendría que:

“...así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador electo democráticamente, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcance de una ley implicaría privar a los

²⁵ La “espada de Damocles” es un adagio popular que hace referencia a una historia popular de la antigua Grecia que relata un cortesano del emperador Dionisio con ambición de probar ser rey; Dionisio para enseñar una lección a Damocles le concede este deseo; esa misma tarde se celebró un banquete y Damocles en medio de la opulencia figuró que una espada pendía de un hilo sobre su cabeza, por lo que renunció inmediatamente al intercambio. Esta expresión es utilizada, comúnmente, para referirse al peligro que reposa en quienes tienen poder, pero, además, se refiere a que una facultad o potestad no puede ser mal utilizada para amenazar o abusar de esta atribución.

ciudadanos del derecho a reflexionar libremente, a partir de sus representantes por medio del contenido y alcance de dichas normas”²⁶

En este orden de ideas, Bickel (1986) indica que, justamente, el poder de reflexión y de «reversar» las decisiones cuya validez se sospecha, en principio, recae en el pueblo; sin embargo, como corolario de su teoría, es partícipe o promotor de una revisión judicial sometida a una auto-restricción judicial (*judicial restraint*) con el objeto de que el examen de constitucionalidad – si bien sustancial – no sobrepase el límite del texto, es decir, no se reforme, añada o modifique la Constitución a través de las decisiones jurisdiccionales. En definitiva, una Corte Constitucional no está autorizada – democráticamente – a suprimir la voluntad del legislador, sino a determinar los límites preestablecidos y mantener el *status* constitucional.

De esta forma, el contexto y problemática de esta vicisitud es innegable. Desde una visión, se debe tomar en cuenta que la dinámica de control se encuentra justificada en que los procedimientos deliberativos del parlamento (que se entienden legítimos) se encuentran, sin duda, sometidos a la Constitución²⁷, como menciona Bernal Pulido:

“...por una parte...la regulación de la vida política de la sociedad emana de procedimientos de deliberación que discurren por los cauces de las instituciones representativas, y por otra, que dicha regulación está sometida a la Constitución y a los derechos fundamentales, y que la Corte Constitucional puede desplegar un control tendiente a verificar la efectiva observancia de esa sujeción.” (Bernal Pulido, En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes, 1999, pág. 124)

Partiendo de aquello, la competencia de la Corte de revisar la constitucionalidad de los actos del poder sería una parte del sistema democrático y no una anomalía de éste. Precisamente, la convergencia entre democracia y constitucionalismo se verificaría en

²⁶ Bickel (1986) sobre la problemática de la reflexión ciudadana, indica que, justamente, el poder de reflexión y de «reversar» las decisiones cuya validez se sospecha, en principio, recae en el pueblo; sin embargo, como corolario de su teoría, es partícipe o promotor de una revisión judicial sometida a una auto-restricción judicial (*judicial restraint*) con el objeto de que el examen de constitucionalidad – si bien sustancial – no sobrepase el límite del texto, es decir, no se reforme, añada o modifique la Constitución a través de las decisiones jurisdiccionales. En definitiva, la Corte no está autorizada – democráticamente – a suprimir la voluntad del legislador, sino a determinar los límites normales y mantener el status quo constitucional.

²⁷ Podría decirse que con la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia no existe nada que se encuentre fuera de la Constitución, , podría – por analogía – catalogarse a un principio de plenitud de la Constitución con respecto al ordenamiento jurídico, con lo cual, necesariamente la actividad legítima (con la democracia representativa) del debate parlamentario o de la ejecución de las políticas públicas por parte del ejecutivo debe pasar un examen de constitucionalidad cuando así lo requiera la ciudadanía.

que no podría concebirse a esta forma de gobierno como el “simple mayoritismo”; sino que, democracia es también el respeto a las minorías (Ely J. H., 1997) y, por tanto, para cumplir esta labor debe asegurarse el: “*respeto a la normatividad de la Constitución con unos límites a la actuación mayoritaria*” (López Hidalgo, 2018, pág. 28).

En tal sentido, se presupone la aceptación de la existencia de la Corte Constitucional como una institución del Estado pero, se cuestiona los resultados de su ejercicio y actividad con la democracia siendo esta la crítica fundamental. Pero, ¿cómo saber hasta donde debe llegar un Guardián de la Constitución en tutela de los derechos fundamentales frente al poder legislativo para no caer en una usurpación del poder conferido al legislador? ¿Cómo evaluar si una decisión del máximo intérprete constitucional se encuentra apegada – o es fiel – al texto que defiende?

Las preguntas no son sencillas y la literatura constitucional ha pretendido dar respuesta a estos cuestionamientos, sin embargo, es pertinente resumirlos en tres posiciones que el profesor Bernal Pulido (1999) a sabido sintetizar: i) el control constitucional restringido a la vigilancia de los procedimientos democráticos (visión procedimental del control); ii) el control material a la legislación; y iii) una posición mixta del control.

i) *El control constitucional restringido a la vigilancia de los procedimientos democráticos:*

Respecto de la primera posición, cabe indicar que esta mantiene una concepción formal de Constitución como un documento que determina procedimientos y pasos propicios para la deliberación y el cauce político²⁸; considerando, principalmente, que el ambiente es muy inseguro para que una Corte controle la actividad legislativa desde una perspectiva de fondo que dejaría la puerta abierta a la discrecionalidad y las subjetividades, tomando en cuenta, además, que las normas constitucionales mantienen una estructura genérica y abstracta que no consagran una aplicación evidente a los ojos de un juez.

Esta postura, nace en en Estados Unidos, en base a una nota al pie de una sentencia enigmática de la Corte Suprema en el caso “*United States vs Carolina Products Co.*” del

²⁸ Generalmente, cierta concepción respecto de la revisión judicial o el control de constitucionalidad viene acompañado de un concepto de Constitución como una hipótesis que determine, consistentemente, una teoría de los parámetros de evaluación jurídica a la actividad política.

año 1938 en el que se determina, fundamentalmente, dos posiciones respecto del rol legítimo de la Corte Suprema, como resume Gargarella (2011):

“a) es correcto que la Corte intervenga para proteger el buen funcionamiento del sistema democrático, sobre todo preocupándose por mantener abiertos los canales de participación y comunicación políticas, y b) es correcto que la Corte se preocupe por el modo como las mayorías tratan a las minorías de todo tipo (raciales, religiosas, etc.), y, especialmente, por cómo tratan a aquellas minorías contra las que existen extendidos prejuicios.”

Luego, esta doctrina sería desarrollada por su más grande promotor, el jurista John Hart Ely (1997) en su obra “*Democracy and Distrust*” (Democracia y Desconfianza); quien ha expuesto fuertes bases para una teoría del control constitucional limitada a la revisión del proceso democrático de participación y representación.

Según este autor, una Corte Constitucional debería limitarse a garantizar un procedimiento equitativo y respetuoso de las minorías (*equal concern and respect*); por el contrario, estaría vedado, a los jueces con jurisdicción constitucional, emitir criterios de fondo respecto del contenido de las leyes, dado que, ésta sería una función democráticamente atribuida (o correspondida) a los legisladores.

A criterio del profesor Ely, la “Corte Warren”²⁹ incursionó – adecuadamente – con una revisión judicial preocupada por los procesos de decisión, como en el caso *Carolina Products*, citado anteriormente (Cox, 1981). Además, en base esta consideración, según el esquema propuesto por Ely, una Corte que interpreta la Constitución tiene un rol de un *referee* o árbitro limitado únicamente a controlar el proceso y no la materia de decisión (Cox, 1981; López Hidalgo, 2018; Gargarella, 2011).

Revisar la constitucionalidad de una ley bajo el hecho de que la misma Constitución posee disposiciones abstractas de las cuales no puede deducirse una solución concreta, puede ser una tarea difícil de objetivar (Bernal Pulido, 1999); es decir, considerando la propia estructura principialista de las normas fundamentales tienden a dificultar la razonabilidad de una decisión judicial y no constituyen parámetro neutral para determinar si una ley es constitucional o no.

²⁹ Referencia al período de los años setenta en que la Corte Suprema de los Estados Unidos estuvo presidida por Earl Warren; cabe decir, que la Corte Warren es una de las mejores representaciones de un concepto del Guardián de la Constitución (sino el mejor). Ha sido criticada como todas, pero es – mayoritaria y correctamente – reconocida y aclamada por los avances en derechos sociales, principalmente.

De esta forma, un Tribunal Constitucional deberá buscar respuestas “extrajurídicas” para fundamentar sus decisiones, dado que, puede alcanzar conclusiones muy poco seguras respecto de la lectura material de la Constitución.

Como una respuesta a estos problemas, la tarea del Guardián se encuentra limitada a “defender” únicamente los cauces de expresión política de una sociedad como una autoridad *antitrust* dentro del mercado político (“*political marketplace*”) cuando exista una concentración de poder que menoscabe la representación y participación de las minorías (Ely J. H., 1997).

Resumido en tres aspectos primordiales, un tribunal constitucional, de acuerdo con el pensamiento procedimentalista, tendría que cumplir con: (i) vigilar el proceso de representación política al estilo de un árbitro; (ii) promover el diálogo institucional con el objeto de revisar las leyes y actos normativos que puedan ser contrarios a los principios constitucionales; y (iii) facilitar la representación de las minorías (Ely J. , 1997)

A pesar de esta postura, hay quienes critican el corte formal con el que Ely propone su revisión judicial; en lo principal, se ha dicho que es imposible mantener un control puramente formal a la actividad legislativa, considerando que las Constituciones contemporáneas incluyen catálogos de derechos que requieren una actuación sustantiva por parte de los jueces constitucionales; es decir, la necesidad de una postura material podría ser necesaria y es consistente con el concepto de Constitución manejado actualmente. Como determina López Hidalgo (2018, pág. 48):

“Una de las principales críticas a la posición de Ely y su defensa parcial de la revisión judicial se relaciona con una limitada acción de la teoría de la revisión, que deja a un lado, ideales robustos de la democracia, como la justicia. Es decir, ciñe el ejercicio de la función revisora solamente a las condiciones procedimentales de un gobierno democrático, y olvida la posibilidad de una revisión de contenido material que escape a la simple pugna de los grupos enfrentados.”

Pese a lo manifestado, no cabe hechar a menos la teoría de Ely, puesto que, contribuye a plantear soluciones válidas para el dilema de la legitimación de la justicia constitucional dentro de las democracias modernas, sobre todo, constituye una respuesta a cómo debe configurarse la tarea del guardián de la Constitución a efectos de tener una actuación correcta dentro de un Estado.

ii) *El control material a la legislación desde el originalismo y la lectura moral de la Constitución:*

En contraste a la visión procedimental, se encuentra la segunda posición que defiende un control material – de fondo – a la actividad del poder desde dos momentos: uno, con base a lecturas originalistas (literales) de la Constitución; y, segundo, la respuesta desde perspectivas morales de la Constitución.

A partir de ahí, el principal atributo de un control de fondo: es consistente con la concepción material y efectiva de la Constitución al mismo tiempo que tiende a promover un respeto al Constituyente o un redescubrimiento de los principios existentes; la eminente preocupación: el método para cumplir este cometido, debido a que, las cláusulas constitucionales son abstractas y dificultan su interpretación, lo que convierte a la actividad del guardián en un peligro discrecional.

Con base a estas consideraciones, una defensa del control material debe articularse hacia evaluar jurídicamente las interpretaciones de los tribunales constitucionales con el objeto de que: *“dicho órgano cumpla la necesaria función de adaptación de la Constitución formal a la realidad social, utilizando instrumentos puestos a su alcance por el mismo ordenamiento constitucional.”* (Storini, 2007, pág. 175); o, lo que Gargarella (2011, pág. 79) ha llamado «brecha interpretativa».

De esta manera, las teorías de la interpretación constitucional pretenden dar respuesta a la carencia de “credenciales democráticas” de los tribunales u órganos constitucionales y se resume en:

“...demostrar que existen formas más o menos obvias —y no arbitrarias— de interpretar la Constitución y las leyes en general, para luego (volver a) afirmar que los jueces «no gobiernan» ni reemplazan a los legisladores sino que, «simplemente», dan cuenta del significado del texto fundamental” (Gargarella, La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, 2011, pág. 80)

Con ello, existen posiciones que pretenden justificar un control de fondo a la actividad política desde: una postura originaria del Constituyente, por lo que, la interpretación se restringe a encontrar lo que los “padres fundadores” hubieren previsto en determinada cuestión de constitucionalidad (Hamilton, Madison, & Jay, 1998); y, una lectura moral de la Constitución como criterio de evaluación de la actividad judicial, orientado a una solución correcta en cada caso (Dworkin, 1984).

Habrá que considerar que, el mayor problema radica en que, guste o no, las constituciones actuales contemplan un sistema de principios como normas (Alexy, Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica, 2014); por lo que, el terreno en

el que tienen que laborar los jueces, por así decirlo, es complejo e introduce varias preguntas ¿Cómo asegurarse que el control de fondo no sea arbitrario? ¿Cómo evitar que los jueces constitucionales impongan su parecer frente a la deliberación democrática?

En cuanto a la postura original, ésta promueve que la Constitución – en aras de cumplir un ideal democrático – debe interpretarse de acuerdo con la voluntad histórica del constituyente, promoviendo la estabilidad, inmutabilidad y permanencia de una Constitución eminentemente histórica:

“La constitución al recoger los principios esenciales construidos para la nación por los Padres Fundadores, no debe cambiar salvo por enmiendas de tipo formal (que implican un procedimiento interinstitucional y complejo) y quienes la interpretan deben respetar su contenido original y significado esencial, histórico, pues son las ideas y formas de ver el mundo en 1790, creadoras de la nación, las que tienen valor jurídico en el documento y en las que se consigna la legitimidad democrática” (Arévalo Ramirez & Lopez, 2018)

Solo así, entonces, se asegura seguridad y certeza a la comunidad, de que la Constitución sería respetada desde su origen (lo más legítimo que existe). Además, cuando de esta actividad no se pueda determinar la voluntad originaria lo que correspondería sería una *autorestricción judicial*, con el objeto de no interponer la voluntad de un juez a la voluntad popular; por ende, se reduciría el riesgo de una interpretación discrecional o propia de los jueces.

La mayor crítica a esta doctrina es su postura conservadora como un apego a las tradiciones (Gargarella, La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, 2011), pues, afirmar que interpretar correctamente la Constitución es hacerlo siempre desde una perspectiva al pasado se puede comprometer – ilegítimamente – a las nuevas sociedades a mantenerse en un tiempo que no les pertenece. Como López Hidalgo (2018, pág. 36) refiere:

“...sería como admitir que la mano muerta del pasado puede condicionar a las generaciones futuras imponiendo su visión acerca del derecho y, en consecuencia, negar a las generaciones presentes la facultad de interpretar una norma constitucional conforme las particularidades del contexto actual”

Además, pese a que se podría argumentar que la calidad abstracta que mantienen los principios constitucionales pueden ayudar a adaptar a las sociedades modernas con lo previsto en la Constitución, paralelamente, dificultan encontrar la verdadera voluntad originaria, al mismo tiempo que, no dan una respuesta segura de como evitar la discrecionalidad en este ejercicio.

En la otra cara de la moneda, se encuentran quiénes promueven una lectura moral de la Constitución. El no originalismo mantiene una concepción de Constitución como un texto vivo (*living constitution*) correspondiéndole al juez la tarea de adaptar la Constitución a los tiempos actuales en la actividad de buscar que los «objetivos colectivos» se enmarquen en el respeto a los «principios» o derechos individuales (Gargarella cita a Dworkin, 2011)³⁰.

De esta forma, la revisión judicial se justifica (defiende) porque las Altas Cortes decidirían en la lógica de los derechos y no en la lógica de los valores sociales u horizontes políticos definidos por el cauce político. Como afirma Bernal Pulido (1999) refiriéndose a Dworkin:

“Según este autor, es bastante dudoso que la interpretación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales sea una emanación de las deliberaciones democráticas, pues los participantes en ellas actúan movidos por intereses privados. Por lo tanto, estima que los derechos no pueden ser considerados como el objeto sino como el límite de los procedimientos democráticos”

Por esta razón, se debe presuponer que cada juez puede cumplir con esta actividad; si la sociedad a puesto su confianza en personas mejor situadas para resolver los problemas relativos a los derechos fundamentales – lo que López Hidalgo (2018) haciendo referencia a Nino denomina: “elitismo epistemológico” – se debe pensar que un juez con capacidades cognoscitivas (un juez Hércules) puede encontrar la solución correcta a cada caso (Dworkin, 1984).

Este juez, con el sometimiento al método judicial de verdaderas normas (principios), a través de una confrontación constante de los argumentos, con una justificación y motivación de las decisiones, podrá disminuir la discrecionalidad o la subjetividad que se les acusa a los jueces (Dworkin, 1984). Como consecuencia, las actuaciones legislativas no pueden invadir la esfera de los derechos proclamados y establecidos en la Constitución. Para este autor la democracia bien concebida implica una concepción comunitaria de la misma, en la que la mayoría es controlada.

Sin embargo, se critica esta posición como una visión hipotética de la actividad judicial. Gargarella quien cita a Frank Michelman (2011), indica que existe una gran

³⁰ Dworkin divide, a efectos de fundamentar su teoría, los objetivos políticos de los principios como derechos individuales; en este caso, los órganos políticos como el parlamento debaten sobre los objetivos políticos; mientras que, los jueces ejercen un razonamiento con arreglo a premisas que constituyen los derechos individuales.

preocupación de cómo podría hacerse real la situación propuesta por Dworkin, considerando que, el modelo defendido mantiene argumentos poco reales, así:

“representa el paradigma de la muy disputable idea de que un juez en su soledad puede determinar por todos nosotros cuáles son los valores fundamentales de la sociedad. De acuerdo con Michelman, la propuesta de Dworkin carece de un elemento central como el «diálogo». Para él, «Hércules, el mítico juez de Dworkin, es un solitario. Es demasiado heroico. Sus narraciones constructivas son monólogos. El no conversa con nadie, salvo con sus libros. No tiene ningún enfrentamiento. No se encuentra con nadie. Nada lo conmueve. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y su visión. Hércules es un hombre, después de todo. No es la totalidad de la comunidad. Ningún hombre o mujer puede serlo»”

Además, no es del todo plausible o confiable que un juez – siempre – pueda arribar a una solución correcta en cada caso. Esto, asimismo, llevaría a pensar que efectivamente en el juez constitucional recae la última palabra y el legislador es un mero ejecutor de la Constitución sin libertad de actuación, desprovisto de “*todo poder de apreciación*” (Bernal Pulido, En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes, 1999).

En definitiva, la posición que promueve una lectura moral de la Constitución parece justificar un control material y una interpretación de la Constitución desde posturas que parecen poco confiables y efectivas en la práctica, al mismo tiempo que, no otorgan una respuesta al carácter antidemocrático acusado a los tribunales constitucionales.

iii) El control desde una visión ecléctica:

Por último, la tercera postura se caracteriza por ser de naturaleza ecléctica a las posiciones procedimentales, originalistas y moralistas. Gran parte de la doctrina española y europea se ha situado en una posición intermedia que reconoce la vaguedad de las disposiciones constitucionales y que, por tanto, autoriza diversas lecturas válidas del texto fundamental (Bernal Pulido, 1999). El mismo Tribunal Constitucional español ha sostenido en este sentido:

“La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá de llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermeneúticos. Queremos decir que las opciones políticas de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo” (Recurso de inconstitucionalidad 192-1980, 1981).

Así, se entiende que las leyes son producto de la deliberación democrática y que el legislador tiene libertad para desarrollar el contenido de las disposiciones constitucionales – que no predeterminan estrictamente la actividad parlamentaria –. Así manifiesta Prieto Sanchís (1991, pág. 177) en un comentario a la sentencia referida:

“la misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar la «mejor» o la «única» respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables. En otras palabras, el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto «libre», el legislador”, y, por tanto, que su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la «interpretación política» resulta admisible o no arbitraria.”

Es en base a esa premisa, cuando existen sospechas que el legislador – a través de un ejercicio legítimo de deliberación – pudo haber desviado los procedimientos para alcanzar sus objetivos o a través de un respeto al proceso puede restringir – injustificada y desproporcionalmente – derechos de los ciudadanos, la Corte o el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse y confirme la sospecha (sentencia de inconstitucionalidad) o la desestime (Bernal Pulido, En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes, 1999).

A partir de ello, ha nacido la doctrina de la *inconstitucionalidad manifiesta* (doctrina europea) o “*rule of clear mistake*” – en la doctrina anglosajona – (García de Enterría, 2006) que establece una presunción de constitucionalidad de las leyes como una regla de aplicación en favor de la voluntad legislativa; de manera que, sólo cuando el tribunal encuentre razones manifiestas y expresas de que el texto constitucional está siendo violentado podrá declarar la inconstitucionalidad de una ley. En otras palabras, como indica Manuel Aragón:

“Cuando de la Constitución no se deduce con claridad la regla, vale siempre la del legislador. Es éste y no el Tribunal el que está legitimado para adoptar la decisión que el constituyente no quiso tomar. El Tribunal sólo declara la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Cuando tal claridad no existe, hay que presumir la “constitucionalidad” del legislador. Y ello significa la aplicación de esa máxima esencial en la jurisdicción constitucional: *in dubio pro legislatore*, que no es sólo una exigencia de la técnica jurídica, sino también, y sobre todo, una consecuencia del principio democrático.” (Aragón Reyes, 2002).

En este mismo sentido, Pérez Royo (2010, pág. 124) indica que, se empiece por donde se empiece, la discusión siempre acabará en los límites de la jurisdicción constitucional. Es decir, la discusión respecto de la interpretación constitucional desde el

punto de vista político o jurídico tiene que ver con los mínimos determinados en la Constitución para el legislador o para el Tribunal Constitucional, lo que se conoce como el *método tópico de interpretación* (Pérez Royo, 2010, pág. 108)³¹.

Así, en un Estado Constitucional (que se haga honor al nombre) se tienen dos intérpretes constitucionales: el primero, el Parlamento que lo hace desde una visión política que no requiere justificación; y, el segundo, el Tribunal Constitucional que es la élite autorizada para controlar la actividad legislativa desde un método específico de justificación; entonces, el legislador no puede auto-limitarse al dictar la ley, para ello existe el control constitucional.

Con base este argumento, es el Tribunal Constitucional el que debe restringir y apegar su actividad a efectos de: “*no transformar la prerrogativa de interpretar la Constitución en un monopolio de hecho e interferir indebidamente en la competencia del legislador*” (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 2010).

Esta posición ecléctica defendería que, si bien el Tribunal Constitucional mantiene “la última palabra” respecto de la constitucionalidad, esto, de ninguna manera, significa que exista una única respuesta correcta; sino que, a efectos de un gobierno del Derecho (no de los jueces) la interpretación autorizada es inapelable y respetada, porque releva de incertidumbre a la sociedad respecto de si un acto es o no contrario a la Constitución del pueblo; además porque ha sido emitida en un marco de justificación argumental (Bernal Pulido, 1999, pág. 131)

Aquello, no obsta para que el Parlamento pueda ejercer la otra garantía de la constitución: la reforma constitucional y, así, pueda a través de una expresión democrática modificar la Constitución y reversar las decisiones que el Tribunal hubiese tomado (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 2010); o, en su defecto, corregir los vicios de inconstitucionalidad determinados por el intérprete autorizado de la Constitución y,

³¹ En general, el método tópico de interpretación constitucional hace referencia a la forma en que el Tribunal Constitucional debe dirigir su proceso hermenéutico; así, la interpretación tópica siempre deberá adecuarse a encontrar si la actuación legislativa sobrepasó los límites planteados en la Constitución. Como una suerte de inversión de los procesos de interpretación generales, el método tópico busca encontrar un punto de equilibrio entre la libertad de configuración del legislador con la facultad de control del Tribunal respecto de lo predeterminado en la Constitución, considerando, además, que sobre el legislador se encuentra la presunción de legitimidad de sus decisiones que requieren un quebrantamiento claro de los límites para configurarse una violación.

precisamente, ajustar su actividad para poder cumplir con los objetivos colectivos a través de una ley que si sería compatible con la carta principal.

A partir de ésta última postura que parece conciliable y equilibrada, la pregunta que, necesariamente, debe hacerse es ¿cuál es el método de esta limitación normal a los Tribunales Constitucionales? ¿Cómo una Corte Constitucional ejerce su actividad de autorestricción? ¿Cuál es el parámetro de actuación de las decisiones del más alto organismo de control constitucional, sabiendo que son de última instancia e inapelables? ¿Cómo saber si una Corte se legitima en su actuación y cuándo no lo hace?

1.3. El método racional de actuación del guardián de la Constitución:

Anteriormente, se ha hecho referencia a que la garantía jurisdiccional de la Constitución es la justicia constitucional configurada en un organismo que sirve a la democracia como parámetro de control de la actividad política; además, se ha analizado que la labor del guardián de la Constitución es la tarea de la defensa de la norma fundamental desde un punto de vista ecléctico con miras a realizar un control de los procesos políticos de decisión, así como, del contenido material de la actividad de las otras funciones del Estado.

En tal sentido, se ha logrado definir la labor jurídica y política del Guardián de la Constitución; sin embargo, es tarea de una investigación real respecto de este organismo, determinar el *cómo* debe actuar el Guardián y *cómo* se controla su actividad; sabiendo que, las sentencias de este organismo deben ser aceptadas por toda la colectividad.

Al respecto, vale decir que, la tarea de la defensa de la Constitución corresponde una labor «quirúrgica»; el control de constitucionalidad es asimilable a una «cirugía a corazón abierto» de la norma que se presume contraria la Constitución; en tal virtud, tal cual como en el ejemplo expuesto, el Guardián debe tener una actuación estricta, un método minucioso y una labor sumamente precisa para determinar si una actuación que es producto del debate democrático (y mayoritario) o de la actividad propia de la administración pública, debe ser declarado como inconstitucional. Como afirma Brewer Carías (2010):

“...como tal guardián de la Constitución, y como sucede en cualquier Estado de derecho, el sometimiento del tribunal constitucional a la Constitución es una preposición absolutamente sobreentendida y no sujeta a discusión, ya que sería inconcebible que el juez constitucional pueda violar la Constitución que esta llamado a aplicar y garantizar. Esa la podrían violar los otros poderes del Estado, pero no el guardián de la Constitución.”

En este orden de ideas, con el objeto de garantizar parámetros de actuación del guardián con respecto a la Constitución y que la brecha interpretativa sea reducida de manera objetiva, se ha propuesto «contragarantías»³² para la actuación del Guardián. Entonces, se ha planteado a los jueces constitucionales que, en su complicada tarea, interpreten la constitución en base a reglas que permitan mayor objetividad y que tienen que ser acompañadas de una argumentación fuerte. Solo así, se entenderá que, pese a no existir una representación directa con el pueblo, a través de sus sentencias justificadas desde lo jurídico pueden empezar a ganar una credencial democrática, después de todo.

Por lo dicho, si el objeto de este trabajo es revisar una decisión particular de la Corte Constitucional, es esencial, conocer cuál es el método al que está obligada poder concluir si su labor fue apegada o no a tales obligaciones de custodia.

A partir de las objeciones antidemocráticas a la justicia constitucional se ha establecido que la motivación de las sentencias constituye un parámetro de control, así como, una suerte de legitimación del ejercicio del poder de control constitucional; de esta forma, el Guardián de la Constitución tiene encomendada la tarea de la defensa de la norma fundamental, al mismo tiempo que, se encuentra obligado a justificar estrictamente cada decisión para entenderse legítimo.

A partir de este punto, si bien el objeto de esta investigación no hace referencia a una discusión respecto de la legitimidad o no de la Corte Constitucional en el caso de estudio, si es preciso mencionar que la forma de realizar un análisis objetivo a una decisión de la Corte Constitucional debe partir de su principal obligación con la sociedad y el Estado mismo: la de justificar en Derecho sus decisiones.

³² Se hace referencia al término “contragarantía” en cuanto constituyen formas jurídicas que buscan fortalecer y asegurar el proceso de justicia constitucional que, por definición, ya es una garantía a la Constitución.

Dicho esto, se debe mencionar que la motivación de las sentencias judiciales constituye una piedra angular del Estado de Derecho como tal (Ferrer Beltrán, 2011); más aún, del nuevo Estado de Derechos y Justicia (Constituyente, 2018, art.1), dado que, es un principio básico que las autoridades justifiquen sus decisiones. En otras palabras, sólo en un Estado Autoritario podría considerarse que el poder no tenga que justificarse.

La motivación, según la doctrina, afronta dos funciones básicas; la primera, denominada «endoprocesal o interna» que se refiere a la motivación como un mecanismo de defensa y facilidad de impugnación para las personas que se encuentren inmersas en un proceso administrativo o judicial (Ferrer Beltrán quien cita a Taruffo, 2011); y, la segunda llamada «extraprocesal o externa» que implica, esencialmente, la publicidad de la decisión y el parámetro de legitimación y control del juez constitucional.

En este orden de ideas, dentro de la función externa de la motivación es que se ha determinado un parámetro de validez y control de la función del Guardián la Constitución; como afirma López Hidalgo (2018, pág. 262):

“...resulta obvio que el deber de motivación que deben aportar los jueces al resolver los casos concretos, constituye un instrumento indispensable para evaluar el ejercicio de una praxis jurisdiccional racional y controlable, al tiempo que contribuye a justificar –o no– la “desviación” de la función “originaria o natural” de la justicia constitucional como un “legislador negativo” cuando se ve enfrentado a disposiciones con un contenido valorativo importante.”

Asimismo, Ferrajoli (1995) determina que la motivación puede ser considerada como el principal parámetro de la legitimación interna y externa (o democrática) de la función judicial:

“Al mismo tiempo, en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, la motivación tiene también el valor «endo-procesal» de garantía de defensa y el valor «extra-procesal» de garantía de publicidad. Y puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial.”

Ahora, ¿qué criterios determinan cuándo una decisión se encuentra motivada o justificada? ¿Es la justificación de las sentencias una explicación de los argumentos? ¿El Guardián de la Constitución se encuentra obligado a una mayor carga de fundamentación?

Respecto de estos cuestionamientos, Atienza (2001, pág. 264) indica que justificar una decisión es brindar razones para que ésta se entienda válida y aceptable; es decir, el razonamiento judicial se relaciona con fundamentar lógicamente y jurídicamente una resolución, mas no explicarla. La explicación (dentro del contexto de descubrimiento) se relaciona con circunstancias psicológicas o sociales que puedan definir el *por qué* de una resolución o fenómeno; sin embargo, las decisiones de los jueces deben ser motivadas desde el contexto de la justificación, entendiéndose ésta, como proporcionar argumentos que sean válidos con respecto al ordenamiento jurídico y las reglas de la lógica formal (Atienza, 2001).

En este sentido, quién más que los Tribunales y Cortes Constitucionales se encuentren obligadas a proporcionar razones justificadoras de sus resoluciones, sobre todo, considerando su posición dentro del sistema democrático y las objeciones existentes a su función³³. La propia Corte Constitucional ecuatoriana (CCE) ha determinado que “...la legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución...” (2011) y ha reconocido, en basta jurisprudencia, que posee un deber de motivación traducido en el principio de congruencia interna y externa de la resolución (2012).

De este modo, como afirma Enterría quien cita a Ball (2014), las decisiones constitucionales tienen que ser producto de “artesanía jurídica”; es decir, no como resultado de una apreciación personal de los jueces sino objetiva, trabajada, estricta: “haciendo de cada decisión una «obra de arte», «con razones que son generales y que son parte de la fábrica jurídica de la sociedad»”. Sólo así, entonces, se entenderá que esta especial exigencia pueda ser respondida – aceptablemente – por los órganos más altos de interpretación constitucional.

En otras palabras, la discusión de la legitimidad de la justicia constitucional permitió que los límites de actuación de las Altas Cortes sean definidos a partir de parámetros de control. Por lo que, día a día, el defensor de la Constitución tiene que lidiar con una diligencia estricta en sus funciones para lograr replicar el argumento

³³ Véase *ut supra* los acápites (1.2.1.) y (1.2.2.).

contramayoritario; la idea central de este parámetro de revisión, como refiere López Hidalgo (2018) hace referencia a:

“...lo que se estaría exigiendo a los órganos jurisdiccionales como parámetro de legitimidad es concretar su actuación a un discurso justificativo que permita responder a la pregunta central de por qué estos órganos han debido tomar tal o cual decisión a efectos de poder vincular el ejercicio de la función jurídica a un concepto funcional de legitimidad.”

En razón de lo mencionado, a partir de las objeciones democráticas a la justicia constitucional se ha determinado a la motivación de las decisiones del Guardián de la Constitución como un parámetro de revisión de sus decisiones y en la respuesta de cómo evaluar objetivamente la plausibilidad o corrección de las decisiones de un organismo con tanto poder dentro de un Estado Constitucional.

1.4. La alternabilidad como un principio de la república democrática y la necesidad de su control:

La alternabilidad es un principio político que se asocia al modelo republicano y democrático; en ese sentido, se puede manifestar que forma parte de la estructura del Estado mismo y es un elemento límite a la concentración del poder por parte de las autoridades de elección popular. En tal sentido, como una pieza fundamental en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el Guardián de la Constitución está llamado a ejercer la tarea del control respecto de esta institución.

En efecto, la «alternabilidad» nace como un rasgo característico del modelo republicano; como un principio que se opone al régimen monárquico a través de una limitación del ejercicio del poder en un modelo tripartito y con alternancia o periodicidad en la elección del Jefe de Estado, esto atado a que no se podían conformar gobiernos de personas sino de leyes³⁴; es decir, la “cosa pública” – Estado – debía configurarse de tal manera en que se permita seguridad y certeza a los ciudadanos de un ejercicio adecuado del poder en beneficio de la colectividad, en base a un sistema de separación de funciones y de control de éstas (Marcio Cruz, 2009).

³⁴ La expresión comúnmente utilizada era de la sustitución del gobierno de “hombres” por el gobierno de las “leyes” (Rule of Law), esto ha sido modificado arbitrariamente por quien realiza este trabajo.

Gargarella (2001), en un excelente estudio respecto de las bases del republicanismo y la filosofía política, determina que esta ideología – positivizada hoy en varias constituciones incluyendo la ecuatoriana³⁵ – tiene como base un discurso contrario a toda dominación y en defensa del autogobierno con oposición a la monarquía:

“De hecho, podría decirse siguiendo a Gordon Wood que el republicanismo constituyó en buena medida “una ideología radical.” Ello, fundamentalmente, a través de su desafío de cada una de “las principales prácticas y presupuestos de la monarquía -su jerarquía, su desigualdad, su devoción por el nepotismo, su patriarquía, su patronazgo, y su dependencia.”

De ahí que, para cumplir con esta finalidad, han existido distintas posturas del republicanismo que han fijado principios, sin duda, comunes. Entre ellas, se encuentra el ejercicio limitado en la forma, en el tiempo y en la materia de las decisiones. Si el gobierno es de los ciudadanos, fundamentalmente, éstos podían restringir que su mandatario pudiese perpetrarse en el poder. Como afirma el profesor argentino, desde los estados norteamericanos se comenzó a defender los: “*métodos de rotación obligatoria en los cargos (método ya empleado en la antigua Grecia y en el republicanismo florentino para impedir que los ciudadanos electos pudieran llegar a abusar de sus posiciones de poder)*” (Gargarella, 2001).

Por otro lado, otros autores ubican a la alternancia en el poder como un rasgo característico de las democracias contemporáneas. En efecto, la democracia como forma de gobierno existe producto de los hechos ocurridos en la historia que han compuesto esta manera de gobernar tal cual se la conoce.

Así, se ha determinado que la restricción razonable del poder, como una enseñanza reciente por parte de los regímenes fascistas de Alemania e Italia, así como el modelo socialista de la Unión Soviética, constituye un distintivo propio de la Democracia; sabiendo que ésta, bien entendida, se encuentra regida por el principio de la mayoría (controlada por supuesto) y no por la tiranía de la mayoría **Fuente especificada no válida.** como sucedió en el siglo XX. Como afirma Ferrajoli:

“No es una hipótesis de escuela: en el siglo pasado, fascismo y nazismo se apoderaron del poder por vías legales y luego se lo entregaron «democrática» y trágicamente a un jefe que suprimió la democracia” (2011, pág. 30)

³⁵ El art. 1 de la Constitución del Ecuador determina que el Estado se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada.

En esas lamentables circunstancias, a través de un poder ilimitado de la mayoría encarnada en un Jefe de Estado se incorporaron mecanismos – formalmente legítimos – que llevaron a consolidar una de las épocas más trágicas de la edad contemporánea.

Para Ferrajoli (2011), la consolidación de la figura del Jefe de Estado como voz y expresión de la voluntad popular, que muchas veces es determinada a través de figuras que han contradicho la alternancia en el poder, es una idea anticonstitucional y anti-representativa, como afirma el propio autor:

“Es sobre todo una idea anticonstitucional, dado que ignora o cuando menos desvalora los límites y los vínculos impuestos por las constituciones a los poderes de la mayoría reproduciendo, en términos parademocráticos, una tentación antigua y peligrosa, que está en el origen de todas las demagogias populistas y autoritarias: la opción por el gobierno de los hombres, o peor aún, de un hombre - el jefe - de la mayoría en oposición al gobierno de las leyes, y la consiguiente consideración de la legalidad y de los controles judiciales como insoportables e ilegítimos estorbos a la acción de gobierno.”

Es por ello que, la alternancia en el poder se ha configurado, según la doctrina como una “cláusula pétrea”, según la doctrina constitucional venezolana (Brewer Carías, 2011) y constituye un elemento esencial de la democracia constitucional y deliberativa (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015).

Efectivamente, la democracia bien entendida no corresponde únicamente al *quién* y *cómo* de la toma de decisiones (mayoría parlamentaria a través de un debate mediante voto), sino a el *qué* se puede decidir y *qué* debe decidirse (Ferrajoli, 2011). En otras palabras, con la vigencia del nuevo paradigma del «constitucionalismo rígido», en palabras de Ferrajoli, se concibe a la democracia constitucional como una forma de gobierno sometida a la supremacía de la Constitución que exige que la toma de decisiones se la realice desde una perspectiva formal y material. Siendo así, que la democracia posee dimensiones de fondo que viabilizan la toma de decisiones sometidas a un filtro de control a través de las garantías existentes en el ordenamiento jurídico; principalmente, la Corte Constitucional, en este caso.

Sobre lo dicho, conviene destacar, además, el criterio del profesor Manuel Aragón (1987, pág. 24) quien indica que el Estado Constitucional responde a varios principios entre los que se encuentran:

“legitimación democrática del poder (soberanía nacional), de legitimación democrática de las decisiones generales del poder (ley como expresión de la voluntad general) y de

limitación material (derechos fundamentales), funcional (división de poderes) y temporal (elecciones periódicas) de ese poder”

De ahí, que la vigencia del Estado Constitucional democrático requiere un ejercicio limitado del poder que respete una estructura de funciones, alternancia, rendición de cuentas, participación y derechos fundamentales. En otras palabras, la vigencia del nuevo paradigma constitucional determina que la Constitución no puede funcionar sino a través de un autocontrol (Aragón Reyes, 1987). Esto significa que, si consideraríamos a la alternabilidad como un rasgo característico de la democracia constitucional que ha recogido principios políticos como los republicanos, sin duda, la supremacía de este principio ejercería una labor de control y, más que ello, una tarea de defensa estricta.

Por último, cabe hacer referencia a que la importancia de esta institución radica en una condición del orden de la república democrática y en defensa de los ataques que, en parte, podrían ser justificados en contra de esta forma particular de gobierno; sin embargo, la discusión toma un giro importante cuando existe una garantía; en palabras de Kelsen:

“no puede defenderse mejor que organizando todas las garantías posibles de la regularidad de las funciones estatales. Mientras más se democratizan, más fortalecido debe ser el control. La justicia constitucional tiene que ser, también, apreciada desde este punto de vista.” (1974)

En definitiva, la alternancia en el poder constituye un principio republicano y democrático juridificado en la supremacía de la Constitución que exige una tarea del control, considerando, por una parte, como una cláusula inflexible del sistema constitucional y a ser interpretado a la luz de la tarea del control de la democracia constitucional deliberativa que determina imposibilidades y exigencia en la toma de decisiones, al contrario de un concepto únicamente procedimental.

CAPÍTULO 2

2. EL DICTAMEN RESPECTO DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA EN EL ECUADOR Y EL ROL DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

“Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos”. (Zagrebelsky,, Manuale di diritto costituzionale 1988)

Introducción

En tiempos de tensión política es donde se pone a prueba a una Constitución y a sus garantías. La propuesta de cambiar el texto de la norma fundamental por el órgano más político dentro de un Estado democrático exige un debate nacional y delicado. Las fuerzas políticas y los factores de poder³⁶ saldrán a imponer sus posturas, a realizar sus apuestas y a pretender ganar, a toda costa.

Sin embargo, hay quien forma parte del “mercado político” pero que no participa; existe un órgano que es el llamado a ser árbitro del fervor del debate y determinar, de una vez por todas, si el entusiasmo e ideales de los actores políticos son ofertas viables por el Derecho.

La Corte Constitucional, como guardián, es el seguro de vida de una Constitución que, ante siniestros y hechos desafortunados, debe entender su rol y garantizar que la vigencia del texto no pueda ser desnaturalizada frente a las pasiones del curul y el estrado; por el contrario, siempre está llamado a afianzar la normatividad y supremacía de la Constitución por sobre cualquier suceso que el poder traiga consigo.

En tal sentido, una propuesta de modificar una Constitución para cumplir ciertos ideales políticos del partido empoderado del mercado político siempre será un escenario exigente y más, cuando es el presidente mismo de quien trata el proyecto.

Como se analizará en el presente capítulo, el bloque del movimiento Alianza País en el año 2015 propuso un proyecto de modificar la Constitución con el objeto de eliminar

³⁶ Se entiende por factores de poder distintas personas, grupos, partidos, corporaciones y distintos entes que pueden ser incidentes dentro de la toma de decisiones políticas en un Estado.

la limitación de reelección para un período que tenían las autoridades de elección popular, incluido el Presidente de la República.

De esta forma, se verá que el proyecto consistía en una oferta para dar continuidad a un proyecto político que se mantenía con éxito ante la mayoría de ecuatorianos; este propósito, debía pasar el filtro de la Corte Constitucional con el objeto de que se califique el cauce democrático previsto en la misma norma fundamental para modificarla, siendo estos: la enmienda, reforma parcial o asamblea constituyente.

En tal sentido, el guardián de la Constitución tenía la difícil tarea de fijar el camino por el que se discutiría eliminar un obstáculo de alternancia en el ejercicio del poder y dar paso a la libre elección de mandatarios por parte de los electores, lo cual, sin duda, consistiría en un tema controversial y muy sonado en tiempos modernos.

Con la intención de realizar una revisión objetiva del rol de la Corte Constitucional, se analizará, en primer lugar, el proyecto emitido por parte de la Asamblea Nacional para reformar la Constitución en el caso mencionado, así como, los principales argumentos políticos y jurídicos; en segundo orden, se hará un recuento general respecto de lo que implica la reforma de la Constitución y los límites explícitos e implícitos a esta facultad política.

Por último, se analizará el dictamen previo de constitucionalidad a partir de la aplicación del test de motivación y justificación de las decisiones que utiliza la propia Corte Constitucional, como un mecanismo de revisión objetiva de la argumentación y legitimación de su actuación.

2.1. La modificación de la Constitución en el caso de la reelección indefinida y el proyecto presentado a la Corte Constitucional:

2.1.1. El Proyecto de enmienda a la Constitución respecto de la reelección presidencial del bloque alianza país y su trámite:

El 26 de junio de 2014, la presidenta, en ese entonces, de la Asamblea Nacional del Ecuador, Gabriela Rivadeneira, conjuntamente con un considerable grupo de

asambleístas del partido oficialista “Alianza País”, entregaron ante la Corte Constitucional del Ecuador, la propuesta de diecisiete (17) enmiendas a la Constitución.

Entre éstas, se encontraba el proyecto de eliminar la frase “por una sola vez” de la disposición contenida en el art.144 de la Carta de Montecristi:

Artículo 144	Artículo 144
Vigente al 2014	Propuesto
<p>“Art. 144.- segundo inciso: La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez.”</p>	<p>“Art. 144.- segundo inciso La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto.”</p>

Elaboración propia basada en el proyecto emitido por la Asamblea

De conformidad con el trámite previsto en el art. 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) todo proyecto de modificación de la Constitución debe ser enviado a la Corte Constitucional para que determine cuál de los procedimientos previstos en la norma fundamental es el procedente según el caso. Adicionalmente, según el texto del art. 101 de la LOGJCC, en cualquier caso, quien propone el proyecto de reforma a la Constitución, debe anexar un escrito en el que sugiera el procedimiento a seguir y las razones en Derecho que justifiquen la opción determinada.

En este sentido, sin propósito de ahondar en detalles que serán desarrollados posteriormente, previo a revisar de fondo la propuesta, se debe considerar, preliminarmente, que existen tres tipos de modificación constitucional.

En primer lugar, según el art. 441 de la Constitución, se prevé el procedimiento de enmienda, que implica una modificación constitucional tramitado en dos debates con un intervalo de tiempo de un año entre cada uno y que supone un cambio accesorio al texto constitucional, dado que, no puede trastocar cuatro aspectos sustanciales: i) la estructura fundamental de la Constitución; ii) el carácter y elementos constitutivos del Estado; iii) los derechos y garantías consagrados en la Constitución; y iv) modificar el proceso mismo de reforma a la norma fundamental.

En tal sentido, el proyecto puede provenir del Presidente o Presidenta de la República, la ciudadanía y la Asamblea. En el primer y segundo caso, debe realizarse a través de referéndum; y en el tercer supuesto es únicamente la Legislatura quien, con una fuerza política de las dos terceras partes, podría aprobar este tipo de reforma constitucional.

Este procedimiento, no exige un referéndum posterior y podría decirse que constituye el primer nivel dentro de los tipos de reforma constitucional, por ser el que menos exigencias o garantías democráticas requiere, justamente, que se hace viable para modificar aspectos de carácter accesorio o de menor alcance institucional (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 19).

En segundo lugar, de conformidad con el art. 442 de la Constitución, el siguiente nivel reforzado para modificar la Constitución es el trámite de reforma parcial. Este proceso versa sobre aspectos que modifiquen la estructura fundamental de la Constitución, así como los elementos constitutivos del Estado; sin embargo, este trámite no se encuentra habilitado para el caso de restricción de derechos y garantías o para modificar el trámite de reforma a la Constitución.

Respecto del proceso mismo, este tendría lugar por iniciativa del Presidente de la República; a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La reforma parcial a la Constitución debería ser tratada en dos debates ante la Legislatura y al término de 90 días posteriores a éstos, se deberá convocar a un referendun que aprobaría la reforma requiriéndose la mitad mas uno de los votos válidos.

Este procedimiento se mira con mayores garantías democráticas puesto que, prevé mecanismos de democracia directa como el referéndum, distinto del de enmienda que prevé únicamente el debate parlamentario.

Por último, para el caso de que se quiera modificar la Constitución para restringir derechos y garantías o modificar el procedimiento de reforma, conforme lo prescrito en el art. 444 de la Constitución, se deberá convocar a una Asamblea Constituyente a través de consulta popular propuesta por el presidente, las dos terceras partes de la Asamblea

Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. Del mismo modo, la nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

Este último procedimiento es el que mayores exigencias democráticas exige, además de que, está previsto para los aspectos sustanciales más importantes de la Constitución, como son, su parte material y dogmática referida a los derechos; así como, la rigidez constitucional determinada en sus procesos de modificación.

En resumen, las alternativas para modificar la Constitución se pueden graficar de la siguiente manera:

	Enmienda	Reforma Parcial	Asamblea Constituyente
Características	El proyecto no puede alterar la estructura fundamental de la Constitución.		
	El proyecto no puede alterar el carácter y elementos constitutivos del Estado.		
	El proyecto no puede establecer restricciones a los derechos y garantías constitucionales.	El proyecto no puede establecer restricciones a los derechos y garantías constitucionales.	El proyecto si “puede” establecer restricciones a los derechos y garantías constitucionales.
	El proyecto no puede modificar el procedimiento de reforma de la Constitución.	El proyecto no puede modificar el procedimiento de reforma de la Constitución.	El proyecto si puede modificar el procedimiento de reforma de la Constitución.
Iniciativa	-Mediante referéndum solicitado por la Presidenta/e de la República. -Mediante referéndum solicitado por la ciudadanía con el respaldo de al menos	-Iniciativa de presidente o presidenta de la república. -Solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el	La Asamblea Constituyente solo podrá ser convocada a través de consulta popular solicitada por:

	8% de los ciudadanos empadronados. -Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional.	1% de los ciudadanos empadronados. -Resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.	-Presidenta/e de la República; -Por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, -Por el 12% de los ciudadanos empadronados.
Trámite	La enmienda se tramitará en 2 debates con diferencia impostergable entre el primero y el segundo, de treinta días siguientes al año de realizado el primero.	La reforma parcial será tramitada en dos debates; el segundo a realizarse, será después de 90 días del primero. Deberá ser aprobada mediante referendum con la mitad mas uno de votos válidos.	La nueva Constitución requerirá de referendum aprobatorio con la mitad mas uno de los votos válidos.

Tomado del Libro: “Debate sobre el proyecto de Enmiendas Constitucionales” – Coord. Salim Zaidán y Ana María Delgado – Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Entendido esto, a lo largo del trámite ante la CCE, el segmento oficialista propondría varios argumentos políticos y jurídicos para que la reforma a la Constitución fuera viable a través del procedimiento de enmienda. A continuación, se hará una breve referencia a éstos.

2.1.2. Los Argumentos que acompañaron el proyecto para eliminar el límite a la Reelección presidencial:

De conformidad con el trámite descrito anteriormente, la Presidenta de la Asamblea Nacional fundamentó el proyecto para reformar la Constitución que eliminaría el límite para la reelección presidencial en la Constitución ecuatoriana. Adicionalmente, según consta del Dictamen Nro. 001-14-DRC-CC (2014), varias personas y colectivos a fines a al objetivo reformista se habrían pronunciado.

En lo principal, según el Dictamen Nro. 001-14-DRC-CC (2014), existieron razones políticas (2.1.2.1.) y jurídicas (2.1.2.2.) que se utilizaron para justificar la viabilidad del proyecto de reforma y el procedimiento sugerido por parte de quiénes estuvieron a favor de este proceso.

i) *Argumentos políticos a favor de la reelección indefinida:*

El partido oficialista liderado por Rafael Correa en los siete años que se encontraba en el poder, había – con algunas variables – estabilizado políticamente el país con un electorado fiel que habría dado grandes victorias a la denominada “Revolución Ciudadana” en la aprobación de la Constitución de 2008, la presidencia del 2009 y la reelección de 2013 (Constante S. , 2014).

El oficialismo buscaba cómo consolidar el proyecto político de la “Revolución Ciudadana” construido por Correa y “Alianza País”, que habría sido categorizado como histórico y legendario por parte del propio jefe de Estado y sus aliados (Correa, Informe Anual de Gestión, 2014).

Así, si bien el propio presidente, habría declarado que sólo estaría cuatro años más en el poder siendo su último período presidencial hasta el año 2017 – que determinaría una década al frente del gobierno del Ecuador –, él podría revisar su postura inicial por la arremetida derechista y conservadora que podría desestabilizar todo lo alcanzado en esos “seis años de éxito” (Constante S. , 2014).

En efecto, en palabras del propio presidente en el informe a la Nación de 14 de mayo de 2014 frente a la Asamblea mencionó:

“Ecuador sigue en lucha entre la revolución ciudadana y la restauración conservadora que se está gestando en el país y en Latinoamérica. Tenemos que seguir ajustando nuestras instituciones a la nueva realidad y no dar paso al retorno del dominio de las élites”. (Correa, Informe Anual de Gestión, 2014)

Adicionalmente, habría mencionado en uno de sus *enlaces ciudadanos*³⁷ que su responsabilidad era estar en la “trinchera” para consolidar un proceso que no podría retroceder hacia quince años atrás, sino que, debía perdurar hacia el futuro (Correa, 2014).

En tal sentido, el proyecto de reforma constitucional para eliminar el límite a la reelección vendría acompañado de un ferviente argumento central: continuidad política al régimen de Correa. Entonces, la reforma debía tramitarse con la máxima celeridad, con

³⁷ Los Enlaces Ciudadanos, denominados “Sabatinas” fueron informes televisados y radiodifundidos por parte de la presidencia, realizados semanalmente los días sábado por la mañana por parte del propio presidente Correa en persona; a través de esta exposición pública, se revisaba la agenda semanal y la gestión del presidente, así como existían spots de análisis y crítica a sectores sociales, adversarios políticos, entre otras cosas.

el objeto de que, el presidente Rafael Correa pueda candidatizarse – si así el lo eligiese – en los comicios del año 2017.

Así, el bloque de asambleístas del partido en poder habría propuesto reformar la Constitución considerando que se debía “afianzar” un proyecto político que habría dado resultados exitosos en el país. La asambleísta Marcela Aguiñaga expresó que la reelección se presenta como:

“...una respuesta a la continuidad coherente de una política y de una gestión política, y sobre todo tiene que tener una correlativa responsabilidad y mayor compromiso en el quehacer gubernamental de ir encaminada a proporcionar mayor estabilidad económica política y social en un país.” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 9)

Asimismo, a través de varios *amicus curiae*³⁸, presentados por la secretaría de la presidencia y grupos afines a Alianza País se habría mencionado que la reelección indefinida sería necesaria para garantizar el bien común y los derechos de las personas en tanto que: *“es el pueblo el que toma la decisión de reelegir y la reelección es necesaria para que el pueblo pueda seguir aprovechando los talentos y virtudes de sus gobernantes.”* (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 22).³⁹

Del mismo modo, según la propia Gabriela Rivadeneira, la oferta reformista buscaría: *“profundizar la libertad de decisión democrática de los mandantes, ya que los mandantes deben ir a las urnas las veces que sean necesarias para elegir a sus mandatarios”*⁴⁰ (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 7). Por su parte, la asambleísta Rosana Alvarado habría mencionado que la reelección indefinida sería el sistema más democrático:

“...el electorado, en el ejercicio de la más pura manifestación de su soberanía, es el máximo ente de control democrático que a través de la reelección hace un juicio periódico de sus autoridades. La reelección es el sistema más democrático porque elimina todas las discriminaciones y elimina todas las prohibiciones para que sea el demos (pueblo) el único

³⁸ La expresión latina “*Amicus curiae*” o “amigos de la corte”, es utilizada para describir la intervención de un tercero ajeno en un litigio que emite una opinión sobre aspectos técnicos o fácticos que puede ayudar o brindar elementos adicionales para el criterio de la autoridad que resuelve la causa. En el ámbito constitucional la propia LOGJCC en su art. 12 determina la posibilidad que terceros puedan intervenir y se les permita intervenir en las audiencias del caso.

³⁹ Según consta del Dictamen 001-14-DRC-CC, este argumento sería utilizado por Caupolicán Ochoa Neira, abogado patrocinador del presidente Correa en varios procesos judiciales durante su mandato, quien compareció por sus propios derechos dentro del trámite mencionado.

⁴⁰ Referencia textual al escrito de fundamentación de las reformas constitucionales resumidas por por la propia Corte Constitucional dentro del Dictamen de procedimiento favorable a la reelección indefinida al que se hace referencia dentro de este acápite.

encargado del castigo o el único que exprese la confianza a favor de una autoridad.” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 8)

Recapitulando, entonces, las razones políticas para buscar eliminar la figura de una elección presidencial limitada por la Constitución, sería el continuismo de la “Revolución Ciudadana” con el objeto de afianzar el proyecto político construido por parte del presidente Correa y que se veía amenazado por parte del advenimiento de sectores afines a una ideología política contraria y crítica con la gestión de Rafael Correa. Adicionalmente, esta figura cumpliría con evidenciar los verdaderos principios democráticos del bien común que serían fortalecidos a través de una reelección indefinida en donde no exista límites para que el electorado – verdadero soberano – tenga plena libertad de escoger entre el candidato oficialista u otras opciones, pues, en definitiva, el único legitimado para el efecto sería el pueblo mismo.

ii) Argumentos jurídicos a favor de la reelección indefinida por vía de enmienda constitucional:

Los móviles políticos son de variada índole, sin embargo, al momento de procurar distintos horizontes, por más honrosos o cuestionados que sean, deben proseguir el camino escogido por el propio soberano. Una idea política que no se encuentre fundamentada jurídicamente, es decir, justificada en la norma – en este caso la Constitución – no puede ser viable. A saber, el movimiento con mayor fuerza política en el país haría todos sus esfuerzos para lograr fundamentar constitucionalmente este proyecto.

Se conocía – como un secreto a voces – que Alianza país mantenía la firme creencia que la reelección indefinida consistía en un proyecto viable que traería estabilidad política, económica y jurídica a un país que había sufrido complicaciones de este orden hasta la llegada de Rafael Correa; además, este proyecto generaría mayor responsabilidad y compromiso con la gestión gubernamental (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 3). Sin embargo, esta idea requería argumentos sólidos.

Según los hechos, el bloque oficialista mantenía un argumento que apelaba a la condición de igualdad y no discriminación en el derecho a ser elegido y elegir libremente (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 53). Es decir, la discusión al seno de la Corte y en el debate ciudadano respecto de esta reforma, era – según Alianza País – un tema de promoción de los derechos y la democracia.

A partir de ahí, a criterio de la “Revolución Ciudadana”, según el art. 61 numerales 1, 2 y 7, así como el art. 95 de la Constitución de la República (2018) es derecho de una persona a postularse para un cargo de elección popular y participar en los asuntos de interés público bajo un principio de igualdad. En tal sentido, no sería razonable que exista una limitación para que una persona, incluyendo el presidente de turno, no pueda postularse para el mismo cargo público, puesto que, la Constitución misma proscribire toda forma de discriminación⁴¹. De esta manera, la reforma vendría a reforzar el sistema de participación y los derechos políticos de los ecuatorianos.

En segundo orden, de las disposiciones citadas se deduce, claramente, el derecho de elegir libremente a un candidato por parte de la ciudadanía en general, por lo que, eliminar los límites a una reelección profundizaría la libertad de decisión democrática de los mandantes quienes podrán elegir el candidato que así lo deseen (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 53).

Del mismo modo, según se recoge en el Dictamen (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 53) invocando nuevamente el concepto abstracto del “pueblo” se mencionaba que la reelección indefinida promovería un sistema directo de participación en donde el pueblo, activamente, acudiría a las urnas para ejercer una labor de control; en el caso de que aprueben la gestión pública del candidato oficialista podrían optar por la continuidad y, en el caso de que no, podrían hacer lo contrario; con lo cual, la reelección no depende propiamente de una regla, sino de la libertad de elección de los electores.

Por su parte, los asambleístas de país, indicaron que la eliminación del texto “por una sola vez” del artículo 144 de la Constitución, consistiría en una reforma accesoria que no tenía que ver con la estructura de la Constitución, carácter o elementos constitutivos, derechos y garantías o el procedimiento de reforma, con lo cual sería viable a través del procedimiento menos riguroso y más rápido del sistema constitucional ecuatoriano como es la enmienda.

Y que, por el contrario, existiendo una promoción de derechos fundamentales, el proceso de enmienda se encuentra determinado claramente para este tipo de casos. Además, se estaría instaurando un régimen más democrático y participativo siendo fiel –

⁴¹ Esto se entiende, además, de los arts. 11 numeral 2 y art. 66 numeral 4 de la Carta Fundamental.

verdaderamente – al espíritu de la Constitución que también había sido producto de todo un proyecto político.

En definitiva, según esta posición, existían principios constitucionales que justificarían el proyecto de enmienda a la Constitución para eliminar el límite a la reelección presidencial, debido a una concepción participativa, en igualdad de condiciones y sin restricciones irrazonables a los derechos de elegir o ser elegido.

Desde este punto, y con estos argumentos, el guardián de la Constitución – Corte Constitucional – se encontraba obligada a emitir un dictamen de procedimiento que determinaría la viabilidad de la reforma y el procedimiento a seguirse por parte de la Legislatura. Pero, ¿cuál es el verdadero rol del Guardián de la Constitución al momento de realizar un control de la reforma constitucional? ¿qué importancia tienen las Cortes Constitucionales en el control del poder de reforma por parte del legislativo? ¿cuáles son los límites de competencia de la Corte Constitucional para ejercer sus funciones en este específico caso?

2.2. El Rol del Guardián de la Constitución en el control de la Reforma:

2.2.1. Breve aproximación a la reforma constitucional como una garantía extraordinaria de la Constitución:

La reforma a la Constitución constituye la garantía extraordinaria de la Constitución. Una garantía se mira como una forma jurídica para salvaguardar o asegurar el cumplimiento de una norma o una obligación (Ferrajoli, 1995). En el particular caso de la Constitución, las garantías son las fórmulas, mediante las cuales, la Constitución asegura su primacía con respecto a todo el ordenamiento jurídico.

Siguiendo la consolidada clasificación del profesor Javier Pérez Royo (2010) las garantías de la norma fundamental son dos. En primer lugar, una garantía ordinaria entendida como el control constitucional a las leyes y actos del poder que son inferiores a la Constitución, como una operación diaria (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 2010, pág. 115). Y, por otro lado, una garantía extraordinaria – la reforma constitucional – que sólo muy de vez en cuando es utilizada y que:

“...tiene la función de diseñar un procedimiento que dé estabilidad a dicha norma, de tal manera que haya que cambiarla cuando no haya más remedio o cuando exista un consenso muy claro en la sociedad de que debe ser modificada” (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 2010, pág. 115)

A partir de esta idea, se concibe a la institución de la reforma como parte constitutiva del concepto mismo de Constitución, lo cual ha llevado a la doctrina a mencionar que una Constitución sin reforma no es más que un documento político, justamente, por su incapacidad de garantizarse como suprema, lo que implicaría supeditar el cambio de la Constitución a la simple voluntad del legislador (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 2010, pág. 124).

Siendo así, se tiene que la reforma de la Constitución, en primer lugar, es garantía en cuanto límite para el proceso de autodirección política de la sociedad; y, en segundo plano, es un procedimiento al que la sociedad puede recurrir cuando no encuentra respuesta a un problema por la vía de la interpretación constitucional (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 2010, pág. 125)⁴².

De esta manera, cumple la función primaria de garantizar la propia rigidez de la Constitución, al mismo tiempo que, prevé que el texto de la norma fundamental pueda ser adecuado al cambio y que no perdure como una letra intangible y acentuada en tiempo pasado. Es decir, a través de la reforma las sociedades buscan adaptar su contexto histórico a la Constitución cuando del contenido de la interpretación constitucional no es posible realizarlo.

Ahora bien, la comprensión estructural de la reforma constitucional se encuentra en un principio básico de la construcción jurídica: “*el paralelismo de las formas*”. Como bien se conoce, este principio determina que un acto jurídico sólo puede ser modificado de la misma manera en que fue creado (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 2010, pág. 126); a través de este proceso, se da coherencia y fuerza a la naturaleza misma de las normas, incluyendo, la Constitución.

⁴² En este punto, no se hace referencia a los mecanismos informales de modificación de la Constitución. Sin embargo, debe mencionarse que, según parte de la literatura constitucional, la extensión de la interpretación constitucional de manera que modifique lo determinado en la Constitución se conoce como la “*mutación constitucional*” o el cambio no formal de la norma fundamental por parte de jueces o el mismo guardián de la Constitución. Así, también, se ha referido que las Cortes al extralimitarse en su función poseen un *amending power* o poder de enmienda de la Constitución, muchas veces criticados por el sector de la doctrina que defiende una autorestricción judicial (*selfrestrained judicial review*). Esta acusación ha sido presentada en contra de la Corte Warren en Estados Unidos y, vale decir, muy bien defendida por parte de sus críticos.

Sin embargo, este principio no se refleja de manera exacta en la Constitución. En lo principal, el autor de la norma fundacional – Poder Constituyente – no puede resurgir para modificar la misma. No obstante, lo que sí puede suceder, es que el órgano originario haya precisado las reglas para el cambio de su propia creación; con lo cual, los poderes constituidos estarán ante la obligación de respetar estrictamente la programación para el cambio de las reglas de juego de una sociedad.

Esta es la forma en que el poder constituyente se autoproyecta en la Constitución hacia las generaciones futuras (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 2010, pág. 127), y deja sentado que los horizontes estatales están plasmados en la Constitución como una utopía a alcanzarse (Ávila Santamaría, 2012)⁴³; pero, además, fija – desde un inicio – qué tendrán que hacer los actores políticos y sociales de un Estado para modificar las reglas determinadas.

Esta programación, realizada por el Constituyente, implica, entonces, la otra garantía de la Constitución, ésta determina la fuerza normativa de la misma, así como su característica de rigidez e inmutabilidad frente al legislador; siendo piedra angular, junto con el control constitucional, del Estado Constitucional.

Ahora, si se ha dicho que la reforma constitucional implica la garantía extraordinaria de la Constitución que tiene efecto ante la imposibilidad de extender el texto de la misma para con la realidad social ¿tiene la modificación de la Constitución ciertos límites o es que los actores políticos con poder para reformar la Constitución pueden modificarla a su antojo? ¿es posible que se encuentre vedado, al parlamento, presidente o ciudadanía, determinados aspectos de la Constitución?

2.2.2. Los límites a la reforma constitucional:

De entrada, vale decir que la idea general es más o menos simple: la reforma a la Constitución implica una modificación, pero no su destrucción (Marbury, 1919). Precisamente, desde hacia varios acontecimientos históricos se determinaba que existían límites a la reforma constitucional, como ocurrió, por ejemplo, en la revisión

⁴³ Se hace referencia a la perspectiva utópica de la Constitución, dado que, parte de la doctrina ha manifestado que la parte dogmática que se incluye en los textos constitucionales se entienden como contenidos utópicos de una sociedad. Así, dentro de la norma fundamental una sociedad se proyecta a lo que espera ser (deber ser); con lo cual, sirve como elemento de crítica con la realidad, pero, además, representa el esfuerzo de un Estado por alcanzar dichos objetivos.

constitucional francesa de 1884 en que se encontraba vedado que se proponga un cambio respecto de la forma republicana, como un resguardo ante la posible restauración del régimen monárquico como apunta Pérez Royo (1986).

Bajo esta misma perspectiva, en palabras de Torres del Moral (2003, pág. 419) la reforma:

“no es un ataque a la Constitución sino un instrumento de garantía de ésta, que le permite su sucesiva adaptación a las nuevas realidades sin ruptura de la continuidad ni de la identidad del régimen constitucional”

Esta acepción se deduce fácilmente respecto del principio del paralelismo de las formas expuesto anteriormente. Más claro, si el poder constituyente construye la Constitución, mal podría, otorgar la facultad al Poder Constituido para alterar – *destruir* – sustancialmente la misma; por lo que, si las cosas en Derecho se deshacen de la misma forma, la única alternativa que le quedaría al pueblo para “destruir” o modificar la Constitución de manera sustancial, es un nuevo consenso por parte del pueblo.

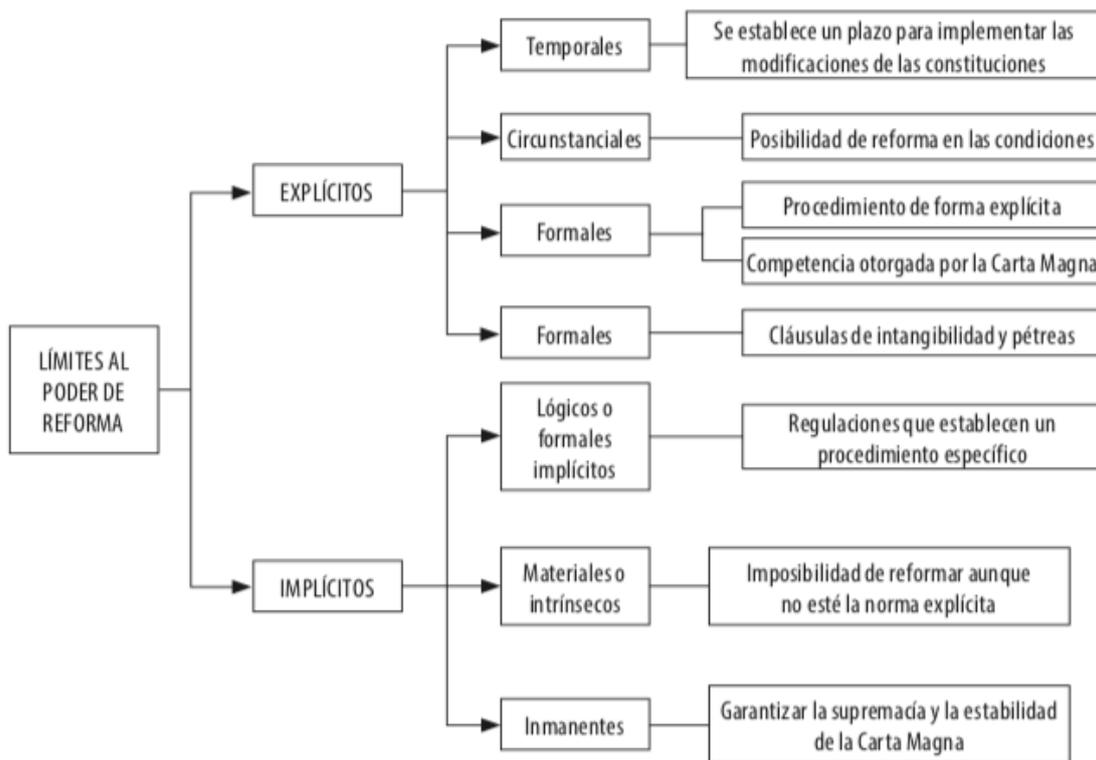
Esta cuestión – central para el estudio de la reforma – ha merecido el pronunciamiento de autores como Schmitt citado por Pérez Royo (1986), quien desde hace casi un siglo ha dicho que los límites de la reforma constitucional se relacionan directamente con el propio concepto de Constitución; por esta razón, dependerá de esa premisa – la Constitución como un documento formal o material – para definir los límites de la reforma, puesto que, si bien: “*hay una forma ordenada de reformar la Constitución... no todo tipo de reforma de la Constitución está permitido en esa forma ordenada*” (Pérez Royo quien cita a Jellinek, 1986).

Ahora bien, de conformidad con la clasificación de Jellinek referida por Pérez Royo (1986) y XX, se encuentran límites a la reforma que pueden ubicarse dentro del mismo derecho interno (autónomos), así como, determinados por parte del derecho internacional (heterónomos). A su vez, existen límites explícitos o implícitos de la propia Constitución; los primeros serán los que el propio constituyente ha prescrito, como puede ser, el hecho de que no pueda reformarse la Constitución bajo cierto período inicial de tiempo (limitación temporal)⁴⁴ o la imposibilidad de cambiar la forma republicana de gobierno o alterar el contenido de un derecho fundamental (limitación material).

⁴⁴ Como la Constitución de Argentina de 1853 y la colombiana de 1881 que determinaban un plazo de diez años, así como, la constitución ecuatoriana de 1929 que fijaba un plazo para reformar de cuatro años luego de haberse emitido.

Asimismo, existen situaciones que, bajo el derecho comparado se ha determinado condicionamientos específicos para el poder de reforma, como es el caso español en que la Constitución de 1978 prevé la imposibilidad de realizar modificaciones al texto constitucional cuando se esté en situación de estado de excepción o conflicto armado (Pérez Royo, 2010).

TIPOS DE LÍMITES AL PODER DE REFORMA



Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución - Diego Mauricio Higuera Jiménez - *Opinión Jurídica*, Vol. 16, N° 32, pp. 97-126

En la especie, la teoría de los límites constitucionales a la reforma encuentra cabida en algunos teóricos. Por ejemplo, Marbury (1919) o el constitucionalista estadounidense Tribe (1983) han determinado que la Constitución se entiende como un ente unitario que ha juridificado – positivizado – principios políticos como bases fundamentales de su construcción, lo que impediría un cambio que involucre estos cimientos.

Por ejemplo, en la constitución americana, estos autores identifican algunas estructuras fundamentales como: la representación republicana, el federalismo,

separación de poderes, la igualdad ante la ley – basada en las enmiendas y el famoso caso *Board of Education* –, la autonomía individual y el debido proceso.

Por estas razones, el poder de reforma no podría ignorar estas “normas fundamentales” insertadas en la Constitución. En efecto, Tribe (1983) determina que: “*the Constitution tell us something*” y que no puede ignorarse aquello; así, no podría existir una enmienda que determine que un ateo no pueda ocupar un puesto federal, dado que, esto chocaría con el derecho a la libertad de conciencia. Además, si se diera el caso hipotético de que una norma inferior que incluyese esta condición, sin duda, sería declarada inconstitucional.

Precisamente, esta doctrina determina que existen *cláusulas de intangibilidad* por parte del poder constituido. Así, por más que exista una fuerza mayoritaria que pretenda imponerse para modificar la Constitución, no podría trastocar estas normas vistas como parte de la identidad misma de la Constitución, lo que produciría que esa fuerza debería generar un consenso para rehacer la Constitución con una nueva (Roznai, 2014).

Bajo este concepto, países como Italia y Francia han determinado normas intangibles que refieren a la forma republicana de gobierno (Roznai, 2014); de igual manera, Alemania ha dispuesto que no se podrá reformar la Constitución cuando implique desconocer el principio de dignidad humana (Bachof, 2010). Como corolario, como indica Benavides (2016, pág. 80):

“Las cláusulas de intangibilidad aparecen como aquellas normas constitucionales que de modo expreso contienen prohibiciones de modificación de otras normas de igual jerarquía, dirigidas al poder de reforma o poder constituyente derivado. Por ello, actúan como barrera impenetrable que no puede traspasar el legislador o las demás instituciones que intervengan en la modificación del Texto constitucional.”

En definitiva, parece ser que el poder constituido no tiene la libertad para actuar a su antojo, por el contrario, en palabras de Benavides (2016) como una síntesis de la idea de márgenes de actuación al poder de reforma:

“la imposición de unos límites al poder reformador comporta la negación de la posibilidad de un cambio profundo de la Constitución por este mecanismo, así como también la imposibilidad de una modificación que no observe los fundamentos del Estado constitucional.”

En virtud de lo mencionado, el poder constituyente se impone frente al poder constituido (Carpizo, 2009) determinando reglas y principios que constituyen márgenes

o límites de actuación de las sociedades futuras, petrificando aspectos que se creen sustanciales dentro de la estructura creada por este organismo. Así, en el caso de querer “restaurar” lo creado, se deberá empezar desde cero, a través de un gran consenso y nombrando un nuevo poder originario.

De ahí que, es claro que existen límites formales y materiales al poder de reforma que no dejan de ser un elemento de debate en la doctrina constitucional, pero que, al mismo tiempo, sirven de criterio para hacerse otras interrogantes ¿quién debe ejercer la tarea del control de los límites de cambio de la Constitución? ¿Cómo es que debe realizarse esta labor de control? ¿Cómo es que un proceso de reforma que implica un cambio y adaptación de la Constitución por parte de la dirección política de un Estado o su propia ciudadanía debe pasar por un filtro?

Estas interrogantes constituyen la esencia misma de la presente investigación; sólo entendiendo cómo es que debe actuar el Guardián de la Constitución en el específico caso de la Reforma se podrá determinar si en el caso de la reelección indefinida lo ha hecho acorde con las exigencias del encargo del Constituyente o si, en defecto, ha fallado con defender la Constitución.

2.2.3. El guardián de la Constitución y el control de la reforma constitucional:

Hasta este punto, se había hecho referencia a que la reforma constitucional implica un cambio – no destrucción – de la Constitución y se entiende como una garantía extraordinaria a la norma fundamental esencial dentro del Estado Constitucional. Ahora, corresponde analizar cuál es rol de la Corte Constitucional en este complejo proceso.

Sobre ello, cabe mencionar preliminarmente que, si la confianza de la defensa de la Constitución ha sido puesta en la Corte Constitucional, sin duda, la reforma constitucional no puede pasar desapercibida a los ojos del máximo intérprete de la carta fundacional; sin embargo, la naturaleza y límites de su función es lo que está en entredicho.

Al respecto, hay quienes sostienen, desde una concepción formal de la Constitución, que la justicia constitucional se encuentra limitada a verificar la correspondencia del procedimiento, es decir, un control formal respecto de la reforma a

desarrollarse⁴⁵; dado que, principalmente, cualquier cambio de la Constitución implica una modificación a ésta y por ende siempre se estaría ante una contradicción – inconstitucionalidad – en tal sentido, por la propia naturaleza de esta institución, si una sociedad plantea cambiar la norma que rige toda la actividad del Estado, la Corte Constitucional estaría vedada de realizar un control de fondo respecto de este proyecto político (Villaverde Menéndez, 2012).

A contrario sensu, la otra cara de la doctrina indica que el rol del guardián de la Constitución dentro del proceso de reforma se extiende, también, a defender la Constitución y realizar un control de los méritos de la reforma; así, no se permitirá que los actores políticos con poder para proponer la reforma a la Constitución – como son el parlamento, el presidente o la ciudadanía a través de una mayoría – puedan excluir, introducir o modificar aspectos que cambien las bases y esencia primordial de la Constitución – la destrucción de la Constitución –⁴⁶.

En tal sentido, la discusión respecto del rol del guardián de la Constitución dentro del proceso de la reforma es un debate respecto los límites del control y si es que debe permitirse un control únicamente formal o debe aceptarse la competencia para revisar la sustancia del proyecto a la reforma.

Con el objeto de dar respuesta a estos interrogantes, se realizará una aproximación teórica y otra positiva desde el mismo texto de la Constitución ecuatoriana que definirá el verdadero rol del guardián. Luego, esto servirá como estándar para revisar la actuación de la Corte Constitucional en el dictamen 001-14-DRC-CC.

2.2.3.1. *La Corte Constitucional como un guardián formal del proceso de reforma de la Constitución:*

No está en discusión que la justicia constitucional convive con la libre expresión política de una sociedad. Además, es poco debatido hoy en día que las Altas Cortes funjan como filtros de la acción política y pretendan encaminar la actuación de una sociedad en el marco de la Constitución.

⁴⁵ Ésta parece ser la interpretación correcta que debe darse al art. 443 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴⁶ Adicionalmente, cabe indicar que el control de los méritos de la reforma hace también relación con la protección de las minorías políticas que pueden verse perjudicadas con las fuerzas mayoritarias.

Ahora, ¿qué sucede cuando el soberano, sus representantes o su mandatario principal promueven un consenso para reformar la Constitución? ¿Si la tarea de la defensa de la Constitución es indiscutiblemente una misión de la Corte Constitucional como debe ejercerse? ¿Las Cortes deben ser deferentes con la voz de cambio? ¿El Guardián de la Constitución debe permitir que la voluntad política pueda trastocar elementos esenciales de la carta fundamental? ¿Existen elementos petrificados o intangibles que deben ser controlados o es que una Corte debe garantizar únicamente el cumplimiento del proceso?

El primer acercamiento es que la tarea de la Corte será realizar un control formal y en estricto apego a las reglas procedimentales que han sido determinadas para la reforma, con lo cual, estará limitada únicamente a revisar el proceso y no la materia producto de la deliberación política. Esta idea tiene sustento en algunos argumentos.

En primer lugar, cualquier cambio de la Constitución es en su esencia una contradicción al texto, por lo que, cualquier control constitucional sobre una reforma no tendría sentido desde una perspectiva de fondo, así, una Corte Constitucional debe ceñirse únicamente a garantizar que el proceso siga sus reglas procedimentales.

Así, cualquier control respecto del fondo sería superfluo porque la conclusión a la que siempre llegaría la Corte sería de una inconstitucionalidad. Es por eso que, para el profesor de la Universidad de Oviedo Ignacio Villaverde, el control constitucional material a las reformas constitucionales constituye un “*oxímoron constitucional*”, por lo que, para evitar esta contradicción en el propio sistema se defiende una postura de un control formal, de manera que, las Altas Cortes sólo puedan verificar el cumplimiento de las reglas mismas de la reforma que implican una programación específica; es decir, no conllevarían un ejercicio interpretativo (Villaverde Menéndez, 2012, pág. 491) .

En segundo orden, muchas de las veces, no se encuentra expresamente en el texto de las Constituciones la facultad de revisar aspectos sustanciales, con lo cual, las Cortes no podrían arrogarse funciones que la propia Constitución no les ha otorgado. Además, si la Constitución puede cambiar en su totalidad – porque se asume que no existe prohibición expresa –: “*no hay reformas inconstitucionales, sino una simple sucesión de normas constitucionales en el tiempo cuya validez deriva de su adecuación a los procedimientos de reforma*” (Villaverde Menéndez, 2012, pág. 492).

Adicionalmente, desde la perspectiva misma del control como una facultad de revisión de la regularidad de las normas con la Constitución, la reforma se encontraría al mismo nivel jerárquico, lo que implicaría que no exista un parámetro de validez de la reforma, sino que habría una imposibilidad lógica de realizar un control a la modificación de la Constitución.

Del mismo modo, parte de esta posición diría que la reforma constitucional no es un resultado legislativo subordinado a la Constitución, por el contrario, es resultado de un mecanismo constitucional, con lo cual, el Parlamento actúa como órgano revisor de la Constitución y, como tal, en igual jerarquía con el órgano defensor de la Constitución, por lo que, lo que se exige es una deferencia con un proceso cuya intención se encuentra por sobre una supuesta defensa de la carta fundamental: el cambio (Villaverde Menéndez, 2012, pág. 496).

Así, por ejemplo, según Carpizo (2009) parte de esta doctrina se apoya en el art. 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “*en el sentido de que las generaciones pasadas y presentes no pueden encadenar a las futuras*”, dado que, textualmente la disposición consagra: “*Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras*”.

En resumen, una defensa del control formal se mantiene en que no es posible revisar la regularidad de una reforma constitucional cuando por definición ésta constituye una contradicción la Constitución misma, por lo que, esta operación se ve imposibilitada desde un punto lógico. Adicionalmente, si la facultad no es expresa, sería una extralimitación de las funciones de la Corte Constitucional pretender controlar la actividad política de cambio.

Por último, la Corte Constitucional mal podría ejercer la tarea del control respecto de una norma que estaría en igual jerarquía de su actividad, dado que, el poder de revisar la Constitución es una suerte de poder constituyente constituido, al mismo tiempo que, es un derecho de los pueblos auto regularse y no anclarse a las disposiciones de una sociedad

que si bien construyó la casa en la que viven no puede restringir a mantener ésta intacta y libre de modificaciones.

A pesar de lo mencionado, no deja de ser una teoría que no parece tan plausible con la concepción de Constitución material y los límites sustanciales impuestos por este paradigma frente a la actividad política.

Primero, la justicia constitucional y el control de la reforma se ve aparentemente como una contradicción puramente formal, es decir, si bien es obvio que un proyecto para modificar la Constitución implica una contradicción al texto pues se podrá suprimir, modificar y ampliar disposiciones, la Constitución es mucho más que texto.

Hoy por hoy, el Derecho con la Constitución como escudo, es el plano guía de una sociedad (Tribe, 1983)⁴⁷ que determina conceptos sustanciales enfocados en defender los derechos de las personas de los poderes, entre los que se encuentran, el Estado mismo, el mercado, las mayorías, los regímenes autoritarios o totalitarios, entre otros. En otras palabras, las sociedades contemporáneas decidieron determinar valores de protección dentro de una Constitución.

En tal sentido, si una Constitución es más que texto, entonces una reforma instrumentalizada en una modificación al texto puede trastocar aspectos de fondo que no serían legítimos para las sociedades modernas. En otras palabras, si el Constituyente creó toda una estructura de ingeniería fundamentada en principios, reglas y estructuras, las nuevas sociedades y el órgano revisor de la Constitución como un poder limitado, no puede echarse toda esa gran obra abajo.

Así, la única contradicción existente entre control constitucional y reforma constitucional sería si ésta estaría libre de revisión, dado que, se estaría afirmando que la reforma no podría violar la Constitución si cumple, únicamente, con los procedimientos formales, lo cual implicaría ignorar las conquistas del constitucionalismo de posguerra que afianzó los principios de legitimación del poder en la forma y en el fondo.

⁴⁷ El profesor Tribe utiliza la expresión “blueprint” para asemejar a la Constitución con los planos o dibujos técnicos de una obra de ingeniería o arquitectura.

Segundo, como afirma Carpizo (2009, pág. 411), las ideas que defienden a la reforma como un derecho no son antagónicas con la defensa de un control sustancial y la concepción material de la Constitución. Principalmente, este derecho se mantiene, sin embargo, se encuentra limitado. Por un lado, las sociedades pueden modificar la Constitución, sin embargo, en el caso de que quieran cambiar atributos esenciales de la estructura – lo que implicaría su destrucción – se deberá llamar a un nuevo poder constituyente. Es decir, el derecho de cambio se encuentra intacto pero sometido a límites razonables.

Tercero, en efecto, es un error mencionar que la reforma se encuentra en una posición jerárquicamente similar a la Constitución. Por el contrario, ésta se encuentra subordinada a la norma fundamental por la misma voluntad constituyente. El órgano revisor de la Constitución tiene límites – como se analizó anteriormente – con lo cual, como poder constituido no se encuentra libre de ciertos márgenes de actuación que podrán ser formales y materiales. Ahora, a partir de esa premisa, si el control es un elemento inseparable de la Constitución (Aragón Reyes, 1987) porque constituye su garantía primaria (Pérez Royo, 2010) no puede ignorarse esta tarea – arbitrariamente – ante un proceso de reforma.

Se debe tener en cuenta que el proceso de reforma constituye una situación de tensión de las fuerzas políticas y de un gran debate nacional, en donde, con mayor razón y peso se exige la mirada y alerta de la Corte Constitucional ante abusos del constitucionalismo para romper las reglas de juego.

Cuarto, admitir la teoría del control formal implicaría pensar que cualquier cambio constitucional que cumpla con los procedimientos formalmente establecidos sería válido. Al respecto vale recoger las palabras de Pedro de la Vega quien critica la posición del control formal manifestando:

“...otorgar al poder de reforma... la facultad de modificar totalmente el ordenamiento conduce a consagrar un despropósito que si, jurídicamente, repugna a la lógica global del Estado constitucional, políticamente representa una declaración vacía, inaplicable y sin sentido... es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional... Cuando no se admite ningún tipo de límites a la reforma, es evidente que el neutralismo axiológico y el indiferentismo ideológico que subyacentemente acompañan al concepto de Constitución, permiten considerar como legalmente válida cualquier operación de revisión, con tal de

que se cumplan los trámites formalmente establecidos. Incluso el cambio de régimen político, y la destrucción de la Constitución material existente, podrían presentarse como fenómenos deducibles del ejercicio más estricto de legalidad” (De la Vega, 1985, pág. 285 y 293)

En el mismo sentido, Zagrebelsky (1988), determina que un órgano revisor de la Constitución nace de ella misma, por lo que, en el momento que contradice a la norma fundamental para sustituirla por otra no estaría legitimado para invocar a la Constitución como el supuesto de validez: “*Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos*”.

En suma, no puede concebirse que el control constitucional se limite a únicamente a una perspectiva formal o procedimental. No parece aceptable que el Guardián de la Constitución se muestre ciego ante los méritos de una reforma constitucional con lo que esto implica. De esta forma, surge la duda ¿cómo ejercer el control material? ¿qué argumentos sustentan la posición de una defensa sustancial a la Constitución por parte de las Cortes sin que esto sea considerado un peligro o un exceso de confianza?

2.2.3.2. *La Corte Constitucional como un guardián del contenido de la reforma de la Constitución:*

Las Constituciones a decir del profesor Giovanni Sartori (2011) son obras de ingeniería. Así, éstas deben ser diseñadas y construidas de manera que puedan servir a los fines de una sociedad, al mismo tiempo que, puedan soportar “sismos”, “presiones” y posibles “catástrofes” políticas que impliquen su violación y quiebre. Como afirman Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafero (2015):

“Los detalles de diseño estructural – cuya importancia no resulta evidente al observador común – son indispensables en el largo plazo para evitar fisuras que corroan toda la estructura. En un Estado democrático y constitucional, esos elementos se dan con una “*estructura de incentivos adecuada*” – en palabras de Giovanni Sartori – porque las “Constituciones son “formas” que estructuran y disciplinan los procesos de toma de decisiones de los Estados”

Desde este argumento, ante la existencia de límites para el “poder revisor de la Constitución”⁴⁸ (Noguera, 2017) es imperante la necesidad del control de éstos por parte

⁴⁸ Se entiende por “poder revisor de la Constitución” siguiendo una expresión utilizada doctrinariamente por el autor citado, a las fuerzas políticas capaces, constitucionalmente hablando, de reformar la

del máximo intérprete de la Constitución como un filtro básico del funcionamiento del sistema. Aquello, según la doctrina, no hace más que demostrar la subordinación del poder de reforma a la voluntad del Constituyente manifestada en la propia norma fundamental y que requiere la actuación del guardián (Carpizo, 2009).

Sin embargo, esta competencia para realizar el control material es clara en la propia Constitución por la inclusión de cláusulas de intangibilidad que deben ser controladas por las Cortes o, muchas de las veces, la competencia para realizar un control material ha sido deducida y arrogada por los propios tribunales.

En tal sentido, a continuación se revisará las principales teorías respecto del control material que han llevado, desde la perspectiva comparada, a desarrollar criterios de evaluación de las reformas constitucionales desde el rol de una Corte Constitucional; en la especie: i) El control respecto de los límites expresos de la Constitución; ii) El control implícito de la Constitución y las teorías aplicables en América Latina:

i) El control respecto de los límites expresos de la Constitución:

Como se refirió anteriormente, a través de ciertas disposiciones, las constituciones guardan una estructura básica que se mira como un hecho intocable por parte del poder de reforma. Así, se analizó que hay aspectos indisponibles respecto de la Constitución conocidos como “normas fundamentales” o “cláusulas de intangibilidad”; es decir, existen pilares esenciales en la Constitución que de ser trastocados por parte de los actores políticos pueden implicar la destrucción de toda esa gran obra (Ramírez, 2006).

Al respecto, estos constituyen límites explícitos al poder revisor de la Constitución, como determina expresamente Carpizo (2009):

“Los límites expresos son aquellos principios que la propia Constitución señala, sin ambigüedad alguna, en forma explícita y directa, que son intocables, que no se pueden reformar ni alterar. A estas normas suele denominárseles cláusulas pétreas, intangibles o de intangibilidad. La razón de su existencia responde a factores históricos o a que el Poder Constituyente decidió subrayar cuáles son los principios fundamentales, materiales, esenciales o supremos, como se les quiera denominar, sobre los que descansa todo el orden constitucional.”

Constitución. Se utiliza, además, comúnmente la expresión “Poder reformador”, “Poder de Reforma”, “órgano revisor de la Constitución” entre otros.

En efecto, como resume Humberto Noguera (2017) algunos Estados han preferido “*explicitar los elementos del régimen político que no pueden ser objeto de reforma constitucional, como el régimen republicano de gobierno*”. Entre ellas se señalan:

Estado	Disposición normativa en la Constitución
Constitución Alemana	artículo 79,3
Constitución Italiana	artículo 139
Francia	artículo 89
Grecia	artículo 110.1
Turquía	artículo 40
Federación Rusa	artículo 135.1
Portugal	artículo 288.b
República Dominicana	artículo 119
Puerto Rico, de 1952	artículo 7.3
Honduras	artículo 374
Guatemala, de 1985	artículo 281
República Dominicana	artículo 268

Tomado del artículo: “PODER CONSTITUYENTE, REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD” – Humberto Noguera Alcalá en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en revista de la Academia brasileira de Direito Constitucional.

Entre los casos citados, un ejemplo enigmático es el alemán, en donde, su Constitución (Ley Fundamental de Bonn) en el artículo 79 numeral 3 contiene una *cláusula de intangibilidad* que excluye la posibilidad de modificar la Constitución respecto de la organización Federal, la participación legislativa de los Lander en la actividad legislativa, los principios respecto del régimen democrático y los derechos vinculados con la dignidad humana (Bachof, 2010)⁴⁹.

Así como los Tribunales Constitucionales fueron el efecto de una “mala salud del sistema constitucional” (por los regímenes facistas y nacional-socialistas de la época⁵⁰), se podría decir que las cláusulas de intangibilidad responden al mismo principio.

Este es: proteger la Constitución de la actuación abusiva de los gobiernos que pretendan legitimarse través del cumplimiento – simple –de formalidades; por lo que, con la vigencia de barreras materiales, aún así los actores políticos cumplan con el proceso formal, dicha reforma no sería posible por ser inválida y, en algunos casos, expresamente

⁴⁹ Principalmente, esta inclusión se debe a su historia constitucional y los abusos de “legalidad” existentes en la época del nazismo en la primera mitad del siglo XX.

⁵⁰ Véase el acápite 1.2.1. del presente trabajo.

prohibida. En otras palabras, los límites expresos constituyen la contra garantía de la reforma constitucional y un seguro adicional para las constituciones.

Ahora bien, ¿si es que existen límites expresos y materiales es la Corte Constitucional la llamada a realizar un control respecto de estos? La respuesta es afirmativa. Desde la doctrina existe un pronunciamiento favorable; Marbury (1919), Noguera (2017), Carpizo (2009), y Pérez Royo (2010) han mostrado una postura en favor al control del contenido de las reformas por parte de las Cortes y Tribunales Constitucionales, desde una defensa del concepto de Constitución material.

En algunos casos, cierta parte de la doctrina determina que el Tribunal sólo podrá hacerlo cuando existan cláusulas de intangibilidad, de manera que, la competencia sea inexorable (Villaverde Menéndez, 2012); por el contrario, hay quienes afirman que en el caso de que no se deduzca expresamente de la Constitución, el control por parte de la justicia constitucional será un poder usurpado y no determinado por parte del Constituyente, como sucede en el caso estadounidense (Tribe, 1983).

En otro sentido, desde la jurisprudencia existen ejemplos claros. En primer lugar, el caso alemán. El Tribunal Federal en su decisión de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa refiere a la doctrina de las cláusulas de intagibilidad según la cual a este organismo le compete velar la intagibilidad de la “identidad constitucional” en el caso de las reformas constitucionales. Según Villaverde (2012):

“El sustento dogmático constitucional de semejante control jurisdiccional sobre el ejercicio del poder constituido-constituyente no es otro, añadimos nosotros, acaso no pueda ser otro, que controlar que el poder constituyente del pueblo no haya sido «usurpado», dice el BVerfG, por los poderes constituidos, a los que el constituyente «no ha dado mandato alguno para poder disponer sobre (esa) identidad constitucional»”

Es decir, su competencia radica en revisar la extralimitación del poder de reforma, ejerciendo su tarea del control aunque restringida a las cláusulas de intangibilidad.

Una segunda referencia se encuentra en la sentencia 1146 de 1988 de la Corte Constitucional italiana (Groppi & Meoli, 2008), quien se refirió específicamente al control de los límites expresos a la reforma constitucional manifestando textualmente que:

“la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera a través de leyes de reforma constitucional u otras leyes constitucionales. Tales son los principios que la misma Constitución prevé explícitamente como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (artículo 139 Const.), pero también los principios que, a pesar de no estar mencionados expresamente entre los que no pueden someterse al procedimiento de revisión, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana” (1988)

Adicionalmente, a través de la misma sentencia, la Corte Italiana argumentó su competencia para realizar un control respecto de las reformas en relación con los límites definidos por la Constitución italiana, dejando en claro que se requiere un supervisor de este proceso, dado que, pensar lo contrario, dejaría en indefensión a la propia norma fundamental. Como afirma Ragone respecto de la resolución (2013):

“La conclusión de la argumentación está clara: si no existiese un supervisor de las reformas, el conjunto de garantías jurisdiccionales de la Constitución sería insuficiente justamente respecto de aquellas normas que, por su nivel, pueden afectar a los valores fundamentales del sistema.”

En otros términos, ante la existencia de límites explícitos de la Constitución no hay duda que es el máximo intérprete y defensor de la Constitución el llamado a velar por la estructura básica de la Constitución.

Por el contrario, no puede esperarse que el poder de reforma se autolimite, sobre todo, considerando que, en varias ocasiones, los procedimientos de reforma han sido desnaturalizados constituyendo un verdadero “*abuso del constitucionalismo*” (Landau, 2013). Esta peculiar situación implica:

“...the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before. In referring to the mechanisms of constitutional change, I focus here on formal rather than informal methods of change — constitutional amendment and constitutional replacement.” (Landau, 2013, pág. 195)

Adicionalmente, se han replicado sus palabras en Bernal Pulido, Caicedo & Serrafiero (2015):

“La doctrina ha utilizado el concepto de “abuso de constitucionalismo” para referirse a esta utilización arbitraria del poder de reforma de la Constitución...Lo característico del abuso del constitucionalismo es que la Constitución y lo que ella protege, es decir, las instituciones democráticas, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, se desnaturalizan mediante un uso aparentemente legítimo de los procedimientos formales de la reforma de la Constitución”

A propósito de esta doctrina, se cita – comúnmente – como ejemplo, el caso venezolano de Hugo Chávez en el año 1999 referido por el profesor Brewer Carías (1999) en que el “*guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y su propia extensión*”. Además, el caso colombiano de 2001 y de Hungría en 2010 (Landau, 2013).

Recapitulando, se puede afirmar que, desde una primera aproximación teórica, el guardián de la Constitución tiene una competencia definida para realizar un control ante la existencia de límites expresos consagrados en la norma fundamental. En tal virtud, tanto la doctrina constitucional y la jurisprudencia de altos tribunales se han pronunciado favorablemente a esta postura.

De esta forma, el rol de control de la justicia constitucional ante cláusulas de intangibilidad implica la defensa para impedir una usurpación de competencias por parte del poder de reforma, al mismo tiempo que, corrobora a combatir un abuso del constitucionalismo a través de un aparente cumplimiento de procedimientos.

Ahora, ¿es posible que la justicia constitucional ejerza la tarea del control frente a límites que no se encuentran taxativamente definidos en la Constitución pero que se pueden deducir de ésta?

ii) El control respecto de los límites implícitos de la Constitución y la teoría de la sustitución de la Constitución:

El control constitucional a las reformas constitucionales puede derivarse de aspectos que se entienden implícitamente de la Constitución. Así, se ha desarrollado doctrina y algunas importantes resoluciones que han puesto en la mesa del debate mundial la competencia implícita de la justicia constitucional para declarar la inconstitucionalidad de los actos de reforma.

En efecto, existe la doctrina de las *reformas constitucionales inconstitucionales* (en inglés: *Unconstitutional Constitutional Amendments*) que a decir de Bernal Pulido (2015) se estructura en apoyo a dos argumentos: la existencia de límites sustanciales a la reforma – que no necesariamente deben ser específicos del texto instrumentalizados en cláusulas de intangibilidad – y que la justicia constitucional: “*ostenta una competencia implícita para declarar la inconstitucional una reforma de la Carta fundamental si ella viola los*

límites sustanciales del poder de reforma” (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 36).

Esta teoría, a decir de Roznai (2013) y (2014) ha tenido difusión en el constitucionalismo norteamericano (EEUU y Canadá), en Europa (Francia, Portugal, Turquía, Italia, Austria, República Checa y Grecia), América Latina (Brasil, Colombia, Argentina, El Salvador, República Dominicana y Perú), en Asia (India Bangladesh, Nepal, Paquistán, Indonesia, Tailandia, Camboya, China, Corea del Sur, Japón y Tawián) y en África (Sudáfrica, Zambia, Zimbabue, Tanzania y Malawi).

El origen de esta idea, sin embargo, se remonta a la discusión del artículo V de la Constitución Americana que prevé prohibiciones al poder de reforma; a partir de ahí, el constitucionalismo norteamericano comenzó a preguntarse respecto de límites que podrían derivarse de la propia normatividad de la constitución (Roznai, 2014, pág. 48)⁵¹.

Esta idea fue también tratada en la escuela alemana, con Schmitt y Bachof quienes conceptualizaron la idea de una supraconstitucionalidad que otorgaría la posibilidad de control de las reformas constitucionales en base a valores del Derecho Natural (Roznai, 2014, pág. 53) .

Precisamente, el jurista Otto Bachof (2010) en su estudio respecto de la existencia o no de “*normas constitucionales inconstitucionales*” a través de un análisis de las sentencias del Tribunal Federal Alemán, determinaría que desde un concepto *metaconstitucional*, la “legislación constitucional” se encuentra limitada, por lo que, que es una «obligación natural» de los jueces realizar un control a los actos de reforma.

Bajo esta misma idea, el Tribunal bávaro reconocería esta postura determinando que hay principios naturales y elementales a la expresión del Derecho que constituyen parámetros de validez de los actos de reforma (Bachof, 2010 & Roznai, 2014).

⁵¹ Además, la discusión tiene cabida respecto de la pregunta si la reforma constitucional constituiría una “*political question*” a la Corte Suprema; con lo cual, ésta se vería impedida de realizar un control sustancial. Al respecto, existe jurisprudencia y algunas posiciones teóricas que han dado contenido al asunto de las “*political question doctrine*” en que la Corte suprema ha construido. La esencia de esta doctrina consiste en el argumento de que existen ciertos aspectos que no son objeto de control constitucional sino corresponden al ámbito discrecional de los organismos políticos; situación que, análogamente en Latinoamérica se puede revisar en los impedimentos para los recursos ante la jurisdicción contenciosa administrativa que prohíben un control de legalidad ante los actos de estricta política.

Luego, la construcción de esta competencia tendría su propia historia en algunos países del globo. Con objeto de esta investigación se hará un análisis breve respecto de las principales en América Latina que son: a) *La doctrina de la sustitución de la Constitución expuesta por la Corte Constitucional colombiana*; b) *El caso de los principios jurídicos y valores democráticos básicos del Tribunal Constitucional peruano*.

- a) La doctrina de la sustitución de la Constitución de la Corte Constitucional colombiana:

La Corte Constitucional colombiana (CCC) ha sabido desarrollar toda una doctrina respecto de la tarea implícita de defensa de la Constitución ante los supuestos de reforma constitucional que podrían considerarse no como una «*modificación*» sino una «*sustitución*» de la Constitución por parte del órgano reformador de la misma.

A través de algunas sentencias cuyo génesis se encuentra el año 2003, la CCC ha ido construyendo una fuerte jurisprudencia respecto de la inconstitucionalidad de las reformas cuando éstas podrían desnaturalizar la democracia, el Estado de Derecho (separación de poderes o la sujeción del poder político al Derecho) o si restringe derechos fundamentales (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015).

Ahora, la doctrina de la *sustitución de la Constitución* se compone de cuatro argumentos que el profesor Bernal Pulido ha sabido ilustrar en los siguientes:

1. *“La competencia para controlar el respeto del procedimiento de reforma comprende la competencia para controlar que el órgano reformador sea, a su vez, competente para reformar la Constitución.*
2. *La competencia para reformar la Constitución no lleva consigo la competencia para sustituirla sino exclusivamente modificarla.*
3. *La Corte Constitucional, como consecuencia de las premisas anteriores, tiene competencia para controlar que el órgano reformar haya modificado y no sustituido la Constitución*
4. *Sólo un análisis del contenido de las reformas le permite a la Corte establecer si la Constitución ha sido modificada o sustituida”* (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015)

Si bien la línea argumentativa consiste en las ideas referidas, la CCC ha sabido – con el paso del tiempo – determinar variantes a la misma, así como, un *test* de sustitución de la Constitución. En efecto, a través de su sentencia de C-1200-2003 la Corte determinó que la doctrina no implica la petrificación de una disposición constitucional en específico y además la diferencia entre sustitución parcial y total de la Constitución (2003).

En este mismo orden de ideas, a través de sentencia C-970-2004 la justicia constitucional colombiana (2004) fijó, por primera vez, un *test de la sustitución de la Constitución* que se resume en la siguiente idea: “una reforma constitucional sustituye la Constitución si reemplaza un elemento definitorio de la identidad de esta” (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 41).

Por lo que, la CCC debe primero verificar cuáles son los elementos definitorios de la identidad de la Constitución Colombiana, situación que lo hizo con las sentencias de C-1040-2005 (2005) y C-588-2009 (2009) en donde se identifican, en resumen, lo siguiente: i) la obligación de la Corte en definir el elemento esencial subyacente a varias disposiciones constitucionales, ii) las razones por las que este elemento constituye una característica definitoria de la identidad de la Constitución; iii) verificar si es que este elemento esencial es sustituido por el proyecto de reforma o, en el peor de los casos, identificar las diferencias entre el proyecto y los elementos esenciales de manera que se pueda concluir que su vigencia sería incompatible con la Constitución.

Así, por ejemplo, dentro del caso de consulta para la reelección del presidente Álvaro Uribe (2010), la CCC utilizaría el *test* para declarar la inconstitucionalidad de la reforma. En efecto, a criterio de la Corte, el principio de pesos y contrapesos formaba parte de la identidad constitucional colombiana, por lo que, suponer un período adicional de reelección sustituiría ese principio, así como el de alternancia en el ejercicio del poder público y la igualdad en la participación para el cargo de presidente, dado que, la reforma constituía expresamente una modificación para permitir que el presidente Uribe participara en las nuevas elecciones (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015).

En resumen, la CCC a través de sus resoluciones ha fijado una labor metodológica respecto del control de la constitucionalidad de la reforma. Del mismo modo, a pesar de no haber cláusulas de intangibilidad ni atribución explícita en la Constitución para un control sustancial, ha fundamentado su propia competencia para conocer de las reformas y poder declararlas inconstitucionales.

- b) El caso de los principios jurídicos y valores democráticos del Tribunal Constitucional peruano:

A diferencia de la Corte Constitucional colombiana que ha construido toda una doctrina, el Tribunal Constitucional peruano (TCP) se ha manifestado en algunos casos

respecto de la obligación de velar por los principios jurídicos fundamentales y valores democráticos implícitos en la Constitución ante los casos de reforma constitucional.

Como contexto, la Constitución peruana no determina específicamente la competencia para ejercer un control material respecto de las reformas. A pesar de aquello, el TCP, por primera vez, en el caso “*Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de La República*” (2005) el 03 de junio del año 2005 determinó que era competente en calidad del máximo guardián de la Constitución para controlar la violación por parte de las reformas a la carta fundamental.

Para ello, fundamentó que existía una «constitución histórica» que, con el tiempo, y la positivización en la Constitución de 1993, demandarían principios máximos y valores democráticos entre los que se entendían: “*la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado*”(2005).

En un comentario a la sentencia, el profesor García Belaunde, manifestó que la sentencia “*llena de razonamientos.. en parte innecesarios y de fatigosa lectura*” habría determinado que el TCP se habría arrogado una competencia de supervisor.

Al final, el TCP no concluiría que la reforma habría violado la Constitución pero en resumen, en palabras del propio García Belaunde (2006, pág. 493):

“En esta oportunidad la sentencia acudió a la tesis del «contenido esencial» de los derechos, acuñada por la doctrina alemana y con antecedentes en el constitucionalismo norteamericano, para establecer que la reforma al régimen pensionario lo que había hecho era adecuar el régimen a las necesidades del Estado sin eliminarlo, y más bien estableciendo condiciones para su supervivencia. De tal suerte, la reforma constitucional no había modificado ni violentado los derechos fundamentales (dignidad del hombre, derecho a la pensión, etc.) por lo que devenía improcedente la demanda.”

En resumen, la justicia constitucional a través de su jurisprudencia, fundamentada en conceptos tomados del derecho comparado y una existencia de una constitución histórica, determinaría que existen límites implícitos al poder de reforma concretados en la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado de Derecho y forma republicana de gobierno. Además, se arrogaría su propia competencia como máximo intérprete constitucional para supervisar expresamente el proceso en su forma y fondo.

Recapitulando, se ha formado una doctrina respecto de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales que se ha conceptualizado sobre la base de que existen límites implícitos al poder de reforma que deben ser supervisados por los organismos de jurisdicción constitucional.

En un primer acercamiento histórico, esta idea se derivaría de un concepto *metaconstitucional*; sin embargo, en tiempos más contemporáneos, como en América Latina, se habría creado dos fuertes posturas frente a este tema.

Así, la *teoría de la sustitución de la Constitución* acuñada por parte de la Corte Constitucional colombiana, quién definiría un *test* como un método adecuado para concluir si una reforma puede ser contraria a la esencia de la Constitución; y, por otro lado, en Perú el TCP arrogaría su propia competencia para realizar un control de fondo de las leyes reformativas y, de encontrar argumentos, declarar su contradicción con los principios jurídicos encontrados desde un concepto histórico de Constitución, así como, de valores específicos relacionados a la dignidad del hombre, la institucionalidad del Estado Derecho así como la democracia.

Por último, cabe mencionar que, en la génesis del control constitucional parecía una quimera que la más pura expresión de la voluntad popular – la ley – sea controlada por un *cuarto poder* elitista y contra-mayoritario. Sin embargo, esta labor se extendería a uno de los más complejos escenarios dentro de la política como es la reforma a la Constitución.

Ciertamente, con el paso de los años, incluso desde un estudio comparativo de esta institución, se ha defendido que la labor del control de las reformas constitucionales sería una ventaja para fortalecer la separación de poderes, la esencia de la labor judicial, la supremacía de la Constitución, el control de las fallas del proceso político y el *rule of law* (Roznai, 2014). profundo

Incluso, se han clasificado estándares respecto de la revisión constitucional a las reformas constitucionales como son: el estándar del mínimo efecto (en inglés: *minimal effect standard*)⁵², el estándar de violación desproporcional (en inglés: *the*

⁵² Este estándar de escrutinio estricto implica que la revisión judicial tenga en cuenta cualquier violación a los límites explícitos o implícitos de la reforma, aunque tengan un impacto mínimo en éstos. Se argumentaría por parte de los sistemas que pudieran incorporar este estándar que, si se habla de valores

Disproportionate Violation Standard)⁵³ y el estándar de abandono fundamental (en inglés: *Fundamental Abandonment Standard*)⁵⁴ (Roznai, 2014, págs. 203-208).

Además, con referencia a estos márgenes de revisión judicial, se ha dicho que esta tarea se relaciona directamente con la deliberación dentro de las democracias constitucionales (Bernal Pulido, 2013). Así, ante menor deliberación la Corte deberá intensificar su revisión, por el contrario, ante mayor deliberación democrática se encuentra en una reforma, la revisión judicial deberá ser restringida. Por la contundencia del análisis, se citan las propias palabras del autor:

“There should be a standard that would prevent the Court’s decision-making from exceeding its margin of discretion. This standard derives from the democratic challenge to the constitutional replacement doctrine explained above. According to this standard the less a constitutional amendment is the result of a procedure observing the rules of deliberative democracy, the more intensive should be the judicial review. Similarly, the more a constitutional amendment is the result of a procedure observing the rules of deliberative democracy, the less intensive should be judicial review. This standard aims to achieve a balance between two dimensions of the democratic principle: recognizing the democratic power of the people to amend the constitution, on the one hand, and protecting deliberative democracy, in particular, from the excesses of the exercise of hyper-presidential powers, on the other hand...” (Bernal Pulido, 2013)

Sin embargo, a pesar de las conjeturas teóricas, se entiende que habrán casos de penumbra en donde las Cortes deberán entender su rol y, o bien aplicar una restricción judicial y mostrar deferencia con el proceso reformador, o en contraste, saber garantizar el procedimiento democrático desde su perspectiva formal y material.

Ahora bien, desde estos criterios ¿cuál es la labor de la justicia constitucional ecuatoriana frente al control de las reformas? ¿Existen límites explícitos al poder de reforma? ¿se entiende una competencia para realizar un control respecto de estos límites? ¿La Constitución ecuatoriana determina una competencia para realizar un control formal

fundamentales o estructura básica de la Constitución, se requiere el máximo cuidado y la máxima revisión respecto de cualquier amenaza de éstos.

⁵³Desde un concepto intermedio, el estándar de violación desproporcional se encuentra en armonía con uno de los principios que ha copado parte de la doctrina constitucional y jurisprudencial de las últimas décadas: el principio de proporcionalidad. De acuerdo con este concepto, sólo una violación de la Constitución que racionalmente sea desproporcional deberá ser declarada inconstitucional.

⁵⁴ Al contrario de los anteriores, el estándar de abandono fundamental es el escalón más simple de revisión judicial a las enmiendas o, lo que es lo mismo, el estándar más bajo de escrutinio. Según este concepto, se deberá declarar la inconstitucionalidad de una reforma únicamente en el caso de que se entienda como un desconocimiento “fundamental” de la Constitución.

o material? ¿La CCE ha determinado su competencia para un control implícito? ¿Se puede definir un estándar de revisión judicial a las reformas constitucionales?

2.2.4. La Constitución ecuatoriana y la competencia para dictaminar sobre el procedimiento de reforma:

Desde el contexto ecuatoriano parecería ser que el control se encuentra reglado en la Constitución respecto de ciertos límites explícitos a la reforma, así como, del rol de la CCE dentro de las etapas previas a la aprobación y examen de constitucionalidad posterior a la reforma. Sin embargo, la jurisprudencia de la CCE demostraría algunas variables.

Dentro de esta sección se describirá, de manera concreta, el modelo ecuatoriano de control previo a la reforma constitucional. Además, se hará un análisis respecto de la competencia o no de la CCE sobre los méritos de la reforma.

2.2.4.1. Los límites a la reforma constitucional en la Constitución ecuatoriana:

En efecto, como se estudió anteriormente⁵⁵, la Constitución de Montecristi parece haber determinado aspectos materiales a ser considerados gradualmente y otros intocables por cualquier proceso de reforma – no así el de una nueva Constitución –. En tal sentido, en esta sección se analizará los límites escalonados al poder de reforma que ha previsto el constituyente ecuatoriano.

Ahora bien, según se analizó, la reforma constituye una garantía extraordinaria a la Constitución que implica un procedimiento formal de «modificación»; por el contrario, cualquier desnaturalización de la Constitución a través de mecanismos formales o y informales, se considera una «destrucción» de la misma.

Desde esta idea, con el objeto de proteger la rigidez constitucional el constituyente de Montecristi determinó un mecanismo de *rigidez selectiva*. Para Benavides (2016, pág. 120) esto implica:

“...la combinación de distintos niveles de rigidez para la reforma constitucional, así los umbrales más bajos protegen a los contenidos no esenciales de la Constitución, por el contrario, los umbrales más altos van destinados a la protección de las disposiciones esenciales de la Constitución.”

⁵⁵ Véase el acápite 2.1.1. del presente trabajo.

Bajo este concepto, se tiene que la Constitución ecuatoriana prevé dos escalones para que se ejerza el poder de reforma: i) enmienda y ii) reforma parcial. Distinta es la situación relativa a la Asamblea Constituyente, que constituye la manera de crear una nueva Constitución que no es materia de esta investigación.

Entendido esto, cabe hacerse la pregunta ¿Cómo la Constitución limita el poder de reforma? ¿los actores políticos se encuentran impedidos de modificar la Constitución en ciertos aspectos?

La respuesta parece ser afirmativa, desde la lectura sistemática de los arts. 84, 441, 442, 443 y 444 de la Constitución que prevén límites escalonados tanto al proceso de enmienda como al de reforma parcial. Sin embargo, a efectos de analizar los límites, se debe comenzar por la que parece ser la identidad misma de la Constitución de Montecristi: los derechos fundamentales como el núcleo duro de la misma (Pierre, 2014).

Precisamente, la Constitución ecuatoriana es percibida como el resultado de la corriente garantista (Grijalva, 2012)⁵⁶. Así, el Constituyente ha incluido garantías específicas para proteger los derechos fundamentales que son: las normativas (Ferrajoli, 2001)⁵⁷, políticas⁵⁸ y jurisdiccionales⁵⁹ (Ávila Santamaría, 2012).

Expresamente, en el art. 84 de la Constitución del Ecuador (2008), existe una cláusula que impide que el poder de reforma pueda atentar con los derechos reconocidos en la carta fundamental:

⁵⁶ Se entiende por garantismo, en términos generales, la teoría del Derecho que justifica a esta ciencia desde la hipótesis de una garantía para la sociedad frente a todo poder. Las garantías son entendidas como mecanismos de tutela de un derecho. Así, por ejemplo, pueden existir garantías generales como la estructura de pesos y contra pesos, la división de poderes, el principio de legalidad, el sistema democrático, entre otros; y, las específicas, que son las normativas, políticas y jurisdiccionales.

⁵⁷ Según los teóricos, son aquellas garantías de orden primario, por lo que tienen que ver con garantizar el respeto a los derechos fundamentales desde la creación de las normas, como lo determina el art.84 de la Constitución del Ecuador.

⁵⁸ De índole secundario, tienen que ver con la adecuación de las políticas públicas a un respeto a los derechos fundamentales, como se desprende del art. 85 de la Constitución del Ecuador.

⁵⁹ Son las garantías técnicas, como las ha caracterizado Ferrajoli, y que se resumen en las acciones constitucionales para proteger u obtener una reparación a la violación de los derechos fundamentales. En la CRE se concretan en: medida cautelar constitucional (art. 87 CRE), la acción de protección (art.88 CRE), acción de habeas corpus (art. 89 CRE), acción de acceso a la información pública (art. 91 CRE), acción de habeas data (art. 92 CRE) la acción por incumplimiento (art. 93 CRE), la acción extraordinaria de protección (art. 94 CRE) y la acción de incumplimiento (art. 436 numeral 9 CRE).

“Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Del mismo modo, de una revisión a los procedimientos de reforma a la Constitución (arts. 441 y 442) se puede fácilmente concluir que la enmienda y reforma parcial se ven impedidos de trastocar los derechos fundamentales y sus garantías.

En este orden de ideas, parece ser que el constituyente ha previsto una cláusula de intangibilidad más o menos explícita en el texto constitucional. Dicho de otra forma, lo que la Constitución aparenta decir es que, una modificación a los derechos y garantías implicarían la destrucción de la Constitución del 2008 o, lo que es lo mismo, la esencia de la Constitución – la identidad de la norma fundamental o “estructura básica” – son los derechos y garantías de los ciudadanos y la rigidez que los salvaguarda (Benavides Ordóñez, 2016).

En el mismo sentido, el profesor Oyarte (2019) reconoce que existe un límite al poder constituyente reformador con respecto a los derechos y garantías, aunque con ciertos matices. Por ejemplo, a criterio del constitucionalista ecuatoriano: “...*la restricción no puede ser tomada como una fórmula de desconocimiento de derechos fundamentales, sino como una de limitación sin que quepa sobrepasar el contenido esencial del derecho*” (2019, pág. 412). Además, hace hincapié que ésta no es una limitación al poder constituyente originario⁶⁰, según se desprende del art. 444 de la CRE.

Desde otra perspectiva, Bernal Pulido, Caicedo & Serrafiero (2015, pág. 37) si bien indican que el art. 84 de la CRE constituye un límite expreso al poder de reforma no lo ven como una “cláusula de pétrea o de intangibilidad” puesto que no sería una prohibición expresa al poder de reforma.

⁶⁰ Sobre esto, cabe mencionar que existe literatura constitucional que determina que existen límites explícitos e implícitos al poder constituyente originario; principalmente, su justificación radica en límites meta-positivos que tienen origen en el Derecho Natural y aspectos morales; en tanto que, el constituyente no tiene límites positivos de su actuación porque su naturaleza es fáctica o pre-positiva, más sin embargo, habrán principios máximos de la vida política que deberán ser respetados como: la democracia, la división de poderes, los derechos fundamentales, la justicia, entre otros; todos ellos, conceptos que presuponen una amplia discreción.

En definitiva, pese a que no sea enunciada en términos prohibitivos, de la lectura del art. 84 y los arts. 441 y 442 de la CRE, se puede concluir que los derechos son una limitación expresa a los procedimientos de cambio de la Constitución; con lo cual, la idea de una modificación a los derechos y garantías dentro de la CRE es inviable.

Adicionalmente, las propias reglas de la reforma constituyen una limitación explícita en la CRE. Según Benavides (2016) la CRE realiza una distinción especial cuando determina que la revisión a las reglas de la reforma se hará únicamente por medio de la Asamblea Constituyente. De esta manera, la reforma (modificación) de la CRE no podrá versar sobre sus propias reglas, siendo así, un límite explícito al poder reformador, aunque no al constituyente.

Por otro lado, existen límites graduales al procedimiento de enmienda. Según se analizó previamente, la CRE determina que el primer escalón de modificación constitucional podrá darse siempre y cuando no tenga que ver con *la estructura fundamental de la Constitución*, así como, *los elementos constitutivos y el carácter fundamental del Estado*.

Respecto del primer límite, la estructura fundamental de la CRE no se encuentra definida ni en la CRE, ni en la LOGJCC o la jurisprudencia de la Corte. Por lo que no existe una definición normativa respecto de este requisito. Sin embargo, la doctrina ha pretendido conceptualizar este requisito.

A decir de Benavides (2016, pág. 124), este límite puede ser tomado en cuenta desde aspectos formales y materiales. En el primer sentido, sería como está organizado el texto de la Constitución y por el otro, la fórmula política que estructura la Constitución:

“...comprenderían la fórmula política de la Constitución ecuatoriana la forma de gobierno y la forma de Estado y sus finalidades, así como, la estructura, elementos constitutivos y competencia de los principales órganos políticos, jurisdiccionales y administrativos.” (Benavides Ordóñez, 2016, pág. 125)

Para Oyarte, solo cabe una lectura material de este impedimento (Oyarte, 2019, pág. 413). A decir de este autor, esta limitación peca de imprecisa, puesto que, en ninguna disposición de la CRE se hace referencia a qué implica la estructura fundamental de la misma.

A pesar de la imprecisión del constituyente, según la doctrina, el concepto “minimalista”⁶¹ de Constitución contemporáneo prevé al menos tres requisitos necesarios que configurarían su estructura fundamental: i) la protección de derechos fundamentales, ii) el principio de sujeción de todos los poderes al derecho⁶² y iii) el principio de separación de poderes (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 45).

Respecto del primer contenido, se puede entender, la parte dogmática de la Constitución que hace referencia a la protección de los derechos y que en la CRE son tratados como un límite específico al poder de enmienda y reforma. En cuanto al segundo supuesto, el principio de sujeción de todos los poderes al derecho por medio de la Constitución es un requisito del Estado Constitucional democrático. Según lo menciona Albrecht Weber:

“Un elemento básico del Estado democrático de Derecho es el sometimiento a la Constitución de todos los poderes públicos, que garantiza la supremacía de la Constitución respecto a otras normas (del legislativo y del ejecutivo) y supone el sometimiento a la Constitución de jueces y tribunales, incluyendo la jurisdicción constitucional y su labor de control e interpretación. El sometimiento a la Constitución y el principio de primacía constitucional es un elemento central de los Estados constitucionales europeos, como expresión de una unión del soberano al *pouvoir constituant* (poder constituyente en español) por él mismo legitimada (*pouvoir constitué*) (poder constituido en español). El sometimiento a la Constitución supone, simultáneamente, por un lado, el reconocimiento del principio fundamental de la estructura en niveles del ordenamiento jurídico (Kelsen), que queda fijado en muchas Constituciones unas veces de forma explícita y otras de forma implícita” (Weber, 2008, pág. 48)

Adicionalmente, en cuanto al tercer componente, desde la vieja concepción de Montesquieu,⁶³ la teoría de la separación de poderes – constitucionalmente concebida – desarrollada con el constitucionalismo norteamericano y las doctrinas expuestas en “el Federalista” (Pérez Royo, 2010, págs. 578-594), implica, en términos generales, la distribución e independencia recíproca de las funciones estatales (Guastini, 2000).

En lo particular, el principio de separación de poderes prevé que un Estado, en cuanto a su estructura política (poder ejecutivo, legislativo y judicial), esté organizado de manera especializada, es decir, que a cada poder le sean atribuidas competencias

⁶¹ Se utiliza la expresión “minimalista” al igual que el autor Carlos Bernal Pulido, dado que, ejemplifica “lo esencial” o “mínimo” dentro de una Constitución.

⁶³ Charles Montesquieu es asimilado, generalmente, como el primer teórico del principio de la separación de poderes que fuese desarrollada en su obra “El espíritu de las leyes” en el año 1784.

específicas y exclusivas; además, dichas facultades deberán ser ejercidas de manera independiente, es decir, que cada órgano se encuentra libre de interferencias por parte de los otros, en cuanto a su funcionamiento, formación y duración (Guastini, 2000, pág. 304).

Vale mencionar además, que la «separación» de poderes se relaciona con el principio de «división» de poderes. Este último, según la doctrina hace referencia a la técnica organizacional conocida como “*checks and balances*” que constituye la idea general propuesta por Montesquieu de que “solo el poder frena al poder” (Guastini, 2000, pág. 305). Así, existirán formas en las que cada función podrá realizar un ejercicio de freno y control del otro, de manera que, el poder se mantenga equilibrado.

Estos principios, bien aludidos en la doctrina constitucional, han tomado existencia positiva con los arts. 2 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) que mencionan:

“Artículo 2 - El fin de toda asociación política es el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 16 - La sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de los poderes, carece de Constitución.”

Entendido esto, un proyecto de enmienda que busque modificar la estructura fundamental de la Constitución, no podrá alterar el régimen de separación de poderes ni el principio de frenos y contrapesos que sirven para mantener el equilibrio político en las constituciones y su funcionamiento.

Adicionalmente, la CCE en los casos de control preventivo de la iniciativa de reforma a la Constitución nunca definió que se entiende por “estructura fundamental” de la Constitución, por el contrario, la CCPT confundió este requisito con una supuesta “estructura fundamental del Estado” que haría referencia la estructura, competencias, atribuciones y relación de independencia de las funciones estatales:

“... se debe manifestar que además de la existencia de las funciones del Estado: ejecutiva, legislativa, judicial, electoral, de transparencia y control social, la estructura fundamental de las mismas se encuentra determinado por la manera en que estas funciones del Estado son integradas y por su régimen de competencias; el influir sobre su conformación y atribuciones no es sino una alteración a la estructura fundamental de los órganos que la componen y por ende del Estado... La esencia de la estructura fundamental del Estado radica no solo en la existencia de las funciones del Estado sino, sobre todo, en la relación de independencia entre los poderes o funciones del Estado conforme lo ha consagrado el constituyente;

independencia que se concreta de modo esencial, integral e interrelacionada en la composición institucional, en la designación de la autoridad así como en las competencias que le corresponda.” (Dictamen N.º 001-11-DRC-CC, 2011, pág. 69)

De esta forma, no puede considerarse a esta definición como un límite al poder de reforma, dado que, constituye un malentendido de la jurisprudencia de la CPPT y que luego sería, incluso, citada por la CCE.

Respecto del segundo límite, se debe notar que no se puede enmendar la Constitución cuando tenga por finalidad alterar el carácter y los elementos constitutivos del Estado. A decir de Oyarte (2019, pág. 413) esta limitación es clara, pues hace referencia a lo siguiente:

- Características del Estado: constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico; además, su organización en forma de república y la forma de gobierno descentralizada. (art. 1 de la CRE).
- Formas de expresión de la soberanía y la integración del dominio público de los recursos naturales no renovables (art. 1 CRE).
- Símbolos patrios o el idioma oficial (art. 2 CRE).
- Los deberes del Estado (art. 3 CRE).
- La conformación de su territorio y la capital de la república (art. 4 CRE).
- La prohibición de instalar bases extranjeras en territorio nacional (art. 4 CRE)
- Las reglas de la nacionalidad y ciudadanía (arts. 6 al 9 CRE).

Esto también ha sido recogido por la propia Corte Constitucional para el período de Transición (CCPT) en su Dictamen N.º 001-11-DRC-CC (2011) en donde indicó que los elementos constitutivos del Estado se encuentran definidos del art. 1 al 9 de la CRE.

En relación a lo manifestado, no se podría realizar vía enmienda un cambio que implique la alteración de las condiciones expuestas. Por consiguiente, respecto de los límites y su rigidez selectiva se puede concluir que:

- i) Se excluye de toda «*modificación*» a la Constitución (enmienda y reforma parcial) los derechos y garantías y las reglas de reforma. Siendo ésta una cláusula de intangibilidad.

- ii) Además, se excluye de una modificación parcial o *enmienda*, aspectos relacionados con la estructura fundamental de la Constitución y carácter y los elementos constitutivos del Estado.
- iii) Por consiguiente, se prescribe que únicamente a través de una nueva Constitución – lo que para efectos de esta investigación no constituye una «modificación» – se podrá restringir derechos y garantías y se podrá cambiar las reglas de reforma.

En este orden de ideas, ante la existencia de los límites expresos al poder de reforma ¿cuál es el rol de la Corte Constitucional en este proceso? ¿está la Corte Constitucional limitada únicamente a ejercer un control procedimental o material al proyecto de reforma?

2.2.4.2. La competencia de la CCE para el dictamen previo de constitucionalidad y la revisión posterior de las reformas:

Conforme se analizó previamente⁶⁴ de acuerdo a la teoría, existen razones para considerar que la justicia constitucional se encuentra facultada para realizar un control constitucional al proceso de reforma contitucional. Esto, en cuanto, existen límites a la modificación constitucional lo que hace imprescindible que el defensor de la Constitución sea quien determine si éstos han sido o no sobrepasados.

Ahora, corresponde realizar un análisis del contenido positivo de la Constitución ecuatoriana y la LOGJCC, con lo cual, a través de su lectura se podrá concluir, concretamente, a que se circunscribe el rol de la CCE en el proceso de reforma constitucional.

Es pertinente indicar, que para efectos de realizar un análisis concreto, el presente análisis se circunscribe a los mecanismos parlamentarios de modificación y no a los de iniciativa popular o presidencial, así como al control preventivo que mantiene la Corte en este proceso, ante lo cual, se describirá las competencias de la Corte y se analizará, en la especie, su función como guardián en este caso.

Inicialmente, cabe mencionar que en el derecho ecuatoriano existen dos formas de control constitucional de la reforma. El primero, un control preventivo y obligatorio

⁶⁴ Véase el acápite 1.2.3. que hace referencia al control formal, material y ecléctico.

dispuesto por la CRE en su art.433 y la LOGJCC en su art. 100 a través de un dictamen de procedimiento; y, el segundo, un control *post facto* que se entiende en el marco de las competencias generales de la CCE para conocer de las acciones públicas de inconstitucionalidad dispuesta en el art. 436 numeral 2 de la CRE y, en especial, el art. 75 numeral 1 letra a) y el art. 106 de la LOGJCC que determinan específicamente la facultad de ejercer un control de forma y fondo a las reformas y enmiendas constitucionales.

Para ilustrar las facultades expresas de la Corte para ejercer el control constitucional a la reforma se expone el siguiente cuadro que determina las normas positivas expuestas:

Tipo de Control	Norma	Disposición
Previo	Constitución – art. 443	“Art. 443.- La Corte Constitucional calificará cual de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso”
	LOGJCC – art. 100	<p>“Art. 100.- Remisión de proyecto normativo. Todo proyecto de enmienda o reforma constitucional debe ser enviado a la Corte Constitucional para que indique cuál de los procedimientos previstos en la Constitución corresponde, de acuerdo en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando la iniciativa provenga de la Presidenta o Presidente de la República, antes de expedir el decreto por el cual se convoca a referendo, o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional; 2. Cuando la iniciativa provenga de la ciudadanía, antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo o para la presentación a la Asamblea Nacional; 3. Cuando la iniciativa provenga de la Asamblea Nacional, antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa. En todos los casos se deberá anexar un escrito en el que se sugiera el procedimiento a seguir, y las razones de derecho que justifican esta opción.
	LOGJCC – art. 101	<p>Art. 101.- Contenido del dictamen.- El dictamen de la Corte Constitucional deberá indicar cuál de los procedimientos previstos en el Capítulo Tercero del Título IX de la Constitución debe seguirse para tramitar el proyecto normativo, y las razones de derecho que justifican esta decisión. Para tal efecto, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cualquier proyecto normativo que tenga por objeto o efecto restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales fundamentales o modificar el régimen procedimental de reforma a la Constitución, sólo podrá tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 444 de la Constitución, a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente; 2. Cuando el proyecto normativo no encuadre en el supuesto del numeral anterior, se tramitará de acuerdo con el procedimiento para las enmiendas o reformas constitucionales, según sea el caso.

	CRE – art. 436 numeral 2	<p>“art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:</p> <p>2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.</p>
	LOGJCC – art. 75 numeral 1 literal a)	<p>“art. 75.- Competencias. - Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:</p> <p>1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:</p> <p>a) Enmiendas y reformas constitucionales.”</p>
Post facto	LOGJCC – art. 106	<p>“Art. 106.- Control posterior de enmiendas, reformas y cambios constitucionales. - Las enmiendas, reformas y cambios constitucionales podrán ser demandados ante la Corte Constitucional, de acuerdo con las siguientes reglas:</p> <p>1. Las enmiendas y reformas que se tramitan a través de un referendo, pueden ser demandadas únicamente por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la convocatoria respectiva;</p> <p>2. Las enmiendas que se tramitan a través de la Asamblea Nacional, pueden ser demandadas por vicios de forma y procedimiento en su trámite y aprobación. El examen de los vicios formales incluye el análisis de la competencia de la Asamblea Nacional para reformar la Constitución;</p> <p>3. El examen de los vicios formales incluye el análisis de la competencia para reformar la Constitución;</p> <p>4. Las reformas que se tramitan a través de la Asamblea Nacional pueden ser demandadas por vicios de procedimiento en su trámite y aprobación;</p> <p>5. Los cambios constitucionales realizados a través de una Asamblea Constituyente pueden ser demandados por vicios de forma y procedimiento, de conformidad con las reglas determinadas por la misma Asamblea; y,</p> <p>6. En cualquiera de los casos anteriores, la demanda de inconstitucionalidad debe ser interpuesta dentro de los treinta días siguientes a su entrada en vigencia.</p>

Elaboración propia, en referencia a la CRE y la LOGJCC

De acuerdo a lo expuesto, la CCE de oficio debe ejercer un control preventivo a través de un dictamen de procedimiento y, por otro lado, podrá revisar la reforma – una vez aprobada – a petición de parte vía acción de inconstitucionalidad. En esta sección, se estudiará la naturaleza del control preventivo a la enmienda y reforma por vía parlamentaria, dado que constituye el objeto específico del presente trabajo.

i) *El Control previo de constitucionalidad a los proyectos de enmienda y reforma a la Constitución:*

El constituyente de Montecristi (Constitución del Ecuador, 2018), como se ha revisado, incluyó dos procedimientos de modificación constitucional. El primero, la enmienda, que prevé la iniciativa del presidente y la ciudadanía que se tramita por referéndum (art. 441 de la CRE); adicionalmente, este mismo procedimiento prevé el procedimiento parlamentario, ante lo cual, podrá tramitarse únicamente ante la Asamblea Nacional sin pasar por una consulta popular (art. 441 CRE).

Por otro lado, el segundo proceso, la reforma parcial, incluye una iniciativa presidencial, ciudadana y del órgano parlamentario, sin embargo, este mecanismo de cambio, siempre pasará por el debate en la Asamblea, quien, luego de discutir el proyecto y aprobarlo, deberá convocar a un referéndum en el que se acepte o rechace la reforma (art. 442 CRE).

Ahora bien, la oportunidad del control en estos procedimientos se encuentra prescrita de manera clara y, como regla general, se determina que la CCE tendrá competencia para controlar el proyecto reformativo antes de la convocatoria a referendo, o el debate parlamentario.

Precisamente, cuando la iniciativa provenga del presidente de la República, este deberá remitir el proyecto a la CCE antes de expedir el decreto por el cual se convoca a referendo, o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional.

En el mismo sentido, cuando la iniciativa proviene de la ciudadanía, el proyecto deberá remitirse a la CCE antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo o para la presentación a la Asamblea Nacional.

Por último, cuando la iniciativa provenga del órgano parlamentario, éste deberá emitir el proyecto antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa. Cabe recalcar, que la CRE determina que, en todos los casos, al momento de poner en conocimiento de la CCE el proyecto reformativo se deberá anexar un escrito en el que se sugiera el procedimiento a seguir, y las razones de derecho que justifican esa opción.

Según lo determina el art. 443 de la CRE (2018) la CCE tiene la tarea de definir la vía correcta para reformar la Constitución. Ante ello, los interrogantes que surgen son: ¿la CRE limita el control previo de constitucionalidad a un análisis de procedimiento? ¿cabe un control de fondo por parte de la CCE a los proyectos reformativos?

En primer orden, de acuerdo al trámite contenido en el art. 101 de la LOGJCC (2009), la CCE se encuentra obligada a emitir un dictamen de procedimiento para la reforma a la Constitución, es decir, debe limitarse a resolver el cauce correcto – entre los tres procedimientos de acuerdo a la CRE – para modificar la norma fundamental⁶⁵. De esta forma, pareciera ser que la CCE debe ejercer un control puramente formal indicando la vía correcta, sin revisar los méritos del proyecto normativo. Sin embargo, vale ahondar más en el tema para descubrir si esta hipótesis sería válida desde el punto de vista de la competencia de la Corte.

Al respecto, el profesor Rafael Oyarte (2019) determina que la CCE prevé un control de la vía y un control de los méritos a la reforma. En cuanto al procedimiento de enmienda por vía parlamentaria, el rol se limita a determinar la vía correcta; mientras que, en el control previo a las consultas populares (reforma parcial) y previo a las enmiendas que se realizan por vía de referéndum, la CRE – de manera expresa – debe realizar un análisis de fondo a las preguntas, según lo determina el art. 104 inciso final de la CRE (2018) y los arts. 102, 103, 104 y 105 de la LOGJCC (2009). Las razones se deben, según el propio autor, a que:

“... la Asamblea Nacional no solo está facultada para aprobar la enmienda, sino también a rechazarla, en todo o en parte, o a modificarla, por lo que, al momento de dictaminar no se sabe a ciencia cierta qué es lo que aprobará la Legislatura, contrario a lo que ocurre cuando la enmienda se hace por referéndum en que, publicados los resultados, el texto constitucionall es inmediatamente alterado” (Oyarte, 2019, pág. 818)

Por otra parte, cabe mencionar que la CCE determinó que el dictamen previo de constitucionalidad a la reforma constitucional se circunscribe a la calificación del procedimiento, aunque no se agota en éste por existir el control *post facto*⁶⁶. Al respecto las palabras usadas por la CCE (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014) fueron:

⁶⁵ Si bien en este trabajo la Asamblea Constituyente no es considerada como un proceso de modificación a la Constitución; en los términos de la CRE y LOGJCC, la Asamblea Constituyente se incluye en los mecanismos de reforma.

⁶⁶ Véase los arts. 436 numeral 2 de la CRE, arts. 75 numeral 1 literal a) y 106 numeral 4 de la LOGJCC.

“La competencia de la Corte Constitucional, en esta fase, se circunscribe a la calificación del procedimiento, por medio del cual las propuestas de las "enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador" deben ser tramitadas, el que se encuentra previsto en el capítulo tercero, título noveno de la Constitución de la República. (Enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente).

La Corte Constitucional señala que el control de constitucionalidad que debe realizar a las Reformas Constitucionales no se agota exclusivamente en establecer el procedimiento para tramitar las modificaciones al texto constitucional, puesto que el presente dictamen no impide un control de constitucionalidad posterior por parte de este Organismo...”

Sin embargo, al mismo tiempo que la Corte habría definido su rol como procedimental, como apunta Bernal Pulido, Caicedo & Serrafiero (2015, pág. 23) la misma CCE, en el Dictamen 001-14-DRC-CC (2014) se habría pronunciado sobre la conveniencia de los proyectos de reforma sujetos a su examen indicando que la enmienda sería constitucionalmente necesaria, por haber encontrado ciertas normas que limitaban un ejercicio de los derechos.

En segundo lugar, a pesar del texto de la norma y los criterios expuestos, cabe preguntarse ¿es posible para la CCE llegar a una conclusión respecto de la vía correcta sin analizar de fondo las limitaciones a las que se encuentra sujeta un proyecto normativo de enmienda y de reforma? Más específicamente, ¿cómo podría dictaminar la CCE si un proyecto de enmienda no trastoca la estructura fundamental de la Constitución o los elementos constitutivos del Estado sin realizar un análisis material? ¿Cómo podría dictaminar la CCE si un proyecto de reforma no restringe derechos y garantías o modifica las reglas de la reforma sin revisar de fondo estos límites? Y, si la CCE debe analizar el fondo del proyecto con los límites a la reforma, ¿ésta competencia no se vuelve paradójica o contradictoria?

Si bien el resultado del control será una resolución respecto de la vía, esto no puede ser un limitante para que la CCE no pueda analizar de fondo los límites materiales impuestos por el Constituyente. En efecto, si la CCE debe determinar si un proyecto de enmienda es viable o debe realizarse de acuerdo a reforma parcial, es necesario que examine aspectos sustanciales como la estructura fundamental de la Constitución y el carácter y elementos constitutivos del Estado.

Dicho de otra forma, si bien parece una paradoja que un dictamen de procedimiento pueda conllevar un análisis de fondo, en realidad, de primera mano, sin

analizar desde una perspectiva sustancial estos límites en relación con el proyecto, será imposible resolver cuál es la vía correcta.

Esta idea puede explicarse con un ejemplo. En un escenario hipotético, la Asamblea Nacional del Ecuador pretende incluir vía enmienda parlamentaria que se elimine la Función de Transparencia y Control Social (FTCS). En tal sentido, el proyecto llega a manos de la CCE y le corresponde emitir el dictamen de procedimiento.

Así, la CCE deberá analizar el proyecto en contraste con los límites impuestos. En lo particular, deberá examinar si eliminar la FTCS puede trastocar la estructura fundamental de la Constitución y/o el carácter y elementos constitutivos del Estado. De ser positiva la respuesta, entonces el trámite a seguirse será la reforma parcial y, de ser negativa, el dictamen será favorable a la enmienda. Ahora, ¿es posible determinar si se vulneran estos límites sin interpretar de fondo el proyecto y la norma constitucional?

Según se analizó previamente, la doctrina constitucional y la lógica del propio procedimiento lleva a pensar que estos límites solo pueden ser abordados desde una óptica material. En esencia, a través de una lectura de fondo se puede determinar, en primer plano, que la estructura fundamental de la Constitución hará referencia a la fórmula política que se relaciona con los principios de separación de poderes, la fórmula de pesos y contrapesos, entre otras (Benavides Ordóñez, 2016). En consecuencia, si el proceso de enmienda impide que se modifique la Constitución en cuanto esta condición, parecería claro indicar que eliminar una función del poder constituiría una extralimitación al poder de enmienda y, este cambio, debería realizarse a través de el proceso de reforma parcial.

En base a lo dicho, un dictamen adecuado con lo prescrito en la Constitución, concluiría que el proyecto reformativo es improcedente por la vía de enmienda, debiéndose seguir el trámite de reforma parcial.

En resumen, el presente análisis se vuelve imposible sin entrar a revisar el contenido sustancial del proyecto, sus aparentes efectos y, por supuesto, ponerlo a prueba en contraste a los límites materiales.

Adicionalmente, aunque parezca una obviedad, la propia LOGJCC en su art. 101 referente al contenido del dictamen, en concordancia con el art. 76 numeral 7 literal l) de la CRE (2008) determina que la CCE deberá indicar las razones en derecho que justifican

la resolución. Por tanto, surge un interrogante ¿cómo justificar en derecho que un proyecto normativo debe ser tramitado por la vía de enmienda, reforma parcial o no puede ser sujeto de modificación sino de una Asamblea Constituyente? ¿cómo exponer razones válidas por las que un proyecto de enmienda trastoca elementos de la estructura fundamental de la Constitución sin analizar el contenido de este límite? ¿no sería inmotivado un dictamen que no pueda construir las premisas respecto de los límites y si el proyecto los infringe o no?

Es de vital importancia, para efectos de la competencia de la CCE en el control previo de constitucionalidad, así como, en su deber fundamental de motivación, llegar al dictamen de procedimiento a través de una construcción válida de su razonamiento. Así, la CCE deberá articular su decisión desde una perspectiva de justificación interna y externa (Atienza, 2001), asumiendo el contenido de las normas y elaborando las razones válidas de porqué tal o cual proyecto podría o no estar fuera de los límites impuestos a la reforma.

Finalmente, el análisis material a los límites a la reforma constitucional impuestos por el Constituyente se torna necesario para emitir el dictamen de procedimiento, so pena de ser inmotivado.

De todos modos, vale indicar que la revisión a estos elementos deberá ser acorde con el momento del control y con la propia naturaleza de la competencia de la CCE; en tal sentido, el análisis no podrá verificar aspectos que no se entiendan del propio régimen de control previo de constitucionalidad a la reforma; esto es, no podrá la CCE determinar que el proyecto puede ser contrario a otros límites que no se encuentran expresamente definidos en la Constitución. Adicionalmente, no podría entenderse que la CCE declare la inconstitucionalidad de la reforma, dado que, esta competencia estaría reservada para un control *post facto* a través de una sentencia.

En este orden de ideas, el control preventivo parece estar encaminado a determinar *prima facie* supuestas incorrecciones con los límites al poder de reforma, dado que, el proyecto todavía estaría pendiente de discusión e, incluso, podría desecharse.

En definitiva, la paradoja se destruye cuando se considera que, si bien el rol de la CCE se circunscribe a emitir un dictamen de procedimiento esto no impide realizar una

lectura material a los límites al poder de reforma de acuerdo con la CRE; es decir el hecho de que el resultado del control sea un dictamen de procedimiento no excluye la facultad de la CCE de revisar materialmente el proyecto, toda vez que, solo así, se podrá determinar de manera válida y razonable, cual es la vía para modificar la Constitución.

Por lo dicho, habiendo determinado el papel de la CCE en el control preventivo al proceso de enmienda y reforma parcial por vía legislativa, se evaluará el rol de la CCE en el Dictamen 001-14-DRC-CC, con el objeto de revisar y calificar la tarea de guardián de la Constitución en el enigmático proyecto para eliminar los límites a la reelección presidencial.

2.3. El Rol de la CCE respecto de la reelección indefinida en el Dictamen 001-14-DRC-CC:

Hasta este punto, se ha revisado, en general, que las Cortes Constitucionales son defensoras de la Constitución, lo que implica ejercer una tarea de control ante supuestas violaciones a la norma fundamental, incluso, el poder de reforma. Así, la justicia constitucional tiene la difícil tarea de garantizar que el proceso de modificación a la Constitución se encuadre dentro de lo previsto por ésta.

En el contexto ecuatoriano, específicamente, la CCE tiene la competencia obligatoria de realizar un control preventivo a los proyectos reformativos previo a su deliberación o aprobación por referéndum.

En su momento⁶⁷, la Asamblea ecuatoriana a mediados del año 2014 habría propuesto una serie de modificaciones a la CRE a ser tramitadas por la vía de enmienda, con el objeto de que la CCE califique el procedimiento.

En esta sección se analiza el rol de la CCE en el específico caso del proyecto de modificación al art. 144 de la CRE respecto de la exclusión de la frase “*por una sola vez*” que eliminaría los límites a la reelección presidencial. En tal virtud, se examinará el papel de la CCE desde su posición como garante la norma fundamental en el proceso de reforma.

⁶⁷ Ver *ut supra* los acápites 2.1.1. y 2.1.2. respecto de los antecedentes al proyecto de reforma y los argumentos que acompañaron el mismo.

2.3.1. El Dictamen 001-14-DRC-CC y los fundamentos de la CCE:

De conformidad con el trámite previsto en los arts. 443 de la CRE y 101 de la LOGJCC, la CCE se pronunció respecto del procedimiento a seguirse para modificar la CRE en cuanto a la eliminación de la frase “por una sola vez” del art. 144 de la Carta de Montecristi.

Artículo 144	Artículo 144
Vigente al 2014	Propuesto
“Art. 144.- segundo inciso: La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez.”	“Art. 144.- segundo inciso La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto.”

Elaboración propia basada en el proyecto emitido por la Asamblea

En lo particular, la CCE resolvió que el proyecto debía ser tramitado por la vía de enmienda, dado que, no trastocaba los límites determinados en el art. 441 de la CRE. Ahora, ¿cuáles fueron las consideraciones del CCE para llegar a esa conclusión?

Siguiendo el método común de resolución de sentencias que utiliza la CCE, se fijó como problema jurídico a resolverse lo siguiente:

“¿Cuál es el procedimiento de reforma de la Constitución por el que se podría eliminar la limitación constitucional en cuanto a la prohibición de candidatizarse de las personas que han ejercido cargos de elección popular y que han sido reelectos por una sola vez, conforme a la propuesta presentada? (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 53)

Desde este punto, la CCE determina que deberá entenderse que el proyecto busca eliminar los límites a la reelección de autoridades de elección popular, incluido, el presidente de la República. Así, en primer plano, la CCE explica que el sistema electoral depende de la realidad de cada país, de tal manera que, cada Estado democrático es el que impone, en base a sus realidades y necesidades, su propio sistema (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 55).

De esta manera, el problema jurídico debía ser abordado desde la realidad ecuatoriana tomando en cuenta: i) La Democracia y alternancia como un elemento constitutivo del Estado y ii) Los derechos de participación.

Respecto del primer problema jurídico, la CCE indica que el art. 1 de la CRE caracteriza al Estado ecuatoriano como democrático, lo cual significa que:

“...el elemento fundamental del Estado democrático es la participación de los ciudadanos en la adopción de las decisiones, mecanismos de participación que se articulan en torno a generar justamente la "más amplia participación posible". (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 56)

Así, según la Corte, el sistema democrático ecuatoriano debe ser abordado desde la concepción de los derechos constitucionales de participación; mecanismos de participación directos e indirectos; y un sistema jurídico que desarrolle el equilibrio de las fuerzas políticas (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 56).

Desde este orden, la elección de autoridades tendría que ver con los mecanismos de participación directa dentro de un Estado, por lo que, a través de un proceso de “confianza mayoritaria” el electorado escoge a sus gobernantes. En lo principal, en una lectura del art. 95 de la CRE, la CCE entiende que la participación, como forma protagónica en la toma de decisiones, involucra que los procesos electorales se encuentran legitimados en el voto y no en la posibilidad de elección o reelección:

“Es así como la Constitución ecuatoriana, en su artículo 95, dentro de la participación en democracia, faculta a las ciudadanas y ciudadanos a participar de manera protagónica en la construcción del "poder ciudadano", consagrando como elemento central de la participación el principio de igualdad, el mismo que se hace extensivo tanto para las personas que ejercen su derecho de elegir, como hacia las personas que aspiran a ser electos dentro de un proceso eleccionario, siendo el voto plebiscitario la fuente de legitimidad primaria en el ejercicio de sus funciones, ante lo cual democráticamente se avalan procesos de elección o reelección de autoridades públicas, con lo cual, no es la posibilidad de ser reelegidos lo que les otorga el ejercicio del cargo público, pues necesariamente se requiere que sean electos por el pueblo como el favorito.” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 58)

Bajo esta consideración, para la CCE, la participación en la toma de decisiones como un pilar fundamental del sistema democrático ecuatoriano, implica poder candidatizarse y la decisión libre del pueblo de elegir:

“...por tanto, dentro de aquel ejercicio la posibilidad de candidatizarse afianza la participación ciudadana, puesto que las autoridades que ejercitaren la facultad de ser reelectos por más de una vez deberán someterse a la transparencia de legitimidad a través de un proceso eleccionario democrático en el que el pueblo decidirá su reelección o no, garantizándose de esta forma el régimen democrático directo en cuanto a la elección o reelección de autoridades de un Estado democrático, como ya se analizó.” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 59)

Por otro lado, en este mismo análisis, la CCE concluye que la alternancia en el poder no es un elemento constitutivo del Estado o su forma de gobierno, al no ser expresamente incluido en el art. 1 de la CRE, como si lo hacía la Constitución ecuatoriana de 1998 que incluía específicamente a la alternancia como una característica política del Estado (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 60).

Además, añadió la CCE, que la alternancia es el resultado del ejercicio del derecho a elegir a sus representantes, por lo que, si formaría parte real del sistema democrático ecuatoriano pese a no estar determinada en el texto de la Constitución:

“Ahora bien, el hecho que la alternancia no se encuentre dentro de los elementos constitutivos del Estado no significa que haya desaparecido del régimen democrático ecuatoriano, en virtud que la presencia de la alternancia es resultado del ejercicio del derecho constitucional de participación de elegir, pues es el pueblo quien evalúa ante nuevas propuestas si se inclina por ellas, que en caso de ser mayoritaria la acogida por medio del sufragio, la alternancia se hace presente.” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 60)

En definitiva, a criterio de la CCE el sistema democrático ecuatoriano, se constituye fundamentalmente, de la participación directa de los ciudadanos en la política, lo que implica, entre otras cosas, la fuente legítima en la elección o reelección de las autoridades. Asimismo, la alternancia en este proceso, no constituye un elemento constitutivo del Estado por no estar incluido en el art. 1 de la CRE; aunque, a través del voto, podría definirse si es que este principio se hace presente o no.

En lo concerniente al segundo punto (derechos de participación), la CCE determina que es parte medular en el proyecto de enmienda, considerar que existe una doble dimensión para abordar la elección de representantes como parte del sistema democrático ecuatoriano: *“toda vez que, por un lado, se genera una facultad de la persona a elegir a sus representantes y, por otro, la de ser electo por el conglomerado”* (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 61).

Asimismo, estos derechos, consagrados en la CRE en el art. 61 numeral 1 y 2, deben ejercitarse de manera igualitaria y sin limitaciones injustificadas:

“Es por ello que el desarrollo de este derecho de participación evidencia una apertura tendiente a permitir que todas las personas ejerzan el mismo de manera amplia y sin limitaciones institucionales no justificadas. En tal virtud, es el Estado el responsable de que estos derechos se garanticen sin discriminación alguna, tal como lo prevé el artículo 3 numeral 1 del propio texto constitucional.” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 61)

Desde esta óptica, la CCE, evalúa si el art. 144 limita injustificadamente el derecho a elegir y ser elegido, y realiza el siguiente razonamiento (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 62):

- Todo derecho, incluido el de participación, debe ejercerse de manera igualitaria y sin limitaciones injustificadas.
- El derecho a elegir y ser elegido mantiene una limitación al impedir la reelección por más de una sola vez.
- La limitación de reelección no es razonable, dado que, el candidato oficialista no contaría con ventajas para su contienda electoral, pues la Constitución en sus arts. 113, 114, 115, 116 y 117 impide todo beneficio en cuanto a: prohibición de uso de fondos del Estado para campaña, prohibición de uso de infraestructura estatal para proselitismo político y las prohibiciones e inhabilidades para postularse.
- En conclusión, el art. 144 comporta una limitación no justificada a los derechos de participación de quienes han sido reelectos dentro de un cargo y desean postularse nuevamente (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 63).

Por el contrario, la CCE añadiría que el proyecto reformativo vendría a afianzar los derechos de participación y a corregir esta supuesta discriminación que, dicho sea de paso, se encontraría en el mismo texto de la Constitución:

“...la propuesta de modificación garantiza el derecho de los ciudadanos para elegir a sus representantes, sin que exista discriminación hacia las personas que deseen candidatizarse para un cargo público de elección popular que hayan sido reelectos, en virtud de sus derechos constitucionales de participación, en la especie, a ser elegidos.” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 63)

Por último, la CCE concluiría que el proyecto de enmienda no altera ni modifica la estructura o elementos constitutivos del Estado, puesto que, la propuesta no buscaría cambiar los elementos determinados del art. 1 al 9 de la CRE – considerando que la alternancia no forma parte de éstos – ni tampoco alteraría la organización de las funciones, refiriéndose a la estructura fundamental del Estado (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 63).⁶⁸

⁶⁸ Como se mencionó previamente, este límite no existe en la CRE sino que fue una inclusión arbitraria realizada por parte de la CCPT en el Dictamen 001-11-DRC-CC; sin embargo, la CCE lejos de corregir el error, toma este límite como una referencia expresa.

Adicionalmente, la CCE diría que la propuesta de modificación no restringe derechos sino buscaría ampliar éstos. Por un lado, afianzando el sistema de participación en cuanto las personas pueden reelegirse y, desde otra óptica, el soberano tendría la libertad de escoger cualquier representante por igual:

“En este contexto se debe destacar que las propuestas de modificaciones constitucionales en análisis tienen relación con la vida democrática de la sociedad ecuatoriana, y al considerarse que pretenden eliminar las restricciones para la candidatura de los representantes elegidos en las urnas, no buscan alterar el carácter democrático del Estado ecuatoriano ni soslayar el principio constitucional de participación ciudadana; por el contrario, se verifica que con tales propuestas se reafirma la existencia de ese nuevo rol de decisión del ciudadano ecuatoriano en la vida política del país, para sufragar democráticamente y permitir o no la continuidad de sus representantes o gobernantes, ya que es conocido que solamente la voluntad del pueblo se constituye en el fundamento de la autoridad.” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 64)

Por lo expuesto, la CCE concluye que el proyecto debe ser tramitado por el trámite de enmienda al no encontrarse inmerso dentro de los límites definidos en el art. 442 de la CRE.

2.3.2. ¿Fue la CCE el guardián de la Constitución del Ecuador en el dictamen favorable al proceso de enmienda en el caso de la reelección indefinida?

Previamente se mencionó que las Cortes Constitucionales se han instaurado como los órganos encargados de ejercer la tarea de la defensa de la Constitución desde estándares políticos, democráticos y argumentativos; con lo cual, constituye el filtro de la toma de decisiones en una sociedad, reafirmando, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia⁶⁹.

Adicionalmente, se determinó que la justicia constitucional tiene competencia para realizar su tarea de control al proceso de reforma constitucional, a efectos de salvaguardar los límites explícitos o implícitos a la modificación constitucional⁷⁰.

Por otro lado, se había mencionado que la CCE – como defensor de la CRE – ejercía una tarea de control preventivo al proyecto de reforma que se circunscribe a emitir un dictamen de procedimiento sin que esto implique un análisis puramente formal del proyecto, sino que, a efectos de construir una conclusión válida, la CCE estaría habilitada

⁶⁹ Véase *ut supra* acápite 1.2. del Capítulo I del presente trabajo.

⁷⁰ Véase acápite 2.2. del Capítulo II del presente trabajo.

a revisar *prima facie* aspectos de fondo, teniendo en cuenta que no podría extralimitarse en su labor⁷¹.

Por último, se mencionó que existen límites a la tarea del garante de la Constitución y que su gestión debe ser valorada objetivamente, desde un canon de control objetivo. De ahí que, la motivación de las decisiones sea un parámetro de revisión de la labor de las Altas Cortes y constituya un mecanismo para evaluar si sus decisiones han sido o no válidas frente a la Constitución⁷².

Dicho esto, caben varios cuestionamientos. Si el rol de la CCE es ejercer un control preventivo a los proyectos reformativos ¿fue el dictamen favorable al proceso de enmienda para dar paso a la reelección indefinida una defensa al texto de la CRE? Si la tarea del control constitucional debe ejercerse a través de un método de justificación ¿motivó correctamente la CCE el Dictamen 001-14-DRC-CC? ¿existen razones válidas a la luz del texto constitucional para determinar que el proyecto de enmienda al art. 144 de la CRE no implica una alteración a la estructura fundamental de la Constitución y al carácter y elementos constitutivos del Estado? ¿está justificado en la CRE concluir que el proyecto reformativo no restringe derechos y garantías sino los promueve?

A partir de este punto, se dará respuesta a estas preguntas utilizando la teoría de la motivación de las sentencias como canon de control a la actividad de la CCE; en la especie, el *test de motivación*, que es utilizado por la misma CCE dentro de su jurisprudencia. Así, paradójicamente, se evaluará a la CCE con las mismas exigencias que ella promueve dentro de su actividad de control a los poderes.

2.3.2.1. El test de motivación como canon de revisión de la actividad de la CCE:

Debe recordarse, que la justificación de las decisiones constituye la máxima exigencia del Estado constitucional, al mismo tiempo que, el parámetro de revisión de todo tipo de poder. Como afirma Atienza:

“El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de

⁷¹ Véase acápite 2.2.4. del Capítulo II del presente trabajo.

⁷² Véase acápite 1.3., Capítulo I.

un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos” (Atienza, 2008, pág. 31)

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que la motivación cobra mayor relevancia cuando es el máximo intérprete constitucional de quién se hace referencia. Así, Jorge Carmona (2008, pág. 105) indica que existen varias razones que ayudan a entender lo esencial de la justificación de las decisiones en el contexto de la propia justicia constitucional y que a continuación se pretenden resumir:

1. Existe complejidad en la actividad de motivación, por el carácter abstracto de las normas constitucionales.
2. El órgano que decide es de última instancia, por lo que, es la única forma de mostrar al auditorio social (partes en conflicto, los poderes públicos, el soberano) que la decisión está apegada a la Constitución.
3. La decisión no sólo demuestra si fue acertada o no; sino que debe cumplir con demostrar la imparcialidad e independencia de quiénes han resuelto.
4. Al ser una decisión de última instancia, por parte de la justicia constitucional, se configura en precedente para futuros casos.
5. La motivación acerca la brecha entre Constitución e intérprete, de manera que, sirve como mecanismo de impregnar la norma fundamental en el resto del ordenamiento. Como diría el propio autor: “*la motivación en estos casos justifica una decisión presente, pero mirando al futuro*” (Carmona, 2008, pág. 105).
6. Un adecuado nivel de motivación eleva el debate jurídico y legitima el rol de la Corte ante los usuarios del sistema de justicia constitucional.

En este contexto, el deber de motivar que tiene el guardián de la Constitución: “*dota a las resoluciones judiciales de una calidad epistémica que de otro modo no tendrían, haciendo de él un dispositivo de garantía*” (Aguirre, 2016, pág. 255). Es decir, la función de garantía de la Constitución se hace patente en la medida en que la resolución judicial en el marco del control se encuentre motivada, siendo así, que la esencia misma de la defensa de la Constitución se encuentra garantizada en las razones válidas que ha propuesto la justicia constitucional en el marco de sus competencias.

Por esta razón, y a través de una construcción con base en las teorías de la argumentación jurídica⁷³ material⁷⁴, formal⁷⁵ y pragmática⁷⁶ (Atienza, 2008) la propia CCE ha desarrollado en múltiple jurisprudencia el conocido: *test de motivación* constitucional para evaluar toda decisión judicial o administrativa. Este test, se compone de tres requisitos: *razonabilidad, lógica y comprensibilidad* (Aguirre, 2016).

En lo particular, el esquema argumentativo fue anunciado en un *obiter dicta*⁷⁷ dentro de la sentencia No. 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012 de la CCPT, que señaló:

“Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto” (2012, pág. 14)

Luego, en la sentencia No. 092-13- SEP-CC (2013), la CCE adoptaría este test para revisar la motivación de las sentencias en el control de constitucionalidad dentro de los trámites de Acción Extraordinaria de Protección⁷⁸. El test, debe ser realizado de manera

⁷³ Argumentar es proporcionar razones para justificar una tesis; así, se determina que un debate se ha de resolver por medio de la razón y no de circunstancias externas, como puede ser la fuerza o la intimidación. En este sentido, existen teorías para explicar la argumentación que han corroborado la teoría del Derecho Derecho como argumentación.

⁷⁴ La concepción material de la argumentación hace referencia a lo verdadero o correcto de un enunciado; así, consiste en una teoría de las premisas que, a diferencia de la concepción formal, no hace referencia a un método sino a la construcción de los enunciados desde el punto de vista de como son o deben ser las cosas.

⁷⁵ La concepción formal ve a la argumentación como una serie de enunciados que a partir de las reglas de la deducción e inferencia arriban a conclusiones válidas. El método principal son las reglas de inferencia, pero, sin tomar en cuenta el contenido de los enunciados.

⁷⁶ La concepción pragmática ve a la argumentación como una actividad, de manera que, busca persuadir y convencer a un determinado auditorio respecto de una tesis. Esta teoría, mantiene una particularidad; a diferencia de la concepción formal y material que es eminentemente individual (se puede argumentar en soledad, por así decirlo) la concepción pragmática resalta que la argumentación es de índole social, a través de una dimensión retórica (estática) y dialéctico (dinámico).

⁷⁷ “*Obiter dictum*” u “*obiter dicta*” es una expresión latina que significa “dicho de paso”. Dentro de la doctrina del precedente, este concepto implica observaciones u argumentación complementaria que puede realizar un Tribunal o Corte en sus sentencias; de esta forma, si bien no constituye lo medular de su decisión (*ratio decidendi*) por lo que no sería vinculante, sirve para crear doctrina jurisprudencial y criterios que pueden ser persuasivos en un futuro.

⁷⁸ Garantía jurisdiccional determinada en el art. 94 de la CRE; a través de este mecanismo, se busca proteger – de última instancia – violaciones (a través de un acto u omisión) a los derechos fundamentales consagrados en la CRE por una autoridad pública jurisdiccional. Este proceso es de competencia exclusiva

secuencial, con lo cual, se entiende que se resolverá primero respecto del requisito de razonabilidad, luego respecto de la lógica y por último de la condición dialéctica de comprensibilidad.

Adicionalmente, cabe mencionar que, si bien este esquema no ofrece la solución del caso “*sí permite verificar que la decisión ha observado los requisitos mínimos que la convierten en racional*” (Aguirre, 2016, pág. 257).

En la especie, cada uno de estos requisitos es sustancial para el contenido de la obligación de motivar las sentencias por lo que es pertinente definirlos brevemente a efectos de revisar, en lo posterior, el Dictamen 001-14-DRC-CC.

a) La razonabilidad de la decisión:

Según se citó, una decisión es razonable si se encuentra fundada en los principios y normas constitucionales, así como, en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Sentencia N.º 227-12-SEP-CC, 2012). En otras palabras, la razonabilidad⁷⁹ hace referencia a que toda decisión debe estar fundamentada en una norma jurídica (Aguirre, 2016).

Adicionalmente, este concepto hace referencia a la construcción de la premisa normativa dentro del silogismo a erigirse, dado que servirá para identificar qué normas a utilizado determinado órgano de justicia para justificar su decisión (Sentencia No. 009-14-SEP-CC, 2014).

Al respecto, la doctrina ha indicado que una decisión será razonable (se utiliza la expresión racional) si es que, además de cumplir con las reglas de lógica formal y material no elude fuentes jurídicas vinculantes, como afirma Atienza:

de la CCE y procede, según la LOGJCC, en contra de autos y sentencias que de fin a un procedimiento jurisdiccional.

⁷⁹ La razonabilidad utilizada por la CCE no hace referencia al concepto de “lo razonable” dentro de una sociedad o universo específico. Entendiéndose por este criterio, un estándar de interpretación y argumentación de un concepto jurídico determinado; por ejemplo, cuando la CCE resuelve en casos de discriminación que ésta ha de ser irrazonable, quiere decir, según gran parte de la doctrina, que existe un margen de apreciación admisible a lo que parece socialmente aceptable o no. En tal sentido, ese tipo de “razonabilidad” – distinto del utilizado por la CCE en su test – se refiere a dar contenido a conceptos como: «discriminación irrazonable», el «buen padre de familia», «diligencia debida», entre otros.

“se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante...No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico”. (Atienza, 1987)

Así, los operadores de justicia y, con ello, la CCE está obligada a respetar el precedente constitucional y los de índole internacional. En tal sentido, la razonabilidad será la justificación o buen juicio, de una decisión con base en el ordenamiento jurídico vigente.

b) La lógica de la decisión:

En cuanto al segundo requisito, la lógica de una decisión implica la coherencia en la construcción del razonamiento, que no es otra cosa, que el respeto de las reglas de la lógica deductiva. Así, la CCE ha manifestado que la lógica de una resolución debe ser evaluada bajo la concepción que una sentencia supone un silogismo:

“...esto es, un razonamiento jurídico por el cual se vinculan las premisas mayores (que generalmente son proporcionadas por la normativa aplicable al caso en concreto) con las premisas menores (que se encuentran dadas por los hechos fácticos [sic] en los cuales se circunscribe y fundamenta la causa) y de cuya conexión se obtiene una conclusión (que se traduce en la decisión final del proceso).” (Sentencia No. 009-14-SEP-CC, 2014)

De esta forma, los jueces constitucionales deben edificar su juicio en respeto a las reglas de inferencia y cuidando que no existan defectos de corrección en cuanto a su análisis. La exigencia, entonces, se configura en lo que establece Aguirre (2016, pág. 260):

“La exigencia, entonces, es que el fallo sea coherente entre las premisas, las disposiciones aplicadas al caso concreto y la conclusión. El criterio de la lógica supone también una exposición congruente de las razones que conducen al juez para establecer una valoración o concepción sobre el asunto que se debate, de modo que la finalización del juicio guarde armonía, coherencia y consistencia con los elementos que han sido presentados, evaluados, analizados y considerados durante el proceso y al final en su sentencia.”

Esto, de acuerdo a la doctrina de la argumentación implica la justificación interna de las decisiones que, a criterio de J. J. Moreno, P. E. Navarro & M. C. Redondo (1992), implica aplicar el método *modus ponens* que plantea, al menos dos importantes condiciones: “(i) la caracterización de la validez lógica de una inferencia normativa; (ii) la justificación de la elección de las premisas de un argumento.”

En definitiva, la lógica de una decisión implica el sometimiento a las reglas del método deductivo. Por lo que, en el caso de irrespetar estas formas, la resolución se entenderá por no justificada.

c) La comprensibilidad de la decisión:

Este contenido del derecho a la motivación hace referencia a la función extraprocesal de la motivación, en cuanto, las decisiones deben ser redactadas en un lenguaje claro y asequible a todo el auditorio social, dado que, las Cortes Constitucionales no deben mostrarse como organismos elitistas en que sus resoluciones, además de extensas, pueden tener un lenguaje sumamente técnico que no sea comprensible a la sociedad. En efecto, la comprensibilidad de la decisión hace referencia a la visión pragmática de las teorías de la argumentación jurídica, que miran al Derecho desde una concepción retórica y dialéctica.

En este sentido la CCE dentro de su sentencia N.º 044-14-SEP-CC (2014) se ha pronunciado manifestando:

“...respecto del requisito de comprensibilidad, es preciso establecer que este radica en que una resolución, para que sea comprensible, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto. Así, la claridad en el lenguaje debe requerir concatenación entre las premisas que contienen un pensamiento o idea con las conclusiones connaturales que deben devenir de aquel, pero este ejercicio intelectual requiere ser también fiscalizado por quienes no han sido parte del proceso, de acuerdo a lo previsto por este tribunal, de modo que las resoluciones emitidas por los órganos judiciales gocen de legitimidad y permitan conocer al colectivo social en general, la forma cómo sus tribunales de justicia razonan y resuelven los conflictos que son puestos en su conocimiento, pero, se insiste, de manera comprensible y justificada.”

Precisamente, este requisito ha sido desarrollado por el legislador ecuatoriano en el art.4 de la LOGJCC en el que consagra como un principio procesal de la justicia constitucional al de “comprensión efectiva” que implica textualmente:

“Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

10. Comprensión efectiva. - Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.”

En resumen, la comprensibilidad de la decisión hace referencia a la claridad lingüística como una condición de justificación en el contexto del Estado Constitucional de Derechos y Justicia; sin este requisito, las decisiones – pese a tener vinculación *erga omnes* – no tendrían una concepción social y popular de la justicia constitucional, sino elitista, de manera que sólo un sector de la sociedad podría entenderla y no toda la

colectividad, con lo cual, la capacidad de escrutinio público de la actividad estatal se ve menoscabada.

Por último, una decisión que no se encuentra motivada puede estar inmersa en los siguientes casos a criterio de Aguirre:

“a. Una enunciación dispersa de normas jurídicas que no atienden a los patrones del caso concreto; b. Cuando no existe un ejercicio argumentativo en el cual se fundamente la aplicación de una determinada norma jurídica a un antecedente de hecho y las conclusiones establecidas a partir de ella; c. Cuando no existe concatenación de las premisas normativas, fácticas y la decisión arribada; d. Cuando el lenguaje utilizado ha sido confuso, existiendo contradicciones entre la sintaxis utilizada en la decisión; e. Cuando se ha desconocido los precedentes constitucionales; f. Cuando se ha desconocido la jurisprudencia de la Corte Nacional; g. Cuando no existe un análisis del patrón fáctico, entre otras razones.” (Aguirre, 2016, pág. 2016)

En tal virtud, las resoluciones vendrían a ser arbitrarias, incongruentes, oscuras, infundadas, irrazonables, incomprensibles, entre otras características (Sentencia N.º 054-14-SEP-CC, 2014 ; & Sentencia N.0 179-14-SEP-CC, 2014).

Para concluir, la motivación de las sentencias con el contenido de cada uno de sus estándares es como se hace efectiva, en la práctica, la justicia constitucional. Estos requisitos cobran mayor relevancia en las Altas Cortes dentro de su rol de hacer efectivo el nuevo paradigma constitucional frente al viejo Estado legislativo de derecho. Con ello, incumplir estos requisitos, conlleva que la razón jurídica no se ha hecho efectiva y, con ello, que el guardián de la Constitución ha fallado en su tarea de defensa.

Lo que la ciudadanía espera que el defensor de la Constitución ejerza su labor de manera objetiva y conforme con las reglas y límites de su función. No espera, únicamente, que la decisión sea favorable a unos intereses mayoritarios o minoritarios. Los usuarios, mantienen la convicción de que la justicia hará su trabajo y hará valer la Constitución, independientemente, de las consecuencias políticas, sociales y económicas. Sólo de esta forma, el Estado podrá alcanzar su ideal de respeto a la normatividad.

A partir de este punto, se revisará entonces si cumple el Dictamen 001-14-DRC-CC, en lo que respecta a la calificación del procedimiento para modificar la CRE eliminando el límite a la reelección indefinida, con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

2.3.2.2. ¿Cumple el Dictamen 001-14-DRC-CC con el requisito de razonabilidad?

La CCE definió que el proyecto reformativo debía ser tramitado a través del proceso de enmienda, dado que no se violarían los límites definidos para este específico proceso de modificación constitucional. Sin embargo, deberá revisarse si la decisión cumple con el estándar de razonabilidad. En efecto, la decisión de la CCE fue fundamentada de la siguiente manera:

- El proyecto reformativo debe ser tramitado por la vía de enmienda, dado que, no altera la estructura fundamental de la CRE, no modifica el carácter o elementos constitutivos del Estado y no restringe derechos ni sus garantías.
- El proyecto reformativo no altera la estructura fundamental del Estado dado que no modifica la organización del poder ni las competencias de los órganos públicos.
- El proyecto reformativo no modifica el carácter o elementos constitutivos del Estado, puesto que, la alternancia no es un elemento que forme parte de este límite material al no estar enunciado en el art. 1 de la CRE.
- El proyecto reformativo no restringe derechos y garantías, debido a que, elimina una limitación injustificada al derecho a elegir y ser elegido inserta en el texto de la CRE; así, busca promover derechos en vez de restringirlos.

Ahora bien, a efectos de analizar la razonabilidad de la decisión de la CCE, vale cuestionarse cada uno de los argumentos esgrimidos por la Corte, de manera secuencial.

- i) ¿Es razonable resolver que eliminar los límites a la reelección indefinida no altera la estructura fundamental de la CRE?

En primer lugar, se había mencionado que un aspecto inalterable por el proceso de enmienda constituye la estructura fundamental de la Constitución. Este límite no se encuentra definido – propiamente – ni en la CRE, LOGJCC o la jurisprudencia; por el contrario, la CCPT habría confundido este concepto con el de “estructura fundamental del Estado” que sería un tema distinto. Sin embargo, la doctrina habría respondido manifestando que la estructura fundamental de la Constitución constituye la existencia de protección de los derechos fundamentales, la sujeción de todos los poderes al Derecho y la separación de poderes, tal como se dejó sentado previamente.

En lo medular, se podría entender que la CCE argumenta que el proyecto de cambio en el art. 144 no alteraría la estructura fundamental de la Constitución (la expresión utilizada por la CCE es “estructura fundamental del Estado”), puesto que, no se perseguiría eliminar ninguna función del poder (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 64). Asimismo, puede entenderse – dado que no es expreso – que la norma que utiliza para justificar este razonamiento es el *obiter dicta* incluido en el Dictamen 001-11-DRC-CC.

En este sentido, parecería que la CCE incurre en algunos errores. Primero, *explica* que la estructura fundamental del Estado hace referencia a la estructura de las funciones y que permitir la reelección indefinida no alteraría este supuesto, sin embargo, la norma en que basa este argumento sería únicamente una exposición accesorio que la CCPT habría hecho en el control de las reformas constitucionales del año 2011. Es decir, de primera mano, la CCE no expone un criterio razonable para considerar que la reelección indefinida no podría alterar la estructura fundamental de la CRE.

Segundo, la CCE enfocaría toda su exposición respecto del sistema de participación como la identidad definitoria del Estado Constitucional (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014); sin embargo, nada menciona del concepto de Constitución, su estructura, sus elementos dogmáticos, programáticos, entre otros, que podrían de manera objetiva poder contrarrestar si el proyecto podría alterar o no estos componentes.

En otros términos, la CCE incurre en una omisión sustancial en el momento de su análisis; no logra definir el límite en cuanto a la estructura fundamental de la CRE, lo cual, podía haberlo hecho a la luz de una interpretación sistemática de la Constitución, de conformidad con sus competencias. Por el contrario, se conforma con fundar su criterio en una doctrina equivocada, pero que, además, no es vinculante.

Respecto del análisis de la CCE en cuanto a este límite, la doctrina ha expuesto algunos criterios que merecen ser tenidos en cuenta. Por un lado, resalta la opinión de Benavides (2016, págs. 267-269) quién manifiesta que la CCE habría olvidado – además de confundir un concepto – que la alternancia es un componente de la forma republicana que sería carácter definitorio a la fórmula política del Estado.

Desde un sentido más específico, Bernal Pulido, Caicedo & Serrafiero (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, págs. 51-55), indican que la CRE funda un Estado

Constitucional que se entiende como tal si se verifica una separación de poderes y sujeción de los mismos al derecho. Con respecto al primero, este se vería alterado, considerando que la función ejecutiva se reputa central en la estructura de poderes; así, cualquier variación tendría repercusiones en toda la estructura estatal.

Desde este concepto, la reelección indefinida relevaría, en cierta manera, al presidente de cumplir su panorama de gobierno; existiría un menoscabo a la responsabilidad política (*accountability*⁸⁰); permitiría que el presidente “acumule un poder político desmesurado”, debido a que carece de un límite temporal en el ejercicio de sus funciones (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 52).

Adicionalmente, el presidente en el marco de la CRE posee una “mayúscula capacidad nominadora”. Entre otras cosas, tiene incidencia para nombrar miembros de la Policía Nacional, Fuerzas Armadas, constituye las ternas para la superintendencia, procurador general del Estado influye en el nombramiento de los miembros de la Corte Constitucional, la Función de Transparencia y Control Social y varios organismos como el Consejo Nacional de Electricidad y los directorios de Corporación Financiera Nacional y el Banco Central del Ecuador son presididas por un representante del presidente (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 52).

De esta forma, si la función ejecutiva no tiene señalado un término máximo de funciones, sino que da posibilidad a un período ilimitado de tiempo, el proyecto:

“desnaturaliza la forma en que la Constitución ha institucionalizado el principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos entre los poderes públicos. Este sistema se desfigura si la institución central del sistema político no tiene señalado un período máximo determinado para el ejercicio del cargo.” (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 53)

En tal virtud, este autor, determinaría que el proyecto reformativo sustituiría la CRE, dado que, ante la alteración de estos elementos, la Constitución se transformaría en una entidad de tipo diferente (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 45)

En suma, la CCE se aleja de manera sustancial de su estándar de razonabilidad, puesto que, no ha logrado fundamentar su razonamiento a la luz de la CRE, sino que, ha olvidado realizar un análisis sistemático respecto de este supuesto que lleve a encontrar

⁸⁰ Esta expresión anglosajona hace referencia a la rendición de cuentas que, además, es ampliamente concebido como un requisito indispensable dentro de las democracias modernas.

los argumentos y razones que puedan – debidamente – justificar esta postura. No obstante, según las opiniones expuestas, sería difícil considerar que eliminar la alternancia en el poder no podría tener una afectación a la estructura fundamental de la CRE.

- ii) ¿Es razonable determinar que la alternancia no es parte constitutiva del Estado?

En cuanto a este problema, la CCE determinó que la alternancia no es un elemento constitutivo del Estado, dado que, no se encuentra enunciado en el texto de los arts. 1 al 9 de la CRE. Igualmente, mencionaría que la alternancia responde al hecho de si el electorado decide confiar o no un nuevo mandato al presidente que pretende reelegirse.

Desde una primera acepción, la CCE no se equivoca en que la alternancia no se encuentra expresamente incluida en el primer capítulo de la CRE; sin embargo, ¿es necesario y suficiente este razonamiento para configurarse como una razón válida a la luz de la CRE para concluir que por ello no es un elemento constitutivo del Estado?

La respuesta está lejos de ser afirmativa. Antes bien, parece poco sustentable que a través de una lectura literal de una disposición constitucional se pueda pretender justificar la no inclusión de la alternancia en los elementos constitutivos del Estado ecuatoriano.

Es cierto que, la Constitución Política del Ecuador (1998, pág. art. 1) definía al gobierno como: “*republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.*”. No obstante, no resulta plausible que la CCE pretenda justificar su postura bajo el criterio de que en la anterior Constitución se incluía esta característica y en la de Montecristi no se lo ha hecho; o lo que es lo mismo, la no inclusión expresa de este carácter político, trae como consecuencia que no sea un elemento constitutivo.

Lo manifestado, sugiere que la CCE se limitó a revisar literalmente la Constitución, a través de una revisión superficial de ésta (por no decir escasa e insuficiente). Así, parece ser que el propio defensor de la norma fundamental olvidó realizar un método de interpretación sistemática, en el que, podría haber ayudado a verificar si la alternancia es un contenido del sistema constitucional, democrático o republicano (Benavides Ordóñez, 2016, pág. 269).

En la especie, la estructura del Estado constitucional, según se analizó, requiere un control material al poder, cuyo contenido, hace referencia a límites temporales en el ejercicio de las funciones públicas. Caso contrario, si la Constitución no puede mantener un balance en cuanto al límite de tiempo, parece ser, que la norma fundamental dejaría fuera de regulación un aspecto sustancial de su propia normatividad y de su estructura de separación y división de poderes.

Adicionalmente, la propia CRE determina el sistema democrático como un elemento esencial de la Constitución y el Estado. Desde punto, vale preguntarse, ¿es la alternatividad un contenido de la Democracia?

A criterio de Bernal Pulido, Caicedo & Serrafiero (2015, pág. 56), en la CRE existe un modelo democrático deliberativo⁸¹ que encontraría tres componentes: la posibilidad de exigir rendición de cuentas a las autoridades (art. 96 y 100 CRE), la alternancia (sección 4ta del Capítulo I y art. 96 de la CRE) y la deliberación pública (art. 95 de la CRE).

En efecto, la reelección indefinida pareciera contradecir el sistema democrático instaurado por el propio Constituyente, que fijaba elecciones periódicas, igualitarias y a través de períodos fijos, entiéndase, cuatro años para el presidente con la posibilidad de una reelección inmediata. Como menciona Bernal Pulido, Caicedo & Serrafiero (2015, pág. 57):

“La periodicidad de las elecciones no puede interpretarse solo desde una perspectiva formal. Ella se refiere a que efectivamente pueda existir rotación del poder. El sistema electoral debe asegurar la alternancia efectiva, para que representantes de distintos partidos, que defienden tendencias ideológicas opuestas o diferentes visiones en cuanto a la gestión pública, roten en su acceso al ejercicio del poder político. En una democracia deliberativa, la alternancia efectiva es una exigencia *sine qua non* del pluralismo político... La renovación y el cambio en gobernantes y programas de gobierno son señas de identidad de una democracia deliberativa real. Si están ausentes la democracia se ve reemplazada por la hegemonía política”

En resumen, parece que desde una interpretación efectiva con la CRE y los elementos constitutivos del Estado, la alternancia forma parte material de éstos, a pesar de no estar

⁸¹ La democracia deliberativa puede entenderse como un sistema que busca o estudia principios que fijen una legitimidad real y efectiva en la toma de decisiones (política). La idea, de manera muy generalizada, implica que todo problema político debe ser resuelto a través de una deliberación realizada en condiciones igualitarias y por todos los real o potencialmente afectados por esa decisión. De esa manera, se entiende que la política obtiene legitimidad a través de un intercambio justo de posiciones y argumentos que, además, prevea la participación de todos.

expresamente enunciada. Y no sólo eso, desde la visión del concepto real de Constitución, podría también decirse que la alternatividad no se hace efectiva con la decisión o no del pueblo, si no a través de un límite material que limite la posibilidad de la reelección indefinida; sólo así, podría entenderse efectivo al Ecuador como un Estado constitucional y democrático.

Adicionalmente, la CCE no puede desconocer la característica del Ecuador como un gobierno republicano que en ningún momento del Dictamen 001-14-DRC-CC es analizado. En efecto, uno de los componentes esenciales de esta forma de gobernar exige límites al poder ejecutivo, entre los que se encuentra un tiempo fijo para sus funciones.

El principio republicano, por definición, nació como una oposición al régimen monárquico a través de una limitación del ejercicio del poder que requería un gobierno de las leyes y no de las personas (Marcio Cruz, 2009). Además, pretende realizar un control efectivo a la gestión pública y garantizar el enfriamiento del sistema político con elecciones puedan garantizar la participación de otras fuerzas políticas.

Por ende, si una persona puede reelegirse un número ilimitado de veces, existiría una falta de control del propio Derecho (como sistema) hacia esa capacidad que podría habilitar a cualquier mayoría a desestructurar un sistema construido en la Constitución; eso podría traer como consecuencia un gobierno de las personas y no del Derecho (Rule of law) (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 58) .

Es por ello, que cierta parte de la doctrina reconoce al principio de la alternabilidad republicana como una cláusula pétrea en el sistema democrático constitucional, como sería el caso venezolano (Brewer Carías, 2011).

En tal sentido, si la estructura democrática se sostiene de mecanismos materiales necesarios y definatorios, eliminar una de éstos puede traer el colapso de esta gran “edificación”. Dicho de otra forma, el proyecto de reforma para eliminar los límites a la reelección indefinida no podría tramitarse por la vía de enmienda de manera razonable, es decir, desde una justificación en los propios límites fijados por el Constituyente y a la luz de los contenidos constitucionales.

Por último, lejos de incorporar criterios adicionales respecto de los méritos del Dictamen y el proyecto, del análisis realizado, no existe un principio, razón o norma

constitucional que la CCE haya podido utilizar para definir de manera justificada que la alternabilidad no forma parte de los elementos constitutivos del Estado. Además, dicho sea de paso, parece que no podría haber encontrado una razón que lo justifique.

- iii) ¿Es razonable concluir que el proyecto modificatorio no restringe derechos y garantías sino busca promoverlos al eliminar una injustificada prohibición?

La parte final del Dictamen 001-14-DRC-CC indica que existiría una limitación injustificada a la reelección del presidente, con lo cual, el propio proyecto de enmienda buscaría ampliar derechos. A partir de este criterio de la CCE, ¿existen razones válidas que justifiquen esta posición?

En primer plano, vale decir que, aparentemente, la CCE habría declarado la inconstitucionalidad de una disposición contenida en la propia CRE, extralimitando su competencia dentro del control preventivo a la reforma.

Además, la CCE se encuentra limitada por la LOGJCC ha pronunciarse respecto del procedimiento hábil para la modificación de la Constitución analizando los límites a los proyectos reformativos, pero nunca habilitada para pronunciarse sobre la conveniencia, justificación, utilidad o no del proyecto reformativo.

A pesar de lo manifestado, la CCE pretende justificar su razonamiento en los arts. 95 y 61 numeral 1 y 2 de la CRE (2008) desde los cuales, se interpretaría que la reelección indefinida permite que el electorado pueda elegir libremente a sus autoridades sin limitación alguna y, desde esta misma óptica, cualquier persona podría tomar parte activa y participar nuevamente para el cargo sin una restricción.

Además, argumentó que no existiría una desigualdad, dado que la propia CRE limita el uso de recursos públicos para campaña, prohibición de infraestructura estatal, proselitismo político, entre otros.

La razonabilidad dentro de la decisión, implica – según se analizó – que una decisión encuentre razones válidas, universales, coherentes y fundamentadas en un fin constitucional. Sin embargo, ¿qué sucede cuando otro principio contradice exactamente este supuesto? Es decir, ¿qué puede ocurrir si a pretexto de participación (derecho a elegir y ser elegido) se desnaturaliza el propio sistema democrático? ¿cómo justificar

razonablemente la decisión de eliminar un límite de elección del presidente sin que esto implique un perjuicio a las minorías y/o a los candidatos de oposición?

Si bien esto hace referencia a un criterio de fondo, puede ayudar a ilustrar el verdadero contenido de la razonabilidad o no de la decisión de la CCE. Al respecto, del razonamiento de la CCE no se encuentra un análisis de esta paradoja y tensión entre derechos, es decir, en ningún momento contrastó de acuerdo con los estándares necesarios si es que podía existir o no una restricción a los derechos. Por el contrario, a través de un criterio simple, la CCE redujo el debate únicamente respecto de la figura del presidente a reelegirse y no de los otros candidatos.

Vale considerar que, el propio proyecto, según se pudo describir anteriormente⁸², buscaría dar continuismo al régimen político de Rafael Correa, es más, se habría argumentado que la propuesta consistía en una defensa contra los movimientos o partidos políticos de oposición, con el objetivo de instaurar a la “Revolución Ciudadana” hacia el futuro. En estos términos, pareciera decir que el proyecto reformatorio, tal cual planteado, constituía un “traje a la medida” del presidente Correa, situación que debía ser analizada por la CCE según los hechos acaecidos.

Sin embargo, en ningún momento se revisó que la propuesta, desde otro punto de vista, podía ser un resultado discriminatorio en contra de los otros candidatos, tomando en cuenta que el proyecto podría ser un privilegio jurídico para el presidente que pretende reelegirse y una ventaja fáctica ante sus adversarios políticos (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafero, 2015, pág. 61)⁸³.

Aparentemente, la CCE redujo su argumentación a justificar, de manera general, que el sistema de participación permitía la reelección indefinida, por lo que, no conllevaría una restricción sino promoción de derechos.

⁸² Ver acápite 2.1.2. del Capítulo II, lo referente a los argumentos políticos.

⁸³ Podría argumentarse que las normas son impersonales y que el proyecto de enmienda desnaturalizaría este principio, además, que el presidente en el contexto de la CRE mantiene incidencia en el control de los medios públicos, disposición de fondos, políticas económicas favorables a ciertos sectores sociales y un conocimiento público relevante frente a otros competidores en la contienda electoral.

No obstante, la decisión no parece acorde con el estándar de razonabilidad, por no contener un análisis válido a través de una interpretación sistemática e integral del texto, por el contrario, demuestra ser parcializada e insuficiente.

Por último, sin ahondar mucho en el análisis, según Benavides (2016) y Bernal, Caicedo & Serrafiero (2015) la restricción de derechos por parte del proyecto reformativo sería evidente, al punto que, ni la reforma parcial podría ser un camino para modificar la CRE, sino que debería llamarse a una Asamblea Constituyente con el objeto de no «sustituir» a la CRE sino crear una nueva.

2.3.2.3. ¿Cumple el Dictamen 001-14-DRC-CC con el requisito de lógica?

Además del estándar de razonabilidad, la CCE se encontraba obligada a respetar las reglas del método deductivo en cuanto a su decisión procedimental de viabilizar la reelección indefinida por el procedimiento de enmienda. A partir del análisis secuencial que se ha venido realizando, se revisará si fue lógico el análisis de la CCE a partir de cada uno de los cuestionamientos.

- i) ¿Es lógico concluir que eliminar los límites a la reelección indefinida no altera la estructura fundamental de la CRE?

Según el propio criterio de la CCE (2014), la lógica hace referencia a la coherencia a entre las premisas y la conclusión, lo que en doctrina sería la justificación interna de las decisiones judiciales. En tal sentido, la CCE concluyó que la reelección indefinida no alteraría la estructura fundamental de la CRE siguiendo el siguiente razonamiento:

- *Premisa Normativa:* Modificar la organización del poder y las competencias altera la estructura fundamental de la CRE.
- *Premisa Fáctica:* La reelección indefinida no modifica la organización del poder y sus funciones.
- *Conclusión:* La reelección indefinida no altera la estructura fundamental de la CRE.

Ahora bien ¿se encuentra el presente razonamiento en respeto a las reglas de inferencia? La respuesta es afirmativa. La justificación interna, entendida únicamente, como la corrección formal de un razonamiento, evidencia que un argumento se encuentra justificado formalmente, es decir, a través de las reglas procedimentales de la lógica es

válido, lo que no implica, necesariamente que su contenido o sustancia sea correcta (Atienza, 2001).

En este contexto, la deducción por parte de la CCE no contiene errores o falacias formales. Sin embargo, vale mencionar, que es del todo cuestionable la construcción de las premisas a efectos de elaborar el razonamiento formal. En efecto, la CCE afirma que “modificar la organización del poder y las competencias altera la estructura fundamental de la CRE”, sin embargo, restringe su premisa a ese supuesto fundamentado en un precedente, únicamente. Es decir, omitiría mencionar cuál es el concepto válido de la estructura fundamental de la CRE y, las razones constitucionalmente válidas para presumir que alterar esa estructura sólo haría referencia a la organización del poder.

Es más, implícitamente la CCE mantendría que el concepto de Constitución únicamente hace referencia a la organización del poder y sería un documento con reglas programáticas, cuando bien se ha manifestado que la realidad dogmática se encuentra muy lejos de esa apreciación.

No obstante, el razonamiento formal de la CCE no contiene equivocaciones, aunque el razonamiento de primer nivel o justificación *externa* es más que cuestionable (Alexy, 2015). Al respecto, vale mencionar que, dentro del test de motivación de la CCE, la *justificación externa* es sinónimo de razonabilidad. Con lo cual, si bien una decisión puede ser incoherente o insuficiente de manera formal, puede ser irrazonable por una debilidad en la validez de sus razones para construir la premisa.

Precisamente, este es el caso del análisis del presente argumento, puesto que, la CCE cumple con un procedimiento formal para llegar a la conclusión de que la reelección indefinida no altera la estructura fundamental de la CRE, pero al mismo tiempo, la premisa normativa no parece haber sido edificada a la luz de las normas y fines constitucionalmente válidos.

- ii) ¿Es lógico que la CCE haya determinado que la alternancia no es parte constitutiva del Estado?

Uno de los problemas que tuvo la CCE al fundamentar su decisión fue concluir que la alternancia no es parte constitutiva del Estado. Para llegar a esa conclusión realizó el siguiente razonamiento:

- *Premisa normativa:* Los elementos constitutivos del Estado son los que se encuentran enunciados en los arts.1 al 9 de la CRE.
- *Premisa Fáctica:* La alternabilidad no se encuentra enunciada en los arts. 1 al 9 de la CRE.
- *Conclusión:* La alternabilidad no es un elemento constitutivo del Estado.

Nuevamente, la conclusión de la CCE es válida desde un punto de vista formal y netamente deductivo. Sin embargo, la justificación externa, es decir, aquella que hace referencia a la construcción de las premisas parece débil.

En lo particular, la conclusión de la CCE hubiese sido distinta si se consideraba que los elementos constitutivos del Estado no se definen únicamente por la expresa mención dentro de una disposición normativa que fue el análisis respecto de la razonabilidad. Por el contrario, es plausible que la alternabilidad pueda entenderse como un elemento constitutivo desde el contenido material de los caracteres enunciados del art. 1 al 9 de la CRE. Es decir, si aceptaríamos que la alternabilidad hace parte de los elementos de: “Estado Constitucional”, “Democracia” o “gobierno republicano”, la premisa normativa debería ser reformada, al igual que la premisa fáctica, quedando:

- *Premisa normativa:* Los elementos constitutivos del Estado son los enunciados y entendidos en los arts. 1 al 9 de la CRE.
- *Premisa Fáctica:* La alternabilidad se entiende dentro de los arts. 1 al 9 de la CRE.
- *Conclusión:* La alternabilidad si es un elemento constitutivo del Estado.

En definitiva, el razonamiento de la CCE puede ser lógico, aunque parece esconder un error de fundamentación o justificación externa al cometer errores en la construcción de las premisas.

- iii) ¿Es lógico que la CCE haya determinado que el proyecto no restringe derechos y garantías, sino que busca promoverlos al eliminar una injustificada prohibición?

El presente análisis resulta más complejo, dado que exigía mayor argumentación por parte de la CCE. En lo particular, si bien el máximo organismo de justicia constitucional del Ecuador no tenía competencia para realizar un análisis respecto de si el art. 144 era “inconstitucional” sino se limitaba a resolver si el proyecto restringía o no derechos elaboró un razonamiento que se pretende resumir en la siguiente estructura:

1er. Razonamiento:

- *Premisa normativa:* Todo derecho debe ejercerse de manera igualitaria y sin limitaciones institucionales injustificadas.
- *Premisa Fáctica:* Elegir y ser elegido es un derecho.
- *Conclusión:* Elegir y ser elegido debe ejercerse de manera igualitaria y sin limitaciones institucionales injustificadas.

2do. Razonamiento:

- *Premisa Normativa:* El art. 144 es una limitación a postularse a una nueva contienda electoral.
- *Premisa Fáctica:* Postularse a una nueva contienda electoral es parte del derecho a ser elegido.
- *Conclusión:* El art. 144 es una limitación al derecho a ser elegido.

3er Razonamiento:

- *Premisa Normativa:* El derecho constitucional a elegir es la capacidad de elegir a sus dignidades libremente.
- *Premisa Fáctica:* El art. 144 limita la capacidad de elegir a sus dignidades libremente.
- *Conclusión:* El art. 144 limita el derecho constitucional a elegir.

4to Razonamiento:

- *Premisa Fáctica:* La intervención de un derecho constitucional es razonable si se justifica en el ejercicio de otro derecho.
- *Premisa Normativa:* El límite a la reelección indefinida no se justifica en el ejercicio de otro derecho.
- *Conclusión:* El límite a la reelección indefinida no es una intervención razonable de un derecho constitucional.

5to Razonamiento:

- *Premisa Normativa:* Un proyecto reformativo que busca eliminar una limitación injustificada no restringe derechos.

- *Premisa Fáctica:* El proyecto de enmienda de reelección indefinida es un proyecto reformativo que busca eliminar una limitación injustificada
- *Conclusión:* El proyecto de enmienda de reelección indefinida no restringe derechos.

Estos razonamientos no conllevan errores lógicos – en el sentido formal –; mas bien, la CCE buscó que su razonamiento sea coherente con las premisas que habría construido, con lo cual, se podría decir que la conclusión final es totalmente válida y se deduce de las premisas. No obstante, es de notar que la justificación externa de cada una de las premisas normativas y fácticas es, por lo menos, cuestionable.

Respecto del primer razonamiento, se puede aceptar que existen razones válidas a la luz de la Constitución, para determinar como regla general que un derecho debe ser ejercido de manera igualitaria y sin limitaciones injustificadas. *En cuanto al segundo y tercer razonamiento*, es plausible concluir que el art. 144 que limita la reelección a una sola vez constituye una limitación al derecho a elegir y ser elegido.

Sin embargo, *sobre el cuarto razonamiento*, ni la premisa normativa ni la premisa fáctica parecen encontrar una justificación a la luz del texto constitucional de la argumentación de la CCE.

Las razones que habría proporcionado la CCE, habría sido que la limitación a la reelección no sería razonable o justificada, porque el presidente no tendría una ventaja real en la contienda electoral, dado que, existen normas constitucionales que limitarían el uso de recursos y comunicación en una contienda electoral; sin embargo, parece ser que la CCE se limitó a un análisis formal de la estructura y un supuesto control al presidente que pretenda reelegirse.

Sin embargo, no tomó en cuenta, a efectos de construir su premisa, que el presidente que se postula para una reelección tiene algunas ventajas normativas y otras fácticas (fácilmente comprobables) con respecto a los candidatos⁸⁴.

Adicionalmente, analizar la razonabilidad de una intervención en un derecho implica realizar un análisis de principios (Villaverde, 2008). Dentro del contexto constitucional,

⁸⁴ Véase el análisis respecto de la razonabilidad de la conclusión de la CCE sobre que el proyecto no restringe derechos sino los promueve.

es bien conocido que la CCE podría haber realizado un análisis de proporcionalidad⁸⁵ como criterio de aplicación racional de los derechos fundamentales en aparente conflicto (; & Bernal Pulido, 2008). En otras palabras, podría haber confrontado el derecho a elegir y ser elegido vs el derecho a la igualdad de los candidatos a presidente.

En otro sentido, la CCE podría haber estructurado su análisis respecto del conocido *test de igualdad* (Sentencia N.o 002-13-SEP-CC , 2013) , bajo el cual se puede examinar: i) si existe una situación de igualdad o analogía; ii) si existe una justificación para una distinción; iii) si la distinción es legítima; y iv) el test estricto de ponderación (Jesús Pérez, 2016).

En resumen, parece ser que la CCE construyó sus premisas con una superficialidad que denota un alto grado de discrecionalidad, sobre todo, considerando que podía utilizar métodos racionales como el juicio de proporcionalidad o el test de igualdad, con el objeto de justificar externamente su razonamiento.

2.3.2.4. ¿Cumple el Dictamen 001-14-DRC-CC con el requisito de comprensibilidad?

Por último, la CCE estaba obligada a mostrar claridad sintáctica en la redacción de su resolución con el objetivo de que el conglomerado social pueda comprender el contenido del Dictamen.

Al respecto, no existen mayores objeciones respecto del lenguaje utilizado por la CCE dentro del Dictamen 001-14-DRC-CC para pretender justificar su razonamiento. En líneas generales, no se entiende cómo la CCE confunde al igual que la CCPT entre “estructura fundamental de la Constitución” con “estructura fundamental del Estado”. Es decir, es claro el texto del art. 442 de la CRE, sin embargo, la CCE confunde el concepto y se manifiesta como un concepto incomprensible dentro del Dictamen 001-14-DRC-CC.

⁸⁵ La ponderación, según la doctrina, supone de manera general un método argumental y racional que utilizan los jueces y Tribunales Constitucionales como canon de control de intervención racional de un derecho. En la legislación ecuatoriana se encuentra reconocido en el art. 3 numeral 2 de la LOGJCC dentro del se determinan cuatro pasos a ser analizados: 1) fin constitucionalmente válido; 2) idoneidad; 3) necesidad; y 4) proporcionalidad propiamente dicha. Según este método, con la debida argumentación, se puede concluir si es que una diferencia o una intervención persigue un fin constitucional que sea adecuada (idónea) para afianzar este objetivo, menos gravosa entre todas las posibles (necesaria) y, al final, que exista un debido equilibrio entre la protección y restricción constitucional (proporcionalidad propiamente dicha). Vale mencionar, además, que la ponderación o juicio de proporcionalidad constituye un canon de revisión de la actividad legislativa, al mismo tiempo que, su inclusión en la argumentación de Cortes o Tribunales Constitucionales sirve como criterio de justificación de sus decisiones.

Adicionalmente, en el último párrafo de la resolución es del todo confuso. En efecto, la CCE hace alusión a “ciertos *amicus curiae*” manifestando que: “*han pretendido erróneamente asumir que la doctrina pueda ser una fuente directa de obligatoria remisión u observancia para esta Corte*” (2014, pág. 66).

A criterio de la CCE, los contenidos dogmáticos se producen en un contexto geográfico y social determinado por lo que deben ser tomados en cuenta en su dimensión contextual. Sin embargo, parece decir que la doctrina no podría ser el parámetro de evaluación de un país:

“La doctrina, en tanto fuente auxiliar del derecho, cuenta con un efecto general o abstracto, es decir, no se puede asumir en un erróneo ejercicio de derecho comparado, cualquiera sea su postulado, éste deba ser el parámetro de evaluación de una institución perteneciente al ordenamiento jurídico constitucional de un país.”

En suma, la CCE, de manera confusa, luego de haber resuelto decide hacer referencia a documentos del expediente presentados por terceros en la causa que no parecen ser pertinentes dentro del análisis.

Recapitulando, la CCE estaba obligada a respetar los propios estándares de motivación impuestos por ella misma. Sin embargo, parece haber construido un razonamiento con corrección formal, pero que en cuanto a la validez de las premisas con respecto al ordenamiento jurídico dejan mucho que desear. En otros términos, si bien su decisión deduce de las premisas, no logró construir y justificar externamente su decisión. Por el contrario, el estándar de razonabilidad que exige, justamente, el mayor de los métodos de interpretación y argumentación es el que aparece más débil en este dictamen.

A partir de este análisis, se puede decir que la CCE desnaturalizó su deber de guardián de la CRE y su obligación de justificar sus decisiones. El rol de la Corte exigía una defensa de la CRE y un control debido al poder de reforma a través de los límites. Sin embargo, la CCE incurrió en algunos errores:

- 1) Sin tener competencia, realizó un control de fondo declarando la inconstitucionalidad de la propia CRE.
- 2) No logró definir correctamente los límites al poder de enmienda y reforma de la Constitución.
- 3) Como consecuencia, el análisis del proyecto reformativo fue superficial para algunos límites como: la estructura fundamental de la CRE y los elementos

constitutivos del Estado. Por el contrario, en cuanto a los derechos, sin un examen racional (ponderación o test de igualdad) concluye de manera simple que el proyecto promovería derechos.

- 4) Con un déficit argumental y análisis simplificado, determinó que el proyecto reformativo debía seguir la vía más simple de modificación de la CRE.
- 5) Por último, en uno de los casos que más se exigía de la CCE, en donde la tensión política ejercía mucha presión en el sistema de justicia constitucional, la CCE prefirió la deferencia frente a la argumentación y al apego al Derecho.

CAPÍTULO 3

3. CATARSIS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA: PAUTAS DE UNA CORTE CONSTITUCIONAL DELIBERATIVA EN EL ECUADOR.

“...si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego, no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar... discutir implica estar abierto a aprender de aquel con quien discutimos; que una democracia constitucional no debe tolerar nunca el abuso de la fuerza, así se trate, por supuesto, de la fuerza abrumadora, estrepitosa, aplastante de los números”. (Gargarella, Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución, 2008)

Introducción

El grado de legitimidad en el que se toman las decisiones es criticado día a día en las sociedades contemporáneas. Parte del sistema de autogobierno, incluye a la justicia constitucional como el filtro llamado a examinar los actos del poder y contrarrestar su contenido y formal con la Constitución. No obstante, el poder judicial mantiene igual o mayores críticas de legitimidad.

En lo principal, la existencia de un guardián de la Constitución presupone una institución encargada de velar por la norma fundamental que es presupuesto formal y material de la sociedad. Esta dura tarea, exige que el proceso de judicialización de las decisiones públicas se encuentre bajo un ejercicio legítimo de sus competencias. Esto supone, que las Cortes puedan a través de distintos métodos legitimarse.

En otros términos, si la función de defensa e interpretación de la Constitución les ha sido encomendada a los jueces, estos deberán mostrar procesos argumentativos, un control de la participación, inclusión de las minorías al debate, entre otras cosas, con el objetivo de mostrar que el proceso democrático tiene sentido en la opción judicialista⁸⁶

⁸⁶ Se entiende por “opción judicialista” un sistema reforzado de revisión judicial o control constitucional a la actividad legislativa, así como, la limitación y estructuración de los derechos fundamentales. Además,

(López Hidalgo, 2018). Es decir, que el sistema de justicia constitucional es fiel a su cometido y que, a través de los mayores esfuerzos, se puede legitimar la función del Control en armonía con las críticas que pesan sobre esta institución.

Por su trascendental posición en el Estado constitucional democrático, las Cortes, sin embargo, nunca dejarán de estar sujetas al escrutinio y mirada pública. Por el contrario, a raíz de posiciones reflexivas es que la justicia constitucional puede construirse como una herramienta eficaz y legítima dentro de la estructura estatal, más que como un aparente defecto democrático del sistema.

Actualmente, el guardián de la Constitución, en su papel de integración y reflexión social, no debe dejar de lado la práctica deliberativa y dialógica de la justicia; dentro de la cual, es posible perseguir un ideal teórico que haga del control un proceso más legítimo, beneficioso y eficaz.

Dentro de este capítulo se conceptualizará el ideal de la democracia deliberativa como una concepción particular de la democracia que se opone a la versión agonal y de mercado que se ha mantenido en los últimos tiempos. Esta visión, contiene algunos caracteres interesantes que buscan que el proceso político sea más equitativo, razonable y, por ende, legítimo.

A partir de esta idea, la justicia constitucional puede ser el promotor del diálogo democrático y garantizar la inclusión de algunas modalidades que promuevan la deliberación equitativa, participativa y argumentativa.

Por último, con una mirada puesta en el futuro, se analizará algunos recursos dialógicos y deliberativos que la CCE podría haber utilizado en la resolución del Dictamen 001-14-DRC-CC; así, se podrá determinar algunos ideales para que la justicia constitucional de turno pueda tomar en cuenta para que, de acuerdo a su ardua labor, puedan defender la Constitución ecuatoriana con mayores herramientas ante los procesos de tensión que, seguramente, vivirá el país en las próximas generaciones.

3.1. Una apuesta por la democracia deliberativa en el contexto de la justicia constitucional.

comprende este concepto, que la Legislatura se ve debilitada por las fuertes competencias de los órganos que ejercen la revisión judicial.

Si bien el análisis hasta ahora teorizado refleja la posición jurídica de la CCE como garante de la Constitución, gran parte de la discusión vuelve a sus inicios: el problema de la legitimación de su ejercicio. En tal sentido, no puede desconocerse el aporte que puede tener la justicia constitucional al desarrollo de la democracia.

La democracia es el sistema de gobierno más utilizado en el mundo. Sin embargo, su conceptualización está lejos de encontrar un acuerdo. Por ejemplo, se conoce, entre otras, a la democracia directa, representativa, participativa, formal, liberal, burguesa, popular, populista, pluralista, elitista, orgánica, etc. (Velasco Arroyo, 2003); de esta manera, el término parece encontrarse diluido.

No obstante, lejos de admitir que la palabra «democracia» es dicha con cierta inercia en el mundo político, la discusión respecto de la democracia debe ser tomada desde el ámbito normativo y teorizada como el ideal regulativo (estado de cosas ideal) que pretenden alcanzar las sociedades en sus procesos políticos (Martí, 2007).

Así visto, la filosofía política⁸⁷, ha corroborado a desarrollar diversas concepciones de la democracia, entre las que resalta la *democracia deliberativa* como un ideal de legitimación de las decisiones públicas de una sociedad (López Hidalgo, 2018, pág. 57).

Esta noción particular de democracia, hace referencia a un modelo teórico ideal que busca imparcialidad en las decisiones a través de procesos de deliberación racional y en condiciones de igualdad que se opone a la negociación (en inglés *bargaining*) y al principio del voto (Martí, 2006, pág. 41-52)⁸⁸.

Así, se muestra como un proceso de toma de decisiones que busca la participación directa e indirecta de todos los afectados o potencialmente afectados por la decisión; además, presupone que el diálogo debe ser realizado en condiciones equitativas y libres

⁸⁷ Entro los más grandes teóricos de este particular modelo se encuentra Joshua Cohen, Carlos Nino, John Elster, Jurgen Habermas y John Rawls, entre otros.

⁸⁸ Con mayor profundidad, puede decirse que el principio de argumentación promueve que las decisiones sean tomadas bajo un criterio de imparcialidad que procura el bien común y no el bien particular. A contrario sensu, según la teoría de la democracia deliberativa, la negociación y el voto – propias de una visión pluralista, de mercado o agonial de la democracia – se encuentran más relacionados con las preferencias individuales (particulares) antes que las generales.

de toda coerción, como una premisa que viabilice un verdadero intercambio de ideas (López Hidalgo, 2018, pág. 59).

Adicionalmente, este modelo busca generar que existan canales adecuados para agregar información al proceso de deliberación, como afirma Gargarella:

“La deliberación, en segundo lugar, resulta importante por su función «positiva», al facilitar el enriquecimiento de nuestros juicios proveyéndonos de información y ayudándonos a ampliar el panorama de nuestras posibilidades. En este sentido, por ejemplo, podría sostenerse que muchas veces descartamos ciertas opciones, simplemente por no conocer su existencia o por ignorar la validez de las mismas. La discusión, en este sentido, también puede resultarnos de gran utilidad.” (2011, pág. 179)

En este mismo sentido, la discusión puede corroborar a eliminar prejuicios, errores de interpretación o malentendidos, de manera que, puede colaborar a que una decisión exista un contraste de ideas y promueva el consenso de mejor manera (Gargarella, 2011, pág. 179).

En suma, la democracia deliberativa descansa en algunos supuestos que han sido resumidos por Aienza (2013, pág. 40 y ss):

1. *Ideal regulativo*: que presupone la deliberación y argumentación como mecanismo de toma de decisiones imparciales en una sociedad; con lo cual, su perspectiva utópica determina un postulado: mientras más se alcance la realidad a esta concepción, mayor grado de legitimidad existirá en una decisión pública.
2. *Modelo alternativo*: al oponerse a otros modelos de democracia que promueven la simple agregación de voluntades, la “paz armada” o concepción agonial, de mercado, entre otras.
3. *Interés de los ciudadanos*: la democracia deliberativa se construye desde el interés particular (intersubjetivo) hasta conseguir el interés general.
4. *Principios deliberativos*: argumentación, procedimiento colectivo, publicidad, procedimiento abierto, continuo, libertad e igualdad de los participantes.
5. *Fuente de legitimidad*: tanto más cuanto se respete el proceso deliberativo la decisión será legítima.
6. *Valor epistémico*: busca garantizar el mayor grado de corrección en el proceso político, al mismo tiempo que, promueve el respeto a ciertos valores sustantivos como la dignidad humana, autonomía e igualdad.

7. *Compatibilidad con diferentes posturas*: el ideal de la democracia deliberativa es compatible con su versión elitista y republicana.
8. La mejor forma de democracia deliberativa es la republicana porque promueve un respeto formal y sustantivo a la toma de decisiones.

En definitiva, este modelo procura generar el escenario adecuado para alcanzar una solución racional, argumentada, contrastada, informada e imparcial; luego, esto permitirá que las cuestiones públicas más trascendentales puedan obtener un grado alto de legitimidad a través de un proceso dinámico de la formación de la voluntad particular y general de una sociedad.

Vale decir, este modelo ha sido caracterizado de utópico, elitista y difícilmente realizable (Martí, 2006, pág. 26) por gran parte de sus críticos, puesto que, se torna de difícil comprensión que en todo procedimiento pueda garantizarse condiciones de libertad u acceso avanzado a información, o que pueda generarse siempre un consenso que se haya formado por un prolijo debate argumental. En otros términos, los detractores, dirían que la realidad es del todo disímil y que el ideal deliberativo no sería factible en las sociedades tal cual se desarrollan (Martí, 2006, pág. 27).

Pese a las críticas, los teóricos de la democracia deliberativa promueven las objeciones en su favor; es decir, han servido de criterio para mejorar su estructura y depurar sus defectos (López Hidalgo, 2018, pág. 62).

Ahora bien, ¿Qué papel tiene la democracia deliberativa en el control constitucional? ¿cómo configurar los ideales de esta doctrina dentro de los máximos intérpretes de la Constitución? ¿cuál es el aporte de la deliberación democrática a la revisión judicial? ¿es la justicia constitucional la que puede aportar al diálogo institucional? ¿Qué componentes de este modelo pueden definirse en las Cortes?

Considerando que es casi imposible ignorar el papel de los Tribunales y Cortes constitucionales en los procesos democráticos – pese a sus tensiones – no podía quedar fuera la justicia constitucional dentro del esquema de la democracia deliberativa. Antes bien, la idea general reposa en que las Cortes son la institución que procura corrección en las deficiencias del sistema deliberativo; como apunta Niembro Ortega:

“...en la medida en que el proceso democrático y las instituciones representativas no pueden satisfacer todos los requerimientos de la constitución ideal, los tribunales tienen la tarea de

fortalecer el proceso deliberativo y lidiar con patologías especiales de las instituciones democráticas. En este sentido, la justificación de la justicia constitucional (siempre sin supremacía judicial) en una democracia deliberativa está condicionada a los aportes que haga al proceso de deliberación” (Niembro Ortega, 2017, pág. 278)

Así, las Cortes desde su posición especial podrían aportar resoluciones que tiendan a mejorar “moralmente” las resoluciones, en el sentido, de que sean correctas con los fines constitucionales (Kavanagh, 2003, pág. 60). Adicionalmente, mejorar la deliberación por parte de la justicia constitucional, consistiría en garantizar la participación de quiénes no formaron parte del debate previo o, en su defecto, las Cortes dentro de su competencia aportarían con razones que no pudieron ser consideradas de inicio en un deber de “representar” a los no representados (Niembro Ortega, 2017, pág. 278).

Para Gargarella (2008) el papel del poder judicial dentro del proceso deliberativo es de “garante y motor” de la discusión colectiva. Lo que implicaría, que la justicia constitucional se mantenga abierta a la deliberación, antes que pretender imponer su visión o “última palabra” respecto de lo constitucionalmente relevante⁸⁹.

Desde este punto, el papel de garante de la Constitución y la función integradora dentro de la deliberación pública que mantienen las Cortes parece tomar una variante interesante; una Corte Constitucional, en su posición particular, debe optar por la “modestia” y proponer, desde sus competencias, el respeto a los principios del debate participativo, dialógico, argumentativo, libre, igualitario, etc., como afirma enfáticamente Gargarella:

“Ser motor y garante de la discusión pública requiere de los jueces la asunción de un papel más modesto - acorde con sus capacidades y su legitimidad- pero al mismo tiempo un papel crucial dentro del proceso de toma de decisiones democrático: ellos deben ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; deben forzar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones; deben poner sobre la mesa pública argumentos o voces ausentes del debate; deben impedir que quienes están en control del poder institucional prevengan a quienes están afuera del mismo a que participen de él y lleguen a reemplazarlos; deben impedir que desde los órganos decidores se tomen no fundadas en argumentos –decisiones que sean la pura expresión de intereses de grupos de poder . Actuando así, los jueces promueven un objetivo importante: el diálogo democrático. Y dicho fin, además, puede y debe lograrse por medios también dialógicos, es decir, ofreciendo argumentos, creando foros de debate, organizando comisiones para la discusión de temas públicos, etc.” (Gargarella, 2008)

⁸⁹ Se utiliza esta expresión propia para resumir los conflictos constitucionales que la doctrina ha sabido clasificar en horizontales (funciones) y verticales (con los ciudadanos). Así, se engloba cualquier tipo de problema, siempre y cuando, desde la concepción básica sea relevante con la Constitución. Así, se podrán incluir aquellos conflictos que directamente derivan de la carta fundamental o aquellos que pueden entenderse de manera más mediata.

En suma, si se acepta el modelo deliberativo de la democracia constitucional deliberativa, el concepto de Guardián de la Constitución debe atenuarse. De esta forma, las Cortes no sólo cumplen con la tarea del control (en sentido estricto) sino que esta competencia ha de ser acorde con una revisión que aporta al diálogo, no aquella que lo termina; en otras palabras, las Cortes, se encuentran obligadas a utilizar las formas dialógicas para garantizar mayor legitimidad en el sistema de toma de decisiones. Solo así, entonces, la justicia constitucional cobra un sentido favorable y funcional en este ideal normativo.

En este contexto, el significado de guardián de la Constitución cobraría sentido en la medida en que pueda enriquecer el proceso deliberativo y la promoción de los derechos fundamentales, al mismo tiempo que, no se le otorgue una posición privilegiada o elitista dentro de la discusión constitucional; por el contrario, las Cortes aportarían siendo un filtro de revisión argumental al debate y un control de la participación de minorías en el mismo.

Así, la revisión judicial dialógica parece una opción que sea acorde con la democracia deliberativa, en tanto, no existiría una instancia única en el proceso de garantizar los derechos e interpretar la Constitución, sino que, deberá promover el diálogo entre los demás poderes, con el objetivo de alcanzar decisiones más razonables y más justificadas en beneficio de la colectividad (Tushnet, Revisión judicial dialógica, 2014).

En lo particular, parece ser que de acuerdo a este ideal, ni los legisladores ni los tribunales tienen una posición preferencial ante la toma de decisiones o respecto de la “última palabra” en lo constitucionalmente relevante. Por el contrario, como indica Niembro Ortega:

“En efecto, para muchos deliberativistas los tribunales son el foro adecuado para el debate sobre los derechos, en tanto sus rasgos institucionales les darían una ventaja epistémica especial para interpretar mejor las cláusulas abstractas que contiene la Constitución, reflejar la opinión pública más deliberada, etc. De esta forma, suele hacerse una división de la deliberación constitucional correspondiendo al legislador las consideraciones utilitaristas y políticas y a los jueces las filosóficas. En mi opinión, esta separación debe ser rechazada, pues si bien los legisladores y jueces se mueven en contextos institucionales distintos y tienen (algunos) incentivos diferentes, sus procesos de decisión no se contraponen, ni pueden asegurarnos que éstos hagan un mejor trabajo constitucional.

De esta forma, no resulta pertinente calificar al parlamento como el lugar en el que se garantiza la igualdad electoral y a los tribunales constitucionales como sedes que prometen la igualdad deliberativa. Como no es adecuado considerar que el Tribunal Constitucional ostenta la representación argumentativa de los ciudadanos y el Parlamento la representación política.” (Niembro Ortega, 2017, pág. 280)

En definitiva, podría entenderse que no existe un lugar más o menos “adecuado” para la interpretación constitucional y/o la promoción de los derechos fundamentales; sino que, a pesar de una revisión fuerte o débil⁹⁰, ambas instituciones procuren un proceso normal de diálogo que facilite el buen gobierno y soluciones prácticas para los problemas sociales (Tushnet, 2014; 2006 & 2008).

Concretamente, algunos Tribunales Constitucionales han utilizado prácticas dialógicas que han traído resultados favorables en términos procedimentales y sustantivos. Por ejemplo, la doctrina hace referencia a los mecanismos utilizados por parte de la Corte Constitucional colombiana en las sentencias ST-153 (1998) y ST-025 (2004).

En el primer caso, la CCC ante un grave y masivo caso de hacinamiento carcelario en Colombia, través de la doctrina del “*estado de cosas inconstitucionales*”⁹¹, la CCC dio un tiempo de cuatro años a varias autoridades competentes en el servicio penitenciario de Colombia (Ministerio de Justicia, Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario, entre otros) que realicen una planificación con el objeto de remediar la difícil situación que se vivían en las cárceles de ese país. De esta manera, antes de imponer una visión o resolución particular, la CCC optó por definir parámetros normativos que debían cumplir las instituciones ejecutivas a efectos de procurar los fines constitucionales en esa especial situación de vulneración (Sentencia T-153/98, 1998).

En el segundo caso, la CCC declaró nuevamente un estado de cosas inconstitucionales con respecto a personas internamente desplazadas (PID) (Sentencia T-025/04, 2004), ante lo cual, ordenó al gobierno central elaborar una planificación urgente para superar la

⁹⁰ Según la concepción de Tushnet una *revisión judicial fuerte* (control constitucional fuerte) se entiende como la actividad de control que determina como de última instancia la interpretación que cierta Corte o Tribunal haya dado a un conflicto constitucional en particular. Este modelo de revisión judicial suele identificarse con la de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por el contrario, el *modelo débil* de revisión judicial, como es el caso canadiense, promueve una revisión de las decisiones de la legislatura, sin dejar por sentado que la interpretación del poder judicial sería la única correcta; por el contrario, permite que el Parlamento realice su propio ejercicio interpretativo de la Constitución. En efecto, se puede mencionar uno de los casos más conocidos en la justicia dialógica como la inclusión de la “notwithstanding clause” que, en primer plano, permite que ciertos derechos encuentren limitaciones demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática y, por otro lado, que el poder legislativo pueda extender la vigencia de una ley por períodos renovables de cinco años sin que la justicia constitucional tenga competencia para revisarlo.

⁹¹ El “estado de cosas inconstitucional” supone, a criterio de la CCC y desarrollado a través de su jurisprudencia, la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas instituciones públicas con el objeto de atender y reparar los de orden estructural.

emergencia humanitaria; adicionalmente, la rama ejecutiva, por orden de la CCC, debía planificar y adecuar el presupuesto para sobrellevar el problema indicado; y, por último, le ordenaba a la administración respetar el contenido esencial de los derechos de las personas desplazadas. A través de este fallo, como afirma Rodríguez Garavito, la CCE :

“...adoptó un enfoque más procedimental y dialógico al dejar que el gobierno decidiera el contenido de los programas para las PID (personas internamente desplazadas) y la financiación requerida para llevarlos a cabo. Sin embargo, al mismo tiempo estableció plazos estrictos y una orden orientada hacia los resultados que le requería al gobierno que comenzara a proteger en el corto plazo los derechos más básicos de los PID (seis meses)” (Rodríguez Garavito, 2014, pág. 235).

Desde otro punto, la Corte Suprema de Argentina en la causa “Mendoza”⁹² habría utilizado mecanismos alternativos e informales que procuraron un proceso constructivo, pedagógico y participativo. Como apunta Bergallo (2014) los efectos de la sentencia que ordenaba una planificación y ordenamiento ambiental del territorio alrededor del río contaminado, habría tenido respuestas positivas en el sector industrial, en las instituciones públicas ante el tratamiento del derecho a la salud y, por supuesto, en los tribunales inferiores quienes utilizaron los propios recursos de la Corte Suprema en el tratamiento judicial de los derechos sociales.

Desde otra perspectiva, se ubican también dentro de las prácticas dialógicas el “derecho a la consulta previa, libre e informada” prescrita en el art. 57 numeral 7 y 17 de la CRE (2018), la inclusión de los *amicus curiae*, y la promoción de audiencias públicas para incluir a ciertos sectores relegados en el tema debatido (López Hidalgo, 2018).

Ante estos ejemplos prácticos, vale rescatar que el ideal dialógico de la justicia constitucional promueve que ha de guiarse todo proceso político y jurídico conforme con los principios de deliberación, participación, argumentación, igualdad de condiciones, entre otros. Es decir, desde la función parlamentaria hasta la actividad misma del control, exigirá que se procure el desarrollo de la práctica deliberativa y dialógica.

Como afirma Ferreres Cormella citado por López Hidalgo (2018, pág. 69) en la medida en la que:

⁹² Un proceso judicial producto de varios daños medio ambientales que tenían causa en varios desechos industriales que se habrían arrojado en el río Matanza-Riachuelo ocasionando una contaminación seria en sus aguas.

“el sistema de justicia constitucional esté organizado de tal modo que permita la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria, el proceso judicial tiene una ventaja deliberativa respecto del proceso político democrático”

A partir de este argumento, si bien el sistema deliberativo puede ser visto desde una concepción holística o integral en la que nadie cuenta con privilegios epistémicos, las Cortes podrían, por sus propias competencias y tal cual se estructuran, hacer uso de su posición ventajosa en el proceso deliberativo.

Es decir, dado que ejercen su tarea del control abstracto, preventivo, concreto, consultivo, etc., tienen la posibilidad de: a través de jurisprudencia guiar la actividad legislativa de manera que se respeten los filtros del debate, lo que puede procurar una mejor calidad de las leyes (Niembro Ortega, 2017, pág. 287).

Adicionalmente, frente a casos en los que se haya notado una deficiencia en la participación, podrá brindar pautas que insten a la legislatura y los poderes administrativos a aplicar prácticas que puedan ser más inclusivas. filtrar el debate, construirlo de mejor manera, verificar la participación, auditar sus contenidos sustantivos cuando puedan restringir principios materiales, entre otras actividades (Niembro Ortega, 2017, pág. 288).

Por último, las Cortes dentro del sistema deliberativo “*pueden ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados*” (Niembro Ortega, 2017, pág. 297). Es decir, las Cortes pueden ser el canal de voz de las minorías que no han tenido respuesta legislativa o que, de una u otra forma, no son representados en la Asamblea, como el caso de la protección de derechos de los extranjeros.

Cabe recalcar, que la justicia constitucional mantiene el deber de elevar la calidad del diálogo y promover la discusión de asuntos especialmente controvertidos dentro de una sociedad (Niembro Ortega, 2017). Sólo así, ante la inacción de la legislatura o la administración central, se pueda tomar acciones en contra del *establishment* de ciertas concepciones no válidas a la luz de la Constitución, como puede ser el reconocimiento judicial de los derechos de minorías como los grupos LGBTI, entre algunos casos.

En resumen, la tarea del control constitucional, puede encontrar recursos y resultados valiosos en la teoría de la Democracia deliberativa que promueven una estructura

argumentativa y de debate, respetando valores sustantivos tratando de romper con el paradigma de la prevalencia de una concepción agonal del sistema político en que los poderes pretenden mantener una posición de invasión y control del otro, antes que, procurar soluciones conjuntas (Gargarella, 2014)⁹³.

Desde este punto, ¿con qué recursos cuenta la CRE? ¿cómo se puede ejercer la justicia dialógica desde el modelo ecuatoriano? ¿qué mecanismos podría haber adoptado la CCE en el control de la reforma constitucional? ¿se exigía de la CCE una mayor promoción del diálogo en el caso de la reelección indefinida? ¿valoró la CCE los recursos con los que contaba para resolver un proceso de tensión política que requería la mayor diligencia por parte de este organismo? ¿se puede realizar una crítica a la gestión de la CCE en el caso de la reelección indefinida desde la concepción dialógica de la justicia?

3.2. “Volver al futuro” un análisis de ciertos mecanismos que se podían haber utilizado para resolver adecuadamente el dictamen de constitucionalidad de la enmienda propuesta por el legislativo para la reelección indefinida:

“...De esos laberintos circulares lo salva una curiosa comprobación, una comprobación que luego lo abisma en otros laberintos más inextricables y heterogéneos: ciertas palabras de un mendigo que conversó con Fergus Kilpatrick el día de su muerte, fueron prefiguradas por Shakespeare, en la tragedia de Macbeth. Que la historia hubiera copiado a la historia ya era suficientemente pasmoso; que la historia copie a la literatura es inconcebible...” (Borges, Tema del traidor y del héroe, 1016)

Por más que a muchos les gustaría volver al pasado para rever ciertas decisiones mal tomadas o ciertas circunstancias que puedan suponer un poco de arrepentimiento, esto no es posible (todavía) en el mundo real. Sin embargo, en el universo de la literatura y la doctrina todo es posible y realizable. En el mundo de los cuestionamientos filosóficos,

⁹³ Sobre esta concepción, puede manifestarse que el paradigma clásico presupone la estructura política desde la vieja fórmula del “*check and balances*”, mientras que la deliberativa se opone a que la política funcione a través de un auto control del gobierno con mecanismos como la muerte cruzada, los vetos presidenciales, etc., desde otra concepción, el modelo dialógico no exige lucha, negociación o simple mayoritismo; sino exige soluciones integralmente concebidas, decisiones argumentales y procesos de verdadera discusión entre iguales y los potencialmente afectados. Es decir, procuraría que la discusión se aleje de las élites y trascienda a los verdaderos partícipes.

la idea del tiempo o el espacio no merece mayor importancia, la pregunta – después de todo – es el objetivo y fin.

Lejos de reconocer respuestas, en esta sección se tomará la osadía de prescindir de las circunstancias temporales y espaciales para poder evaluar ciertas acciones u omisiones de la CCE en la resolución del Dictamen 001-14-DRC-CC. A través de este desafío, se pretende construir conclusiones y recomendaciones respecto de la posición jurídica del guardián constitucional en el marco de un ideal deliberativo de toma de decisiones del Ecuador.

De primera mano, vale repasar que la CCE resuelve un problema de gran tensión política como es la reforma a la Constitución (Pérez Royo, 1986). Además, en la especie, la CCE se encuentra llamada a verificar el procedimiento para modificar la CRE respecto de un límite a la reelección presidencial que prescribe únicamente un período de reelección por una ocasión (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014).

Ante este complejo proceso, los argumentos – predominantemente – buscaban el continuismo del régimen político de turno y una instauración de las bases del partido oficialista en el sistema institucional del Ecuador; por el contrario, sectores opuestos, manifestaron el rechazo al proyecto, puesto que, a su criterio el proyecto pretendería modificar las bases estructurales del sistema constitucional, democrático, republicano y los derechos de las minorías políticas que se encontrarían en desventaja frente un presidencialismo que podría – teóricamente – posicionarse de manera privilegiada frente a la oposición (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015).

Además, desde el aspecto procedimental, el proyecto de modificación constituía una propuesta ambiciosa, dado que pretendía utilizar el mecanismo menos garantista y más rápido para modificar la CRE: la enmienda parlamentaria.

Ahora bien, conocidos los resultados del Dictamen y las justificaciones de rigor (o no tanto) que habría mantenido la CCE⁹⁴, las preguntas que caben son ¿la CCE facilitó la corrección de la deliberación? ¿en este específico caso, podría entenderse como una corte deliberativa y dialógica? ¿la CCE procuró respetar la deliberación? ¿ejerció

⁹⁴ Para una relectura de los argumentos y las decisiones puede verse Capítulo II, acápite 2.1.2.

mecanismos, dentro de sus competencias, que persigan el ideal normativo de la deliberación?

El Dictamen en favor de la enmienda para eliminar el límite a la reelección indefinida es un gran recurso para realizar un examen y crítica al deber ser de una Corte Constitucional en su posición de garante de la norma fundamental, considerando que constituye una resolución que tensionaba con los ideales políticos de una mayoría que pretendía consolidar un proyecto versus ciertos límites determinados en la norma fundamental.

En lo principal, si bien el trámite se encuentra altamente regulado en la CRE y LOGJCC, con lo cual, no hay un margen del todo discrecional para la resolución de la CCE, se puede encontrar que el Dictamen supuso algunas tensiones y otras desilusiones.

En el ideal deliberativo, se espera que el principio de la argumentación prime sobre el principio del voto y la negociación (Martí, 2006). En efecto, al seno de la propia Corte y desde una visión macro del sistema democrático parece ser que la argumentación no tuvo mucho protagonismo sino desde una perspectiva formal.

Si bien de conformidad con el art. 12 de la LOGGJC (2009) se aceptaron varios *amicus curiae* que fueron mencionados en el Dictamen 001-14-DRC-CC (2014), no hubo mayor contraste de posiciones jurídicas dentro de la resolución. Por el contrario, lejos de realizar una construcción elaborada de cada supuesto analizado, la CCE parece haber simplificado el análisis obviando la justificación⁹⁵.

En otros términos, el criterio de razonabilidad (justificación externa), que presupone un grado fuerte de interpretación y del mayor contraste de ideas en los casos difíciles (Atienza, 2013), fue el punto más débil de la CCE. Al punto que, una de las conclusiones del análisis que precedió a este capítulo, logró evidenciar que la CCE no proporcionó razones válidas con el texto constitucional en la conclusión de que el proyecto no alteraría la estructura fundamental de la Constitución, los elementos constitutivos del Estado o no restringiría derechos⁹⁶. Es decir, el análisis específico que debía realizar la Corte.

⁹⁵ Véase el Capítulo II, acápite 2.2.3.2. respecto del análisis lógico.

⁹⁶ Ver Capítulo II, acápite 2.2.3.1. respecto del análisis de razonabilidad.

En realidad, lejos de remediar las patologías (López Hidalgo, 2018) del sistema parlamentario ecuatoriano, que supuso una imposición del voto mayoritario de la Asamblea, falló en su obligación de atribuir corrección en la carga argumentativa de la propuesta. Así, se pudo analizar que la interpretación de los límites constitucionales tuvo una lectura literal y no amigable con la integralidad del texto, lo que trajo como consecuencia una disfuncionalidad de la resolución y ciertos errores que costaron al proceso deliberativo en gran manera.

Lo dicho, guarda relación estrecha con la obligación de fungir como garante y promotor del diálogo y de la participación minoritaria (Gargarella, 2008). En efecto, si la CCE tiene la obligación de igualar las condiciones del debate, en su Dictamen reflejó una deferencia total con el legislativo y una falta de inclusión de los sectores de oposición que podían aportar argumentos e información para considerar que esta propuesta podía mostrarse como inviable a través de la modificación sino, únicamente, posible a través de una Asamblea Constituyente (revisión integral de la Constitución).

Luego, este Dictamen recibiría duras críticas por parte de un sector de la doctrina constitucional latinoamericana. Bernal Pulido (2015) con base en una concepción de la democracia deliberativa y del Estado Constitucional, llegaría a la conclusión que la CCE desnaturalizó la forma en que la CRE estructura el sistema dialógico de toma de decisiones.

A criterio del constitucionalista colombiano, desde la concepción positivizada de la democracia deliberativa – que se deduce de la CRE de acuerdo a su régimen de participación y toma de decisiones –:

“...para que cualquier ejercicio del poder constituyente derivado sea legítimo, este poder debe pretender conservar o mejorar el sistema político adoptado por el poder constituyente originario, si este es un sistema correcto. De ello se sigue que el contenido de las reformas constitucionales no puede ser incompatible con el propósito de conservar o robustecer de la democracia deliberativa. La conclusión es que el contenido de las reformas constitucionales no puede desfigurar ninguno de los derechos fundamentales específicos ni los procedimientos que hacen posible que el sistema político institucionalice una democracia deliberativa” (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015, pág. 48)

Así, desde una visión normativa y conceptual, la propuesta sería una manifestación de hiperpresidencialismo⁹⁷ que, lejos de fomentar el ideal deliberativo, contribuiría a la preeminencia de la función ejecutiva sobre el resto de funciones, manifestándose, un desequilibrio en el principio de separación de poderes, los derechos de las minorías y, en definitiva, el Estado de Derecho (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015).

En otras palabras, si el sistema ecuatoriano que ya se entiende hiperpresidencialista, encuentra un mecanismo que fortalece esta complicada estructura, esto daría paso a lo que Chalco Salgado determina como: “*el debilitamiento a la república y principio democrático que rebasan el sólo intento de generar una mayor estabilidad del régimen que ostenta el poder político de turno*” (Chalco Salgado J. , 2018).

Desde otra perspectiva, el ideal deliberativo espera que las Cortes promuevan la toma de decisiones desde una visión imparcial. Sin embargo, la CCE se habría dejado llevar por el falso ideal democrático de la mayoría y el pueblo, para romper el principio de la impersonalidad de las normas para viabilizar un proyecto que tenía por objeto la reelección de una persona: Rafael Correa (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015).

Es decir, si los procesos políticos deben tomarse con base en la construcción de intereses intersubjetivos (Atienza, 2013) que luego se transforman en colectivos, de ninguna manera podía haberse permitido que el partido oficialista cambie las reglas de Derecho en beneficio de su propio provecho (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015; Landau, 2013).

Por si fuera poco, la CCE habría adoptado la falacia del interés general en favor del principio mayoritario y en contraste al principio argumentativo y deliberativo. Así, la Corte presupondría que la reelección es una cuestión fáctica que se materializa con la libre elección del pueblo y, por lo tanto, no exige un límite injustificado (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014). Dejando de lado siglos de teorización respecto de la alternancia y el principio republicano (Chalco Salgado J. , 2018), concluiría que la reelección favorecería al electorado y la libre participación.

⁹⁷ Se entiende por hiperpresidencialismo, la configuración de un poder ejecutivo con amplias atribuciones que parece disminuir, normativamente (y presupone que en la práctica también lo hace) la preeminencia del poder legislativo y judicial. Es decir, según los teóricos políticos, constituye una circunstancia que limita la democracia en vez de fortalecerla.

Frente a la posibilidad de agregar información al debate e incluir argumentos que talvez no se habían previsto en el proceso deliberativo, la CCE parece haber tomado una postura superficial, limitándose a referencias a algunas disposiciones normativas. Por ejemplo, concluyó que la reelección indefinida no pondría en una posición de ventaja al candidato oficialista frente a las minorías, dado que, la CRE prohibía un uso de los recursos y medios públicos, entre otras cosas, para el proceso político (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014).

Sin embargo, dejó de lado un análisis sistemático y empírico de la situación, en donde, fácilmente se puede concluir que el presidente ecuatoriano, tal cual está planteado el sistema, posee amplio control y preeminencia sobre los otros poderes, inclusive con facultades colegislativas y reglamentarias (Chalco Salgado J. , 2017). Es decir, no sólo no evaluó la integralidad del modelo presidencial y la estructura de poderes que existe de acuerdo a la CRE, sino que dejó de lado, además, análisis básicos como la popularidad del presidente de turno, el tiempo que llevaba en funciones (iba por la década frente al mando del poder ejecutivo), su capacidad directiva en el partido oficialista, entre otras circunstancias.

Si se habla de deliberación, argumentación, libertad de información, entonces estos principios habrían exigido que la CCE tome posición en construir su razonamiento considerando todos los elementos posibles y que fueron determinados en los aportes de *amicus curiae*.

En el contexto comparativo, como una muestra de que es posible demostrar con argumentos más plausibles que un sistema que pretendería una reelección para un segundo período (no indefinida) puede causar agravio a las minorías sería la Corte Constitucional Colombiana (Revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 , 2010).

Como es bien conocido, a través de la doctrina de la sustitución de la Constitución, la CCC determinó que la ley que promovería la reelección para un tercer período del presidente Uribe constituiría una sustitución de la Constitución Colombiana en lo que respecta al principio de pesos y contrapesos. Principalmente, tomaría bajo consideración la preeminencia del ejecutivo en el sistema, así como, el debilitamiento del principio de

alternabilidad republicana y, en suma, la particularidad de la propuesta que consistía “un traje a la medida” del presidente de turno.

En otro sentido, la CCE tampoco habría cumplido con los ideales sustantivos de la justicia dialógica. Si se presupone que la democracia deliberativa promueve un proceso de toma de decisiones equitativo y profundo, no podría la Corte haber eliminado el límite temporal a las funciones del ejecutivo (reelección indefinida).

Esto, impide que verdaderamente exista alternancia en el poder desde un punto de vista material y no formal. No se trata únicamente de que existan elecciones periódicas, sino que el poder pueda ser distribuido en distintos sectores políticos; lo que implica, en definitiva, que exista un proceso de transición política restringiendo la concentración de poder (Brewer Carías, 2011).

Finalmente, totalmente apartada de un principio inclusivo y del ideal de alcanzar la mayor posibilidad de información que pueda guiar el razonamiento judicial, la CCE renegó el análisis de los *amicus curiae* determinando, expresamente, que la doctrina no es una fuente obligatoria e indicó que la literatura responde a un contexto histórico y geográfico, por lo que no puede esperarse que una Corte acepte ese tipo de argumentación como parámetro de evaluación (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014, pág. 66).

Finalmente, como la crónica anunciada de un ejercicio abusivo del derecho constitucional (Landau, 2013), la CCE optó por la modificación menos garantista, la que preveía que aspectos determinantes en la estructura fundamental del Estado Constitucional sean tramitados únicamente al seno de la Asamblea con mayoría oficialista; lo que en términos de Gargarella podría definirse como un diálogo *elitista* (Gargarella, 2014).

Con el partido oficialista dominante y sin un análisis detallado de las consecuencias jurídicas que el proyecto pueda significar, la CCE resolvería que la enmienda sea el procedimiento bajo el cual se elimine todo límite a la reelección en la CRE, privando a la sociedad de un mecanismo de representación directa como el referéndum (posible a través del proceso de reforma parcial).

Y es que, si en gracia de la discusión se pudiera admitir la posibilidad de modificación al texto constitucional que permita la reelección indefinida, el procedimiento sería la

reforma parcial, que incluiría mayores garantías como el referéndum aprobatorio, así como, un debate al seno de la Asamblea (Bernal Pulido, Caicedo, & Serrafiero, 2015).

En suma, la CCE, lejos de sopesar que su legitimidad descansaba en tanto y cuanto se respete el proceso deliberativo (Bernal Pulido, 2013), resolvió la deferencia con la legislatura pese a un deber de atenuar la imposición del principio de agregación de voluntades por sobre el sometimiento de todos los poderes a la CRE y la inclusión de los potencialmente afectados con esta resolución.

Por último, la sociedad se pronunciaría a través de una consulta popular, convocada por el régimen del presidente Lenin Moreno (2017 hasta la actualidad), respondiendo favorablemente con una media del 68% de los votos (2018) a la pregunta:

“¿Para garantizar el principio de alternabilidad, está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para que todas las autoridades de elección popular puedan ser reelectas por una sola vez para el mismo cargo, recuperando el mandato de la Constitución de Montecristi y dejando sin efecto la reelección indefinida aprobada mediante enmienda por la Asamblea Nacional el 03 de diciembre de 2015, según lo establecido en el anexo 2?” (Consejo Nacional Electoral, 2018).

Así, se dejaría sin efecto la reelección indefinida y la ciudadanía sería la encargada de situar a la CRE y el régimen de la reelección en el *status* inicial. Los resultados, además, parecen haber mostrado el verdadero rechazo de la ciudadanía esta decisión (Consejo Nacional Electoral, 2018).

Frente a todo lo dicho, ¿qué podría haber hecho la CCE para cumplir el ideal de guardián de la CRE como garante y promotor de la deliberación pública? ¿qué recursos dejó de utilizar la CCE para corregir y promover el modelo deliberativo? ¿qué pautas debe considerarse para que una Corte Constitucional pudiese haber reforzado el sistema dialógico en el caso particular?

Parece no posible o suficiente con mirar al pasado. Hace falta, entonces, “volver al futuro” con el objeto de comenzar a hacer catarsis de los procesos que mostraron, en cierta medida, ser desalentadores para el modelo deliberativo. Si es que se puede concluir, en términos generales, la labor de la CCE favoreció el principio de la simple agregación de voluntades por sobre el de la deliberación, argumentación, inclusión e imparcialidad.

Apartada de su función integradora, la CCE concluiría que la reelección indefinida favorece al sistema democrático porque permite la libre elección del pueblo quien, en

definitiva, tendrá la posibilidad de premiar o castigar las virtudes del gobernante de turno (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014).

La CCE en el caso de la reelección indefinida, mostró algunas debilidades en cuanto a su papel de garante y motor de la discusión pública, al mismo tiempo que, en su tarea del control estaba obligada a defender la estructura fundamental de la CRE, los elementos constitutivos del Estado y lo más valioso de todo el sistema: los derechos fundamentales. Pese a ello, lejos de apreciaciones subjetivas y posturas específicas sobre el problema constitucional, si es pertinente indicar que se evidenció en la CCE su carencia en el proceso argumentativo y, sobre todo, en la justificación externa de sus decisiones –el punto más crítico de una decisión judicial – (Atienza, 2001).

Ahora, desde este punto, la CCE podría haber ajustado el debate y, desde su control preventivo, podía haber encausado la deliberación parlamentaria en su verdadero cauce. Si se otorgaría el poder de reescribir la historia, el máximo intérprete constitucional del Ecuador podría haber hecho uso de sus recursos para corregir el debate deliberativo, como a continuación se expone.

En primer lugar, si una Corte piensa en términos dialógicos, las herramientas institucionales con las que cuenta este organismo (dictamen previo de constitucionalidad, declaratoria de inconstitucionalidad, resolución de acciones extraordinarias de protección, etc.) pueden servir para corregir los vicios en el proceso de toma de decisiones, antes que siempre imponer la visión judicialista del problema de constitucionalidad.

Bajo este supuesto, entonces, la CCE podía haber tenido en mente que la relevancia del problema requiere recursos que, en términos generales, enriquezcan el debate parlamentario para tratar el proyecto de enmienda y se exijan mayores garantías democráticas para el proceso de cambio constitucional.

En particular, la CCE pudiera haber exhortado a la Asamblea, discutir el problema de la reelección indefinida (o las otras propuestas) con la participación de todos los afectados. Así, si la validez y legitimidad de una decisión deriva del cumplimiento de estos principios, la reforma parcial podía ser el mecanismo que más se acerque a la vigencia de este ideal.

En el mismo sentido, a través de su competencia preventiva en determinar el procedimiento, hubiera podido realizar una deliberación pública, en donde, la ciudadanía podía tener acceso directo al desarrollo de las audiencias y a los argumentos presentados por los sectores oficialistas, oposición y demás terceros interesados; considerando, primordial promover la transparencia de la discusión (Niembro Ortega, 2017).

Asimismo, la CCE ante la imposición mayoritaria del sector oficialista, debía realizar un escrutinio de la participación de las minorías dentro del debate y el efecto que la propuesta podía tener sobre estas. En otros términos, las Cortes están llamadas a corregir las situaciones desiguales así éstas puedan ser potenciales (Niembro Ortega, 2017, pág. 319), como en el caso de los *puntos ciegos* que el legislador no pudo haber tomado en cuenta al emitir el proyecto o aprobar el mismo; esto es, en el caso de la enmienda constitucional para la reelección indefinida, la posibilidad real que esto aminore el principio republicano y disminuya la participación de las minorías por una imposición mayoritaria del partido dominante.

Se debe tomar en cuenta, que las Cortes no son la panacea del sistema democrático, sin embargo, al mismo tiempo no se puede desconocer que constituyen un instrumento institucional importante para reducir el margen de error en la igualdad de oportunidades en la discusión. Es por ello que se busca perfeccionar su gestión a través de la utopía y del ideal deliberativo (Martí, 2006, pág. 262). Como afirma Niembro Ortega:

“el tipo de remedio que los tribunales escojan debe hacerse con el fin inmediato de solucionar el conflicto constitucional que tienen enfrente, pero entendiendo que son copartícipes en un proceso deliberativo más amplio y continuo sobre la interpretación y aplicación de la Constitución” (Niembro Ortega, 2017, pág. 320)

Precisamente, las Altas Cortes, cuentan con recursos que pueden corroborar a la construcción del modelo dialógico de justicia, como es el caso de la modulación de las sentencias que se encuentra en el art. 5 de la LOGJCC (2009).

En este orden de ideas, la justicia constitucional puede proponer soluciones, entablar un diálogo con las otras funciones, entre otras cosas, teniendo en mente que no sería la única solución válida con la CRE, pero que, si es plausible que las Cortes puedan fungir de promotores y garantes, cuando el proceso representativo ha podido fallar. Así, no puede descartarse que la justicia constitucional sea un componente activo en el proceso

de toma de decisiones por los resultados de corrección que puede producir y por los aportes al ideal dialógico que puede mostrar.

Conclusiones:

La justicia constitucional contemporánea tiene su origen en el constitucionalismo norteamericano. En lo principal, a raíz de la Constitución de 1776 y la primera enmienda de 1791 se instauró el principio de supremacía constitucional (supralegalidad) que definía a la Constitución no sólo como una carta programática, sino como un factor de validez - material y formal – de todo el ordenamiento jurídico.

En ese momento, no se contaba con un sistema institucional para hacer efectivo ese principio y no sería hasta la emisión de la sentencia en el caso *Marbury vs Madison* con el que sería el primer antecedente de control constitucional (*judicial review*) a una ley emitida por el Congreso. En esta famosa sentencia, la ley sería declarada nula por contradecir materialmente a la Constitución estadounidense; enunciando, además, la labor superior de los jueces de aplicar directamente la Constitución.

En Europa, por el contrario, los primeros pasos del constitucionalismo demorarían hasta el primer tercio del siglo XX, en donde, a través del jurista austríaco Hans Kelsen se crearía la figura del Tribunal Constitucional como una instancia única y centralizada a ejercer la labor de control constitucional; siendo ésta una actividad que determine y corrija los vicios de regularidad de los actos estatales con la Constitución a través de un control abstracto que enjuicie la norma y no hechos dentro de un procedimiento en particular.

Esta actividad ejercida por el Tribunal Constitucional, sería la de un legislador negativo que, a través de sus sentencias con efectos *erga omnes*, posea la facultad de declarar la anulación total de la ley o el acto general ante una posible incompatibilidad con la Constitución, expulsándola del ordenamiento jurídico; con ello, anule las leyes se realizaba una tarea de control al órgano parlamentario de manera eficaz y, consiguiendo que la Constitución sea garantizada jurisdiccionalmente y adquiriera fuerza frente a todos los poderes a través del defensor propio de la norma fundamental: el Tribunal Constitucional.

Luego, los modelos estadounidense y europeo se verían relativizados con los desarrollos constitucionales de postguerra, existiendo, además, una difusión universal del derecho constitucional que terminaría confiando a la actividad jurisdiccional, la tarea de la defensa de la Constitución desde el ámbito del control sometiendo a todos los poderes

a la Constitución.

Así, conociendo el *porqué* y *para qué* de la justicia constitucional, quedaba – todavía – la interrogante respecto del concepto de Guardián de la Constitución atribuido al Tribunal Constitucional, y las interrogantes teóricas así como las objeciones principales a su tarea.

De esta forma, se concluyó, en primer lugar, que como afirma gran parte de la doctrina, las Cortes Constitucionales no tienen una justificación consolidada en la teoría del Estado Constitucional, sino que, son producto de la catarsis institucional a causa del proceso de transición del Estado liberal al Estado democrático, como había sucedido en gran parte de los países como Alemania, Austria, Italia, España y Portugal en Europa, o en la mayoría de países de Latinoamérica.

Sabiendo esto, el concepto de Guardián de la Constitución se fue definiendo a largo de la historia como la actividad de control político- jurídico de un órgano a la actividad del poder; empezando, por supuesto, con el debate académico de dos grandes juristas europeos (Kelsen – Schmidt) en el que se evidenciaría que la actividad de control constitucional es asunto de la justicia y no de la política, dado que, no se podría esperar que los órganos políticos sean los llamados a defender la Constitución pues sería como pedirles que la tarea del control sea auto ejercida por ellos.

Por otro lado, desde una mirada epistemológica, la tarea del Guardián implica un ejercicio de autolimitación del orden jurídico, en el que, a pesar del sistema democrático basado en un principio mayoritario, se admite que la mayoría puede errar y que sus decisiones puedan no ser concordantes con la verdad presupuesta en la Constitución; por lo que, es viable que un órgano contramayoritario sea quien oriente la “obra común” del parlamento o el ejecutivo a través de un método de reflexión y adecuación de la voluntad del pueblo con la verdad de la Constitución.

A pesar de estas justificaciones, se debe considerar que existe una tensión natural entre el rol del Guardián y la toma de decisiones políticas dentro de un Estado, toda vez que, si el resultado de los órganos políticos es contrario a la Constitución el defensor de la misma deberá así declararlo, lo que puede significar, un truncamiento, muchas de las veces, de grandes proyectos económicos y sociales de la sociedad. Por lo que, el Guardián de la Constitución – que se gane el nombre – deberá ceñirse a su actividad netamente

jurídica de filtro de la toma de decisiones y ser un árbitro de las fuerzas políticas existentes dentro de un Estado, sometiéndose siempre al método jurídico y no a las consecuencias políticas de sus decisiones.

Adicionalmente, en el contexto de la objeción antidemocrática de la función de las Altas Cortes con jurisdicción constitucional se han analizado varias soluciones que tiendan a limitar su actividad. En primer lugar, que el Guardián de la Constitución debe limitarse a su actividad de mantener el *status quo* sin que esto implique suplir la voluntad del legislador a través de sus sentencias.

Del mismo modo, para cumplir este cometido se debería incluir parámetros de actuación del Guardián, en el que únicamente pueda ejercer una labor de control procedimental como un árbitro o *outsider* del sistema político, dado que, la naturaleza misma de las normas constitucionales como abstractas y valorativas, marcarían una tendencia arbitraria en la actividad del Tribunal Constitucional; sin embargo, existirían defensores de un control material.

Desde una primera posición originalista, se diría que el Guardián, en su tarea de defensa, estaría limitado a interpretar el texto de la Constitución desde la voluntad del constituyente, con lo cual, no sería lícito tergiversar el texto que los padres fundadores habrían prescrito.

Por otro lado, desde una lectura moral promovida por Ronald Dworkin, el juez debería reducir la brecha interpretativa del texto abierto y abstracto de la Constitución, construyendo lo que se conocería como la única respuesta, presuponiendo que todo juez es capaz de una fuerte argumentación y métodos interpretativos envidiables.

Sin embargo, desde una mirada ecléctica de la doctrina española, se podría decir que la actividad del Guardián debía cumplir con un estándar razonable que implique un control procedimental y material a la actividad política, conociendo que, pueden existir varias lecturas de la Constitución y que la actividad de una Corte o Tribunal constitucional debe ceñirse a determinar que interpretaciones – que se entienden realizadas por el legislador o el ejecutivo – son inconcebibles con el texto constitucional.

Por esta razón, existiría una presunción de constitucionalidad a favor del legislador que debía ser respetada por el órgano contramayoritario, pudiendo éste declarar

la invalidez de la decisión política, únicamente, en el caso de que sea manifiestamente contrario a la Constitución.

Entonces, si la actuación del Guardián debía cumplir con esta específica función para legitimarse y no extralimitarse en su papel, debe hacerlo a través de unas contragarantías para el sistema: un método riguroso y estricto que se resume en la justificación y fuerte argumentación de sus sentencias.

Al respecto de este canon de control, debe entenderse que la motivación de las sentencias se entiende en el campo de la justificación y no explicación, es decir, de brindar razones para que cierta resolución se entienda válida desde una estructura lógico- formal, así como, en armonía con lo prescrito en la Constitución; por lo que, el Guardián de la Constitución tiene la fuerte obligación de hacer de cada sentencia un producto de artesanía jurídica que valide su actuación desde el Derecho y no desde razones extrajurídicas; solo así, entonces, se puede evaluar – objetivamente – la actividad del Guardián y se construye un método que sirva para realizar un análisis al rol de la CCE en el caso de estudio.

Por último, en el contexto de la labor del Guardián de la Constitución se revisó que su labor es controlar el funcionamiento del sistema de la democracia constitucional como, lo que significa, también, ejercer la tarea del control de la alternancia en el poder como un principio republicano y democrático juridificado en la Constitución. Considerado, además, como una cláusula inflexible del sistema constitucional que garantiza el sistema de toma de decisiones y el respeto a las minorías.

En tal virtud, las Cortes Constitucionales como un resultado histórico de los procesos políticos se ha instaurado como el órgano encargado de ejercer la tarea de la defensa de la Constitución desde estándares políticos, democráticos, teóricos y argumentativos; con lo cual, mantiene una responsabilidad sustancial con la sociedad, dado que, constituye el filtro de la política y de la actividad representativa del pueblo, reafirmando, el Estad Constitucional de Derechos y Justicia.

Por otra parte, en el contexto de la reelección indefinida se vería que el bloque mayoritario de Alianza País habría propuesto la eliminación de los límites a la reelección indefinida en la CRE, con base a que fomentaría una participación del pueblo en escoger libremente sus gobernantes y, en especial, favorecer al mandatario de turno y hasta disfrutar de sus cualidades y virtudes.

Así, esta propuesta debía ser contrastada a la luz de los procesos de modificación constitucional previstos en la norma fundamental; a saber: i) la enmienda; ii) reforma parcial y iii) la asamblea constituyente.

Desde este punto, cabía evaluar el Rol de la CCE en el específico proceso del control a la reforma constitucional. Así, se determinó, en primer lugar, que la reforma constitucional constituye la garantía extraordinaria de la Constitución que cumple la función primaria de garantizar la propia rigidez de la Constitución, al mismo tiempo que, prevé que el texto de la norma fundamental pueda ser adecuado al cambio y que no perdure como una letra intangible y acentuada en tiempo pasado.

En tal contexto, la reforma a la Constitución implica una modificación, pero no la destrucción de la estructura de la norma fundamental. A partir de esta idea, debe entenderse que existen ciertos límites al poder reformador de la Constitución y que pueden encontrarse explícitos en la propia Carta o, muchas de las veces, según la jurisprudencia de algunos tribunales podían entenderse implícitos.

En lo particular, frente a estos límites la justicia constitucional está llamada a revisar el cabal cumplimiento de lo predispuesto por el Constituyente, al mismo tiempo que, ejercer la garantía del respeto a las restricciones que puedan deducirse a la *norma normarum*.

No obstante, el cuestionamiento necesario surgía en relación a si existía una paradoja o contradicción en esta propia labor, tomando en cuenta que, cualquier cambio de la Constitución implica una modificación a ésta y por ende siempre se estaría ante una contradicción – inconstitucionalidad –. Así, la pregunta de fondo se articulaba en si la justicia constitucional debe estar llamada a ejercer un control de una actividad que por esencia conlleva “contradecir” la constitución.

Sin embargo, parte de la concepción material de Constitución lleva a pensar que el contenido de las leyes y actos legislativos (incluyendo la reforma) poseen límites formales y materiales, con lo cual, no es posible que a pretexto de modificar la Constitución pueda alterarse aspectos intangibles de la Constitución, su estructura fundamental, restringirse derechos o modificarse situaciones expresamente previstas por el Constituyente.

Por el contrario, a través de desarrollos jurisprudenciales como la teoría de la sustitución de la Constitución de la Corte Constitucional Colombiana o la teoría de los valores básicos del Tribunal Constitucional peruano, en sociedades muy parecidas a la ecuatoriana, pueden entenderse rigurosos estándares de protección frente al poder reformador que, más de un caso, habría hecho uso de los recursos formales de cambio para cumplir intereses partidistas o particulares.

Con este importante bagaje teórico, se analizó que la CCE mantiene un control preventivo a la reforma constitucional, limitado a un dictamen que resuelva respecto de la vía, aunque sin la limitación para analizar el fondo únicamente sobre los límites materiales impuestos por el Constituyente. Así, si la CCE debe determinar si un proyecto de enmienda es viable o debe realizarse de acuerdo a reforma parcial, es necesario que examine el alcance y contraste de aspectos sustanciales como la estructura fundamental de la Constitución, el carácter y elementos constitutivos del Estado y los derechos y garantías.

En resumen, el análisis previo de constitucionalidad de la reforma se vuelve imposible sin entrar a revisar el contenido sustancial del proyecto, sus aparentes efectos y, por supuesto, ponerlo a prueba en contraste a los límites materiales. En este orden de ideas, el control preventivo parece estar encaminado a determinar *prima facie* supuestas incorrecciones con los límites al poder de reforma, dado que, el proyecto todavía estaría pendiente de discusión e, incluso, podría desecharse.

En definitiva, la paradoja se desintegra cuando se considera que, si bien el rol de la CCE se circunscribe a emitir un dictamen de procedimiento esto no impide realizar una lectura material a los límites al poder de reforma de acuerdo con la CRE; es decir el hecho de que el resultado del control sea un dictamen de procedimiento no excluye la facultad de la CCE de revisar materialmente el proyecto, toda vez que, solo así, se podrá determinar de manera válida y razonable, cual es la vía para modificar la Constitución.

Desde esta óptica, con la competencia de la CCE en el control preventivo definida, se procedió a realizar un análisis del rol de la CCE dentro del Dictamen 001-14-DRC-CC que favoreció la enmienda constitucional para la reelección indefinida.

Precisamente, para examinar de manera objetiva su labor, se partió de la metodología del test de motivación constitucional que la propia CCE utiliza para ejercer el control constitucional de las sentencias que son recurridas a través de Acción Extraordinaria de Protección. A partir de estos estándares, se puede llegar a realizar un escrutinio respecto de la razonabilidad de la decisión, la lógica y la comprensibilidad.

En cuanto al primer requisito, la CCE estaba obligada a determinar razones válidas, normativamente fundamentadas y universalmente concebidas respecto de si eliminar los límites a la reelección indefinida, podía consistir en una alteración a la estructura fundamental de la CRE; los elementos constitutivos y si conllevaría o no una restricción de derechos fundamentales.

No obstante, la CCE se alejó de una interpretación sistemática que permita construir válidamente la premisa normativa para evaluar, desde ahí, el proyecto reformativo. En otros términos, parece no haber fundamentado una razón válida que concluya que el proyecto no alteraría la estructura fundamental del Estado, entendida ésta como la fórmula política que determina componentes de un verdadero Estado Constitucional: como el sometimiento de todos los poderes al Derecho, la separación de poderes y la impersonalidad de las normas.

Asimismo, la razonabilidad dentro del análisis de los elementos constitutivos del Estado se limitó a un lectura literal de la CRE. Es decir, la CCE concluyó que la alternancia no sería un elemento constitutivo del Estado por no estar enunciado en el texto de los arts. 1 al 9 de la CRE. Con lo cual, falló en el cumplimiento del estándar en este supuesto específico.

Por último, respecto del análisis de si el proyecto conllevaba una restricción de derechos se mostró negativa bajo razones poco comunes. En lo principal, la CCE habría concluido que la reelección mantenía un límite injustificado al derecho a elegir y ser elegido, con lo cual, sin que existan ventajas para el presidente que pretenda ser reelegido en el cargo, el proyecto sería, mas bien, una promoción de los derechos políticos y un avance para el país en ese sentido.

En definitiva, la CCE incurre en serias deficiencias respecto la justificación externa de la decisión por no contener un análisis válido a través de una interpretación sistemática e integral del texto, por el contrario, demostró ser parcializada e insuficiente, dado que, ni

siquiera utilizo métodos de interpretación constitucional que puedan mas o menos entenderse válidos para construir las premisas que habría determinado la Corte.

En cuanto a la lógica de la decisión, la CCE aparentemente respetó las reglas formales de deducción. Sin embargo, tomando en cuenta que las premisas se encontraban defectuosas, el razonamiento material adolecía de fallas considerables. En otros términos, la CCE aseguró el cumplimiento de que la conclusión se deduzca de las premisas, pese a que el contenido de las premisas nunca estuvo justificado sino aparentaba un ejercicio arbitrario de control.

Al final, la decisión se habría emitido con claridad sintáctica, aunque, en ciertas partes del dictamen mostró alusiones confusas a *amicus curiae* de manera general, manifestando que los supuestos doctrinarios no serían aportes para la CCE.

A partir del análisis, la CCE pareció haber desnaturalizado su deber de guardián de la CRE y su obligación de justificar sus decisiones, puesto que:

- 1) Sin tener competencia, realizó un control de fondo declarando la inconstitucionalidad de la propia CRE.
- 2) No logró definir correctamente los límites al poder de enmienda y reforma de la Constitución.
- 3) El análisis del proyecto reformativo fue superficial para algunos límites como: la estructura fundamental de la CRE y los elementos constitutivos del Estado. Por el contrario, en cuanto a los derechos, sin un examen racional (ponderación o test de igualdad) concluyó de manera simple que el proyecto promovería derechos.
- 4) Con un déficit argumental y análisis simplificado, determinó que el proyecto reformativo debía seguir la vía más simple de modificación de la CRE: la enmienda.

Frente a lo dicho, se revisó que las Altas Cortes pueden adoptar recursos que promuevan la búsqueda de un ideal normativo. Precisamente, el guardián de la Constitución, en su papel de integración y reflexión social, no debe dejar de lado una de las prácticas que ha servido como respuesta a la forma de gobierno agonal y de conflicto y tensión entra las instancias del poder: la práctica deliberativa y dialógica de la justicia.

El modelo de la democracia deliberativa procura generar el escenario adecuado para alcanzar que la toma de decisiones se realice de manera racional, argumentada, contrastada, informada e imparcial; luego, esto permitirá que las cuestiones públicas más trascendentales puedan obtener un grado alto de legitimidad a través de un proceso dinámico de la formación de la voluntad particular y general de una sociedad.

Bajo esta concepción, el papel de la justicia constitucional no es únicamente el control (en sentido estricto) sino que esta competencia ha de ser acorde con una revisión que aporta al diálogo, no aquella que lo termina.

En otras palabras, las Cortes, se encuentran obligadas a utilizar las formas dialógicas para garantizar mayor legitimidad en el sistema de toma de decisiones. Solo así, entonces, la justicia constitucional cobra un sentido favorable y funcional en este ideal normativo que no procura determinar un único intérprete constitucional o una revisión fuerte de la actividad democrática, sino una visión integral u holística de todo el sistema constitucional.

En este contexto, el significado de guardián de la Constitución cobra sentido en la medida en que pueda enriquecer el proceso deliberativo y la promoción de los derechos fundamentales, al mismo tiempo que, no se le otorgue una posición privilegiada o elitista dentro de la discusión constitucional; por el contrario, las Cortes aportarían siendo un filtro de revisión argumental al debate y un control de la participación de minorías en el mismo.

Bajo esta consideración, la CCE podía haber utilizado su competencia para corregir los vicios en el proceso de toma de decisiones, sin embargo ni cumplió esta función ni logró justificar el Dictamen que sería deferente con el bloque oficialista.

En realidad, lejos de remediar las patologías del sistema parlamentario ecuatoriano, que supuso una imposición del voto mayoritario de la Asamblea, la CCE falló en su obligación de atribuir corrección en la carga argumentativa de la propuesta. Así, se pudo analizar que la interpretación de los límites constitucionales tuvo una lectura literal y no amigable con la integralidad del texto, lo que trajo como consecuencia una disfuncionalidad de la resolución y ciertos errores que costaron al proceso deliberativo en gran manera.

Así, la CCE resolvió la modificación menos garantista, la que preveía que aspectos determinantes en la estructura fundamental del Estado Constitucional, elementos constitutivos del Estado y que podrían restringir derechos sean tramitados únicamente al seno de la Asamblea con mayoría oficialista.

Recapitulando, si una Corte piensa en términos dialógicos, las herramientas institucionales con las que cuenta este organismo deben servir para corregir los vicios en el proceso de toma de decisiones.

Bajo este supuesto, la CCE podía en el ejercicio de sus competencias, haber promovido el debate parlamentario para tratar el proyecto de enmienda con fundamento en los principios de argumentación, imparcialidad, información e igualdad. De manera que, no se restrinja a cumplir con el trámite previsto, sino que los organismos estatales sepan cumplir con una diligencia que persiga el ideal deliberativo.

Sólo así, entonces, se puede ser el garante y promotor de la discusión pública constitucional, favoreciendo la construcción del ideal que todas las personas persiguen, el horizonte de una sociedad mejor construida y de una Constitución más establecida.

Bibliografía

- Aguirre, P. (2016). *Tesis Doctoral: La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Alexy, R. (2014). Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. En R. Alexy, *Derecho y Razón Práctica* (Sexta ed., págs. 7-24). México D.F.: Fontanamara.
- Alexy, R. (2015). *Teoría de la Argumentación Jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza, & I. Espejo, Trans.) Lima: Palestra.
- Aragón Reyes, M. (1987). El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*(19), 15-52.
- Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, Democracia y Control*. México: UNAM.
- Aragón Reyes, M. (2013). *Estudios de Derecho Constitucional* (Tercera Edición ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arévalo Ramirez, W., & Lopez, L. G. (2018). La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio. *Ius et Praxis*(2), 393-430.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de lo «Razonable». *Doxa: Cuadernos de filosofía*(4), 189-200.
- Atienza, M. (2001). *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2001). *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra.
- Atienza, M. (2008). Constitución y Argumentación. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral* (págs. 21-56). México D.F.: Universidad Autónoma de México; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; Marcial Pons .
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Ávila Santamaría, R. (2008). Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia. En R. Ávila Santamaría (Ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (págs. 19-38). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2012). La Utopía Constitucional y la realidad. En *En defensa del neoconstitucionalismo transformador Los debates y los argumentos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar: Boletín informativo Spondylus.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el período de Transición.
- Bachof, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra.
- Barzotto, L. F. (2010). El Guardián de la Constitución: Elementos para una epistemología de la Democracia. *Dikaion*, 19(2), 427-446.
- Benavides Ordóñez, J. (2016). Tesis Doctoral. *Reforma Constitucional y límites a la Constitución Ecuatoriana de 2008*. Universidad de Sevilla.
- Bergallo, P. (2014). La causa "Mendoza", una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. En R. Gargarella, *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 245-292). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Berger, R. (1997). *Government by Judiciary*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Bernal Pulido, C. (2008). La racionalidad de la ponderación. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 43-68). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bernal Pulido, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *I•CON*, 11(2), 339-357.

- Bernal Pulido, C. (diciembre de 1999). En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. *Revista Derecho del Estado*(7), 121-139.
- Bernal Pulido, C., Caicedo, A., & Serrafiero, M. (2015). *Reelección indefinida vs democracia constitucional*. Bogotá: Universidad EXternado de Colombia.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of politics*. Yale University Press.
- Borges, J. L. (1016). Tema del traidor y del héroe. En J. L. Borges, *Ficciones* (págs. 148-154). Buenos Aires: Debolsillo.
- Borges, J. L. (2005). El Congreso. En J. L. Borges, *El libro de arena* (págs. 31-60). Buenos Aires: La Nación - Emecé Editores.
- Brewer Carías, A. (11-15 de abril de 2011). El Principio de la Alternabilidad Republicana como Cláusula Pétreas en la Constitución Venezolana y su mutación dispuesta por el Juez Constitucional. *Seminario Internacional sobre reelección del titular del Poder Ejecutivo en las Américas*. Bogotá, Colombia: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Externado de Colombia, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá.
- Brewer Carías, A. (1999). La configuración judicial del proceso constituyente o de como el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extensión. *Revista de Derecho Público*, 77-80, 453-502.
- Brewer Carías, A. (2010). La Justicia Constitucional como garantía de la Constitución. En *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max Planck Institut Für Ausländisches Öffentliches Rechts Und Völkerrecht, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Brewer Carías, A. (2017). Los Aportes de la Revolución Francesa al Constitucionalismo Moderno y su Repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX. *Ars boni et aequi*, 2(7), 111-142.
- Brewer-Carías, A. R. (2010). La Justicia Constitucional como Garantía de la Constitución. En A. v. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La justicia constitucional y su internacionalización : ¿hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?. tomo I* (págs. 25-62). México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht : Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Capelletti, M. (mayo- agosto de 1986). "Renegar de Montesquieu?: La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional. *Revista española de derecho constitucional*(17), 9-46.
- Carmona, J. U. (2008). Panorama sobre la Incidencia de la Interpretación y Argumentación Jurídica en la aplicación de la Constitución. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral* (págs. 99-155). México D.F. : Universidad Autónoma de México; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; Marcial Pons.
- Carpizo, J. (2009). El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(125).
- Chalco Salgado, J. (2017). Un presidencialismo reforzado desde el ejercicio de la facultad reglamentaria del Ejecutivo ecuatoriano. *Revista IURIS, de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca*, 1(16), 55-71.
- Chalco Salgado, J. (2018). *Hiperpresidencialismo y Principio Democrático*. Recuperado el 14 de Junio de 2019, de Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar:
<http://observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec/documents/62017/2055961/21-05-2018+José+Chalco+Salgado+-+Hiperpresidencialismo+y+Principio+Democrático/21b2d693-4b66-4007-80b2-0f09c03dc699>

- Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de La República, 050-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 03 de junio de 2005).
- Consejo Nacional Electoral. (2018). *Presentación de resultados finales referéndum y consulta popular*. Recuperado el 14 de junio de 2019, de CNE: <https://resultados2018.cne.gob.ec>
- Constante, S. (19 de enero de 2014). *La Revolución Ciudadana de Ecuador cumple siete años*. Recuperado el 18 de mayo de 2019, de Diario El País : https://elpais.com/internacional/2014/01/19/actualidad/1390110134_594343.html
- Constante, S. (31 de mayo de 2014). *Correa busca la reelección indefinida*. Recuperado el 18 de mayo de 2019, de Diario El País: https://elpais.com/internacional/2014/05/30/actualidad/1401487011_686482.html
- Constitución Política del Ecuador. (11 de agosto de 1998). *Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1*.
- Constituyente, A. (2018). *Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Correa, R. (2014). Enlace ciudadano 364 (08 de febrero de 2014).
- Correa, R. (2014). Informe Anual de Gestión. Quito.
- Cox, P. N. (1981). Democracy and Distrust: a theory of judicial review. *Valparaiso University Law Review*, 15(637).
- De la Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos.
- De Tocqueville, A. (1963). *La Democracia en América* (Cuarta ed.). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (26 de agosto de 1789). Francia.
- Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 02 de 2004 “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, C-1040-2005 (Corte Constitucional Colombiana 19 de octubre de 2005).
- Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, C-588-2009 (Corte Constitucional Colombiana 27 de agosto de 2009).
- Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 4º transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 2002, C-970-2004 (Corte Constitucional Colombiana 07 de octubre de 2004).
- Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4º transitorio y 5º (parcial) del Acto Legislativo No. 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política., C-1200-2003 (Corte Constitucional Colombiana 9 de diciembre de 2003).
- Dictamen 001-14-DRC-CC, N.0 0001-14-RC (Corte Constitucional del Ecuador 31 de octubre de 2014).
- Dictamen N." 001-11-DRC-CC, CASO N." 0001-11-RC (Corte Constitucional para el período de Transición 15 de febrero de 2011).
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona : Ariel.
- Ely, J. (1997). *Democracia y Desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)*. Bogotá: Universidad de los Andes /Siglo del Hombre.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y Desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)*. Bogotá: Universidad de los Andes /Siglo del Hombre.
- Erazo, P. M. (24 de febrero de 2014). *¿Se desgasta el apoyo a Rafael Correa en Ecuador?* Recuperado el 18 de mayo de 2019, de BBC News: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/02/140224_ecuador_correa_apoyo_eleccion_es_analisis_jgc
- Fernandez Segado, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Pensamiento Constitucional*(11), 19-75.
- Fernandez Segado, F. (2011). El Trasfondo Político y Jurídico de la «Marbury V. Madison decision». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*(15), 139-224.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.

- Ferrer Beltrán, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*(34), 87-107.
- García Belaunde, D. (2006). Sobre el Control de la Reforma Constitucional. *Revista de Derecho Político*(66), 477-500.
- García de Enterría, E. (1981). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 198.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Cuarta Edición ed.). Navarra, España: Thomson Civitas.
- García de Enterría, E. (enero-abril de 2014). La Posición Jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español: posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*(100), 39-131.
- García Pelayo, M. (1981). El «Status» del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-34.
- García Pelayo, M. (Verano - Otoño de 1983). La División de los Poderes y su control jurisdiccional. *Revista de Derecho Político*(18-19), 7-16.
- Gargarella, R. (2001). El republicanismo y la filosofía política contemporánea. En *Teoría y filosofía política. La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano* (págs. 23-43). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Gargarella, R. (2008). *Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución*. Recuperado el 14 de junio de 2019, de Centro de Estudios Legales y Sociales: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf>
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En R. Gargarella, *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 119-158). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Grijalva, A. (2012). Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución en las constituciones. En *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios - Corte Constitucional del Ecuador.
- Groppi, T., & Meoli, C. (2008). *Las Grandes decisiones de la Corte Constitucional Italiana*. (M. Carbonell, Trad.) México: Corte Suprema de la Nación.
- Guastini, R. (2000). ¿Separación de los poderes o división del Poder? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 50, 300-319.
- Guastini, R., & Carbonell, M. (2003). *Estudios de Teoría Constitucional*. Fontanamara.
- Haberle, P. (Julio - Septiembre de 2004). El Tribunal Constitucional como poder político. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*(125), 9-37.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1998). *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- Jesús Pérez, E. (2016). IV Distinciones legítimas. En E. Jesús Pérez, *La Igualdad y no discriminación en el Derecho Interamericano de los derechos humanos* (págs. 38-47). México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Kavanagh, A. (2003). Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, 22(5), 451-486.
- Kelsen, H. (1974). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*. (R. T. Salmorán, Trad.) México: UNAM.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, 47(189), 189-260.
- Lasalle, F. (1997). *¿Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. (2009). Quito.
- López Hidalgo, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional*. (C. Storini, Ed.) Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Marbury, W. (1919). "The limitation upon the amending power". *Harvard Law Review*, 33, 225.
- Marcio Cruz, P. (enero-junio de 2009). Sobre el principio republicano. *Jurídicas*, 6(1), 15-32.
- Martí, J. L. (2006). *La República Deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.

- Martí, J. L. (2007). Republicanismo y Democracia: Principios básicos de una república deliberativa. En R. Arango, *Filosofía de la democracia fundamentos conceptuales* (págs. 147-166). España.
- Moreso Mateos, J. J., Navarro, P. E., & Redondo, M. C. (1992). Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, 247-262.
- Niembro Ortega, R. (2017). Tesis doctoral: La justicia constitucional de la democracia deliberativa. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho - Departamento de Derecho Constitucional.
- Noguera, H. (enero-junio de 2017). Poder Constituyente, Reforma de la Constitución y Control jurisdiccional de constitucionalidad. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*(37), 327-349.
- Ortega y Gasset, J. (2004). *Obras Completas*. Taurus/Fundación José Ortega y Gasset.
- Oyarte, R. (2019). *Derecho Constitucional* (Tercera ed.). Quito: Coproración de Estudios y Publicaciones.
- Pérez Royo, J. (1986). La Reforma de la Constitución. *Revista de Derecho Político*(22), 7-60.
- Pérez Royo, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional* (Duo décima ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Pierre, B. (enero-abril de 2014). La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica. *Revista Española de Derecho Constitucional*(100), 167-188.
- Prieto Sanchís, L. (Mayo- Agosto de 1991). Notas sobre la Interpretación Constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(9), 175-198.
- Ragone, S. (2013). El Control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada. *Teoría y Realidad Constitucional*(31), 385-406.
- Ramírez, G. (18 de junio de 2006). El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo. A partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista Derecho del Estado*.
- Recurso de inconstitucionalidad 192-1980, 11 (Tribunal Constitucional Español 08 de abril de 1981).
- Revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 , Sentencia C-141/10 (Corte Constitucional Colombiana 26 de febrero de 2010).
- Rodríguez Garavito, C. (2014). El activismo dialógico y el impecato de los fallos sobre derechos sociales. En R. Gargarella, *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 211-244). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Roznai, Y. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendmets. The Migration and Success of a Constitutional Idea. *Amerian Journal of Comparative Law*, 61, 657-719.
- Roznai, Y. (2014). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Londres: London School of Economics.
- Sartori, G. (2011). *Ingeniería Constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México D.F. : Fondo de Cultura Económica - Kindle.
- Sentencia N.º 044-14-SEP-CC , Caso N.º 0592-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 19 de marzo de 2014).
- Sentencia N.º 054-14-SEP-CC , Caso N.º 2084-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 26 de marzo de 2014).
- Sentencia N.º 227-12-SEP-CC, Caso N.º 1212-11-EP (Corte Constitucional para el período de Trancisión 21 de junio de 2012).
- Sentencia N.0 179-14-SEP-CC, Caso N. o 1189-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de octubre de 2014).
- Sentencia N.o 002-13-SEP-CC , Caso N.o 1917-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 05 de marzo de 2013).
- Sentencia No. 009-14-SEP-CC, Caso N.o 0526-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 15 de enero de 2014).
- Sentencia No. 092-13- SEP-CC, Caso N.o 0538-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 30 de octubre de 2013).
- Sentencia T-025/04, Expediente T-653010 y acumulados (Corte Constitucional Colombiana 22 de enero de 2004).

- Sentencia T-153/98, Expedientes acumulados T-137.001 y 143.950 (Corte Constitucional Colombiana 28 de abril de 1998).
- Storini, C. (2007). Hermeneútica y Tribunal Constitucional. *Foro: Revista de Derecho UASB*(7), 159-186.
- Torres del Moral, A. (2003). El instituto de la rigidez como garantía de la Constitución". En V. Bazán (Ed.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*. Buenos Aires.
- Tribe, L. H. (1983). A Constitution we are amending: in Defense of a Restrained judicial Role. *Harvard Law Review*, 97(2), 433 y ss.
- Tushnet, M. (2006). Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 41.
- Tushnet, M. (2008). Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. *Ottawa Law Review*, 40(1), 173-184.
- Tushnet, M. (2014). Revisión judicial dialógica. En R. Gargarella, *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 105-115). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Velasco Arroyo, J. C. (2003). Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*(9), 3-21.
- Villaverde Menéndez, I. (2012). El Control de Constitucionalidad de Las Reformas Constitucionales. ¿Un Oximorón Constitucional? Comentario al Atc 9/2012. *Teoría y Realidad Constitucional*(30), 483-498.
- Villaverde, I. (2008). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 175-188). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Vita, L. (2017). ¿QUIÉN DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN? UNA RELECTURA DEL DEBATE ENTRE KELSEN Y SCHMITT A LA LUZ DEL CASO PRUSIA CONTRA REICH DE 1932. *Lecciones y Ensayos*(99), 131-166.
- Weber, A. (2008). El principio del Estado de Derecho como principio constitucional Europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27-59.
- Yaniv, R. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendmets. The Migration and Success of a Constitutional Idea. *Amerian Journal of Comparative Law*, 61, 657-719.
- Zagrebelsky, G. (1988). *Manuale di diritto costituzionale*. Turín: UTET.
- 0001-11-SIN-CC, (Corte Constitucional del Ecuador 04 de abril de 2011).
- 003-12-SIA-CC (Corte Constitucional del Ecuador 21 de junio de 2012).
- 1146 (Tribunal Constitucional Italiano 29 de diciembre de 1988).