

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Objeción contra mayoritaria sobre la legitimidad de
las Cortes Constitucionales en una sociedad
democrática**

Indira Antonella Mendía Oviedo

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Indira Antonella Mendía Oviedo

Código: 00206934

Cédula de identidad: 1722537121

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

OBJECCIÓN CONTRA MAYORITARIA SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA¹

COUNTER-MAJORITARIAN OBJECTION TO THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN A DEMOCRATIC SOCIETY

Indira Antonella Mendía Oviedo²
indimendiaoviedo@gmail.com

RESUMEN

El presente ensayo, analizó la objeción contra mayoritaria que defiende un modelo de constitucionalismo fuerte. Para el efecto, se estudiaron las bases del control constitucional, así como los modelos de constitucionalismo débil y fuerte, y las diferentes teorías que respaldan a cada postura, todo esto desde una mirada de protección a la legitimidad democrática del legislador. Mediante un método deductivo que examinó sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana, se adoptó la posición de limitar el poder de las Cortes Constitucionales, mediante la implementación de un modelo más débil de constitucionalismo. El trabajo concluye con el reconocimiento de la importancia de este órgano, por lo que a miras de armonizar su gestión con la del legislador, se propone adoptar un sistema constitucional más débil, como punto de partida a la búsqueda de soluciones para reducir la tensión existente entre el control judicial y el principio democrático.

PALABRAS CLAVES

Democracia; Control Constitucional; Objeción Contra Mayoritaria; Corte Constitucional; Constitucionalismo Débil.

ABSTRACT

This essay analyzed the majoritarian objection, that defends a strong model of constitutionalism. For this purpose, the bases of constitutional control were studied, as well as the models of weak and strong constitutionalism, and the different theories that support each position, all this from a perspective of protection of the democratic legitimacy of the legislator. Through a deductive method that examined judgments of the Ecuadorian Constitutional Court, the position of limiting the power of the Constitutional Courts was adopted, through the implementation of a weaker model of constitutionalism. The work concludes with the recognition of the importance of this body, so in order to harmonize its management with the legislator's, it is proposed to adopt a weaker constitutional system, as a starting point for the search for solutions to reduce the tension between judicial control and the democratic principle.

KEY WORDS

Democracy; Judicial Review; Counter-Majoritarian Objection; Constitutional Court; Weak Constitutionalism.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mauricio Maldonado Muñoz.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. 3.- ESTADO DEL ARTE. 4.- MARCO TEÓRICO. 5.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. 5.1.- CONTROL DIFUSO 5.1.1- MARBURY VS MADISON. 5.2.- CONTROL CONCENTRADO. 5.3.-CONTROL MIXTO 6.- CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR. 6.1.- ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD. 7.- CONSTITUCIONALISMO FUERTE Y DÉBIL. 7.1.- CONSTITUCIONALISMO DÉBIL. 7.2.- CONSTITUCIONALISMO FUERTE. 8.- ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO. 9.- ARGUMENTO CONTRA MAYORITARIO DESDE UNA MIRADA ANTIDEMOCRÁTICA. 10.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: PROBLEMÁTICA DESDE WALDRON. 11.- RECOMENDACIONES. 12.- CONCLUSIONES.

1 Introducción

El control constitucional es un mecanismo a través del cual se busca garantizar la conformidad de todas las normas infra constitucionales con el texto de la Constitución. Como menciona Mauricio Maldonado, “el control de constitucionalidad es garantía de la supremacía efectiva de la constitución”³, lo que presupone en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, la existencia de una Constitución rígida.

Dentro del modelo de control constitucional ecuatoriano, que es el concentrado, existe un órgano con competencias de la revisión e interpretación y exclusión⁴ del ordenamiento jurídico de aquellas normas que sean incompatibles con la Constitución. Se trata del órgano encargado de “verificar” la concordancia de las normas infraconstitucionales con la Constitución. La Corte Constitucional (CC), es, en ese sentido, es “el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”⁵

Existe, sin embargo, un gran debate, crítica y preocupación sobre el (por hipótesis) excesivo poder atribuido a los tribunales constitucionales, mediante el cual incluso asume los actos de la Asamblea Nacional (en general, del órgano legislativo), que

³Mauricio Maldonado-Muñoz, *Por una genealogía de la Constitución* (Palermo: Diritto e questioni pubbliche, 2020), 165-191.

⁴ Artículos 429 y 436, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁵ Artículo 429, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

es aquel órgano que expresa la voluntad soberana del pueblo (todo poder del Estado emana del pueblo)⁶.

Cuando se practica el control judicial de constitucionalidad, lo que se hace es cuestionar la facultad normativa del parlamento.; que es el órgano revestido con legitimidad democrática y, por lo tanto, el llamado a ejercer tales facultades normativas.

El dotar a la Corte Constitucional con atributos de soberanía real, abre campo al “problema perenne de la relación entre el control judicial de constitucionalidad y la democracia⁷”. Es por esto que existan posturas y autores que catalogan al control de constitucionalidad como “un instrumento de limitación de la democracia”⁸.

Si no se definen los límites al poder de estos tribunales, de donde surgen si se están atribuyendo o no facultades o cómo las ejercen, se desconocerán también sus peligros y aquellas conductas y procedimientos que cuestionan a la democracia como la conocemos, ¿Cuál es el riesgo de que la Corte Constitucional se atribuya funciones del parlamento?

El presente documento, nos invita a reflexionar y analizar este fenómeno constitucional, que podría dar como resultado un ejercicio de poder contra mayoritario descontrolado (al menos según algunos críticos).

El trabajo, empleará la metodología deductiva, pues se confrontará el problema jurídico desde los planteamientos generales del tema, para finalmente abordar la pregunta de investigación. Además, se empleará un análisis doctrinario, jurídico y jurisprudencial de esta institución, a fin de dilucidar sus efectos en el caso ecuatoriano.

2 Marco normativo y jurisprudencial

Dentro de la presente investigación se analizará la evolución normativa que ha permitido a las diversas Cortes, Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas ejercer sus facultades en materia de control constitucional. Por otro lado, se analizarán diversas posturas que respaldan y objetan el poder judicial. En este apartado, se enunciarán tanto la jurisprudencia como los cuerpos legales que exponen al control de constitucionalidad.

Por otro lado, dentro de la normativa interna la investigación se basará en lo prescrito por la Constitución de la República del Ecuador (2008), esencialmente el Título

⁶Robert Alexy, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa” en *Filosofía del Derecho Constitucional Cuestiones Fundamentales*, ed. Jorge Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo (Mexico: Universidad autónoma de México -Instituto de Investigaciones, 2016), 219-290.

⁷ *Ibid.* 219.

⁸ Mauricio Maldonado-Muñoz, *Por una genealogía de la Constitución*, 186.

IX, Capítulo II que trata sobre la Supremacía de la Constitución y la Corte Constitucional, así como también en aquellas secciones correspondientes al principio de reserva de ley y principio de legalidad, principios básicos para comprender las limitaciones del control constitucional. En este apartado se realizará además un análisis histórico y comparativo con las Cartas Supremas de 1998⁹ y 2008 con el fin de dilucidar la evolución reciente del control de constitucionalidad en el Ecuador.

De la misma forma, es imperativo estudiar el capítulo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto a las competencias que se le atribuyen a la Corte Constitucional de forma que se logre precisar cuál es su alcance y limitaciones.

Siguiendo con esta idea, se tomará en cuenta la sentencia 001-13-SCN-CC¹⁰, dictada por la misma Corte Constitucional, con el fin de aclarar el tipo de control que ejerce este órgano.

Además, se expondrán sentencias en las cuales se expondrá una posible extralimitación de facultades de la Corte, así como los poderes que esta ostenta; para esta referencia será consideradas las sentencias, No. 34-19-IN/21¹¹, de la Corte Constitucional Ecuatoriana, así como la Sentencia No. 003-10-SIC-CC¹².

3 Estado del arte

Existen diversos autores y juristas que han analizado a detalle la discusión acerca de la legitimidad de los tribunales constitucionales en una sociedad democrática. En este apartado se estudiarán algunas de estos aportes, académicos y filosóficos, para poder conocer las bases del pensamiento actual sobre el tema en cuestión.

Kelsen, quien es considerado como uno de los mayores juristas del siglo pasado y quien fue el autor de la Teoría Pura del Derecho, sostenía que un sistema jurídico “no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas [...] sobre la base del principio de jerarquía”¹³. La Constitución, en este sistema, es “la norma suprema” a la que ninguna otra pueda contradecir, esto es, ninguna norma infra

⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 1, 11 de agosto de 1998.

¹⁰ Causa No. 001-13-SCN-CC, Corte Constitucional ecuatoriana, 06 de febrero de 2013.

¹¹ Causa No. 34-19-IN, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021.

¹² Causa No. 003-10-SIC-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de diciembre de 2010.

¹³ Mario Galindo Soza, “La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autónomico”, *Revista Jurídica de Derecho* 7, 126–148 (2018).

constitucional puede ser (en estos términos) incompatible con el contenido de las normas constitucionales

Para garantizar tal supremacía, Kelsen ideó un sistema, que hoy algunos llaman (justamente por haber sido concebido por este autor) austríaco-kelseniano. Para entender el contexto de este sistema, es imperante reconocer el surgimiento del sistema de justicia constitucional europeo, el mismo que tuvo lugar en el año 1919, con la Constitución alemana del Weimar en donde “se monta un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales”¹⁴, sin embargo, no es sino hasta 1920, donde se consagra definitivamente en la Constitución austriaca, la cual fue obra de Kelsen¹⁵, el sistema de control concentrado.

Este “sistema kelseniano”, perfeccionado posteriormente en 1929¹⁶, hace descansar el control en un órgano especializado –(control concentrado)- que “no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad lógica entre dos normas de carácter abstracto: la Constitución y la ley”¹⁷. A este sistema de control de constitucional de las leyes, hay que entenderlo como una competencia de los tribunales constitucionales para solventar problemas abstractos “entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constitución”¹⁸. Esto es como decir que, el control de constitucionalidad, para el Tribunal Constitucional, quedaría limitado en únicamente a una comparación de la “normativa”, por lo que este actuaría como un legislador negativo, en la medida en que, de dicha comparación, surja una incompatibilidad.

En oposición a esta postura, se encuentra el alemán Carl Schmitt, el cual propone un diferente tipo de control de constitucionalidad. Schmitt, sostiene la idea según la cual “la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica”¹⁹, por lo que se entiende que para el jurista el Estado es incluso anterior a la Constitución, además de que “la Constitución en sentido «positivo» es la decisión del conjunto del pueblo sobre el modo y la forma de la unidad política”²⁰.

¹⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985), 56.

¹⁵ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 56-60.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Sebastián López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación de Estudios y publicaciones, 2018).

¹⁸ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 57.

¹⁹ Carlos Miguel Herrera, “La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos* 86, 195–227 (1994).

²⁰ Carlos Miguel Herrera, “La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, 203.

Es decir, no se habla de la idea de que la defensa de la constitución sería acerca de un control normativo, sino, del orden social. Este jurista, consideraba que el “verdadero” guardián de la constitución, debería ser el “soberano”, pues lo considera como “el representante del pueblo en su unidad, por encima de los intereses parciales y la lucha de los partidos políticos”²¹. (Cabe recordar que, para él, soberano es el que tiene en sus manos el estado de excepción).²²

Por otro lado, uno de los criterios más interesantes para este objeto de estudio es el de Bickel; como menciona Bayon “el constitucionalismo tiene una espinosa cuenta pendiente en relación con lo que, por lo menos desde Bickel, es usual denominar «objeción contra mayoritaria»”²³. Bickel, realiza una crítica al hecho de que las Cortes Supremas declaren inconstitucional un acto legislativo, pues estaría violentando la voluntad de quienes han sido escogidos por la mayoría como sus representantes, por lo que “es la razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático”²⁴.

Siguiendo con otro enfoque, está Waldron con su crítica al constitucionalismo fuerte y la regla de la mayoría; Según este el autor:

Esta sería la única forma de reconocer verdaderamente la igual capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente, y cuente en pie de igualdad con la de cualquier otro, en el proceso público de toma de decisiones ²⁵.

Por lo que, según esta postura, tomar decisiones de manera alejada de esta regla; violentaría el derecho a la participación de los ciudadanos.

4 Marco Teórico

Con el fin de delimitar el debate presentado, se han expuesto diferentes inclinaciones; *grosso modo*, la controversia trata sobre quien debe tener la “última palabra” sobre el control constitucional de las normas. En este trabajo, se analizarán estas posturas desde la perspectiva de dos modelos. El primero es la “objeción contra mayoritaria” como muestra de un constitucionalismo débil y el segundo, la propuesta

²¹ *Ibíd.*, 211.

²² Ver Agamben, G. El estado de excepción

²³ Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, *Discusiones 1*, 65–94 (2000).

²⁴ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (Yale University Press, 1986), <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1nqmb>. (Traducción no oficial).

²⁵ Jeremy Waldron. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies* 13, 18–51 (1993): <http://www.jstor.org/stable/764646>. (Traducción no oficial).

“contra mayoritaria”, como muestra de “constitucionalismo fuerte”. En breve se precisará el significado de estas expresiones.

El constitucionalismo débil es aquel que articula un mayor diálogo democrático y de participación de la mayoría, es decir, aquel que permite la existencia de una interacción entre los jueces y el legislador, pero que concentra la potestad deliberativa en la mayoría legislativa ordinaria²⁶. En un constitucionalismo débil a los jueces les correspondería fiscalizar/ controlar la compatibilidad de la Constitución, con el ordenamiento en general; Waldron menciona que “las cortes no declaran que una ley es inejecutable o inconstitucional [...] queda en manos del legislador el qué hacer con esa inconsistencia o incompatibilidad”²⁷.

Por otro lado, el constitucionalismo fuerte se caracteriza por dotar a los jueces con la capacidad de “inaplicar y/o invalidar aquellas leyes que los tribunales consideran contrarias a su interpretación de los derechos protegidos”²⁸; inclusive, estos tribunales podrían eliminarlas del ordenamiento jurídico cuando se considera que violan la constitución.

Un modelo fuerte de revisión judicial corresponde a una concepción débil de democracia, que denuncia la crisis del sistema representativo y excluye ciertas decisiones de la política mayoritaria débil habrían de adherir a formas más fuertes de la concepción democrática.²⁹

Como se puede apreciar, el diferenciador central (mas no único), entre estos dos modelos sería, que, en el primero, el legislador cuenta con la última palabra sobre la decisión del alcance y términos en los que se manejan los conflictos de ley, mientras que, en el segundo, el poder de decisión recaería en los jueces (tribunales). A pesar de esta breve diferenciación, hay que señalar que se necesita un diálogo más profundo para poder comprender las formas y alcances de ambas posturas. A ello estará dedicado el acápite siguiente.

²⁶ “Profesor Jeremy Waldron de la Universidad de Nueva York en la Corte Constitucional, seminario sobre control de constitucionalidad y política”, video de YouTube, 1:40:05, publicado por “Corte Constitucional.” 04 de agosto de 2017, https://youtu.be/8l_WGqY3qMA.

²⁷ “Profesor Jeremy Waldron de la Universidad de Nueva York en la Corte Constitucional, seminario sobre control de constitucionalidad y política” 1:33:00, publicado por “Corte Constitucional”.

²⁸ Mariano C. Melero de la Torre, “Constitucionalismo débil”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 13, 198–210 (2017) <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3814>.

²⁹ Sebastián Reyes Molina, “Escepticismo ante las reglas y pedigree democrático de la dificultad mayoritaria”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 44, 219-231 (2022). <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.09>

5 Control de constitucionalidad

Una de las características del Estado constitucional de derecho contemporáneo es el control de constitucionalidad, que es aquel mecanismo necesario para asegurar la supremacía de la constitución, esto, entendido desde la lógica de que todo sistema jurídico se organiza de una forma jerárquica-, por lo que este cuerpo normativo se considera como la Ley Suprema.

Bajo estos supuestos, debe existir una forma de control que asegure y proteja no solo que la constitución esté por encima de las leyes, sino que estas estén acordes con lo que proclama y, sobre todo, que sus principios y derechos se mantengan íntegros, sean cumplidos y respetados. Como menciona Mauricio Maldonado, el control de constitucionalidad “pretende asegurar, al menos en línea de principio, que el legislador ordinario no expida «derecho inconstitucional»”, es decir, asegurar el principio de legalidad material.³⁰ Existen diferentes tipos de control constitucional que son importantes de analizar esto es, i): control de constitucionalidad difuso; ii) concentrado y iii) mixto.

En razón del presente trabajo, no se problematizará la conveniencia de estos tres modelos respecto uno del otro, sino, que se explicará brevemente cada uno de ellos, con el fin de esclarecer sus características más importantes.

5.1 Control difuso

El control difuso, es aquel que surge del modelo americano, específicamente se lo puede establecer desde el caso de la Corte Suprema estadounidense, *Marbury vs. Madison*.

Este control supone que “todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes cuando las juzgan contrarias a-la Constitución”³¹, lo cual significa que todos los jueces, sin importar su nivel, pueden aplicar un control constitucional, siempre y cuando las leyes que conozcan respecto del caso sean contrarias, afecten o violenten a la Constitución. Se debe mencionar también que “la garantía de este tipo de control radica en encargar el control constitucional a la función judicial, entendido como un órgano independiente e imparcial”³².

³⁰ Mauricio Maldonado-Muñoz, *Por una genealogía de la Constitución*, 184.

³¹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 57.

³² Claudia Storini, Jhoel Escudero Soliz, “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 9, 1–33 (2011).

5.1.1 Marbury vs Madison

El contexto histórico en el que se emite esta sentencia evidencia su reciente incorporación a la vida política americana a finales del siglo XVIII, así como las primeras reflexiones acerca de su supremacía frente al resto de normas infra constitucionales y la necesidad de que todo el ordenamiento jurídico nacional y federal, se someta al texto constitucional, labor que correspondería a las Cortes de Justicia dentro del ámbito de su competencia.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América (1803) “Marbury vs. Madison”, sentó para muchos³³, el primer precedente sobre control de constitucionalidad en aquel país, debido a que se la reconoce típicamente, como la primera vez en la que se acredita la supremacía de la Constitución frente a una ley que sea contraria a esta, y el poder judicial de declarar inconstitucional una ley, el famoso *judicial review*.

Es importante entender la lógica en la que el juez Marshall, quien dictó este fallo, basó su novedosa argumentación. La única manera de lograrlo, es exponiendo brevemente el caso.

Como ya se mencionó en líneas anteriores, “Marbury vs Madison” se resolvió dentro de un momento de tensión política, precisamente en un cambio de presidencia; Jhon Adams (federalista) sería sucedido por Thomas Jefferson (republicano).

Es importante destacar este factor pues en el intermedio de la asunción de Jefferson como nuevo presidente ocurrieron hechos trascendentes, tales como el que se expondrá a continuación.

Adams quien era el presidente saliente, envió un nuevo proyecto de ley que lo favorecería y en el cual se proponía lo siguiente:

La creación de juzgados de paz para el distrito, [...] el Congreso aprobó la ley el 27 de febrero y autorizó al presidente a designar los magistrados para ocupar esos tribunales [...] a causa de la cantidad de nombramientos, los correspondientes a Marbury y a sus tres litisconsortes quedaron sin ser formalmente comunicados a sus destinatarios³⁴

³³ Esto sin embargo parece no ser precisamente así, al respecto García- Mansilla realiza una extensa crítica, en la cual menciona que muchos años antes de conocerse esta sentencia, jueces y abogados en diferentes casos, ya habían adoptado este modelo. Para indagar en este tema, ver: Manuel José García- Mansilla, “Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad”, *Revista Jurídica Austral* 1, (2020), 13-19. <http://dx.doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.gar>.

³⁴ Alberto F Garay, “La enseñanza del caso Marbury vs. Madison”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho* 13, 121–136 (2009).

Si bien la designación de Marbury (quien estaba postulado para juez) fue firmada, esta no fue notificada, y es por este suceso que este y otros perjudicados, demandaron y solicitaron un *writ of mandamus* ante la Corte Suprema; ello, con el fin de efectuar reconocimiento de tales designaciones. Posteriormente, fue el juez John Marshall, quien era el Magistrado presidente del tribunal, el cual dio a conocer la “Opinión de la Corte”, la misma que resolvió el caso analizando principalmente tres puntos.

1. ¿Tiene el demandante el derecho al nombramiento que solicita?
2. Si tiene ese derecho y el mismo ha sido violado, ¿le otorgan las leyes del país un remedio?
3. Si así es, ¿el remedio consistiría en un mandamiento que haya de expedir este Tribunal?³⁵

En cuanto a las dos primeras cuestiones se argumentó en lo que parecería a favor de William Marbury, ya que, efectivamente el demandante tiene derecho del nombramiento que solicita y, debido a que Marbury no recibió su designación, tiene derecho a demandar. Para fines del trabajo me enfocaré en el último punto, ¿puede la Corte Suprema hacer algo? Para contestar este cuestionamiento, Marshall analizó el caso de una forma novedosa.

El juez, estudió el Judiciary Act de 1789, en el cual se basó Marbury para hacer su reclamo. Este establecía que la Corte Suprema tenía potestad para reconocer estos *writs of madamus*, sin embargo, para Marshall esta sección sobrepasaba las facultades que le atribuía la Constitución a la Corte; Así, sostuvo que “la Constitución ya enumeraba los casos de competencia originaria y que estos no podían ser ampliados por el legislador federal”³⁶, por lo que lo declaró inconstitucional.

En conclusión, con este caso se aprecia que el constitucionalismo americano, define (al menos en las palabras), la concepción de la competencia limitada de los tribunales federales. Por otro lado, afirma que la Constitución es superior a toda legislación ordinaria, por lo que deberá ser aplicada de manera directa “dando paso a la idea del control como un elemento inseparable del concepto de Constitución”³⁷.

³⁵ Viridiana Molinares Hassan, *Constitución, Organización del Estado y Derechos Humanos* (Barranquilla: Universidad del Norte – Editorial, 2011).

³⁶ Alberto F Garay, “La enseñanza del caso Marbury vs. Madison”, 128-129.

³⁷ Manuel Reyes Aragón, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho* 19, 15–52 (1987).

5.2 Control Concentrado

En contraposición al control difuso de constitucionalidad, se encuentra el control concentrado. Históricamente, se considera que este control es de origen europeo, específicamente austriaco. Sin embargo, antes de exponer este tema, es necesario partir de la idea de que antes, en la época del llamado Estado simplemente legal de Derecho, en el sistema europeo, la base del Estado se fundaba en “un principio de soberanía nacional [...] que se convertiría en soberanía parlamentaria, asegurando la supremacía del principio de legalidad sobre el principio de constitucionalidad.”³⁸

Respecto de esto, surge el sistema austriaco que como menciona García de Enterría, es “obra personal y sin duda alguna genial [...] de Kelsen”³⁹. Este sistema es aquel que este jurista “instauró” en la Constitución austriaca de 1920 con el fin de incorporar un régimen que permitiría concretar el control en un órgano especializado: se trataba de preservar la supremacía de la Constitución y limitar y proteger a esta de la actuación parlamentaria.

Es por esto que Kelsen “propuso la idea de crear un tribunal constitucional *ad hoc* especializado en control de constitucionalidad, proponiendo un sistema de control restringido a lo constitucional [...]”⁴⁰. De allí nace por vez primera la idea de control concentrado, que, en palabras más simples, es aquel ejercido de manera privativa por un tribunal especializado, en el caso ecuatoriano la Corte Constitucional, siendo el órgano competente para conocer casos de inconstitucionalidad, esto, con el fin de resguardar y reforzar la supremacía constitucional.

5.3 El Control Mixto

El control mixto, por su lado, es la concurrencia de elementos, tanto del control difuso como del concentrado. Este tipo de control ocurre cuando jueces ordinarios, así como los jueces del tribunal especializado (Corte Constitucional), pueden ejercer un control constitucional de la norma (aunque de distintos tipos).

³⁸ Sebastián López, “El Control de Constitucionalidad: La apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Revista IURIS* 16, 119–135 (2017).

³⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 56.

⁴⁰ Luis Fernando Suárez Proaño, *La Supremacía Constitucional como derecho fundamental y los modelos de control constitucional en el Ecuador* (Quito: Repositorio PUCESA, 2017), 12.

Los primeros inaplicando las normas por contravenir la Constitución en un caso concreto [...], y los segundos [...] el análisis de la constitucionalidad de la norma en abstracto, lo cual es realizado por los tribunales y cortes constitucionales⁴¹

Es decir, cuando los jueces de instancia realizan el control al ser un caso concreto, la decisión tendrá un efecto *inter partes*; mientras que, en el segundo caso, esta tendrá un efecto *erga omnes*.

6 Control Constitucional en Ecuador

Hasta la actualidad han sido veinte las Constituciones que han regido en el Ecuador. Me concentraré en dos de ellas, la Constitución de 1998 y la Constitución del año 2008, específicamente en lo que está relacionado con el control de constitucionalidad.

6.1 Antecedentes y Actualidad

La Constitución de 1998, en su diseño orgánico, incluyó la institución de un Tribunal Constitucional, como aquel órgano competente encargado de administrar justicia constitucional, junto con este se definió la idea del control constitucional que regiría en el país.⁴²

En la Constitución Política se precisa la clara existencia de un control mixto de constitucionalidad, pues deja sentado que un juez con indiferencia de la instancia en la que se encuentre, podrá ejercer un control constitucional atribuyéndose además la potestad de inaplicar una norma, podrá también este elevar al entonces Tribunal Constitucional un informe para que este lo evalúe y resuelva la cuestión siendo el caso con carácter general y obligatorio⁴³.

Sebastián López Hidalgo resalta entre otras ideas que este control mixto puede ser entendido “en la medida en la que el Tribunal Constitucional [...] tenía facultades para ejercer el control abstracto, erga omnes, con un marco de competencias delimitado que coexistía con la posibilidad de que los jueces ordinarios podían implicar [...] una disposición normativa dentro de un caso concreto, específico”⁴⁴.

⁴¹ Claudia Storini, Christian Rolando Masapanta, Marcelo Alejandro Guerra, “Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan poco viaje”, *Foro: Revista de Derecho* 38, 7–27 (2022). <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>.

⁴² Este era el sistema ecuatoriano bajo la Constitución de 1998.

⁴³ Artículo 274, Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

⁴⁴ Sebastián López Hidalgo, “El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Foro: Revista de Derecho* 38, 29–31 (2022). <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.2>.

Sin embargo, a partir de la Constitución del 2008 se evidenciaron grandes cambios no únicamente en el ámbito político, sino con respecto de las garantías constitucionales, la estructura del Estado y el surgimiento de un nuevo régimen de control constitucional. Prescribe el artículo 428 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.⁴⁵

El análisis del precedente artículo arroja diferentes cuestiones a tratar. En primer lugar, hay que considerar que la norma, prevé que el órgano de control e interpretación constitucional⁴⁶, es la Corte Constitucional, dejando en evidencia el control concentrado de constitucionalidad como el nuevo modelo instaurado, además de un notorio control concreto. El control se podrá activar a manera de consulta de norma proveniente de un juez ordinario que conoce sobre un caso en concreto o de oficio, cuando se considere a una norma contraria a la Constitución.

En este sentido es prudente también mencionar aquel control directo e inmediato que supone el artículo 11 numeral 3 del mismo texto⁴⁷, podría generar incertidumbre acerca de los límites y la línea divisoria entre las verdaderas facultades de los jueces ordinarios y la Corte.

Así mismo, la Corte ha emitido diversos fallos en lo que se evidencia y corrobora que el control que se ejerce en Ecuador es el control concentrado; en la sentencia 001-13-SCN-CC se realiza una consulta de constitucionalidad de la norma, la misma que dentro de su análisis constitucional declara que:

En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez [...] ⁴⁸

Además, ratifica que bajo ningún concepto si un juez considera que una norma es inconstitucional podría dejar de aplicarla en el caso, sino obligatoriamente debe

⁴⁵ Artículo 428, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁶ Artículo 429, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁷ Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁸ Causa No. 001-13-SCN-CC, Corte Constitucional ecuatoriana, 06 de febrero de 2013, párr. 3

informar y elevar esta consulta ante la Corte, únicamente si tiene una duda razonable y motivada ⁴⁹.

7 Constitucionalismo débil y fuerte

Como ya se ha mencionado, existen diversos modelos de control constitucional; control difuso, concentrado y mixto. Las consecuencias de la adopción de un tipo de control u otro, desemboca en que la discusión sobre la interacción jueces constitucionales y legislador, se mantenga latente, así como también la búsqueda de posibles modelos intermedios de constitucionalismo, con el fin de precisar cuál es el mecanismo más apropiado para aplicarlo en una sociedad democrática.⁵⁰

De ahí, que se pueda “afirmar la existencia de sistemas de justicia constitucional que responden a las fórmulas del constitucionalismo débil o [...] fuerte”⁵¹.

7.1 Constitucionalismo débil

El constitucionalismo débil, aparece como una de las mayores innovaciones constitucionales a finales del siglo XX⁵², en respuesta a la preocupación de los Estados, en razón al inminente peligro que podría sufrir la soberanía parlamentaria, frente a los poderes otorgados a los jueces constitucionales, mediante un control constitucional “fuerte”.

La fundamentación de este tipo de constitucionalismo, radica en la alegada ilegitimidad de los Tribunales Constitucionales, para someter decisiones del parlamento a su propio control (por hipótesis, no representativo).⁵³

A esta categoría, se le atribuyen aquellos modelos institucionales, en los cuales el control judicial de constitucionalidad está “limitado por la imposibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre la incompatibilidad de las leyes con la Constitución”⁵⁴.

Lo que pretende el constitucionalismo débil, es otorgar al tribunal o jueces constitucionales, la facultad para revisar y conocer una incompatibilidad entre la

⁴⁹ Causa No. 001-13-SCN-CC, párr. 3.

⁵⁰ Jeremy Wladron, “Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política”, *Dikaion* 27, 07–28 (2018) doi: 10.5294/dika.2018.27.1.1

⁵¹ Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 451.

⁵² Mariano C. Melero de la Torre, *Constitucionalismo débil*, 202.

⁵³ Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, 451-456.

⁵⁴ *Ibid.*

legislación ordinaria y la Constitución, pero, reservando la facultad de decisión (la última palabra), al legislador democrático.

En definitiva, este mecanismo, no tiene por objeto suprimir la potestad de los tribunales constitucionales, sino que, lo que busca es limitar la actuación de esta, incluso, algunos, “han afirmado que las formas débiles de *judicial review* proveen de una nueva solución a la dificultad contra mayoritaria⁵⁵”, ya que, si bien se reconoce a las Cortes Constitucionales y se promueve la interacción y diálogo con estas, el principio democrático, y la supremacía del Parlamento, son protegidos como sus ejes de principal importancia⁵⁶.

Al constitucionalismo débil, no se lo puede delimitar como un mecanismo sin tipologías, debido a que es una construcción social que busca solucionar los conflictos ya descritos. Es por esto, que se ha identificado su presencia de diferentes formas, en diversos modelos estatales.

Dentro del tipo de constitucionalismo débil, denominado por Melero de La Torre como “justicia constitucional penúltima”⁵⁷, se evidencian modelos como el canadiense, el neozelandés y el británico.⁵⁸

En cuanto al modelo canadiense, en la sección 33, del *Charter of Rights and Freedoms*, de 1982⁵⁹, se establece que “el legislativo puede declarar que un estatuto surta efecto, a pesar de que los tribunales las hubiesen invalidado”⁶⁰.

La condición de la cláusula derogatoria cuenta con un plazo no mayor a cinco años y será reivindicada – de ser el caso- por un nuevo parlamento⁶¹; Todo esto con el fin de incentivar el diálogo entre los jueces y el parlamento.

Por otro lado, el constitucionalismo débil del modelo neozelandés, se evidencia con la proclamación del *NZ Bill of Rights Act (NZBORA)* de 1990⁶², que, si bien tiene la misma jerarquía que una ley ordinaria, es tratada de forma diferente. Esto se puede apreciar, debido a la manera en la que los jueces procesan las normas.

⁵⁵ Mark Tushnet, *Constitucionalismo y Judicial Review*, ed. Pedro Grández Castro (Perú: Palestra Editores, 2017), 141.

⁵⁶ Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, 457.

⁵⁷ Eso debido a que, al contrario del parlamento, a los jueces les corresponde únicamente la penúltima palabra, más no la última.

⁵⁸ Mariano C. Melero de la Torre, “Constitucionalismo débil”, 204-205.

⁵⁹ *Ibid.*, 204.

⁶⁰ Mark Tushnet, *Constitucionalismo y Judicial Review*, 144.

⁶¹ Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, sección 33. (Traducción no oficial).

⁶² New Zealand Bill of Rights Act, 1990. (Traducción no oficial).

Los jueces tienen la obligación de considerar que, el parlamento no aprobará leyes contrarias a lo establecido en esta declaración de derechos. Los tribunales deberán realizar interpretación conforme al contenido del NZBORA, y en el caso de que existan varias interpretaciones posibles de una ley, se preferirá siempre la compatible con esta carta. Lo curioso es que el legislador puede dejar sin efecto esta interpretación conforme mediante una ley que sea más clara, y, en los casos en los que no exista la posibilidad de efectuar una interpretación conforme, los tribunales deberán declarar la imposibilidad de interpretación, es decir, el legislador siempre tiene la última palabra⁶³.

Por último, el sistema británico, a través del *Human Rights Act* (1998), “dirige a las cortes a interpretar la legislación primaria [...] de una manera compatible con las estipulaciones de la Convención Europea de Derechos Humanos”⁶⁴, si la Corte es incapaz de realizar este ejercicio, se la faculta para emitir una declaración de incompatibilidad, la misma que no altera el modelo instaurado de constitucionalismo débil, puesto que “no afecta ni la validez, ni la aplicación de la ley”⁶⁵.

7.2 Constitucionalismo fuerte y su alternativa débil

En los sistemas fuertes, por su lado, donde existen Constituciones más rígidas, la decisión judicial es la última palabra en el sistema democrático. En este sentido, la decisión de los jueces es:

La prevaleciente ante la interpretación de la Norma Suprema, lo cual implica un acrecentamiento del poder judicial y, como consecuencia, un riesgo de debilitamiento de la democracia⁶⁶.

La justificación este poder usualmente se basa en el argumento de constituciones rígidas, que, mediante este modelo del constitucionalismo, resguardan derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos frente al Estado.

Se puede argumentar, según creo, que el modelo de constitucionalismo débil, podría llegar a ser el que más se ajusta a un Estado democrático, por lo que podría sugerirse como una solución ante la dificultad contra mayoritaria.

⁶³ Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, 465-467.

⁶⁴ Mark Tushnet, *Constitucionalismo y Judicial Review*, 144.

⁶⁵ Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, 470

⁶⁶ Jorge Ernesto Roa Roa, *El Modelo de Constitucionalismo débil y la Legitimidad de la Justicia Constitucional en Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 2.

Esto, debido a que los fundamentos con los que se defiende al modelo en las legislaciones que lo adoptaron, evidencian el respeto y rescate de la legitimidad democrática del control constitucional.

A diferencia del constitucionalismo fuerte, cuya posición es radical en cuanto al defender la soberanía del poder judicial de interpretación constitucional, este modelo, fomenta la interacción entre el legislador y los tribunales constitucionales, con el fin de promover un conjunto de diseños constitucionales, cuyo mayor propósito es la protección de los derechos constitucionales.

Por último, cabe precisar que el constitucionalismo débil, prioriza que el legislador promueva el respeto y garantía de los derechos, al contrario de los argumentos de quienes pretender invisibilizar este modelo, el constitucionalismo débil no protege al legislador ante una inminente violación a la constitución y los derechos que esta protege. Este constitucionalismo, propone que el gobierno deba:

Analizar la compatibilidad de un proyecto de ley con la constitución antes de presentarlo ante el congreso, y este a su vez, debe realizar el mismo análisis antes de aprobarlo como una ley⁶⁷.

Tabla No. 1 Diferencias Constitucionalismo fuerte y débil.

CONSTITUCIONALISMO FUERTE	CONSTITUCIONALISMO DÉBIL
Mayor poder judicial: los jueces tienen la última palabra en la interpretación constitucional.	Democracia fuerte: La última palabra recae en el parlamento o el ejecutivo.
No se protege la legitimidad democrática.	La legitimidad democrática es protegida.
Constitución Rígida	Constitución Rígida o Flexible.

Fuente: Elaboración propia, aparte de fuente bibliográfica⁶⁸.

⁶⁷ Jorge Ernesto Roa Roa, Control de Constitucionalidad Deliberativo, 460.

⁶⁸ *Ibid.*

8 Argumento contra mayoritario

Son varias las posiciones que se han generado ante la duda de la legitimidad democrática de la justicia constitucional⁶⁹, esto visto desde la perspectiva de un supuesto rompimiento del orden democrático por el juez constitucional. Es por esto, que resulta imperante hablar en esta sección del trabajo, acerca del tema central de discusión, que es el argumento contra mayoritaria u objeción democrática sobre el control judicial y su participación en una sociedad democrática.

A este argumento, se le ha denominado como “dificultad contra mayoritaria”, término que ha sido acuñado por Alexander Bickel, con el fin de resaltar la incongruencia de quienes pretender motivar y defenderlo. Esta discusión, no es un tema nuevo dentro de los debates en el mundo constitucional, de hecho, autores como Kelsen, Schmitt ya los trataban.

Sin embargo, en una delimitación de tiempo y espacio, esta polémica ha resurgido “en razón del papel activista *judicial activism*, o de una autolimitación judicial *judicial self-restraint* asumido por las Cortes o Tribunales”⁷⁰.

La disputa recae sobre la idea de permitir que un grupo de personas (jueces) que no han sido designadas por el pueblo (democráticamente), pueda tener decisión final sobre los cuestionamientos realizados bajo un modelo de control constitucional.

Ahora bien, el dilema se ha expandido a miras de encontrar una justificación ante el poder que se pretende otorgar a este grupo de juristas no electos democráticamente con el fin de resguardar esta potestad que los órganos judiciales han adquirido. En el intento por defender a la opinión contra mayoritaria, se ha realizado diferentes análisis enfocados desde varias aristas. Aquí cabe resaltar la opinión hamiltoniana rescatada en el texto de Sebastián López Hidalgo, la cual contesta a la interrogante de si deberían o no tener estos jueces capacidad para abandonar decisiones del órgano democrático, al respecto se alega que:

[E]l hecho de que el poder judicial tenga la capacidad para revisar o negar la validez de una norma legislativa no significa consagrar la superioridad de la función judicial en relación con la función legislativa, sino, simplemente, una reafirmación de la voluntad popular consagrada en el texto constitucional, que es superior a ambos⁷¹.

⁶⁹ Sebastián López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 17.

⁷⁰ Sebastián López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, pág. 22.

⁷¹ *Ibid*

En la misma línea se puede destacar a Robert Alexy, quien consideraba que la manera de conciliar la idea contra mayoritaria con la de democracia, es asegurando que el control judicial, “resulta también un órgano representativo”⁷², esto, pues ejercerían una suerte de “representación argumentativa” de los ciudadanos, afirmando que, en este modelo cuando se ejecuta la revisión constitucional se puede alcanzar el entendimiento real del pueblo, “es decir, los jueces son también representantes de la gente, aunque sólo ejercen representación argumentativa”⁷³. Lo preocupante de esta tesis, sin embargo, es que gira en torno, la objetividad de la argumentación que realizan y a sus límites.

No hay que ahondar mucho en el tema para lograr llenar de cuestionamientos al pensamiento de Alexy ¿Qué es lo que los ciudadanos realmente piensan?, ¿cómo nos podemos asegurar de que este no es un argumento cuyo único propósito es que el control judicial se apartará arbitrariamente de lo que los “ciudadanos piensan”?⁷⁴, un argumento que solo genera más controversia, sin duda.

Así como hay algunos que defienden el argumento contra mayoritario legitimándolo bajo el precepto de que la jurisdicción constitucional, tutela derechos y resguarda al modelo democrático, hay otros que aseguran que la supremacía constitucional es de hecho asegurada mediante el control constitucional.

Para Moreso, la razón de ser de la justicia constitucional en su régimen anti mayoritario, se basa en la idea de que el control judicial de constitucionalidad; es aquella que limita a la democracia en tal forma que esta no se transforme en un régimen autoritario, evitando que esta cambie o limite derechos rendida únicamente por la idea de la mayoría⁷⁵.

Esta postura logra, de forma medianamente eficaz romper la barrera de la peligrosidad de destinar este tipo de atribuciones al poder judicial, mostrando al control que este realizaría como un instrumento que aporta a la democracia y no es de todo contrario.

⁷² Roberto Gargarella, Alexy y la "representación argumentativa" de los tribunales", Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política., 14 de marzo de 2017 Disponible En; <https://seminariogargarella.blogspot.com/2017/03/alex-y-la-representacion-argumentativa.html>, Último acceso [10 de octubre de 2022].

⁷³ Roberto Gargarella, Alexy y la "representación argumentativa" de los tribunales".

⁷⁴ *Ibíd*

⁷⁵ José Juan Moreno “*Derechos y Justicia Procesal Imperfecta*” (Alicante: Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2008)

Por otro lado, Orunesu, sostiene que el control judicial se trataría de un órgano democrático siempre que este trabaje en base a lo designado por la legislatura ordinario en búsqueda de la protección de los derechos básicos delimitados y resguardados por el poder constituyente originario⁷⁶, es decir, si esto se cumpliría, este pensamiento se podría traducir en que mediante este control se lograría la prevalencia de la verdadera esencia de la Constitución. Se debe tener cuidado con este análisis pues no hay que desconocer que las disposiciones, en general contienen conceptos ambiguos, y no es diferente cuando se trata de la Norma Suprema pues esta contiene derechos, principios y demás que no solo son abstractos, sino que una interpretación desfavorable como a la que se abriría la posibilidad en este caso diferente a la voluntad originaria.

Como se puede apreciar, se han presentado diferentes posturas y corrientes, a las cuales es pertinente dedicar un breve análisis.

Con respecto de estas últimas es preciso rescatar a la originalista, que pretende precautelar la discrecionalidad de los jueces, imponiendo parámetros de “fidelidad constitucional como la única manera de salvar el carácter democrático de la revisión judicial”⁷⁷.

De este tema ya se habló en torno al caso de *Marbury vs. Madison*, el cual – según se puede argumentar- es un ejemplo claro de originalismo, además de que refleja la problemática contradicción entre el *judicial review* y la interpretación constitucional que cabe anotar puede ser un punto desfavorable del constitucionalismo fuerte que se pretende defender.

Remontando al ideal originalista, se cuestiona si la Constitución es entonces solo lo que está redactado, si no es cambiante el pensamiento de sus redactores, si no se ajusta a la evolución de la sociedad.

Varia es la jurisprudencia norteamericana que apoya esta corriente, de este vale resaltar la opinión del juez Gorsuch en el caso del año 1964 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Bostock v. Clayton County*:

[E]ste Tribunal normalmente interpreta una ley de acuerdo con el sentido público ordinario de sus términos en el momento de su promulgación. Después de todo, solo las palabras escritas en la misma constituyen la norma adoptada por el Congreso y aprobada por el presidente. Si los jueces pudieran agregar, remodelar, actualizar o restar valor de

⁷⁶ Claudina Orunesu “Los límites de la interpretación en la democracia constitucional” (México DF: Fontamara, 2005).

⁷⁷ Sebastián López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador.

antiguos términos legales [...] correríamos el riesgo de enmendar las normas desde fuera del proceso legislativo reservado a los representantes del pueblo [...] ⁷⁸.

Si bien la decisión del caso, no es pertinente de analizar en este trabajo, si lo son las opiniones vertidas en sentido al tema en cuestión. *Bostock v. Clayton County*, es un caso en el que se prohíbe la discriminación por sexo, en razón de la Ley de derechos civiles; la controversia de naturaleza constitucionalista, se genera en razón a la problemática de interpretación de la palabra sexo.

Como ya se apreció para el juez Gorsuch se debe interpretar la norma de la forma originaria, es decir con el sentido que le han otorgado los fundadores de la Ley aplicable.

En opinión reservada y contrapuesta, de uno de los jueces de la Corte, el juez Alito -quien estaba en desacuerdo con que los fundadores hayan dado ese sentido a la norma-, es que en realidad lo que estaría haciendo la Corte, sería adoptar la teoría de que los tribunales deberían «actualizar» las normas antiguas para que reflejen los valores de la sociedad”.

También menciona que no podría existir una interpretación textualista que se aparte en su totalidad del significado de las palabras ⁷⁹; si bien este análisis es un extremo para el sentido del caso, tiene cabida su consternación, ya que se estaría dejando al arbitrio de los jueces el sentido y conveniencia de niveles de interpretación que estos quieran dar al caso.

Como aporte, otro de los jueces, el juez Kavanaugh, realiza un examen más balanceado, este por lo contrario argumenta que de hecho el textualismo atribuye a la norma el sentido ordinario que busca reflejar en el texto, el juez defiende que:

Los jueces se adhieren al sentido ordinario [...] principalmente por dos razones: imperio del Derecho y rendición de cuentas democrática. Una sociedad gobernada por el imperio del Derecho debe tener normas que puedan ser conocidas y entendidas por la ciudadanía. Y la vinculación judicial al sentido ordinario [de la norma] facilita la rendición de cuentas democrática de los representantes electos por las normas que aprueban⁸⁰.

Pero como prueba esta sentencia, y las opiniones que se han plasmado en este texto son varias las negativas a esta teoría. En general, es evidente que este método no es el más eficaz para lograr una interpretación constitucional con un solo resultado, “el

⁷⁸ Pablo Nuevo López, “Interpretación Constitucional y Derecho Antidiscriminatorio. A propósito del caso *Bostock* y el Futuro del Originalismo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 449–464 (2020). <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.14>

⁷⁹ *Ibid.* 452.

⁸⁰ *Ibid.* 453.

originalismo no siempre cancela las indeterminaciones jurídicas pues muchas veces es posible hallar distintas intenciones originales”⁸¹.

Además de que un originalismo extremo resultaría para muchos en realidad atentatorio con el ideal democrático, pues supondría condicionar a las generaciones actuales a un pensamiento pasado, es decir no sería la expresión de su voluntad, por lo que se podría argumentar que lo verdaderamente correcto sea mantener al pensamiento fundador como una referencia e intentar mantener la interpretación lo más pegado a este, pero no perder de vista el contexto social actual.

Ahora bien, una proposición que será analizada de forma breve y que abre un nuevo panorama es la propuesta por uno de los mayores filósofos de la materia, Ronald Dworkin, cuyo argumento se ha generado desde la materia de reconocimiento de derechos.

Dworkin, defiende su postura desde lo que ha catalogado como lectura moral, razonando que la Norma Suprema es aquella que fija los principios morales de la sociedad⁸²; además, según esta tesis, el pilar sería la moralidad política, pues la democracia constitucional no se basaría en las decisiones de mayoría, sino que estas sean acogidas por instituciones políticas en cuya composición y desenvolvimiento, impliquen un mismo trato para quienes conforman la comunidad; la única alternativa a la existencia o adopción de estas instituciones es la necesidad de un igual estatus moral.

El filósofo propone entonces un criterio de integridad constitucional, a miras de conocer las necesidades morales existentes en una sociedad con el fin resguardar y contestarlas de forma legítima, siendo esta la base de estructura institucional que propone, es decir los jueces deben interpretar la norma bajo los términos de moralidad comunes.

En base a esto, la integridad exige al interprete al contestar estas necesidades asumir “la mejor concepción de los distintos conceptos fundamentales que la Constitución fija en su texto”⁸³, por lo que no se debe de ignorar las respuestas que los tribunales han generado en un pasado pues esto marca estándares de interpretación, sin embargo hay que mantener presente que la Norma Suprema está en constante evolución, por lo cual para obtener esta integridad constitucional, requiere de los participantes de la

⁸¹ Sebastián López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 37.

⁸² Sebastián López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 40.

⁸³ Roberto Gargarella, *La difícil tarea de la interpretación constitucional* (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008), 133.

comunidad política, mantengan una activa construcción y participación constitucional que evalúe la evaluación generando es la verdadera respuesta.

Entonces, si las respuestas o decisiones mayoritarias expresadas en el parlamento “se sujetan a una natural regla de la mayoría, la actividad del juez en el ejercicio de la revisión judicial, estaría marcado por una lógica en principio de los derechos”⁸⁴ y es preciso apuntar que debido a la naturaleza del ejercicio parlamentario (mayoría), esta revisión judicial, sería en razón de los derechos individuales.

Es insoslayable que todos los principios y derechos de los que se pretende asumir la mejor concepción, son normas abstractas, y que la comunidad de la que pretende obtener un mismo grado moral es diversa, así como los jueces no siempre razonarán de forma moral y apegada a los principios; por otro lado, como mencionaba Nino, “la revisión judicial de decisiones mayoritarias no es requisito sine qua non para la protección de tales derechos”⁸⁵.

9 Argumento contra mayoritario desde una mirada antidemocrática

La dificultad contra mayoritaria expuesta por Bickel, plantea la problemática de la revisión judicial y la legitimidad democrática.

Lo que se busca es criticar la vigencia de órganos de revisión judicial no democráticos, a normas provenientes de quien se reviste de soberanía popular, es decir, el parlamento.

Al asumir que los tribunales, no constituyen un cuerpo electo democráticamente, también se asume que “su función [...] sería antidemocrática, al asignárseles competencia para declarar inválida una norma emitida por la legislatura, impondrían límites a lo que el pueblo a través de sus representantes puede decidir”⁸⁶.

La idea de que la soberanía viene del pueblo se ve plasmada desde hace siglos. En la Constitución de Virginia de 1776, se menciona que “todo el poder reside en el pueblo, y, en consecuencia, deriva de él”⁸⁷, mientras que en el artículo 5 de esta

⁸⁴ Sebastián López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 41.

⁸⁵ Ricardo Marquisio, “El constitucionalismo de Ronald Dworkin y su teoría del derecho como moral política institucionalizada”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata* 48, 1108–1128 (2018).

⁸⁶ Claudina Orunesu “Los límites de la interpretación en la democracia constitucional”, 37.

⁸⁷ Artículo 2, Declaración de Derechos de Virginia, 12 de junio de 1776.

denominada declaration of rights, se establece que “los poderes legislativo y ejecutivo del Estado, deben ser separados y distintos del judicial [...]”⁸⁸.

Así mismo, la Constitución Federal de los Estados Unidos, empieza su redacción de la siguiente forma “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos [...], por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América”⁸⁹. Esto, remarca la importancia de la voluntad mayoritaria como antecedente a la superioridad de la Constitución.

Por lo que, si se entiende que la legitimidad reside en la soberanía del pueblo, se debería aceptar el concepto de que la institución “pueblo” funda el concepto de legitimidad democrática⁹⁰.

Lo que propone este argumento, podría ser en muchos casos una ilusión, pues, pretende que en todo momento los jueces puedan determinar con exactitud, que es lo que expresa la voluntad del pueblo (llenándolos de potestad valorativa).

A demás, se escuda esta propuesta ante una supuesta “defensa de derechos”, sin embargo, estos derechos no hay que olvidar, ya están constituidos en una Carga Magna, es decir ni el parlamento, ni ningún otro órgano estaría justificado para violentarlos.

Ante este modelo, la democracia constitucional sería en realidad “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos”⁹¹, de aquí que se pueda hablar sobre la denominada “dictadura de los jueces”.

Respecto a lo anterior, esto se respalda en la premisa de “tener que seguir la suerte dispuesta por una elite minoritaria”⁹², que no tiene control posterior y que concentra todo el poder en sí mismo, aun cuando el verdadero poder proviene de los representantes del pueblo, el cual es, el verdadero soberano.

Permitir a los tribunales constitucionales, conservar la última palabra, constituye una clara limitación y vulneración al legislador democrático y, a las bases mismas de una sociedad democrática.

⁸⁸ Artículo 5, Declaración de Derechos de Virginia ,12 de junio de 1776.

⁸⁹ Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

⁹⁰ Hugo Quiroga, “*La Controvertida Democracia Representativa, en Elecciones y Legitimidad Democrática*” en *América Latina*, ed. de Fernando Mayorga (CLACSO, 2019), 367–390. <https://doi.org/10.2307/j.ctvt6rkct.17>.

⁹¹ Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, 69.

⁹² Christian Omar Gonzales Segovia, “Interpretación Conforme, Clave Para La Legitimidad Democrática En El Control Constitucional Normativo”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 37, 171–201 (2017) <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2017.37.11453>

En el caso ecuatoriano, basta remitirse a los primeros artículos de la CRE, para comprender que es un Estado republicano y democrático, por lo que “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad [...]”⁹³, y que es uno de los deberes primordiales del Estado, garantizarla⁹⁴.

10 Control de constitucionalidad: problemática desde Waldron

Dentro de la generalidad de los estudiosos que han trabajado sobre la crítica al control de constitucionalidad judicial, hay un autor que resalta en sus obras a manera de “guía”, en cuanto al argumento en objeción de la tesis contra mayoritaria, este autor es Jeremy Waldron, por lo que su pensamiento será el que sustentará este capítulo.

Waldron en una de sus mayores obras titulada “Contra el Gobierno de los Jueces”, el cual colecta varia de su doctrina, realiza un análisis enfocado en dos puntos clave, el primero es reflexionar acerca de cuál sería el problema de la existencia de un control judicial y supremacía judicial, desprendiéndose de este la segunda inquietud y es ¿cómo podría el poder judicial hacerse supremo?, dos perspectivas interesantes y altamente alarmantes para una sociedad democrática.

Respecto del primer aspecto Waldron cita el pensamiento de Lincoln para empezar su argumentación sobre el llamado desplazamiento del autogobierno;

Si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a toda la población ha de ser irrevocablemente determinada por las decisiones de la Corte Suprema, [...] el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habrá renunciado en la práctica a su gobierno y lo habrá dejado en manos de ese ilustre tribunal⁹⁵

Menciona en esta línea que cualquier forma institucional que permite que estas cuestiones vitales sean resueltas por los tribunales, estaría no solo respaldando a un constitucionalismo fuerte, sino si se permite decidir sobre cuestiones importantes, cuestiones de orden social, político y económico que pueden decidir el futuro de un país, el pueblo se vería al borde de perder su poder de auto determinación y ya no solo se trataría de un control judicial, sino estaríamos en frente de una supremacía judicial.

Por otro lado, diferencia a esta supremacía de la soberanía judicial, la cual menciona es aún más peligrosa, pero inminente en este tipo de modelos; rescatando el pensamiento de Thomas Hobbes se comprende que una sociedad bien organizada “tendría

⁹³ Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁴ Artículo 3 numeral. 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁵ Jeremy Waldron, Contra el gobierno de los jueces, 132.

en su vértice a un legislador soberano: un comandante sin restricciones [...] que gobernaría a través de derecho, pero el mismo no estaría sujeto a límites legales”⁹⁶, es decir no habría nadie que lo restringiera más que el mismo.

En la misma línea, se menciona que Hobbes considera imposible que una constitución limite a la soberanía, y asegura que deberían ser los tribunales la única entidad política con esta capacidad, es decir, ya que el soberano se encontraría por debajo de las leyes, el juez con el poder que se le ha concedido, equivaldría a un nuevo soberano, generando que no existe fin pues no hay un poder máximo ni último.

Un ejemplo en el contexto actual de esta problemática, se encuentra cuando el órgano que ejerce este control, “se arroga el poder de elaborar leyes u otros poderes asociados con la soberanía”⁹⁷.

Otra de las críticas a rescatar es la peligrosidad que representa que estos tribunales usurpen el papel de *pouvoir constituant* o poder constituyente, que sería la mayor representación del pueblo, es decir la base democrática, de cuya importancia ya se trató en este trabajo.

Una vez tratados estos temas, es inductivo preguntarse ¿podría el poder judicial hacerse supremo? Waldron centra el diálogo bajo la premisa de que la práctica de control judicial se debería asociar a una declaración de derechos los cuales se los entiende como una lista, mas no como “una plataforma integrada o una política coherente”⁹⁸, de ser lo último, se podría hablar de una supremacía judicial, es decir, que mientras los tribunales aborden esta lista de manera particular, no habría mayor riesgo pues estos deben limitarse a responder casos particulares⁹⁹, de lo contrario la probabilidad de que se impongan como mayor poder irrefutable sería mayúscula.

El control judicial no puede entenderse como un mecanismo de implementación de esquemas sociales sucesivos, respecto a esto es preciso recordar a la “era Lochner”¹⁰⁰ en el cual las mayorías judiciales invalidaron un gran número de leyes asumiendo tener el poder general de interpretación y validación haciendo prevalecer de manera exclusiva su propia idea de constitución.

⁹⁶ *Ibid*, 132

⁹⁷ *Ibid*, 135.

⁹⁸ *Ibid*, 141.

⁹⁹ Esta posición es un tanto contradictoria con una buena parte de la teoría constitucional, pues se defiende que, por el contrario, los jueces deben tener una visión integral de la constitución.

¹⁰⁰ Periodo legal en Estados Unidos entre 1897-1937, en el cual la Corte Suprema, se caracterizó por derogar leyes bajo un proceso y una interpretación que se considera como limitantes de libertad, uno de los casos más representativos y por el que toma este nombre es el caso de *Lochner v. New York*, (1905).

Ahora bien, este punto es polémico pues se podría interpretar que los jueces no deberían tener ningún tipo de poder y, sus decisiones no generarían consideración alguna por las partes y mucho menos por los demás poderes, lo cual es un extremo totalmente innecesario, pues se estaría invalidando la importancia y verdadera esencia de las cortes, y cuya discusión no se debería tratar, sino sus límites.

Contestando la duda, si, el poder judicial podría hacerse supremo si se cumplen estos supuestos, corriéndose el peligro de que el tribunal supremo, usurpe el poder general de gobierno, al pueblo o sus representantes, lo que aproximaría a esta idea de un super soberano en el concepto de Hobbes.

5. ¿Extralimitación de facultades de la CC? De legislador negativo a positivo (más allá de la inconstitucionalidad por omisión)

Desde el año 2008, la República del Ecuador, cuenta con una Corte Constitucional, creada por la Asamblea Constituyente en Montecristi, en aquel año. Se reconoce en el artículo 429 de la CRE, que “la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”¹⁰¹, a *prima facie*, ante esta definición, es innegable afirmar que éste ha sido dotado de una gran cantidad de poderes, los cuales han sido acertadamente cuestionados en el entorno debido a la trascendencia del impacto y posible impacto de sus resultados.

El artículo 436 de la CRE, se detallan las atribuciones de este órgano. Dentro de estas atribuciones, caben recalcar, la capacidad de declarar inconstitucionales actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado, esta declaratoria, tendrá como efecto la invalidez del acto impugnado¹⁰².

Además, podrá, expedir norma de manera provisional, únicamente, en casos de omisión por parte de instituciones estatales o autoridades públicas¹⁰³.

Dentro de este apartado, se exhibirá jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, con el fin de exponer el excesivo poder del que se le ha dotado.

Por otro lado, se hará hincapié en aquellas con respecto a la serie de sentencias que anulan normas promulgadas por la Asamblea Nacional, que es el órgano que ejerce

¹⁰¹ Artículo 429, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰² Artículo 436 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰³ Artículo 436 numeral 10, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

la función legislativa¹⁰⁴, por lo que, entre sus potestades, están el expedir, codificar, reformar y derogar las leyes¹⁰⁵.

La primera sentencia de este análisis es la No. 34-19-IN/21¹⁰⁶, para el caso No. 34-19-IN y acumulados. En esta sentencia, se declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, del art.150, numeral 2¹⁰⁷, del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que regula la tipicidad del aborto no punible en la legislación ecuatoriana.

La argumentación de inconstitucionalidad, se sustentó en que esta frase es contraria a los derechos a la integridad física, psíquica, moral, y sexual, además de la igualdad y no discriminación.

Las atribuciones que tomó la Corte Constitucional, según creo, van más allá de lo permitido por la misma CRE. Respecto de esto, se pronuncia la Jueza constitucional Carmen Corral, en su voto salvado, argumentando que se invadió la esfera de libertad de configuración del legislador. Para la jueza:

[E]n el Ecuador, corresponde al Legislador el debate y deliberación democrática de los asuntos que cuentan con reserva de ley, entre ellos la tipificación de las infracciones y sus sanciones según el artículo 132 número 2 de la Constitución.”¹⁰⁸

En esta sentencia, se reconoció también que:

La Corte Constitucional no se encuentra autorizada para tomar una decisión que debería ser debatida por el Legislador, [...] En tal virtud, [...] la Corte Constitucional no se encuentra autorizada para pronunciarse sobre un asunto del que no consta el debate democrático y la profunda reflexión de la sociedad en su conjunto¹⁰⁹.

En consecuencia,

Esta Corte Constitucional no debe invadir este ámbito, ya que sus atribuciones se circunscriben al control constitucional previo del proyecto de ley que se presentare [...] o al control posterior de la ley que se llegare a aprobar [...]; mas no a regular una posibilidad como si tratase del Legislador [...].¹¹⁰

Respecto de este voto salvado, se puede concluir que en opinión de la jueza, la decisión fue tomada fuera de la esfera de la institucionalidad constitucional, pues, en su

¹⁰⁴ Artículo 118, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰⁵ Artículo 120, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰⁶ Causa No. 34-19-IN, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021.

¹⁰⁷ Artículo 150 numeral 2, Código Orgánico Integral Penal (COIP). R.O 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁰⁸ Causa No. 34-19-IN, párr. 33.

¹⁰⁹ Causa No. 34-19-IN, párr. 36 y 39.

¹¹⁰ Causa No. 34-19-IN, párr. 40.

criterio, una actuación de este tipo, irrumpe en las facultades propias de la función legislativa, pues a este le corresponde la expedición, derogatoria y reforma de las leyes, como ya se mencionó.

Otra sentencia importante para esta sección, es la No. 003-10-SIC-CC¹¹¹, que trata respecto al diseño institucional de la CC y de los mecanismos de fiscalización. El artículo 432 de la Constitución, determina que la CC estará conformada por nueve miembros, los mismos que desempeñarán sus cargos por un periodo de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años¹¹².

Por otro lado, el artículo 431 prescribe que los miembros de la Corte Constitucional,

No estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen [...], estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas [...] en caso de responsabilidad penal [...] serán acusados por la Fiscal o el fiscal general de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia [...] su destitución será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional [...] ¹¹³.

Dichos controles a los que se hace referencia, no se encuentran revelados en la CRE, por lo que en realidad no existen formas explícitas, ni mecanismos que permitan acceder efectivamente a los controles mencionados.

Con respecto de la responsabilidad penal, esta, está también regulada en el artículo 186 de La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dicho artículo excepciona esta responsabilidad “en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, en cuyo caso, no serán objeto de responsabilidad penal”¹¹⁴. En relación con la sentencia mencionada, la Corte Constitucional determina que:

El artículo 431, primer inciso de la Constitución, con toda claridad excluye cualquier posibilidad de juicio político remoción en contra de jueces de la Corte Constitucional por cualquier organismo que no sea la propia Corte Constitucional, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros; tampoco hay otra norma constitucional que autorice lo contrario, por lo que no existe en la Carta Suprema vacío antinomia alguna que provoque dudas al respecto¹¹⁵.

¹¹¹ Causa No. 003-10-SIC-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de diciembre de 2010.

¹¹² Artículo 432, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹¹³ Artículo 431, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹¹⁴ Artículo 186, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). R.O 52 de 22 de octubre de 2009.

¹¹⁵ Causa No. 003-10-SIC-CC, pág. 22.

Si se tiene en cuenta que, “las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”¹¹⁶, no se puede ignorar la necesidad de mecanismos de control más efectivos para fiscalizar el poder de este órgano, tomando en cuenta que bajo lo enunciado en la normativa y en sus propias sentencias, los miembros de la Corte Constitucional, son quienes manejan el control interno sobre estos hechos, es decir, se auto enjuician, por lo que “se reduce cualquier mecanismo de fiscalización de la labor de la Corte Constitucional y de sus miembros al propio procedimiento que esta realice”.¹¹⁷

Por lo que la peligrosidad de que no generen responsabilidad en caso de daño a terceros, además de que sean ellos mismos quienes juzguen sus acciones, mientras que sus sentencias son inapelables, es muy alta.

11 Recomendaciones

Una vez concluido este análisis, se ha evidenciado que el control constitucional es un instrumento necesario, por lo que, es importante señalar ciertas recomendaciones, con la finalidad de prevenir una posible extralimitación de facultades de la Corte Constitucional ecuatoriana, con el fin de armonizar el legislativo y el órgano antes mencionado.

Primero, es imperante mantener la estructura del sistema Republicano del gobierno que ostenta el Estado ecuatoriano, con el fin de proteger no solo la constitución del Estado en sí, sino el principio de legitimidad democrática.

La Corte Constitucional debe sustanciar sus sentencias de manera que no se superpongan sus facultades con las del legislador. La forma idónea de hacer esto, sería ceñir estas sentencias a las atribuciones que la CRE asigna a cada órgano; si la facultad legislativa es del parlamento pues este será el único que la ejerza, y de igual forma con las facultades de la CC.

Segundo, siendo en la actualidad una realidad que las sentencias de la Corte Constitucional son *erga omnes*, se debe encontrar un sistema idóneo para que los operadores de justicia en general, tengan un acceso más fluido a las sentencias de la Corte Constitucional -que son fuente jurisprudencial-, especialmente a las sentencias definitivas de línea jurisprudencial, las mismas que por su naturaleza son fuentes de Derecho.

¹¹⁶ Artículo 440, Constitución de la República del Ecuador, 2008

¹¹⁷ Ugo Stornaiolo Silva, *Jueces Como Soberanos* (Quito- Kráów: S&S – Academic Press, 2022), 41.

Tercero, promover regulaciones normativas que permitan introducir una forma de constitucionalismo más “débil” en sistema jurídico ecuatoriano, esto con el fin de armonizar el órgano legislativo y el judicial constitucional; reconociendo la importancia de la Corte Constitucional, como “guardián de la Constitución”.

Cuarto, expedir normativa que determine con exactitud las formas y mecanismos del control que se ejercerá a la Corte, para regular actos punibles, con el fin de evitar duda alguna, al momento de aplicarlos. Esto, generará mayor certidumbre.

12 Conclusiones

A partir de lo desarrollado en el presente estudio, se puede concluir que el control de constitucionalidad es un mecanismo necesario para asegurar la supremacía de la Constitución. Sin embargo, al ser al Corte Constitucional quien lo ejerce, se deben establecer mecanismos efectivos de control, además de una correcta separación de facultades entre este órgano y el legislativo.

Como se pudo apreciar, la Corte Constitucional se reviste de poderes y facultades (que para muchos), son exorbitantes, mediante las cuales incluso, ha empezado ya un camino legislativo, pues en sus mismas sentencias olvidan el régimen democrático, en este caso, que rige al Estado ecuatoriano.

El que los Tribunales Constitucionales se atribuyan facultades del parlamento, y mantengan la última palabra en cuanto a la constitucionalidad de la normativa que este expide, podría equivaler a la existencia de un nuevo soberano, es decir, podrían llegar a ostentar el papel, en algún sentido, de *pouvoir constituant*, que sería la mayor representación del pueblo, pero, sin contar con ningún tipo de legitimidad democrática, lo que desestabilizaría totalmente el Estado como lo conocemos, además que irrumpiría con la separación de poderes existentes.

Al revelarse manifestaciones como las expuestas en la sentencia No. 003-10-SIC-CC, esto sería extremadamente peligroso, ya que, sin mecanismos aparentes de fiscalización, la CC se torna en órgano.

Estas aseveraciones, sirven en primer lugar para determinar una realidad, que, aunque preocupante, es eminente, si no se armonizan estos poderes.

No hay que confundir lo antes mencionado con que la Corte no tiene importancia alguna en el sistema; la función de este órgano es primordial para resguardar un ordenamiento constitucionalmente concordante, así como una Constitución de la cual no se ponga en duda su supremacía.

A fin de equilibrar el importante rol de los jueces constitucionales, con los legisladores, se propone adoptar un sistema constitucional más “débil”, como punto de partida a la búsqueda de soluciones para reducir la tensión existente entre el control judicial y el principio democrático.

El dar apertura a esta fórmula constitucional, generaría un mayor dialogo entre poderes, permitiendo su participación activa, sin olvidar las potestades y alcances de cada uno, resguardando la soberanía parlamentaria y la función de los guardianes constitucionales.