

# La justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008

*Jaime Vintimilla Saldaña*

## **Nemo potest duobus dominis servire**

La última década se ha mostrado harto difícil para la marcha democrática nacional, pues uno de los pilares de la estabilidad institucional, el Estado de Derecho, ha sido permanentemente azotado. En las conductas de los ciudadanos y gobernantes, ha sido más una fachada formal que una realidad material. Nótese como se ha debido soportar cambios de la estructura administrativa y jurisdiccional del Tribunal Constitucional en tres ocasiones así como la Corte Suprema de Justicia ha sido permanentemente violentada en su independencia. Tampoco se puede olvidar que desde 1996 ningún Presidente ha podido culminar el período para el cual fue elegido.

La debilidad institucional ha sido la constante y esa realidad ha demostrado que el Estado afronta una crisis que busca un redimensionamiento, siendo la herramienta recurrente para ello, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Lo que llama la atención, empero, es el hecho que después de diez años de la aprobación de una reforma constitucional integral de la Carta política producto de una Asamblea Nacional, autodenominada constituyente, el pueblo ecuatoriano nuevamente se ha embarcado en una empresa constituyente que pretende ser vanguardista y progresista.

## **1. Estado de derecho**

La Constitución política que estuvo vigente hasta el 19 de octubre de 2008 disponía, en su artículo 1, por primera vez y de manera concreta, que el Ecuador era un Estado Social de Derecho, sin que haya quedado claro, en la realidad nacional, las consecuencias o efectos de esta declaración<sup>1</sup>.

En este sesgo, se advertía que uno de los principios que debían observar todos los legisladores, en su calidad

de mandatarios del pueblo ecuatoriano, era precisamente aquel que aparece del artículo 1 literal e) del Código de Ética de la Legislatura, referido a la defensa y reafirmación del régimen democrático y el Estado Social de Derecho como forma de gobierno<sup>2</sup>.

Por su parte, la Jurisprudencia constitucional no se ha referido sistemáticamente a esta institución, a excepción de algunos votos salvados o pronunciamientos de algún vocal o magistrado constitucional que no ha estado de acuerdo con lo resuelto por la mayoría, donde se refleja al principio de solidaridad y el respeto de los derechos humanos como los pilares del Estado Social de Derecho<sup>3</sup>.

No obstante, el ex-presidente del Tribunal Constitucional, Marco Morales Tobar, nos indica que “el Estado de Derecho, de modo general, es definido como aquel en el cual todos los hombres, principalmente los gobernantes, someten todos sus actos a la juridicidad”<sup>4</sup>.

En realidad, los principios del Estado Social de Derecho no rechazan los principios del Estado de Derecho, es decir, confluyen: juridicidad, control y responsabilidad, aunque se pretende perfeccionar y aprovechar la infraestructura del Estado para favorecer a todos los ciudadanos no solo con la promoción y defensa de sus derechos civiles y políticos, sino con la intervención directa en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales sin olvidar los colectivos y difusos.

### **1.1. Origen y evolución del Estado de derecho en el Ecuador**

Como se conoce, el Estado de Derecho o “gobierno de las leyes” se refiere al hecho que toda persona, en especial los órganos del poder público, deben someter todos sus actos a la juridicidad, principio que aparecía de los artículos 1 y 119 de la Constitución derogada.

Desde el nacimiento del Estado ecuatoriano se ha relacionado al Estado de Derecho con la forma de Gobierno republicana y presidencial así como con la democracia y esto se puede advertir en el dato cierto que

“todas las constituciones del Ecuador desde 1830, y aún las anteriores las gran-colombianas de 1821 y 1830, así como la del Estado de Quito, de 1812, han sido constituciones republicanas, presidenciales, democráticas”<sup>5</sup>.

Los primeros elementos que conforman el Estado social de Derecho aparecen en la década de los veinte, donde gracias a la Constitución de 1929, se forja el denominado constitucionalismo social que incluye a los derechos económicos y sociales.

Considerando los estudios del profesor Julio César Trujillo se observa que en la Carta Política de 1945 se enuncian principios complementarios al Estado social de Derecho y se conceptúa mejor a los que ya estaban enunciados<sup>6</sup>.

El Código político de 1946, por su parte, se mantuvo en la línea de robustecer el constitucionalismo social en tanto que la Constitución de 1967 ordenó los derechos fundamentales en forma adecuada.

La Constitución derogada, por su lado, era quizás una de las más progresistas de la región, pues incluía la mayoría de las generaciones de derechos humanos, las garantías constitucionales y se hablaba claramente de un Estado Social de Derecho<sup>7</sup>.

Finalmente, hay que recalcar que desde 1830 hasta nuestros días hemos tenido 18 Constituciones, lo que da un promedio de una constitución cada 9,7 años.

## 1.2 Estado de derecho y poder constituyente

Uno de los temas más polémicos, pues no existe unanimidad doctrinaria sobre su naturaleza, es el relacionado con el poder constituyente originario, especialmente sus facultades o características propias: incondicionado, supremo e ilimitado<sup>8</sup>.

Mi particular punto de vista se relaciona directamente con el Estado de Derecho, en cualquiera de sus manifestaciones, material o formal<sup>9</sup>, pues el poder constituyente, se sujeta a ciertas reglas restrictivas y límites en virtud que no todos los días nace un Estado ni hay conmociones que obligan a adoptar una fase política *sine iure*, especialmente en el denominado poder constituyente originario de simple organización o en etapa de continuidad.

En otras palabras, el poder constituyente, como consecuencia del principio de juridicidad, no está facultado para vulnerar los derechos humanos de ningún ciudadano así como tampoco podrá intervenir en las actividades propias de los poderes constituidos, ya sea legislando, ya sea interfiriendo en la administración de justicia.

Coincido plenamente con los profesores Rafael Oyarte y Rubén Hernández Valle en el sentido que “el poder constituyente no puede intervenir sobre los poderes constituidos-no puede ejercer el poder ejecutivo, legislativo o judicial-, no corresponde a su labor, se extralimitaría si así lo hace”, pues tiene límites precisos: la elaboración o la reforma de una Constitución y nada más.

Lamentablemente, la realidad ecuatoriana del 2008 nos ha mostrado, de forma antijurídica, un poder constituyente originario de simple organización, que ha sido confundido con el originario fundacional revolucionario

construido hace más de doscientos años, cuando el Estado de Derecho era aún un concepto en formación.<sup>10</sup>

## 2. El último proceso constituyente

Ante la importancia del tema, me permito, de forma por demás sucinta, describir brevemente el proceso.

El 15 de abril de 2007 se llevó a cabo la Consulta Popular<sup>11</sup> para contestar a la pregunta: ¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto<sup>12</sup> que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?. Como se advierte, el poder constituyente nació con límites y limitaciones, a pesar del pleonástico adjetivo “plenos poderes”<sup>13</sup>.

El 30 de septiembre de 2007 se eligieron a los 130 asambleístas que iniciaron sus labores constituyentes el 29 de noviembre de 2007, concluyendo la redacción del Proyecto constitucional el 25 de julio de 2008<sup>14</sup>.

Finalmente, el día 28 de septiembre de 2008, mediante referéndum, el pueblo ecuatoriano aprobó dicho texto.

Desafortunadamente, de forma sorpresiva y contraria al Estado Constitucional de Derecho, el día 23 de julio de 2008, la Asamblea Constituyente aprobó el denominado Régimen de Transición, donde algunos asambleístas se transformaban en legisladores, es decir, dejaban el poder constituyente para provisionalmente transformarse en poder constituido.

Vale la pena explicar tres artículos de dicha norma:

a) Cuándo se aplicará. Conforme lo dispone el artículo uno, sus normas entrarán en vigencia exclusivamente en el caso “de aprobarse por el pueblo en el Referéndum Aprobatorio la Constitución Política de la República”. Nótese como se califica al referéndum de aprobatorio, más todavía, cuando el resultado bien podía ser de rechazo. Además la norma décimo sexta explica que dicho régimen tiene como objetivo posibilitar los cambios institucionales previstos en la Constitución aprobada.

b) Qué órgano lo aplicará. El artículo 17 habla de una función legislativa, pues “la Asamblea Constituyente se reunirá cinco días después de proclamados los resultados del referéndum aprobatorio para conformar la **Comisión Legislativa y de Fiscalización** procurando mantener la proporcionalidad política que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente”. Es decir, el órgano constituyente, como se advirtió, se torna en poder constituido, pues esta Comisión cumplirá las funciones de la Asamblea Nacional (nueva denominación del Congreso) hasta que se elijan y posesionen los Asambleístas, claro está, conforme lo establecido en el Régimen de Transición.

c) Estas normas del régimen deben guardar coordinación con las dos primeras normas transitorias del Proyecto, pues el órgano legislativo, léase la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de la Constitución, aprobará la ley que desarrolle el régi-

men de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Así mismo, conforme lo indica la segunda disposición transitoria, “el órgano legislativo, en el plazo de treinta días desde la entrada en vigencia de esta Constitución, designará con base en un concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría e impugnación ciudadanas a las consejeras y consejeros del primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quienes permanecerán provisionalmente en sus funciones hasta la aprobación de la ley correspondiente. En este proceso se aplicarán las normas y principios señalados en la Constitución”.

Lo interesante estriba en el hecho que el Consejo de participación ciudadana y control social, según el artículo 208, numerales 10, 11 y 12 de la Carta vigente, tiene entre sus deberes y atribuciones la de “Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente”, “Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente” y, “Designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente”.

Finalmente, según la norma vigésima quinta del Régimen de Transición” una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social<sup>15</sup>, se organizará la Comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional. Cada función propondrá al menos nueve candidatos. Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación ciudadana y control social”.

Como se observa, lo penoso del caso, es que a pesar de que dicho régimen de transición no formaba parte de la Constitución, fue aprobado en el referéndum del 28 de septiembre, entrando a regir conforme lo dispone el artículo uno<sup>16</sup>.

Antes de concluir, debo necesariamente indicar que la Asamblea Constituyente ha vulnerado su competencia, pues ha dictado 21 mandatos<sup>17</sup>, 6 leyes, 8 reglamentos, 23 resoluciones, 15 acuerdos y amnistías e indultos que actualmente se encuentran vigentes, antes de la aprobación misma del Proyecto vía referéndum. Al respecto, coincido nuevamente con Rafael Oyarte, pues “si el constituyente vulnera los derechos fundamentales o la dignidad de la persona humana, así como las demás limitaciones a dicho poder, la carta política se torna en antijurídica-lo jurídico no es lo que arbitrariamente determine el legislador o el constituyente, sino lo apegado a Derecho en sentido amplio- y regirá por la fuerza de los hechos y no por la fuerza del Derecho. El poder constituyente no es un poder absoluto, como ningún poder en un Estado de

Derecho, ni siquiera el soberano puede dar soluciones normativas antijurídicas. El problema que se presenta frente al poder constituyente originario no es de jurisdicción sino de control”<sup>18</sup>.

También Hernán Salgado considera que la teoría del poder constituyente ilimitado reviste muchos riesgos, pues “por esta vía es más fácil caer en los totalitarismos que construir una democracia. La experiencia histórica lo confirma”<sup>19</sup>.

Finalmente, es recomendable estudiar la resolución 0008-07-TC dictada por el Tribunal Constitucional<sup>20</sup>, pues ante una demanda de inconstitucionalidad formal de la convocatoria a consulta popular para la instalación de la Asamblea Constituyente, explica lo que significa plenos poderes y sus límites y restricciones. El Tribunal sentenció que “cosa diferente sería el pretender que los plenos poderes de que está investido el órgano extraordinario del poder constituyente originario para elaborar una Constitución, se entiendan como facultad o atribución para designar funcionarios, juzgar a las personas o dictar leyes, en razón de que tal proceder resultaría arbitrario y concentrador del poder (efectos que precisamente por definición una Constitución quiere evitar), en primer lugar, porque el poder constituyente originario es extraordinario y por lo mismo excepcional y limitado a dictar el nuevo texto Constitucional”.

La sentencia concluye colocando otro límite, pues “el órgano extraordinario que crea la nueva Constitución debe abstenerse de aplicarla (pues, está creando atribuciones que deben ser ejercidas por los órganos que se crean para el efecto), siendo necesario la convocatoria a elecciones generales para aplicar el nuevo orden constitucional”.

De forma lamentable, esta argumentación constitucional contenida en la resolución ha sido omitida por completo.

Para finalizar, el día 21 de octubre de 2008 el Tribunal Constitucional, vía resolución, se transformó, de forma por demás kafkiana, en Corte Constitucional, empezando la vigencia constitucional con una ruptura monumental del novísimo Estado Constitucional, aduciendo que durante toda la vida republicana se ha vivido un constitucionalismo conservador.

### 3. La justicia constitucional

El Código Político vigente<sup>21</sup> nos presenta algunas novedades y se convierte en un nuevo peldaño de la historia de la jurisdicción constitucional en el Ecuador<sup>22</sup>, pues encontramos cambios sustanciales en el Derecho procesal constitucional como la creación de la Corte Constitucional y el surgimiento de nuevas acciones constitucionales.

#### 3.1 Principios básicos

Como es sabido, el sistema ecuatoriano de control constitucional ha buscado la autoprotección de la Carta

Política mediante un modelo complejo o mixto<sup>23</sup>, ya que ha usado varios modelos, así el control concentrado y el abstracto como el difuso y el concreto, aunque presentaba una característica propia, pues gracias a la llamada inaplicabilidad o inaplicación, la resolución de los jueces y tribunales mediante la cual se abstienen de aplicar una norma, por considerarla inconstitucional, al caso concreto sometido a su conocimiento, debía ser remitida al Tribunal Constitucional para que, sin alterar para nada la sentencia del juez o tribunal, decida, para el futuro y de modo generalmente obligatorio, si es o no la norma inaplicada, contraria a la Constitución<sup>24</sup>.

En este tema, las cosas variarán, pues según el artículo 428 de la Constitución, la inaplicabilidad de las disposiciones normativas desaparece, ya que la norma expresa que “cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto, la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

De todas formas, pretendo comparar los principios imperantes<sup>25</sup> con lo propuesto por la Asamblea Constituyente en todo lo relacionado al Derecho Procesal Constitucional.

### **1) Principio de autonomía y separación democrática de poderes**

Busca evitar la concentración del poder en una única función u órgano del poder público. Aquí el control de constitucionalidad debe reposar en un órgano especializado, independiente y autónomo frente a los órganos que serán controlados.

El Código Político sobrepasa las enseñanzas de Montesquieu, mostrándonos cinco funciones, a saber:

- a) Legislativa ejercida por la Asamblea Nacional, antiguo Congreso (artículos 118 a 140).
- b) Ejecutiva representada principalmente por el Presidente de la República, que es el Jefe del Estado y de Gobierno a más de responsable de la administración pública (artículos 141 a 166).
- c) Judicial y Justicia Indígena, a su vez, compuesta por órganos jurisdiccionales<sup>26</sup>, órganos administrativos<sup>27</sup>, órganos auxiliares<sup>28</sup> y órganos autónomos<sup>29</sup>.
- d) Función de Transparencia y Control Social que se encuentra formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Esta función, nos indica la Constitución, defiende el derecho de participación de los ciudadanos y promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público,

para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción<sup>30</sup>.

- e) Función Electoral, a su vez, conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral<sup>31</sup>

Lamentablemente, existía una duda sobre la cuarta función, pues la nominación de los llamados consejeros debería haber corrido a cargo del Consejo Nacional Electoral. Lo extraño del caso es que entre las funciones del Consejo de participación ciudadana y control social consta, precisamente, la de designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, en virtud que el Régimen de Transición, en lugar de clausurar definitivamente las funciones de la Asamblea Constituyente, y después de declarar concluido el período de los diputados elegidos el 15 de octubre de 2006, procede a conformar una Comisión legislativa y de fiscalización (una suerte de congreso provisional, denominado por la opinión pública como Congresillo) que, sin conocerse la forma de elección de sus miembros, va a tener dos funciones importantes: a) Dictar cinco leyes básicas, entre ellas la que regula al Consejo de participación ciudadana y control social y b) designar al primer Consejo de participación ciudadana y control social.

Frente a estos órganos de poder, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Además gozará de autonomía administrativa y financiera.

Lo novedoso estriba, precisamente, en el hecho que por primera vez un órgano constitucional ecuatoriano tendrá competencia para interpretar la Carta Política y lo hará al tenor del numeral 1 del artículo 436 del estatuto constitucional, que textualmente indica: “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”.

### **2) Supremacía Constitucional<sup>32</sup>**

Se refiere al principio de jerarquía, pues, al decir, del profesor Salgado, en el ordenamiento jurídico del Estado las normas tienen diversos niveles<sup>33</sup>, siendo la Constitución la superior o suprema, presenta dos funciones esenciales que, desde Kelsen, son: a) Dotarle de validez jurídica a todas las normas del ordenamiento, y, b) Propender a la unidad del sistema jurídico. Si se cumplen los resultados se tendrá seguridad jurídica y se vivirá un régimen constitucional.

Como se sabe, la supremacía constitucional, material y formal, es además, el punto de partida de la justicia constitucional y se encuentra garantizada mediante dos mecanismos: la rigidez constitucional y el control de

constitucionalidad<sup>34</sup> o sistema de protección jurídica del Código político.

La supremacía constitucional ha sido debidamente reconocida en el sistema jurídico ecuatoriano, concretamente, en el artículo 272 de la Constitución derogada. El concepto de jerarquía se incorpora mediante dicha disposición, pues la Carta Magna prevalece sobre cualquier otra norma legal. Además, en el caso de existir conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas deben resolverlo, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

En la nueva Constitución, existe un desarrollo mayor de lo que se entiende por principios de la supremacía constitucional, pues aparte de confirmar lo dispuesto en los artículos 272, 273 (los jueces aplican de oficio obligatoriamente las normas constitucionales) y 274 (inaplicabilidad de normas inconstitucionales) de la Carta derogada, se procede a incorporar aspectos novedosos dentro del título IX denominado Supremacía de la Constitución<sup>35</sup>.

Entre los principios encontramos los siguientes:

- 2.1 Se ratifica el principio de jerarquía en el sentido que la Constitución es la norma suprema que debe prevalecer sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. De igual modo, todas las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, pues de no hacerlo, carecerán de eficacia jurídica.
- 2.2 Dentro de la jerarquía, el inciso segundo del artículo 424, incorpora un elemento muy progresista: la posibilidad de la supra-constitucionalidad de los tratados internacionales relacionados con derechos humanos, pues en aquellos casos donde la Constitución y dichos instrumentos, exclusivamente ratificados por el Ecuador, reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Se trata del principio *pro homine, favor libertatis* o *in dubio pro libertate*, que es además desarrollado por el artículo 427 en el sentido que establece dos reglas de interpretación de las normas constitucionales: a) Tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su Integralidad, b) En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.
- 2.3 Se busca constitucionalizar el principio del *self executing*, en virtud del cual las normas de un tratado sobre derechos humanos deben ser ejecutables por sí mismas, o sea, son de aplicación inmediata en el Estado que es parte de ese tratado y no hace falta adecuación legislativa alguna que permita la aplicación<sup>36</sup>. Esto se cristaliza con total diafanidad en el artículo 426 que defiende la aplicación directa de las normas constitucionales así como de los tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>37</sup>.
- 2.4 Se establece claramente una prelación normativa, es decir, un orden jerárquico de aplicación de las distintas normas, conforme lo siguiente: Constitución; tratados y convenios internacionales; leyes orgánicas; leyes ordinarias; normas regionales y ordenanzas distritales; decretos y reglamentos; ordenanzas; acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
- 2.5 Se mantiene la aplicación de la norma jerárquica superior como regla para todos los operadores jurídicos y administrativos, especialmente en caso de conflicto entre normas de distinto nivel. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.
- 2.6 Como se advirtió, el artículo 428 del Proyecto, deja sin efecto la inaplicabilidad de las normas por parte de los operadores judiciales.

### 3) El principio de instancia de parte

Salvo la declaratoria de inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución, que podía ser desarrollada de oficio por cualquier juez o tribunal, en las causas que conocía, sin dejar de lado la petición de parte, en todo lo demás el sistema de control de constitucionalidad se activaba previa solicitud o requerimiento, pues el juez constitucional no actúa de oficio, es decir, no puede pronunciarse sobre normas cuya inconstitucionalidad no se encuentre expresamente demandada<sup>38</sup>.

En cambio, el numeral 3 del artículo 436 que trata de las atribuciones de la nueva Corte Constitucional, reincorpora la declaratoria de inconstitucionalidad de oficio, que la tuvimos hasta 1992, especialmente de normas conexas, “cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”. Es decir, parece que existe una tendencia para alejarnos del principio dispositivo *en eat iudex ultra petita partium*.

El profesor Salgado es crítico con este sistema de oficio, pues, a su criterio, con el que comparto plenamente, trae un desgaste innecesario a la institución y menoscaba su reputación<sup>39</sup>.

### 4) Necesidad de legitimación procesal activa especial o reducida

A excepción de las denominadas garantías constitucionales: amparo, habeas data y habeas corpus que podían ser accionadas directamente por los ciudadanos afectados, pues son mecanismos de protección de derechos desprovistos de rigurosidades, desde 1945 existen restricciones para la legitimación procesal<sup>40</sup>.

Al contrario, la Constitución vigente presenta una acción popular amplísima, pues su artículo 439 textualmente indica que “las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.

Únicamente se mantiene la intervención del Defensor del Pueblo, pues el artículo 215 indica que “la Defensoría

del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de los ecuatorianos que estén fuera del país. Entre sus atribuciones encontramos el patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados. Además podrá emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.

**De igual forma, cuando se habla de las disposiciones de las garantías jurisdiccionales, el numeral 1 del artículo 86 de la nueva Carta indica que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.**

### 5) *Restricción del control ad infinitum*

El principio seguido por el constitucionalismo ecuatoriano ha sido que la sentencia o resolución constitucional emitida por el Tribunal no puede ser impugnada, pues la declaratoria de inconstitucionalidad causa ejecutoria, entrando en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial y dejando sin efecto la norma declarada inconstitucional, la misma que no tiene efecto retroactivo.

En suma y conforme lo disponía el artículo 278 de la Constitución derogada y 14 de la Ley de Control Constitucional, todas las decisiones del órgano de control constitucional, en los asuntos exclusivos de su competencia, eran definitivas, o sea, inimpugnables.

Por su parte, el artículo 440 de la Constitución vigente, de manera categórica, indica que “las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”.

Sin embargo, del numeral 3 del artículo 86, se advierte que todas las acciones constitucionales descritas en la Carta como garantías jurisdiccionales tendrán dos instancias, ya que “las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”.

Además se introduce algo totalmente novedoso, pues todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia (artículo 86, numeral 5 del Proyecto).

### 6 *Principio de Procedencia o de interpretación efectiva de la Constitución*

La idea es que la Carta Política debe ser interpretada de forma sistemática, pues no se puede obtener resultados contrarios a su espíritu, ya que, específicamente, el órgano contralor debe legitimarse mediante sus decisiones e intervenciones sin alejarse de los valores, principios e instituciones del Estado constitucional.

El inciso segundo del artículo 18 de la Constitución derogada establecía que “en materia de derechos y garan-

tías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos”.

Al respecto, el artículo 427 de la Carta de Montecristi establece los principios de interpretación constitucional, ya que parece que se busca evitar un mal uso de las acciones, instituciones, normas y/o principios constitucionales vigentes. El desafío que emerge, entonces, es la formación de una nueva interpretación constitucional, donde se deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución así como también se deberá decidir sobre las tensiones normativas y axiológicas que pueden desembocar en múltiples lecturas de una mismo texto constitucional.

### 7) *Iura novit curia*

La Jurisprudencia nacional ha aceptado este principio, en el sentido que el Tribunal puede corregir errores u omisiones de derecho del accionante, motivando o fundamentando su decisión en cualquier precepto constitucional vulnerado, incluso si no hubiere sido expresamente invocado. Este principio era la aplicación del artículo 273 de la Constitución derogada que expresaba que “las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”.

En la Carta nueva se ratifica dicho principio, pues según el artículo 426 “todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”.

### 8) *Principio de Prosecución*

Es decir, una vez que la acción constitucional ha sido admitida a trámite, no es posible desistir de ella, salvo situaciones excepcionales.

Este tema no ha sido zanjado del todo, pero dos normas lo han regulado:

- a) El artículo 50 de la Ley de Control Constitucional dispone que el desistimiento procede en el amparo como consecuencia jurídica de la inasistencia, sin justificación, a la audiencia pública. Parte de la norma textualmente dice que “la ausencia del actor se considerará como desistimiento del recurso, sin que pueda volver a plantearlo sobre los mismos hechos. Sin embargo, podrá convocarse, en uno u otro caso, a nueva audiencia, si la no comparecencia de parte provino de fuerza mayor debidamente comprobada”.
- b) El artículo 49 del Reglamento de Trámite de expedientes en el Tribunal Constitucional explica las cuatro razones por las cuales puede terminar el trámite de

la acción de amparo, siendo la segunda causal el desistimiento expreso, siempre y cuando la acción u omisión materia del amparo, hayan sido debidamente subsanados, previo el reconocimiento de firma y rúbrica del o los accionantes.

Al ser un tema de legislación, la primera norma transitoria de la Constitución vigente otorga un plazo máximo de trescientos sesenta días, contados desde la fecha de vigencia de la Constitución, para que se aprueben 10 leyes, siendo la primera aquella que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad. Seguramente en esta norma se tratará y regulará este principio.

### 9) Aplicación directa de la Constitución

Las normas constitucionales no necesitan desarrollo legislativo para su aplicación, pues conforme lo determina una parte del antiguo artículo 18 “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

Además no puede alegarse ausencia o falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, ya sea para desechar la acción por esos hechos, ya sea para negar el reconocimiento de tales derechos.

Finalmente, las leyes no pueden restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales e incluso la omisión legislativa no puede ser causa de incumplimiento del Código político, pues la vigencia constitucional no debe estar condicionada a la voluntad del legislador<sup>41</sup>.

Por su parte, el artículo 426 de la Carta de Montecristi confirma este principio, pues todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. El inciso tercero textualmente indica que “los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

### 10) *Stare decisis*

Esta regla, propia del sistema jurídico de los precedentes, no ha tenido claridad en el país, empero, el numeral 6 del artículo 436 de la nueva Constitución, concede entre las atribuciones de la Corte Constitucional, la facultad de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 86 expresa que “todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la

Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”. Se refiere a todas las sentencias relacionadas con las llamadas garantías jurisdiccionales, es decir, parece que se desea establecer el principio “de estar a lo decidido” o *stare decisis et quieta non movere*.

## 3.2 La Corte Constitucional

Uno de los cambios que trae Montecristi es la creación de la Corte Constitucional en lugar del Tribunal Constitucional, por ello brevemente analicemos algunos aspectos jurídicos como su composición, organización, competencias y funcionamiento.

### Integración

La Constitución vigente, en su artículo 432, establece la conformación de la Corte Constitucional. Se advierte que estará integrada por nueve miembros<sup>42</sup> que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un período de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años.

Operan dos cambios frente a la realidad constitucional existente, pues los nueve vocales constitucionales, conforme lo indicaba el antiguo artículo 275, duraban cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

Finalmente, se advierte la eliminación de los vocales suplentes y más bien se deja a la ley orgánica el establecimiento del mecanismo de reemplazo en caso de ausencia de uno de los miembros o magistrados constitucionales titulares.

### Sede

Desde 1945 la sede del órgano de control constitucional ha sido la capital de la República, aspecto ratificado por el artículo 429 de la Constitución, pues la Corte Constitucional ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

### Designación

La Constitución derogada establecía que los vocales del Tribunal Constitucional eran designados por un órgano político: el Congreso Nacional (artículo 275), órgano que elegía a los magistrados por mayoría absoluta de las ternas que provenían de diferentes poderes públicos y otras personas jurídicas representantes de la ciudadanía, así: dos, de ternas enviadas por el Presidente de la República; dos, de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno; dos, elegidos por el Congreso Nacional, que no ostenten la dignidad de legisladores; uno, de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales; uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas; y, uno, de la terna enviada por las Cámaras de la Producción legalmente reconocidas.

La Constitución vigente cambia completamente esta forma de nominación, pues se crea una Comisión Calificadora para la designación de los miembros de la Corte Constitucional (artículo 434).

La Comisión Calificadora estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. Es decir, se trata de un nuevo órgano que incluye la participación ciudadana directa y dos poderes públicos clásicos.

Esta Comisión calificará a los miembros de la Corte mediante un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. Además en la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

Igualmente se establece la necesidad de que una ley regule el procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación de los miembros de la Corte Constitucional, sin embargo, la norma vigésima quinta del régimen de transición explica que “una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional. Cada función propondrá al menos nueve candidatos. Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación ciudadana y control social<sup>43</sup>” que, a su vez, será nombrado por el órgano legislativo transitorio, denominado Comisión legislativa y de fiscalización.

Como se puede observar, el modelo propugnado pretende modificar el sistema de designación kelseniano adoptado en la Carta anterior. Al respecto, existe ya un antecedente en el funcionamiento de Comisiones de este tipo, pues los miembros de la actual Corte Suprema de Justicia fueron designados por un método similar, después de una vacancia causada por la irrupción inconstitucional del ex Presidente Lucio Gutiérrez.

### **Requisitos**

Respecto de los requisitos para ser magistrado o vocal del Tribunal Constitucional, la Constitución derogada los remitía a los exigidos para magistrados de la Corte Suprema de Justicia<sup>44</sup> así como estaban sujetos a las mismas prohibiciones o incompatibilidades<sup>45</sup> que se mantenían durante el ejercicio de sus funciones.

Debe lamentarse la realidad, pues pese a la alta exigencia de los requisitos, muchos de los magistrados elegidos no han reunido los mismos, ya que no han demostrado conocimiento ni experiencia en derecho constitucional o el órgano nominador se ha dejado presionar por influencias políticas indebidas.

Por su parte, la Carta de Montecristi si bien acrisola la ética, elimina algunos elementos positivos como la experiencia y la madurez de los candidatos, de todos modos, el artículo 433 indica que los requisitos que deben reunir los juristas para ser designados como miembros de la Corte Constitucional son:

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos.
2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país.
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.
4. Demostrar probidad y ética.
5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

Algo muy positivo es el hecho que la nueva Constitución cubre un vacío existente, pues la nominación de los antiguos vocales, adicionalmente, ha mostrado mucha arbitrariedad, por ello se propone la necesidad de una norma (ley) que determine el procedimiento para acreditar, de manera consistente, estos requisitos.

En cuanto a las incompatibilidades, parece que el artículo 174 será el aplicado para todos los magistrados de las diversas jurisdicciones, incluida la Corte Constitucional, en razón de la ausencia de una disposición concreta, pues indica que: “Las servidoras y servidores judiciales no podrán ejercer la abogacía ni desempeñar otro empleo público o privado, excepto la docencia universitaria fuera de horario de trabajo”.

Además busca sancionar a ciertas conductas que obstruyen la administración efectiva de la justicia, así: “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal”, para ello se remite a la necesidad de una ley que determine las condiciones.

Finalmente, se establece casi la misma incompatibilidad usada en la Carta derogada, pues “las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso”, es decir, se agrega el aspecto religioso.

### **Juicio político: *Quis custodiet custodes?***

El profesor Salgado nos indica que los miembros del Tribunal Constitucional, conforme lo disponía el artículo 130, numeral 9, estaban sujetos a juicio político<sup>46</sup>.

En la Constitución vigente, en cambio, el artículo 431 elimina el juicio político y genera controles sociales generales conforme dispone que “los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles<sup>47</sup> que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones”.

La responsabilidad penal de los magistrados deberá ser establecida por la Corte Nacional de Justicia (antigua Corte Suprema de Justicia), previa acusación del Fiscal General de la Nación<sup>48</sup>.

La destitución de los magistrados será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional, es decir, se requieren seis votos.

Al final se determina que la ley, seguramente orgánica de control constitucional, debe establecer el procedimiento, los requisitos y las causales para la destitución.

## Competencias

Precisamente en este tema existen muchos cambios, pero antes, para realizar una comparación objetiva, es preciso partir del hecho cierto que antes el Tribunal Constitucional tenía seis atribuciones:

- 1) Inconstitucionalidad de normas jurídicas o actos normativos, que al decir del ex Presidente del Tribunal Marco Morales, el órgano contralor ejercía control concentrado, abstracto, *ex ante* o preventivo y *ex post facto* o *a posteriori*, a instancia de parte y obligatorio, y con efectos de carácter general, a partir del artículo 276, numerales 1 y 4, de la Carta Magna. Este control normativo recae sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado.
- 2) Inconstitucionalidad de actos administrativos, cuya declaratoria produce la revocatoria del acto impugnado y ha tenido una confusión con el control de legalidad.
- 3) Objeción presidencial de inconstitucionalidad a proyectos de ley, que es un control previo.
- 4) Control previo de instrumentos internacionales.
- 5) Conflictos de competencia entre determinados órganos del Estado, es decir, el Tribunal debe dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.
- 6) Tutela de las garantías de los derechos humanos, pues es una suerte de segunda y definitiva instancia en las acciones de amparo, hábeas data y hábeas corpus, peviamente presentadas a los jueces de instancia.

El artículo 435 de la nueva Carta, a su vez, incorpora varias competencias y entre ellas encontramos algunas totalmente nuevas:

I. Interpretación obligatoria de normas constitucionales e internacionales, pues el numeral 1 de la norma indicada *ut supra* expresa que la Corte Constitucional será la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano mediante sus dictámenes y sentencias<sup>49</sup>. Además sus decisiones tendrán carácter vinculante.

II. Acciones públicas de inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general. La Norma dice que una de las atribuciones será “Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.”

III. Declaratoria de oficio de inconstitucionalidad de normas conexas o relacionadas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

IV. Inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales. La Norma dice: “Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo”.

V. Acción de incumplimiento normativo, pues la Corte podrá conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias<sup>50</sup>.

VI. Jurisprudencia vinculante sobre garantías, pues el órgano contralor podrá expedir sentencias que constituyan jurisprudencia obligatoria respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

VII. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución. Es decir, se trata de resolver conflictos competenciales o inter-orgánicos.

VIII. Control de oficio e inmediato de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.

IX. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.

X. Inconstitucionalidad por omisión, pues puede declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión vulneren, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley. Se advierte que se trata de una omisión en sentido amplio y no meramente legislativa, como es el caso de la Constitución húngara.

Además existen otras funciones como:

XI. El artículo 437 de la nueva Carta establece la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales atentatorias a la Constitución. En este sentido, los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar esta acción contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso (que debería decirse acción) la Corte constatará el cumplimiento de dos requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución<sup>51</sup>.

XII. Control previo o *ex ante* con carácter vinculante de tres casos, sin perjuicio de otros que determine la futura ley de control constitucional. Estos casos, conforme el

artículo 438, son: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados. 3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

XIII. Conforme lo dispone el artículo 443, la Corte Constitucional calificará la calidad de la reforma constitucional y el respectivo procedimiento, ya sea el establecido en el artículo 441, ya sea el dispuesto en el artículo 442.

XIV. Asesoramiento sobre destitución del Presidente de la República al Poder legislativo, pues deberá emitir informe o dictamen favorable previo, exclusivamente, cuando el Primer mandatario se permita arrogarse funciones que no le competen<sup>52</sup>.

XV. Iniciativa legislativa, pues al tenor del artículo 134, numeral 4, a la Corte le corresponde la facultad o iniciativa para presentar proyectos de ley relacionados exclusivamente con aquella materia que le corresponde de acuerdo con sus atribuciones o especialidad.

XVI. Comprobación de la causal de abandono de cargo del Presidente de la República, previa su cesación de funciones. El artículo 145, numeral 5 indica que el Presidente cesará en sus funciones y dejará vacante el cargo por abandono, comprobado por la Corte Constitucional y declarado por la Asamblea Nacional con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes.

XVII. Emisión de dictamen favorable de disolución de Congreso o Asamblea Nacional. Realmente se constituye en una polémica función, pues, a mi juicio, atenta a la democracia y a la convivencia equilibrada entre los órganos de poder. De todas formas, el artículo 148, inciso 1 nos indica "que la Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna"<sup>53</sup>.

XVIII. Emisión de dictamen para que el Presidente pueda expedir decretos-leyes de urgencia económica durante el tiempo de disolución de la Asamblea Nacional. El inciso 3 del artículo 148 textualmente dice: "Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo".

XIX. Control de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción indígena, conforme lo dispone el artículo 171.

XX. Dictaminar sobre la conformidad constitucional de los proyectos de estatutos que buscan constituir autonomías regionales o distritos metropolitanos así como de su respectiva reforma. Es decir, existirá un control previo de los cambios de la organización territorial (artículos 244 a 248).

Como comentario final, deberé indicar que la transición a la Corte Constitucional, generará, como en efecto ya lo ha hecho, un debate incesante y hasta una tensión entre los defensores de este novísimo órgano contralor y la función judicial, pues la Corte se transforma en fuente de derecho y no en mero legislador negativo<sup>54</sup>, ya que objetivamente, en muchas cosas, se adoptan criterios vanguardistas de la doctrina y jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, el exagerado e incongruente número de atribuciones que se le otorga a la Corte, podría conjurar en contra de su efectividad y hasta cabría hablar de un gobierno de la Corte Constitucional en lugar de un órgano que defendiendo la legitimidad constitucional de los valores y principios, pues se trata de salir del régimen de la legalidad clásica, pueda transformarse en un medio de justificación *a posteriori* de decisiones políticas tomadas por el régimen de turno.

Con esta realidad, se torna imprescindible una preparación académica adecuada, una ética sin límites y una comprensión de los derechos fundamentales y del derecho constitucional de todos los futuros magistrados o miembros de la Corte, ya que tal parece se pretende introducir la argumentación jurídica fáctica inductiva en lugar de la lógica tradicional del análisis normativo abstracto, en definitiva, se busca superar la dogmática jurídica. Sin la preparación adecuada podríamos tener decisiones arbitrarias y hasta antojadizas así como ausencia de autonomía, inseguridad jurídica y un colapso en la atención de causas.

### 3.3 Instrumentos procesales protectores de los derechos humanos

En este punto nos referimos a las llamadas garantías constitucionales o medios procesales que buscan asegurar la observancia de los derechos constitucionales, pues garantía y derecho no son lo mismo<sup>55</sup>.

Doctrinariamente encontramos tres clases de garantías orientadas a proteger a la Carta Política, al ordenamiento jurídico creado por ella y a los derechos y principios fundamentales contenidos en tal ordenamiento, siendo garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales<sup>56</sup>.

La Constitución derogada presentaba tres acciones constitucionales o garantías jurisdiccionales específicas: amparo, hábeas data, y hábeas corpus así como la garantía institucional denominada Defensoría del Pueblo.

La nueva Carta, en cambio, considera dentro del título denominado garantías constitucionales, tanto a las normativas como a las jurisdiccionales.

Parece que uno de los fines del texto (artículo 84) es asegurar el respeto de los derechos fundamentales así como la prohibición de reformas normativas atentatorias contra la esencia del Estado Constitucional.

**Se nos explica que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tienen 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 nece-**

sarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

**En ningún caso, la reforma de la Constitución, ni de las leyes y otras normas jurídicas así como tampoco de los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.**

Sobre las garantías jurisdiccionales advertimos algunos aspectos básicos:

- 1) Hay un aumento y, en algún caso, un cambio de denominación y de procedimiento de las mismas. La Constitución presenta seis acciones, a saber: protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, acción por incumplimiento y la extraordinaria de protección.
- 2) La existencia de disposiciones comunes a todas las acciones, especialmente referidas a la legitimación activa, competencia, características o principios procesales, etapas o instancias procesales, responsabilidad de los jueces constitucionales y el desarrollo de la jurisprudencia (artículo 86).
- 3) La posibilidad de ordenar medidas cautelares, conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, pues se busca evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho. Al parecer se fortalece la característica de que estas acciones constitucionales no son residuales.
- 4) Por el espacio reducido del que se dispone, muy escuetamente, deseo colocar algunas ideas preliminares sobre los cambios propuestos en esta materia.

La acción de protección viene a reemplazar al amparo vigente y tiene por objeto, valga la redundancia, “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución” (artículo 88).

Las causales para interponer dicha acción son:

- a) Cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.
- b) Contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.
- c) Cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La acción de hábeas corpus pasa a la competencia de los jueces o de la Corte Provincial de justicia y sale del conocimiento de los alcaldes (artículo 89)

**La acción de acceso a la información pública (artículo 91) tiene “por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna”. Puede ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.**

Quizá la acción que más polémica ha generado ha sido la denominada extraordinaria de protección, pues procederá, como ya se ha indicado, contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. Procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Al respecto de las funciones de la Corte, Sandra Morelli es clara, cuando nos comenta que “no es que la Corte Constitucional se deba pronunciar sobre el fondo del asunto ventilado ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, verbigracia sobre si Pablo o Pedro fueron o no culpables de homicidio, porque esto no le corresponde precisamente por no ser tribunal de instancia. La Corte Constitucional debe, sí, ordenar que se le tutele al uno o al otro el derecho que se le ha violado, que puede ser el derecho de defensa o el debido proceso”<sup>57</sup>. La revisión operada, entonces, no es un recurso extraordinario ni tampoco un instrumento para desconocer la cosa juzgada.

### Colofón

Como se advierte, los cambios propuestos son bastante novedosos, empero, considero que debe existir, antes de nada, un sistema adecuado, independiente y técnico de elección de los magistrados de la Corte así como de los jueces constitucionales.

Por otro lado, no es admisible, que los jueces de instancia sigan siendo también constitucionales, pues se puede generar un caos judicial, ya que la “abusitis” o abuso de las acciones, que no necesitan mayores formalidades, pueden ocasionar un colapso que haga que los ciudadanos desconfíen más del sistema en lugar de construir un Estado que realmente defienda los derechos como pretende decirnos el artículo uno del Proyecto.

Finalmente, debe operar un cambio sustancial en la formación jurídica para lograr el entendimiento del nuevo régimen, especialmente en la argumentación e interpretación especializada.

### Notas

- 1 No obstante, la nueva Carta política aprobada el 28 de septiembre y publicada en el Registro Oficial número 449 de 20 de octubre de 2008 dispone que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia.
- 2 Código de Ética de la Legislatura fue publicado en el Registro Oficial número 73 del 24 de noviembre de 1998.

## Notas

- 3 Caso Número 001-2001-TC publicado en el Registro Oficial 423, 1 de octubre de 2001; Caso Número 041-2001-TC, Publicado en el Registro Oficial de 11 de enero de 2002; y, Caso Número 326-2001-RA, publicado en el Registro Oficial de 28 de enero de 2002.
- 4 Morales Tobar, Marco; Actualidad de la justicia constitucional en el Ecuador, en Luis López Guerra (coordinador), La Justicia Constitucional en la Actualidad, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 77-165. Además revisar la Resolución No. 126-2001-TP del Tribunal Constitucional que explica: “el Estado de Derecho es un régimen en el que el Derecho regula minuciosamente e imperativamente la vida y la actividad del Estado, la sistematización y el funcionamiento de sus órganos y de sus relaciones con los derechos de los individuos...”.
- 5 Larrea, Juan; Derecho Constitucional, Tomo I, Quito, Corporación de Estudios y publicaciones, 2000, p. 60.
- 6 Trujillo, Julio César; Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional, Serie Estudios Jurídicos, Volumen Ocho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2006, p. 87-112.
- 7 Únicamente Colombia y Venezuela se declaran, en su orden, como Estado social de derecho (Artículo 1) y Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2). Por su parte, el proyecto de Constitución boliviana indica que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. Empero, considero que en Venezuela, Bolivia y Ecuador se ha utilizado el mecanismo de las Constituyentes para impulsar procesos neo-constitucionalistas alejados de los principios básicos de convivencia democrática, pues aunque están apegados a elecciones “populares y democráticas” han vulnerado los elementos rectores de un verdadero Estado Constitucional.
- 8 Borja, Rodrigo; Derecho Político y Constitucional, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 315-319. Oyarte Martínez, Rafael; Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente, Derechos Políticos, Quito, Fondo Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2007, p. 100-107.
- 9 Madriñán, Ramón Eduardo; El Estado Social de Derecho, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997, p. 21-158. Horvitz, María Inés, Las Nociones de Estado de Derecho y Rule of Law. Origen, evolución y contenido, en Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Santiago de Chile, Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reformas a la justicia: Universidad de Chile, Universidad de Heidelberg, California Western, 2005, p. 19-26. Prieto Sanchís, Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 107-117. Cea Egaña, José Luis, Estado constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 11<sup>o</sup>. Año, Tomo I, Montevideo, Konrad Adenauer, p- 43-56. Córdova, Holguer Paúl; Estado autoritario, corporativizado y bloqueado. Perspectivas de cambio en Ecuador desde los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho, la Justicia Constitucional y los Derechos Humanos, Quito, Centro de estudios construyendo ciudadanía y democracia, UNIBE- Universidad Central del Ecuador, 2008, p. 52-69 y 135-196.
- 10 Como se conoce el concepto del poder constituyente tiene un origen, casi unánime, en el opúsculo ¿Qué es el Tercer Estado?, escrito por el abate Emmanuel Joseph Sieyes, representante del espíritu de la revolución francesa. Para él, la nación como representante soberana está colocada *supra leges* y permanece *legibus solutus*. En tal virtud, se marca la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos.
- 11 El país ha enfrentado un debate muy intenso sobre su constitucionalidad. De todas formas, primó lo político en detrimento de lo jurídico y el Congreso Nacional emitió la Resolución R-28-038 del 13 de febrero de 2007 que calificó de urgente la convocatoria a la referida consulta. Mi criterio es que no se respetó el procedimiento constitucional establecido en los artículos 104 y 283 de la Carta vigente.
- 12 El Estatuto fue aprobado mediante Decreto Ejecutivo número 148 de 27 de febrero de 2007 y su artículo 1 claramente explica la naturaleza y finalidad de la

*Notas*

- Asamblea Constituyente, pues es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos. El texto de la Nueva Constitución será aprobado, conforme lo dispone el artículo 23 del Estatuto, mediante Referéndum Aprobatorio. Finalmente, la norma es prístina, al menos en el papel, pues la transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución, solo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución. Lamentablemente, esta situación no ha acontecido, pues ha surgido el elemento metafísico que el pueblo lo puede todo, hasta in-observar las reglas de juego.
- 13 Una copia de la Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial Número 33 de 5 de marzo de 2007 se acompañó a la papeleta electoral utilizada el día de la consulta. El resultado mostró que el 81.72% del electorado se pronunció favorablemente a la reunión de la Asamblea Constituyente.
  - 14 El artículo 2 del Estatuto constituyente claramente indica el período de duración y disolución de la Asamblea en el sentido que “La Asamblea Constituyente tendrá una duración de ciento ochenta días, contados a partir del día de su instalación, salvo que ella misma establezca una prórroga que no podrá exceder de sesenta días contados a partir del vencimiento del plazo inicial”. Mediante resolución de 20 de mayo de 2008, la Asamblea se prorrogó por sesenta días.
  - 15 Según el artículo 204 del Proyecto “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación”. Además nos indica que “La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa”.
  - 16 Existe una teoría, defendida por el Presidente de la Asamblea Constituyente, en el sentido que el Régimen de Transición forma parte del Proyecto como una norma transitoria más.
  - 17 Por colocar dos ejemplos de abuso de derecho, me permito citar el mandato número uno denominado de plenos poderes que a más de declararse como poder constituyente con plenos poderes, amenaza a los jueces y tribunales que tramitaren cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea con la destitución de sus cargos y el enjuiciamiento correspondiente. Por otra parte, se encuentra el mandato número trece denominado AGD (Agencia de garantía de Depósitos) que rompe el debido proceso, pues se procede a ratificar la plena validez legal de la Resolución AGD-UIOGG-2008-12 del 8 de julio de 2008, en la que se ordena la incautación de los bienes de los ex accionistas y ex administradores de Filanbanco S.A., con la finalidad de devolver el dinero al Estado y a todos los ecuatorianos que aún permanecen perjudicados por la quiebra de dicho banco. Además se permiten declarar que la resolución AGD-UIO-GG-2008-12 de 8 de julio de 2008, expedida por el Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos no es susceptible de acción de amparo constitucional u otra de carácter especial, y si de hecho se hubiere interpuesto, será inmediatamente archivada, sin que se pueda suspender o impedir el cumplimiento de la referida resolución. Los jueces o magistrados que avocaren conocimiento de cualquier clase de acción constitucional relativa a esta resolución y aquellas que se tomen para ejecutarla, implementarla o cumplirla a cabalidad, deberán inadmitirlas, bajo pena de destitución y sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que hubiere lugar. ¿Puede el poder constituyente romper el Estado de Derecho, sencillamente porque tiene plenos poderes?. Creo que No.
  - 18 Oyarte, Rafael; La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico, en Revista Jurídica Ruptura, No. 44, Quito, AED, 2001, p. 24-25.
  - 19 Salgado, Hernán; Lecciones de Derecho Constitucional, Quito, Ediciones Legales, p.58. Barrera, Alberto; Reflexiones sobre el poder, Quito, Centro de

**Notas**

- publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1996, p. 166 y 207.
- 20 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 133 del 24 de julio de 2007.
- 21 Se puede revisar el texto completo del proyecto de Constitución así como el régimen de transición y demás normas constituyentes en [www.asambleaconstituyente.gov.ec](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec).
- 22 Salgado, Hernán; Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador, serie 5, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 31-69. Proyecto denominado “Sistema Administrativo de Justicia Constitucional”, presentado por el Tribunal Constitucional, enero 2008, p. 5-12.
- 23 El profesor Néstor Sagüés define al sistema mixto ecuatoriano como judicial difuso, con más control concentrado en un órgano extra poder como el Tribunal Constitucional. Néstor Pedro Sagüés, Justicia Constitucional y Control de la ley en América Latina, en Luis López Guerra (coordinador), La Justicia Constitucional en la Actualidad, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 170.
- 24 Trujillo, Julio César; Op. Cit., p. 217 -245. Por su parte, el Art. 274 de la Carta Magna vigente reza: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.
- 25 Estos principios han sido estudiados por prestigiosos constitucionalistas ecuatorianos como Hernán Salgado, Rafael Oyarte y Marco Morales.
- 26 El inciso primero del artículo 178 explica que “Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz.
- 27 El segundo inciso del mismo 178 indica “El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial”. La integración, nominación de sus miembros y demás funciones del Consejo de la Judicatura se encuentran descritas desde el artículo 179 hasta el 181.
- 28 “La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley” (artículo 178, tercer párrafo).
- 29 La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.
- 30 Esta función se encuentra desarrollada desde el artículo 204 hasta el 216. Al parecer viene a reemplazar a la Comisión de Control Cívico contra la Corrupción, conforme lo dispone la tercera norma transitoria: “Las servidoras y servidores públicos de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y de la Secretaría Nacional Anticorrupción, que no sean de libre nombramiento y remoción, pasarán a formar parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Por otra parte, tiene una función trascendental en el tema que nos ocupa, pues, conforme lo dispone la primera parte del artículo 434 “los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social”.
- 31 Esta función aparece descrita desde el artículo 217 hasta el 224.
- 32 Aragón Reyes, Manuel; Sobre las nociones de Supremacía y Supralegalidad Constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986. Zavala Egas, Jorge; Derecho Constitucional, Guayaquil, Edino, 1999, p. 32-35 y 163 – 227.
- 33 Salgado, Hernán; Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador, serie 5, p. 17.

*Notas*

- 34 Oyarte, Rafael; *La acción de amparo constitucional: Jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade y asociados Fondo editorial, 2006, p. 19.
- 35 Los principios de la supremacía aparecen desde el artículo 424 hasta el 428 en tanto que las disposiciones que tratan sobre la Corte Constitucional van desde la 429 hasta la 440. Finalmente la reforma constitucional aparece del artículo 441 al 444.
- 36 Salgado, Hernán; *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador*, serie 5, p. 91-92.
- 37 Artículo 426: Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.  
Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.
- 38 Oyarte, Rafael; *Ibidem*, p. 20.
- 39 Salgado, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales, p. 171.
- 40 Revisar los artículos 276 y 277 de la Constitución vigente donde se advierte la competencia del Tribunal Constitucional y la titularidad de los sujetos que pueden legitimar activamente las demandas de inconstitucionalidad. Por otra parte, en el Ecuador, cualquier persona natural o jurídica o grupo de personas puede proponer la acción de amparo para proteger el medio ambiente.
- 41 Oyarte, Rafael; *Ibidem*, p. 27-28.
- 42 Se adopta el término de la realidad constitucional española y se renuncia a lo dispuesto en el artículo 275 de la Constitución vigente que habla de vocales.
- 43 Para entender este tema es bueno que se lea la segunda disposición transitoria del Proyecto: “El órgano legislativo, en el plazo de treinta días desde la entrada en vigencia de esta Constitución, designará con base en un concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría e impugnación ciudadanas a las consejeras y consejeros del primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quienes permanecerán provisionalmente en sus funciones hasta la aprobación de la ley correspondiente. En este proceso se aplicarán las normas y principios señalados en la Constitución. El Consejo de transición permanecerá en sus funciones hasta que se promulgue la ley que regule su organización y funcionamiento, y en ciento veinte días preparará el proyecto de ley correspondiente para consideración del órgano legislativo”.
- 44 Morales, Marco; *Actualidad de la justicia constitucional en el Ecuador*, en Luis López Guerra (coordinador), *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 119. El Artículo 201 de la Constitución vigente establece que “Para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se requerirá: 1. Ser ecuatoriano por nacimiento. 2. Hallarse en goce de los derechos políticos. 3. Ser mayor de cuarenta y cinco años. 4. Tener título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas. 5. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de quince años. 6. Los demás requisitos de idoneidad que fije la ley”.
- 45 El artículo 205 del Código político dispone: “Se prohíbe a los magistrados y jueces ejercer la abogacía o desempeñar otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria. No podrán ejercer funciones en los partidos políticos, ni intervenir en contiendas electorales”.
- 46 Los vocales del TC pueden ser enjuiciados políticamente por infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño del cargo. El Congreso podrá censurarlos en el caso de declaratoria de culpabilidad, por mayoría de sus integrantes. La censura producirá la inmediata destitución del magistrado. Si de la

**Notas**

- censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente.
- 47 Se refiere al control social o popular descrito en los artículos 95, 204 y 208 del Proyecto. Para comprensión me permito citar la primera norma: “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”. El artículo 204 trata sobre la función de Transparencia y Control Social (institución) en tanto que el 208 explica los deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (uno de los órganos).
- 48 El segundo inciso de la norma 431 textualmente dice: “Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscalía o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes”.
- 49 Lamentablemente existe una ambigüedad que se desprende del texto constitucional, pues no se sabe a ciencia cierta qué órgano es el responsable de ratificar los tratados. Obsérvese como el artículo 120 numeral 8 indica que la Asamblea Nacional (Legislativo) deberá aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda, o sea, los del artículo 419, en tanto que el artículo 147 numeral 10 señala como una de las atribuciones y deberes del Presidente “definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales...”, seguramente conforme lo dispone la norma 418. Finalmente, el artículo 438 numeral 1 indica que “la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad...de los tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional”. Por último, el artículo 420 expresa que “la ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por el Presidente de la República.
- 50 Debe guardar concordancia con el artículo 93 que establece que “la acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.
- 51 Esta competencia hay que concordarla con el artículo 94 que dispone que “la acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. Algunos constitucionalistas como Antonio Rodríguez se preguntan si la Corte, con otras atribuciones inherentes a su calidad de organismo de control constitucional, podrá despachar con la agilidad necesaria todas las acciones de protección. Además no se sabe en qué plazo y en qué instancia debe proceder dicha acción.
- 52 El artículo 130 indica que “la Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República en los siguientes casos: 1. Por arrogarse funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional...”
- 53 Existe un control cruzado entre el Ejecutivo y el Legislativo, pues el primero puede disolver al segundo, en tanto que el órgano Legislativo puede destituir al Presidente por arrogarse funciones que no le competen. No creo que se trate de una idea funcional, pues, al contrario, podría generar una lucha de poderes que eventualmente podría causar inestabilidad y acefalia.

**Notas**

- 54 Para estudiar el conflicto generado en Colombia con la creación de la Corte Constitucional se recomienda la lectura del texto “La Corte Constitucional ¿Un legislador complementario?” de Sandra Morelli Rico, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- 55 Brage Camazano, Joaquín; La Jurisdicción Constitucional de la libertad, México, Editorial Porrúa, Instituto mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 20 a 61.
- 56 Jurado, Romel y Vargas, Edwar; Guía de Litigio Constitucional, Tomo I, Quito, CLD- Konrad Adenauer, 2001, p.18. Gozañi, Osvaldo; La Justicia Constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 181 a 366.
- 57 Op. Cit., p. 18.
-