

# ¿GUARDIANES O SEPULTUREROS DE LA CONSTITUCIÓN 2008? PRIMER BALANCE DE LA «CORTE CONSTITUCIONAL EN TRANSICIÓN»

HERNÁN SALGADO PESANTES\*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.—II. PRIMERA RUPTURA DE LA FLAMANTE CONSTITUCIÓN.—III. LA AUTOPROCLAMADA CORTE COMO ÓRGANO DE CONSULTA.—IV. GUARDIANES QUE BUSCAN EL ESCUDO DE LA INMUNIDAD.—V. GUARDIANES QUE DESCONOCEN A LOS DERECHOS SU DIRECTA E INMEDIATA APPLICACIÓN.—VI. ¿CÓMO DEBE ENTENDERSE LA PROBIDAD DE LOS JUECES QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN?—VII. JUECES INDEPENDIENTES E IMPARIALES COMO GUARDIANES DE LA CONSTITUCIÓN.

## RESUMEN

Desde la vigencia de la actual Constitución del Ecuador (20 de octubre de 2008) ha transcurrido un tiempo suficiente para evaluar el desempeño institucional. Este análisis se centra en la justicia constitucional y se observa que la actuación de la autoproclamada «Corte Constitucional en transición» se ha desenvuelto con menosprecio de las normas constitucionales, con una clara inclinación a favorecer las decisiones del Presidente de la República. En este contexto se examinan las pretendidas atribuciones de ser un órgano de consulta, de tener inmunidad, la quiebra de la aplicación directa e inmediata de los derechos, la falta de independencia y de probidad. Este examen permite señalar que la Constitución garantista del Ecuador, en su primer periodo, no tuvo guardianes que cuiden su irrestricta aplicación.

*Palabras clave:* justicia constitucional; autoproclamada Corte Constitucional en transición; inmunidad; probidad; guardianes.

\* Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (períodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Nov.2005-Oct.2008) y ex vocal del Tribunal Constitucional (Mayo1999-Feb.2003). Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (cátedra ganada por concurso de merecimientos y oposición, desde 1978).

## ABSTRACT

Since the adoption of the current Ecuadorian Constitution (October 20th, 2008) enough time has elapsed to evaluate the performance of political institutions. This essay focuses on judicial review and it shows that the self-proclaimed “Constitutional Court in transition” has acted in disregard of constitutional provisions, with a manifest tendency to favor the decisions of the President of the Republic. Within this context, this essay analyses the alleged competencies of being a consultative body, of having immunity, the rupture of the direct and immediate applicability of rights, the lack of independence and the lack of probity. This analysis reveals that the guarantist Constitution of Ecuador, in its first period, did not have guardians to look after its rigorous application.

*Key words:* judicial review; self-proclaimed Constitucional Court in transition; immunity; probity; guardians.

«Para los estados de América Latina la justicia constitucional ha tomado un nuevo e importante significado, especialmente en los países que nos hemos caracterizado por una inestabilidad política e institucional. La función que desarrolla la justicia constitucional impulsa el proceso democrático en que se encuentran empeñados nuestros países y, al mismo tiempo, pone a prueba la calidad de la democracia que se vive dentro de un Estado.

Pero vale reiterar que si un Estado tiene una Constitución de aquellas que llamamos nominal o semántica, Constitución «de papel» en lenguaje común, que es una simple fachada o sirve de camuflaje para un gobierno autoritario, la justicia constitucional —de haberla— no podrá desempeñar ninguna función que no sea, igualmente, de mera fachada.»

Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana  
Corporación Editora Nacional, 2004, pp.15-16

## I. INTRODUCCIÓN

Al realizar un análisis sobre nuestra Justicia Constitucional y en el marco de la Constitución 2008 me interrogaba si, finalmente, en esta Ley Suprema ¿se habrá estructurado un órgano de control eficiente?<sup>1</sup> De la lectura de las respectivas normas constitucionales me inclinaba por una respuesta afirmativa, no obstante determinadas deficiencias que se puedan encontrar. Pero, como siempre, la cuestión teórica es una y otra muy diferente es la relativa a la praxis.

Bien hacía Lowenstein cuando advertía no perder de vista a los operadores de la Constitución —desde los gobernantes y autoridades hasta los

<sup>1</sup> En *Lecciones de Derecho Constitucional*, cuarta edición, Ediciones Legales, Quito, 2012, pp. 145 y ss.

jueces— que, en definitiva, son quienes aplican los preceptos constitucionales en bien o en mal de la comunidad, subordinándose a sus mandatos o contraviniéndolos.

En efecto, corresponde a los operadores de la Constitución abrir caminos hacia la democracia y hacer realidad un auténtico Estado de Derecho, pero cuando esos caminos a la democracia permanecen cerrados la situación se vuelve regresiva. Y esto ocurre en el Ecuador a pesar de haber proclamado un nuevo paradigma de ser «Estado constitucional de derechos y justicia...».

Los ecuatorianos hemos visto transcurrir cuatro años de larga y confusa transición, tiempo en el cual la Constitución 2008 ha sido irrespetada por el titular del Ejecutivo, por los integrantes de los órganos del Estado y por otras autoridades menores. Estamos en el siglo XXI y nuestros gobernantes no superan las taras del pasado ¿dónde quedó la fuerza normativa de la Constitución? Ya el constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII destacó la supremacía de la Constitución y por ende su fuerza normativa, pero para nuestro país estas cuestiones sobran.

Muchos estudiosos —en forma interdisciplinaria— han realizado un balance de las Funciones del Estado. Por mi parte, quiero examinar al órgano cuya finalidad es defender la Ley Suprema, ser el guardián de la Constitución y de su fuerza normativa.

En un primer balance de los cuatro años del periodo de transición se observa, con pesar, que nuestros operadores de la Justicia Constitucional aplicaron la Constitución 2008 desbordados por la confusión, por el desconocimiento y sobre todo por brindar un «blindaje» al titular del Ejecutivo. Esta es la conclusión a la que se llega cuando se analiza el trabajo de control de constitucionalidad.

En un contexto jurídico-político, matizado de un surrealismo inaceptable, la mayoría de nuestros jueces de la «Corte Constitucional en transición» llamados a ser guardianes de la Constitución se transformaron en sepultureros de ella. Basta examinar las conductas, sentencias y actuaciones de estos jueces que vienen de concluir su periodo, cuya mayoría en un marco de servilismo intolerable al Jefe del país, olvidaron que la primera obligación —y acaso virtud— que tiene un juez es la de ser independiente.

En mi concepto, la independencia del juzgador más que ser una virtud es una obligación, un deber jurídico inexcusable, propio de su idoneidad para administrar la Justicia. En consecuencia, cuando una persona que debe actuar como juez sufre de ese tipo de adicción al Poder Político está imposibilitada de ejercer como juez, pues le va a faltar la independencia y la imparcialidad indispensables para juzgar. En este primer balance desarrollaré algunos puntos.

## II. PRIMERA RUPTURA DE LA FLAMANTE CONSTITUCIÓN

La autoproclamación fue uno de los primeros hechos que marcó el camino sinuoso de este órgano de control. Mediante esta decisión los miembros de un Tribunal Constitucional buscaron transformarse en la «primera Corte», con el fin de arrogarse las nuevas atribuciones. Esta autoproclamación ejecutada sin fundamento jurídico-constitucional no es más que en una mera usurpación de funciones que destruye cualquier Estado de Derecho y que puso fin al utópico «Estado constitucional de derechos y justicia».

Este ejemplo llevó al Consejo Nacional de la Judicatura a considerar que sus siete miembros también debían constituirse en el nuevo Consejo establecido en la Constitución 2008 y con la «autorización» de la autoproclamada Corte Constitucional designaron a dos miembros más (porque la Constitución 2008 aumentó a nueve los integrantes); y, bien sabemos como concluyó este episodio.

Suficientemente analizada ha sido la autoproclamación pero bien puede recordarse a los jóvenes universitarios las siguientes cuestiones:

Para comprender el absurdo jurídico de la autoproclamación hay que partir de las disposiciones transitorias (divididas en dos clases) que estableció la Constitución 2008: las primeras están contenidas en 30 disposiciones (a continuación del texto normativo); después se insertan otras 30, bajo el epígrafe de «Régimen de Transición», aquí se destacan las regulaciones sobre el proceso de elección de las nuevas autoridades (de voto popular) y sobre la transición institucional, cuestión que interesa al presente caso.

Las disposiciones transitorias, que debieron conducir al cambio institucional de manera ordenada y gradual, fueron insuficientes por varias razones, por ejemplo: por dar soluciones inadecuadas (caso de la Corte Suprema de Justicia); a causa de ambigüedades (caso del Tribunal Constitucional); por sus vacíos, argumento esgrimido por muchos para dar soluciones opuestas al espíritu de la nueva Constitución.

El Régimen de Transición constitucional en su Art. 25 se refiere a la integración de «la primera Corte Constitucional» y dice, en lo principal:

«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 (9) candidatos.

Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. [...]»

Esta disposición se refiere de modo expreso a una «primera Corte Constitucional» que será integrada por las designaciones que haga una comisión calificadora, la cual —a su vez— será conformada por «las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social».

Es decir, es indispensable la conformación de estas tres funciones: la Legislativa, denominada Asamblea Nacional, que sería elegida en abril 2009; igual el titular del Ejecutivo (presidente de la República) que no podía ser quien estaba en funciones, por eso la disposición habla de «nuevas funciones». Y mayor complicación tuvo conformar a la función de Transparencia y Control Social, porque según la norma constitucional es el resultado de varias entidades (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Contraloría y superintendencias), y había que designar a sus titulares.

Al no estar constituidas «las nuevas funciones» no puede organizarse «la comisión calificadora» que es la encargada —por el Art. 25 del Régimen de Transición— de designar a quienes «integrarán la primera Corte Constitucional». Incluso el Art. 25 señala el número de candidatos (nueve) que cada función debe proponer ante la comisión.

Por su parte, el Art. 27 *ibidem*, relativo a aspectos de la transición, menciona expresamente al Tribunal Constitucional (junto al Consejo Nacional de la Judicatura y al Tribunal Supremo Electoral) para señalar que sus integrantes (aquellos que se autoproclamaron) «terminarán sus períodos cuando se posesionen los... miembros de la Corte Constitucional...» En el marco de esta disposición constitucional los vocales del antiguo Tribunal Constitucional no podían transformarse en miembros de ninguna Corte Constitucional. Hacerlo es una usurpación de funciones.

En este punto las disposiciones de la transición (Arts. 25 y 27) guardan coherencia y claridad. La objeción hecha por los integrantes del Tribunal Constitucional de que la Constitución omite referirse a que ellos continúan en funciones prorrogadas y que no se podrán despachar los amparos no justifica en modo alguno una violación flagrante a una Constitución que venía de ser promulgada. Al permitir el Régimen de Transición que los miembros del Tribunal Constitucional sigan al frente de la institución hasta que se posesionen los miembros de la Corte Constitucional (conforme dice el Art. 27) les prorroga obviamente en las funciones.

En el contexto jurídico expuesto es imposible aceptar que el Tribunal Constitucional se haya transformado en la nueva Corte Constitucional. Más aún, entre las competencias establecidas en la Constitución de 1998 para el Tribunal Constitucional no constaba la de interpretar la Constitución de modo obligatorio, lo cual correspondía al Congreso Nacional. ¿Cómo pudieron los vocales del Tribunal arrogarse esta competencia —de interpretar— prevista en la actual Constitución para la futura Corte, que aún no existía?

Los hechos que ocurrieron después dejan en claro que el oficialismo requería de modo urgente un organismo que interprete la Constitución, de acuerdo con el «interés general» que representa el Gobierno. Este primer acto de autoproclamación realizado sin el más mínimo pudor revela la calidad ética y jurídica de quienes pretendían ser guardianes de la Constitución.

### III. LA AUTOPROCLAMADA «CORTE» COMO ÓRGANO DE CONSULTA

Decíamos que para solucionar la crisis judicial ocasionada por la falta de previsión de los constituyentes, al no regular adecuadamente la transición de la Corte Suprema hacia la Corte Nacional, se decidió «consultar» a la flamante Corte Constitucional, para que «interprete» los artículos pertinentes del Régimen de Transición. Otros organismos también se hicieron eco de la consulta e interpretación, así el Consejo de la Judicatura, como ya fue mencionado.

Respecto de la «consulta» vale señalar que: los Arts. 436, 437 y 438 de la nueva Carta Magna regulan las atribuciones que serán de la Corte Constitucional, pero allí no existe ninguna atribución que permita elevar consultas en casos de duda, peor cuando existen vacíos constitucionales en el Régimen de Transición.

El único caso de consulta al órgano de control constitucional es aquel en que un juez suspende la tramitación de una causa por considerar que hay una norma jurídica contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 428 *ibidem*). Es decir, es el antiguo caso de inaplicabilidad que fue eliminado, dándose a cambio la suspensión del trámite judicial para hacer la consulta y desesperar por la respuesta.

Para hacer posible resolver las consultas la autoproclamada Corte Constitucional dictó una especie de instructivo denominado «Reglas de Procedimiento» que establece una nueva atribución, la de ser un «órgano consultivo» y regula el procedimiento que debe seguirse. Lo grave del asunto es que la misma Constitución en su Art. 430 dispone, respecto de la Corte Constitucional: «La Ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones».<sup>2</sup>

¿Cómo es posible pasar por alto este mandato constitucional? Un instructivo o reglamento no puede cambiar lo dispuesto, ni siquiera por una ley menos por la Ley Suprema. De nada sirven los argumentos sobre la

<sup>2</sup> Con aquellas «Reglas de procedimiento...» el guardián de la Constitución ecuatoriana aceptó la acción extraordinaria de protección con carácter retroactivo sobre sentencias dictadas por la Corte Suprema en tiempo muy anterior al 20 de octubre de 2008, fecha en que entra en vigencia la Constitución. Esta discrecionalidad fue propia de los jueces partidarios de las doctrinas políticas de los «ísmos» (todos los totalitarismos) del siglo XX.

aplicación inmediata de la Constitución o del interés general. O, del principio de ponderación en la interpretación. Si la Carta Fundamental prescribe que debe dictarse una ley para que un órgano pueda organizarse, funcionar y regular sus procedimientos, nada suple a esa ley.

En consecuencia, la llamada «Corte» Constitucional no puede absolver consultas, simplemente es inconstitucional. Respecto de la facultad de interpretar, esta atribución está reservada a la Corte Constitucional cuando ésta sea legítimamente constituida. Y esa atribución deberá ser utilizada en caso de dudas, ambigüedades u oscuridades que hayan en el texto constitucional, no puede utilizarse la interpretación para agregar cuestiones o decir cosas que la Constitución no lo hizo u omitió hacerlo.

Por otro lado, ateniéndonos a la Teoría del Derecho —primera disciplina que estudia quien desea ser abogado— en los casos de aplicación del ordenamiento jurídico pueden darse tres situaciones: 1) aplicación pura y simple de la norma jurídica porque ésta es clara; 2) interpretación de la norma a causa de las oscuridades, equívocos, ambigüedades que la norma jurídica presenta; y, 3) integración del derecho: porque al no existir una norma reguladora, al haber un vacío o laguna jurídicas debe el juez integrar el derecho, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de cada país.

Para el caso de la ex Corte Suprema, las antitécnicas disposiciones que orientaron el régimen de transición no pudieron prever las diversas situaciones propias de la transición, dejando vacíos o lagunas que debían ser llenados necesariamente por el órgano Legislativo mediante una ley, que integre el orden jurídico de transición; una mera interpretación no era posible porque no se trataba de aclarar contenidos oscuros o ambiguos.

Si el órgano encargado de legislar no quiere hacerlo, lo que está demostrando es una grave confusión acerca de su competencia, y por ello demandó la aquiescencia de otro órgano; lo lamentable, y que complicó la inauguración de la Constitución, fue que el órgano consultado (los guardianes de la Constitución) no tenía competencia menos legitimidad, por lo que sus pronunciamientos jurídicos carecían de validez.

#### IV. GUARDIANES QUE BUSCAN EL ESCUDO DE LA INMUNIDAD

Con la vigencia de la Constitución de 2008 los autoproclamados jueces constitucionales se dieron cuenta que no tenían la inmunidad que la anterior Carta Política concedía al Tribunal Constitucional. Tal carencia debía ser subsanada, incluso para curarse en sano, era necesario obtener una inmunidad similar a la de los legisladores.

Este es otro acápite vergonzoso: que la misma «Corte» Constitucional, vale decir el interesado, apruebe mediante sentencia interpretativa que sus

jueces gozan de inmunidad para no ser responsables por los votos, fallos y opiniones emitidas. Y después se incluya esta disposición en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 186, 2 *in fine*).

Sin embargo, tal inmunidad —que la doctrina conoce como irresponsabilidad absoluta— no está establecida en la Constitución. Una cuestión de esta naturaleza tiene que constar de manera expresa en la Ley Suprema, como sí lo hace respecto a los legisladores (Art. 128). Si la Constitución 2008 no lo previó es porque resultaba incongruente conceder el contenido de la inmunidad a quienes no son legisladores.

Con respecto a los miembros de la Corte Constitucional el artículo 431, primer inciso, de la Ley Fundamental es claro y completo al señalar:

«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 que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.»

El artículo 431 de la Constitución procede bien al determinar que no están sujetos al juicio político y que tampoco pueden «ser removidos por quienes los designen», porque esto afectaría la independencia de los miembros de la Corte Constitucional. Lo cual no significa que no sean responsables por las opiniones, actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones, de ser responsables por las sentencias que expiden, además de estar sometidos como toda autoridad pública a los controles pertinentes.

Al ser el juez constitucional un servidor público está sometido a los mismos controles que las demás autoridades públicas y le serían imputables las responsabilidades que conlleva tal función. Así lo expresa el artículo 233 de la Constitución, que determina que ningún servidor público «estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones...».

En el caso de responsabilidad penal la Constitución dispone que sean acusados por el Fiscal General de la Nación y juzgados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Donde se requerirá la votación de los dos tercios de los integrantes para sancionarlos. Además, puede haber responsabilidad civil.

Asimismo, la propia Corte Constitucional puede decidir, con el voto de los dos tercios de sus integrantes, la destitución de un miembro. Por mandato constitucional, queda para la Ley respectiva precisar el procedimiento, los requisitos y las causas de destitución de los miembros del órgano constitucional, pero no dispone en ningún momento que gozan de inmunidad.

Sabemos que todos los jueces de la Función Judicial son responsables civil y penalmente por las sentencias que dicten, pero los integrantes de la

autoproclamada Corte Constitucional buscaron estar exentos de responsabilidad por sus fallos. Quienes proceden de esta manera ¿pueden ser considerados guardianes de la Constitución?

#### V. GUARDIANES QUE DESCONOCEN A LOS DERECHOS SU DIRECTA E INMEDIATA APLICACIÓN

Una situación que atenta a los principios proclamados por la vigente Constitución y por la doctrina internacional de los DD.HH. se dio en el caso de la revocatoria del mandato. A todas luces fue un fallo inconstitucional y absurdo del órgano de control que niega la aplicación directa e inmediata de un derecho humano, al tiempo que contradice flagrantemente sus anteriores criterios.

La Constitución 2008 es portadora de abundantes «derechos», como encabeza el Título II que no se dio el trabajo de precisar a qué derechos se refiere (¿subjetivos? Vale decir a cualquier pretensión; ¿fundamentales o constitucionales? O, a lo que la doctrina internacional conoce como derechos humanos). Algunos creen que no hay problema, pues se entiende de lo que se trata. Sin embargo, líneas más abajo, en el artículo 11 número 2, en el segundo inciso ¡cómo se entra en detalles con respecto a los posibles casos de discriminación! Se extiende la enumeración hasta el cansancio. ¿No son contradictorios estos procedimientos? Cómo se ve que la mayoría de los constituyentes de Montecristi eran legos en materia constitucional de los derechos humanos.

No obstante lo expresado, el artículo 11 recoge los principios esenciales que caracterizan a los derechos humanos, aquellos principios establecidos por la doctrina internacional. Destaquemos uno de ellos, que ya constó en la anterior Constitución de 1998: los derechos son de directa e inmediata aplicación. Es decir, los derechos humanos no requieren de una ley u otra regulación para gozar de ellos y ser aplicados. Otro principio complementario del anterior es que no se puede exigir para la aplicación de los derechos humanos regulaciones que la Constitución no ha establecido.

Este último punto me recuerda lo sucedido en el Consejo Nacional Electoral recientemente. Se exige que los candidatos a la presidencia de la República deben inscribirse acudiendo en persona a dicha entidad. Por no haber acudido el candidato del PRE el órgano electoral le niega su inscripción. Primero, nunca observé que las instituciones hicieran uso de un formalismo tan retrógrado como ahora y, sin embargo, algunos creen que en el Ecuador vivimos el neoconstitucionalismo.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> A propósito del neoconstitucionalismo del que han hecho gala algunos jueces constitucionales y sus asesores vale que se lea la crítica del Prof. español Manuel Atienza sobre el mal

Segundo y es lo fundamental, ¿acaso no constituye un derecho político el intervenir en una elección? Así lo reconocen los instrumentos internacionales de DD.HH., como un derecho político el de elegir y el de ser elegido. La Constitución 2008 —como la mayoría de nuestros textos constitucionales— reconocen este derecho político del cual gozan todos: «las ecuatorianas y ecuatorianos» (Art. 61 número 1); y, que la Constitución prefiere llamarlo «Derechos de participación».

¿Cómo es posible que bajo el paradigma «Estado constitucional de derechos y justicia» se violen estos derechos ya el de ser elegido, ya el de la revocatoria del mandato? En el un caso porque se da una regulación arbitraria y, en el otro, por que nuestro órgano de control encuentra que la revocatoria no está suficientemente regulada.

Volvamos al caso de la revocatoria y a la sentencia que dictó la auto-proclamada «Corte Constitucional para la transición» con motivo de una demanda que solicitaba la inconstitucionalidad por omisión legislativa, por cuanto no se han dado las leyes reguladoras sobre la revocatoria del mandato. Además de la inconstitucionalidad por omisión se pedía que tales revocatorias, cuyo proceso se encontraba en marcha, debían quedar insubstinentes (incluida la que se realizaba en contra del Presidente de la República).<sup>4</sup>

Como se ha reiterado, la Constitución en el número 6 del artículo 61 reconoce con amplitud el derecho político de los ecuatorianos a revocar el mandato, y en los artículos 105 y 106 *ibid* se regulan algunos aspectos procesales. Sin embargo, los constituyentes de Montecristi olvidaron señalar las causas o razones que debían servir de fundamento a la revocatoria. Aspecto que sí fue precisado por la Constitución anterior.<sup>5</sup>

O tal vez, con ese espíritu demagógico que caracterizó a la mayoría de quienes redactaron la actual Constitución, se quiso dar un alcance muy

---

uso de las teorías de Alexy relativas a la ponderación y a la fórmula del peso. Y como ejemplo del mal uso cita a nuestro país y se enfoca a la sentencia 0005-2008-AN que diera el órgano de control constitucional, considera que se dio un uso completamente innecesario, aunque la sentencia haya sido aceptable. Ver: Manuel ATIENZA R. y Juan A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la Ponderación*, Palestra, Lima, 2012.

<sup>4</sup> Los hechos de este caso, en síntesis, fueron los siguientes. En el año 2010 hubo un crecido número de pedidos de revocatorias contra autoridades seccionales, inclusive contra el Presidente de la República. En esta circunstancia la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) presentó una demanda de inconstitucionalidad por omisión (10 noviembre 2010) por cuanto la Asamblea Nacional omitió dar la legislación correspondiente (la ley electoral y la ley que regule la participación ciudadana), incumpliendo el mandato de la disposición transitoria primera de la Constitución vigente.

<sup>5</sup> La Constitución de 1998 estableció como causas: los actos de corrupción; el incumplimiento injustificado del plan de trabajo (Art. 109). Por otro lado, no se incluyó al Presidente de la República en la revocatoria, por que en un país con instituciones débiles significa un alto riesgo retirar el mandato al Presidente.

amplio a esta institución político-jurídica y, por ello, la norma constitucional no estableció las causales ni otras cuestiones. Téngase presente que algo igual ocurre con el derecho a la resistencia establecido en el artículo 98 de la Ley Fundamental y no sería de extrañar que en algún momento se argumente que el derecho a la resistencia no está regulado por la ley, en consecuencia no puede aplicarse.

Asimismo, la doctrina constitucional señala que si la Constitución no establece los elementos necesarios de la institución, la ley no puede crearlos porque se estaría apartando de la Constitución y afectando la supremacía que la caracteriza. El otro camino utilizado es que la Constitución (en su texto) se remita a la ley y disponga que ésta regule determinadas cuestiones (es lo que suele hacerse). Pero —como en este caso— si la propia Constitución pasa por alto estos procedimientos la única manera de integrarlos al texto es mediante la reforma constitucional.

La sentencia de la llamada «Corte Constitucional en transición» señaló que en este caso no hay inconstitucionalidad por omisión (la Asamblea Nacional no incurrió en ella), pero que:

«2. Se dispone como medida cautelar la suspensión por parte del Consejo Nacional Electoral de los procesos que se encuentren debidamente calificados para la revocatoria de mandato a las autoridades de elección popular, hasta que la Asamblea Nacional regule los requisitos y procedimientos para hacer efectivo este derecho de participación, y se establece que las autoridades objeto de revocatoria, cuando la solicitud esté debidamente calificada por el Consejo Nacional Electoral, podrán, en ejercicio de su autonomía de voluntad, solicitar a dicho Organismo la suspensión del proceso en base a la presente sentencia; mas, quienes así no se manifiesten, se entenderá que es su decisión continuar con la revocatoria y así deberá proceder el Consejo Nacional Electoral».⁶

En consecuencia, los guardianes de la Constitución suspenden las revocatorias en curso, hasta que se dé una regulación. Este hecho antijurídico e inconstitucional borró de una plumada los principios y características que poseen los derechos humanos no solo en la Constitución ecuatoriana sino en los tratados internacionales sobre esta materia. Al ser de aplicación directa e inmediata no necesitan —para ser ejercidos— de ninguna normativa reguladora; tampoco pueden ser restringidos por ninguna ley, salvo que el texto constitucional así lo disponga.

⁶ Sentencia No. 001-11-SIO-CC; Caso No. 0005-10-IO. Incluso se habla en la parte final transcrita que las autoridades «en ejercicio de su autonomía de voluntad» pueden pedir la suspensión... Craso error, la figura de la autonomía de la voluntad es propia del Derecho Privado, no cabe en el Derecho Público. Ver: *Introducción al Derecho* del autor, 2.<sup>a</sup> edición, 2010, pág. 91.

## VI. ¿CÓMO DEBE ENTENDERSE LA PROBIDAD DE LOS JUECES QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN?

Como señaló la opinión pública en su momento, no es una conducta aceptable, especialmente para los dignatarios de esta autoproclamada Corte (su secretario, su presidente), el verse involucrados en el denominado «escándalo cervecero», que acabó con el poco prestigio institucional del órgano de control. Nunca antes se vio un hecho de esta naturaleza, realizado con tanto desparpajo.

En este contexto, importa poco o nada que un Fiscal con su consabida «independencia» archive el asunto. Si los funcionarios públicos, particularmente los jueces, deben gozar de probidad notoria —por mandato constitucional— todos nos preguntamos si esta cuestión de la probidad ¿está todavía vigente? En todo caso, en el Ecuador es una palabra hueca, pues su contenido específico ha sido vaciado.

Asimismo, no es una conducta aceptable de la mayoría de «jueces» del órgano de control hayan dilatado aquellos procesos constitucionales en los cuales se reclama por diversos actos y normas que vienen del titular del Ejecutivo, como por ejemplo la regulación de las «renuncias obligatorias» del sector público. No tramitar los procesos contradice la probidad del juzgador y, más aún, conlleva un delito de prevaricato ¿ante qué autoridad se podrá reclamar?

Y qué decir de los dictámenes en materia de estados de excepción, que han sido decretados por el Presidente de la República de manera abrumadora, a tal punto que el Ecuador ha vivido más en estado de excepción que en tiempos normales. Y, hay que tener en cuenta que aquello significa una seria limitación al Estado de Derecho, pues implica la existencia de graves alteraciones en el convivir nacional que no pueden ser solucionadas por el ordenamiento constitucional normal, por eso hay que acudir a medidas extraordinarias, que vale decir extremas.

Lo que llama la atención, especialmente a los juristas extranjeros, es que todos los estados de excepción hayan obtenido un dictamen favorable de parte de nuestros guardianes de la constitucionalidad. Para los miembros de la Corte en transición los numerosos estados de excepción no contravienen al postulado de «Estado constitucional de derechos y justicia».

Este tema —por la forma como se ha llevado— merece un análisis más detenido, que permita examinar la nueva doctrina puesta en acción: el carácter preventivo que debe tener el estado de excepción para evitar las posibles commociones internas. No obstante que la Constitución entre los principios del estado de excepción habla de «necesidad» (Art. 164 inciso segundo) y que la Ley pertinente establece en el control material de la declaración presidencial del estado de excepción: «1. Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia» (Art. 121 número 1).

Si nos ceñimos a lo que rezan los considerandos de tales decretos presidenciales, en el Ecuador del último quinquenio todo nos lleva a posibles conmociones internas graves, desde el manejo de Petroecuador, la posible falta de recursos hídricos en Manabí, hasta la crisis de la Función Judicial o de las instalaciones de la Asamblea Nacional (¿?).

Por ahora, cedo la palabra al Prof. Juan Pablo Aguilar quien analizó los estados de excepción, especialmente los decretados desde la vigencia de la actual Constitución hasta el 31 de marzo de 2010:

«Curioso resulta que una Corte que se autoproclama seguidora del ‘paradigma neoconstitucional’, no se cuestione la utilización de los estados de excepción como instrumento normal de gobierno y no le parezca por lo menos digno de análisis el hecho de que las medidas excepcionales se hayan aplicado en diecisiete de los dieciocho meses de vigencia de la Constitución.»<sup>7</sup>

## VII. JUECES INDEPENDIENTES E IMPARIALES COMO GUARDIANES DE LA CONSTITUCIÓN

En el Ecuador inaugurado —o refundado— por la Constitución 2008 ya no es fácil encontrar Jueces independientes e imparciales tanto en la Justicia judicial como en la Justicia Electoral y peor aún en la Justicia Constitucional. Respecto de esta última recuerdo claramente lo siguiente: como juez de la ex Corte Suprema participé en dar criterios y explicar sobre posibles reformas a las instituciones de justicia; fuimos convocados a la ciudad de Cuenca a la Mesa número 7 dirigida por el sacerdote Vega.

Ante el grupo de asambleístas constituyentes se expuso —entre otras cuestiones— aspectos relativos al Tribunal Constitucional, allí el presidente de este órgano (Dr. Pazmiño) habló de crear una Corte que «blinde» a la nueva Constitución; esta reiterada expresión no la comprendí porque justamente para cumplir con la Norma Suprema deben existir jueces probos, independientes e imparciales.

Quizá esté por demás señalar que el sacerdote Vega apenas me permitió exponer. Posteriormente, en Montecristi se aprobaría el nuevo esquema de la Corte Constitucional con cuyas atribuciones —en general— estoy de acuerdo, pues se basan en los nuevos conceptos y doctrina del Derecho Procesal Constitucional de Iberoamérica.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Juan Pablo AGUILAR ANDRADE: «Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción», en *Revista Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, N° 13, septiembre de 2010.

<sup>8</sup> Al respecto se pueden ver las publicaciones del Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, cuyo presidente es el Prof. Néstor Sagüés y al cual me honro en pertenecer.

Sin embargo, aquello del «blindaje» no había sido una idea suelta, una vez publicada la Constitución 2008 en el Registro Oficial (20 de octubre) dicha idea se hizo presente cuando los vocales del Tribunal Constitucional se autoproclamaron en «magistrados de la nueva Corte», decisión aceptada por el Gobierno sin importar que contravenga a la flamante Constitución 2008.

Y, desde entonces se concretó «el blindaje» no a la Constitución sino al Presidente de la República y a sus intereses políticos. ¿Jueces probos, independientes e imparciales? Son palabras mayores para nuestro país. Quizá sea pedir demasiado, al pensar o exigir que los jueces de la Justicia Constitucional —como todo juez— deben poseer prudencia, conocimientos en su materia, ponderación en sus actos, junto a la indispensable independencia e imparcialidad. Sin faltar la probidad indispensable.

Pasando al campo de lo paradójico y constatando lo que ha sucedido en esta larga transición, diría que la Constitución 2008 hizo bien en no llamar jueces o magistrados a quienes integran la Corte Constitucional, en los artículos 431 y siguientes —de la parte orgánica constitucional— sólo habla de miembros.

Es únicamente en el denominado «Régimen de Transición» —al final del texto constitucional, artículo 25— que los califica como «magistrados». Esta forma de redactar (en este caso y en otros) me induce a pensar que quienes escribieron lo relativo al régimen de transición no son los mismos que redactaron los 444 artículos constitucionales.