



Derecho y Sociedad

12

Christian Masapanta Gallegos

**MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
EN ECUADOR
¿LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO
CONSTITUYENTE PERMANENTE?**



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador — *30 años*



Quito, 2022



Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

Mutación de la Constitución en Ecuador
¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?

Christian Masapanta Gallegos

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-727-5

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9942-604-47-7

Derechos de autor: 062487

Depósito legal: 006797

Impreso en Ecuador, septiembre de 2022

Producción editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Annamari de Piérola, jefa de Publicaciones

Shirma Guzmán, asistente editorial

Patricia Mirabá, secretaria

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue elaborado para la obtención del título de doctor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Índice

Dedicatoria	9
Agradecimientos	11
Abreviaturas, siglas y acrónimos	13
Prólogo	15

Introducción	19
---------------------	-----------

Capítulo 1

MUTACIÓN COMO MECANISMO DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL VÍA HERMENÉUTICA	23
--	-----------

Teoría democrática de la Constitución y su vinculación con la mutación constitucional	25
--	-----------

Conceptualización de mutación constitucional	35
---	-----------

Tipos de mutaciones constitucionales	38
---	-----------

Mutaciones que derivan de prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional	38
---	----

Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución	39
---	----

Mutaciones originadas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución	41
--	----

Mutaciones originadas a través de la interpretación de los términos de la Constitución	41
---	----

Mutación constitucional desde la concepción teórica europea	42
--	-----------

La mutación constitucional desde la teoría formalista: Laband y Jellinek	43
--	----

La mutación constitucional desde las teorías del dinamismo constitucional	44
--	----

La teoría de la integración: Smend y Dau-Lin	45
--	----

La teoría de las mutaciones en la conexión entre “normalidad” y “normatividad”: Heller	47
La teoría de la “Modificazioni Tacite della Costituzione”: Pierandrei, Biscaretti Di Ruffia y Rozmarin, Mortati, Tosi	49
La teoría de la mutación de los derechos como un cambio en el interior de la Wnorma: Hesse y Müller	52
La teoría de la mutación como un problema de interpretación: Häberle y Stern	54
El concepto dogmático de mutación: Böckenförde	56
Normas adscritas de derecho fundamental: Alexy	57
Paralelismo de las formas: Pérez Royo	58
La mutación en el paradigma constitucional ecuatoriano	61
Tipos de modificaciones constitucionales en Ecuador	63
Enmienda constitucional	66
Reforma parcial de la Constitución	70
Asamblea constituyente	72
Mutación constitucional	74
El debate sobre la naturaleza contramayoritaria de la mutación constitucional ecuatoriana	76
El déficit de legitimidad democrática de la Corte Constitucional para emprender en modificaciones constitucionales	77

Capítulo 2

LA CCE COMO CONSTITUYENTE PERMANENTE

81

Aplicación de las mutaciones constitucionales en la realidad jurídica ecuatoriana	84
Mutaciones en acciones constitucionales de competencia de la CCE	86
Mutaciones constitucionales dentro del control constitucional	86
Mutaciones constitucionales emprendidas por la CCE en la inconstitucionalidad por omisión	89
Mutación de la inconstitucionalidad por omisión absoluta	91
Mutaciones constitucionales emprendidas por la CCE en el control concreto de constitucionalidad	98
Mutación del control concreto de constitucionalidad en relación con la inaplicación de normas contrarias a la Constitución	102

Sentencia fundadora de línea jurisprudencial	103
Sentencia ratificadora de línea jurisprudencial	104
Sentencia hito	105
Sentencias consolidadoras de línea jurisprudencial	106
Sentencias reconfiguradoras de línea jurisprudencial	107
Mutaciones constitucionales dentro de procesos de garantías jurisdiccionales de competencia de la Corte Constitucional	109
Mutaciones constitucionales emprendidas por la CCE en la EP	110
Mutación de la EP en cuanto a su objeto	112
El caso de la EP sobre autos de llamamiento a juicio	115
Mutaciones emprendidas por la CCE en la AEP contra decisiones de la justicia indígena	122
Mutación constitucional en cuanto a la administración de justicia indígena: el caso de exclusión de delitos contra la vida	123
Mutaciones constitucionales en la AN	131
Mutación de la AN en Ecuador: el caso de la acción por incumplimiento de tratados internacionales	132

Capítulo 3

LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS: MUTACIÓN DE LA IS

139

Puntualizaciones metodológicas

140

La labor del juez frente al cumplimiento de sentencias constitucionales 141

Mecanismos jurisprudenciales creados para el cumplimiento de sentencias constitucionales

143

Evolución de la IS 146

La IS como proceso constitucional autónomo 151

 Análisis cuantitativo y cualitativo de la EI 155

 Primera mutación: la acción de incumplimiento como garantía
 jurisdiccional 161

 Segunda mutación: la IS se hace extensiva a distintos tipos de
 decisiones constitucionales 168

 Las resoluciones del ex TC y del ex TGC 168

 Sentencias dictadas por Salas de la CCE 171

 Resoluciones de amparo emitidas por juzgados de instancia 172

Sentencias dictadas por decisiones judiciales de instancia en garantías jurisdiccionales a partir de 2008	174
Auto indemnizatorio	177
Sentencias dictadas por el Pleno de la CCE	177
Tercera mutación: proceso de seguimiento y verificación de cumplimiento de sentencias constitucionales	180
Análisis cuantitativo del proceso de verificación de cumplimiento de sentencias	182
Sentencias emitidas por la Corte Constitucional en acciones de incumplimiento que se encuentran en proceso de seguimiento y verificación	184

Capítulo 4

LÍMITES A LA MUTACIÓN EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO 189

Límites a la mutación constitucional atendiendo a la realidad ecuatoriana	189
Acerca de los derechos y garantías constitucionales	195
Acerca del régimen democrático, la estructura del Estado, sus elementos constitutivos y división de poderes	196
Acerca del proceso de reforma constitucional	205
Acerca de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado ecuatoriano	207
¿Cuándo sería legítima una mutación constitucional en Ecuador?	213
¿Quién controla al controlador?: una propuesta de legitimidad a las mutaciones emprendidas por la CCE	216
Conclusiones	219
Bibliografía	227

A Loren Daniela,
mi fuente de inspiración y esfuerzo.

Agradecimientos

A mi gran maestro César Montaña Galarza, pilar fundamental en mi formación profesional y académica.

A Claudia Storini, por la confianza que siempre ha depositado en mi persona a la hora de asumir nuevos retos.

A mi amada esposa María Belén, por las horas de austeridad y ausencia que ha tenido que enfrentar para que pueda conquistar mi sueño.

Mi gratitud para todos ellos.

Abreviaturas, siglas y acrónimos

AP	Acción de protección
AN	Acción por incumplimiento de norma
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCE	Corte Constitucional del Ecuador
CCPT	Corte Constitucional para el Período de Transición
CEDEC	Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
CEN	Corporación Editora Nacional
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CN	Consulta de norma
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
COIP	Código Orgánico Integral Penal
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCCS	Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
CPE	Constitución Política del Ecuador
CRE	Constitución de la República del Ecuador
DD. HH.	Derechos Humanos
EI	Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena
EP	Acción extraordinaria de protección
EE. UU.	Estados Unidos de Norteamérica
IO	Acción de inconstitucionalidad por omisión
IS	Acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

MJDH	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal Constitucional del Ecuador
TGC	Tribunal de Garantías Constitucionales
TGJ	Tribunal de Garantías Jurisdiccionales
RSPCC	Reglamento de Sustanciación de Procesos y Competencias de la Corte Constitucional
SIDH	Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.
UEC	Universidad Externado de Colombia

Prólogo

En cualquier país, la Constitución seguirá siendo una cantera inagotable de temáticas inherentes a la convivencia social y al funcionamiento del Estado, algunas ciertamente añejas, mientras que otras contemporáneas; no obstante, en nuestro medio latinoamericano todas comparten una realidad preocupante, se trata del escaso debate y tratamiento profundo de las mismas, situación que ha impedido concretar un análisis crítico de los conceptos, contornos y alcances de muchas figuras de gran relevancia para el campo jurídico en general, y en particular, para la propia disciplina constitucional, lo que afecta las verdaderas posibilidades que pueden desprenderse del texto supremo, para proyectarse en concreciones favorables al progreso social y la justicia. Sin embargo, en medio de esta circunstancia poco alentadora, aparecen excepciones dignas de destacar y que se materializan en trabajos académicos y científicos serios, como es el caso del presente libro.

Gracias a la confianza y amistad sincera con el autor, tengo el placer de prologar esta obra titulada: *Mutación de la Constitución en Ecuador: ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?* Christian Masapanta Gallegos es un destacado jurista, exalumno y ahora colega, docente de nuestra casa de estudios. Este trabajo, en su versión inicial, le sirvió para obtener con mérito el título de doctor en Derecho en nuestra Universidad. En esta empresa, me cupo el honor de acompañarlo en calidad de director de tesis, lo que nos permitió intensos y provechosos diálogos e intercambio de ideas y visiones que ahora se comparten mediante esta publicación. Desde ya, mi reconocimiento a quienes llevan adelante nuestro Programa de Doctorado en Derecho, con un exitoso recorrido de dos décadas, en especial a su directora, colega Claudia Storini.

La materia tratada en la obra responde a la realidad del mundo jurídico contemporáneo, y no solo a ello, sino también a la naturaleza y dialéctica contradictoria y cada vez más enrevesada de la sociedad humana, de su organización, lucha y pensamiento. Las tensiones y el cambio constante en esta bullente realidad determinan la necesidad de reconocer que el Derecho, como ciencia y como instrumento del poder público, ha de adaptarse a las nuevas situaciones que ocurren, a través de una interpretación no estática.

Es bien sabido entre nosotros que a remolque de la labor de la máxima judicatura constitucional y por vía hermenéutica puede darse un proceso permanente de adaptación de las normas jurídicas, especialmente de la Constitución, habida cuenta de que esta habilita la posibilidad para la modificación de su propio contenido, no por medio de los mecanismos explícitos de reforma —como es usual en la experiencia comparada—, sino mutando a través de cambios implícitos o tácitos del contenido de las disposiciones, es decir, sin alterar su texto ni su forma. De esta manera, se conjugan elementos de normatividad y normalidad para garantizar la eficacia de la norma fundamental. Se trata de una institución singular que ha levantado algún debate complejo, así como cuestionamientos de peso, especialmente en países de otras latitudes y tradiciones. Esta patente o licencia atribuida a los jueces de la Constitución los ha convertido prácticamente en una especie de constituyentes permanentes.

En esta obra se expone con claridad y énfasis, que para que las mutaciones sean consideradas como válidas se deben observar algunos límites, así el propio modelo garantista y la corriente dogmática “teoría democrática de la Constitución” que lo sustenta y abarca. En efecto, son mecanismos previstos en la propia Constitución, por lo que, cuentan con las habilitaciones normativa y competencial suficientes. Con estos presupuestos el autor propone en detalle los que vendrían a ser ingredientes centrales para la construcción de una teoría de la mutación, con reflejo de las particularidades del constitucionalismo nacional; en tal propósito, como corresponde, reconoce un valor gravitante a la casuística y a la jurisprudencia y líneas jurisprudenciales que ella origina. De esta manera, se aceptan las modificaciones en nuestra Constitución, como se dijo, bajo ciertas condiciones trascendentes.

Cuatro capítulos integran este libro: el primero contiene el análisis teórico de la mutación constitucional vía hermenéutica, para ello aborda a esta institución y su vinculación con la teoría democrática de la Constitución; esta parte introductoria brinda el necesario marco de teorías y conceptos previos útiles para decantar hacia una posición teórica en relación con la mutación constitucional y con el propósito de construir una teoría acorde con el paradigma ecuatoriano vigente; el segundo analiza a la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) y su rol de constituyente permanente en un modelo estatal de derechos y justicia —tal como lo establece el art. 1 de la Constitución—. Luego desciende hacia el análisis de la mutación constitucional como mecanismo de modificación constitucional vía hermenéutica y, a la revisión de la forma como ha operado la misma en la jurisprudencia de la CCE en las diversas acciones puestas a su conocimiento; en el tercero

explica las mutaciones emprendidas por la CCE en relación con la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales (IS), a tal empeño, parte del análisis del concepto, origen, objeto de estudio, características y procedimiento de esta garantía jurisdiccional; más adelante, mediante un análisis cuantitativo y cualitativo demuestra cómo ha mutado esta institución jurídica desde su origen hasta el presente, lo que permite mostrar a la IS como un ejemplo de adecuación jurisprudencial de la normativa constitucional con las necesidades y realidad social imperante; en el cuarto y último capítulo ensaya la construcción de una teoría de la mutación constitucional acorde al paradigma constitucional ecuatoriano, determinando los parámetros en los cuales debe operar la mutación en Ecuador y los límites que a tal cometido se deben observar, lo que permitirá reanocer a las mutaciones constitucionales como una institución válida dentro del derecho constitucional ecuatoriano. Cierra el estudio con las conclusiones más relevantes de la investigación.

Tres grandes e inescindibles columnas sostienen el aparato teórico y propositivo de este novedoso estudio. En primer lugar, la capacidad del autor, su conocimiento y dominio de la materia, así como su contacto de primera mano con la jurisprudencia de la CCE. En segundo lugar, sitúo al conjunto de fuentes de investigación idóneas empleadas, tanto de Europa representada con trabajos de autores alemanes, italianos y españoles, como de América con estudios de autores especialmente de Brasil, Colombia y Ecuador; también del análisis, procesamiento y ordenación de jurisprudencia nacional y comparada, así como de los datos relevantes consignados adecuadamente en gráficos y tablas, presentadas como anexos al final del estudio. En último término, la mirada crítica y de propuesta del autor para intentar, mediante pensamiento propio, sentar las bases de una teoría sintonizada con la realidad actual del país, y con el funcionamiento de un aparato judicial de justicia constitucional que ha de encarrilarse debidamente para cumplir los caros intereses que incumben a la justicia en su más alta expresión.

Christian Masapanta Gallegos nos comparte un trabajo que resulta valioso por diversas e importantes razones, entre ellas, porque es una verdadera contribución para pensar con mayores elementos de juicio la naturaleza y el alcance de la justicia constitucional, debido a su calidad indiscutible tiene el potencial de avivar la discusión y de generar polémica. Especialmente, al rol que tradicionalmente se ha esperado que juegue una corte constitucional en el marco de un Estado democrático cuya justificación más importante radica en la obligación a su cargo para materializar los derechos.

En esencia, las reflexiones de este volumen constituyen un aporte que refresca al pensamiento constitucional ecuatoriano; en forma acuciosa y adecuada se devela una transformación profunda operada en nuestro medio con la Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008, consistente en el papel que hoy en día desempeñan los máximos jueces constitucionales, al mismo tiempo, por una parte, muestra el poder puesto a su servicio para decidir diversos temas y asuntos, fáciles y complejos, y por otra, advierte que esa actuación judicial se encuentra compelida a observar fronteras previamente trazadas por la norma fundamental. Advierte que, si esto último se pasa por alto, se estaría desbordando la competencia atribuida en el proceso constituyente, al tiempo que se evidenciaría fatalmente que la norma suprema promueve su propia quiebra, resultado deleznable desde todo punto de vista. Además, sabemos que, para cambiar sus pilares principales, incluso para imbuirle un espíritu diferente, existe desde hace mucho tiempo el camino tradicional, formal y exigente de la reforma.

Los buenos libros jurídicos se leen y disfrutan en cualquier época, son inmunes al paso de los días, brindan reflexiones y enseñanzas tanto útiles como atemporales; están cargados de lógica con enfoque crítico, trascienden a pesar de la imparable y vertiginosa dinámica social, es una de sus vocaciones. En mi opinión, esta obra contiene una propuesta sólida, ataviada con los presupuestos imprescindibles y suficientemente provocativos para abrir un fructífero camino de debate y de estudio encaminado a construir una sólida teoría de la mutación constitucional. Estas cualidades —que no suelen abundar en el mundo de las publicaciones jurídicas— son evidentes en este texto, mismas que desde ya le garantizan mercedamente un lugar muy destacado en el foro jurídico del país y el exterior.

Para cerrar diré con pleno convencimiento de causa, que el autor merece nuestra efusiva felicitación por los resultados logrados, así como los mejores deseos para que continúe con éxito su ya prolífica vida académica y profesional en favor de la ciencia del derecho, así como del conocimiento de sus colegas y estudiantes.

César Montaña Galarza

Rector

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Introducción

Conforme lo exponía Federico Engels “la dialéctica no es más que la ciencia de las leyes generales del movimiento y la evolución de la naturaleza, la sociedad humana y el pensamiento”,¹ en aquel sentido, las mutaciones constitucionales evidencian esta suerte de ejercicio dialéctico reflejando las diversas transformaciones sociales, expresadas dentro del ámbito normativo a través de la modificación de la *norma normarum*.

La modificación vía hermenéutica al contenido de la CRE de 2008 es uno de los principales problemas que actualmente deben afrontar los Estados constitucionales, toda vez que su permanencia en el tiempo no solo depende de criterios de rigidez formal, sino que obedecerá a la adaptación de la norma a las emergentes y permanentes necesidades del conglomerado social sobre el que actúan. De ahí que, conforme a la doctrina se afirma que uno de los elementos que caracteriza a la norma constitucional es su capacidad para modificar su contenido.

En virtud de esta premisa se han establecido mecanismos que tienden a llevar adelante esta acometida mediante procesos explícitos de reforma constitucional en sus diversas tipologías (enmienda, reforma parcial y/o asamblea constituyente), o por intermedio de cambios implícitos al contenido de la norma constitucional frente a lo cual hacen su aparición las mutaciones constitucionales.

La presente investigación analiza a la mutación constitucional como una institución jurídica que permite la modificación de una norma constitucional sin alterar su texto, generándose mediante su aplicación cambios implícitos y/o tácitos en donde se conjugan elementos de normatividad y normalidad que garantizan la eficacia de una Constitución. La aplicación de la institución de la mutación constitucional no ha estado exenta de profundos debates y serios cuestionamientos. Esto es una práctica que se emplea frecuentemente por parte de los órganos de administración de justicia constitucional, convirtiéndolos en constituyentes permanentes pues se les permite modificar a la Constitución vía hermenéutica.

1 Federico Engels, *El Anti-Dühring: La revolución de la ciencia por el señor Eugen Dühring* (Madrid: Fundación Federico Engels, 2014), 209.

La hipótesis de que en la realidad ecuatoriana su máximo órgano de interpretación constitucional es la CCE, en las diversas acciones puestas a su conocimiento, ha emprendido en mutaciones constitucionales, muchas de las cuales eventualmente se alejan del modelo garantista y de la corriente dogmática (teoría democrática de la Constitución) implementada por la constituyente de Montecristi, por lo que se requiere emprender en un análisis crítico de esta institución jurídica, descendiendo hacia la realidad ecuatoriana y su modelo paradigmático al constituirse en un Estado constitucional de derechos y justicia, con el objeto de establecer límites y regulaciones que deben observarse por este organismo para que los cambios hermenéuticos se constituyan en mutaciones válidas.

Para ello, deconstruiremos la teorías clásicas de la mutación constitucional y realizaremos una propuesta de elaboración de una teoría de la mutación acorde a las particularidades del constitucionalismo ecuatoriano, en donde dentro de un modelo garantista democrático se redimensiona el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho objetivo, para lo cual, se expondrán los casos emblemáticos en donde la CCE vía hermenéutica ha emprendido en mutación al contenido de la CRE.

Cabe indicar que, en nuestra propuesta nos alejamos de gran parte de la doctrina europea que concibe a las mutaciones constitucionales como procedimientos informales e irregulares de reforma a la Constitución, considerando que en la práctica jurisdiccional ecuatoriana estas modificaciones tácitas se han convertido en prácticas habituales que encuentran un sustento normativo y competencial dentro de la propia Constitución al dotar a los operadores jurisdiccionales un rol protagónico como intérpretes constitucionales. Con el fin de evitar una discrecionalidad judicial solo se admitiría aquellos cambios dentro de límites, y garantizando una legitimidad democrática, permitiendo así que, la mutación se convierta en un mecanismo válido de modificación del contenido de la Constitución.

Para ello, se empleará el método deductivo analítico en relación con el análisis dogmático de la institución de la mutación constitucional, sobre la base del estudio de diversos autores internacionales que abordan a la mutación constitucional desde una perspectiva del sistema continental, debido a que es en aquel sistema en el que se adscribe el constitucionalismo ecuatoriano, y por otro lado, pretendemos demostrar nuestra hipótesis mediante el análisis estático y dinámico de líneas jurisprudenciales, así como de casos relevantes en donde la CCE ha emprendido en esta práctica mutativa.

En función de lo expuesto, abordaremos el estudio de la *Mutación constitucional en Ecuador: ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?* En cuatro capítulos:

En el primer capítulo se analiza desde una perspectiva teórica a la mutación constitucional vía hermenéutica, para lo cual, se aborda a esta institución y su vinculación con la teoría democrática de la Constitución, para luego desarrollar su concepto y principales características. Posteriormente, se exponen los diversos tipos de mutaciones constitucionales y las posiciones doctrinarias que para el efecto han brindado las escuelas; alemana, italiana y española de la mutación constitucional, en donde además, es importante destacar aportes latinoamericanos con trabajos de autores colombianos, brasileños, así como los breves trabajos expuestos por autores ecuatorianos. Aquello nos permitirá decantarnos por una posición teórica en relación con la mutación constitucional y construir una teoría acorde con el paradigma ecuatoriano vigente.

En el segundo capítulo se estudia a la CCE y su rol como constituyente permanente en un modelo estatal de derechos y justicia, en donde se transversalizan varios debates teóricos con relación al origen contramayoritario de este órgano de administración de justicia, así como la legitimidad que aquella puede obtener mediante un ejercicio hermenéutico acorde al modelo garantista ecuatoriano. Luego se descende hacia el análisis de la mutación constitucional como mecanismo de modificación constitucional vía hermenéutica y la forma en que ha operado la misma en la jurisprudencia de la CCE en las diversas acciones puestas a su conocimiento, se aborda también el estudio de casos emblemáticos en donde se ha producido mutación, con el análisis de dichos cambios en la acción de inconstitucionalidad por omisión (IO), consulta de norma (CN), acción extraordinaria de protección (EP), acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (EI), y la acción por incumplimiento de norma (AN), indicando que la IS debido a su origen jurisprudencial requiere de un análisis especial.

En el tercer capítulo se aborda las mutaciones emprendidas por la CCE con relación a la acción de IS, partiendo del análisis del concepto, origen, objeto de estudio, características y procedimiento de esta garantía jurisdiccional. En adelante, mediante un análisis cuantitativo y cualitativo se demuestra cómo ha mutado esta institución jurídica desde su origen hasta la presente fecha, mostrando a la IS como un ejemplo de adecuación jurisprudencial de la normativa constitucional con las necesidades y realidad social imperante.

A lo largo de la investigación, se expondrán lineamientos que permitan la construcción de una teoría de la mutación constitucional acorde al paradigma constitucional ecuatoriano, lo cual se ve expresado en el cuarto capítulo de esta obra, determinándose los parámetros en los cuales debe operar la mutación en Ecuador y los límites a los cuales debe estar sometida

la interpretación de la CCE, lo que permitiría aplicar a las mutaciones constitucionales como una institución válida dentro del constitucionalismo. De igual forma, se proponen posibles soluciones tendientes a dotar de legitimidad a las prácticas mutativas que ha emprendido el órgano especializado de administración de justicia constitucional ecuatoriano.

Finalmente, se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado en el presente trabajo, augurando que aquellas puedan ser objeto de debate académico y de aplicación práctica por parte de los integrantes de la CCE *maxime* cuando en sus manos se encuentra una importantísima herramienta dentro del constitucionalismo contemporáneo como es la modificación de la Constitución.

Capítulo 1

MUTACIÓN COMO MECANISMO DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL VÍA HERMENÉUTICA

*El pueblo tiene derecho de revisar, reformar y alterar
su Constitución. Una generación no puede someter
a sus leyes a generaciones que le sucedan.²*
Constitución francesa de 1793.

La dinámica que caracteriza al derecho ha determinado que este sea objeto de una constante evolución, y experimente cambios dentro de diversas disciplinas jurídicas y sus instituciones. Entre aquellas se encuentra el derecho constitucional, el mismo que alcanza trascendental importancia al regular la vida social, y su norma fundamental —la Constitución— adquiere relevancia como fuente generadora del ordenamiento jurídico de un Estado.³

Para garantizar esta tarea se han creado mecanismos jurídicos que protegen la supremacía de las normas constitucionales frente a otras disposiciones normativas de menor jerarquía, siendo uno de aquellos la rigidez constitucional,⁴ por medio del cual se han establecido estrictas solemnidades que protegen la duración de una Constitución en el tiempo.

² Art. 28 de la Constitución francesa de 1793.

³ Eduardo García Enterría sostiene que “la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero en la que ella se basa, tiene una pretensión de permanencia [...] Esta idea determinó, primero la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por este, de los que emanan todas las normas ordinarias”. García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, 56.

⁴ Para Ferrajoli, la rigidez de las constituciones significa que “el reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma, y por otro, de la institución del control constitucional de las leyes, por parte de Tribunales Constitucionales”. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: EUDEBA, 2001), 259.

Las constituciones nacen con una premisa —su permanencia en el tiempo—; no obstante, al reflejar los valores de convivencia de la comunidad en su conjunto, el poder constituyente originario —máxima expresión de la soberanía popular— expresado en las normas constitucionales, no puede permanecer inmutable, ya que, al evolucionar la sociedad, las normas jurídicas que rigen sus actividades deben también desarrollarse.

En aquel sentido, deberíamos preguntarnos: “¿en qué medida el poder constituyente de un día puede condicionar al poder constituyente del mañana?”.⁵ La respuesta a esta interrogante es clara, pues la inmutabilidad de los textos constitucionales no es una característica de las constituciones democráticas, toda vez que las normas que las integran deben obedecer a una realidad social, la cual puede ir cambiando en la medida que converjan distintos factores (sociales, políticos, económicos). Al respecto, la Constitución francesa de 1793, ya contemplaba en su art. 28 que “un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.⁶

Las constituciones contienen disposiciones normativas, las mismas que al ser construcciones sociales tienden a regular la vida de un conglomerado en un determinado momento histórico; empero, a su vez estas normas surgen de una necesidad social frente a una realidad específica, determinándose la validez sustancial⁷ de una norma con rango constitucional.

Por lo tanto, la norma no tiene razón de existir sin su aplicación práctica, esta practicidad es lo que genera su validez material o sustancial, generándose así un vínculo intrínseco entre derecho y democracia, en donde la caracterización de la norma constitucional como un sistema de límites y vínculos permitirá controlar al poder estatal y aproximar al Estado con la población.⁸

5 Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Tecnos, 1991), 58-9.

6 Texto de la Constitución francesa de 21 de junio de 1793.

7 Para Ferrajoli, dentro de su teoría garantista, en una democracia constitucional “cambian en primer lugar la validez de las leyes, que dependen del respeto ya no solo de normas procedimentales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia con los principios de justicia establecidos en la Constitución”. Ferrajoli, “La democracia constitucional”, 261.

8 Dentro de su concepción el “paradigma constitucional” o “garantista”, Luigi Ferrajoli manifiesta que: “dicho paradigma, equivale, en el plano teórico al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que estos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio [...]”. Luigi Ferrajoli, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, 2.^a ed. (Madrid: Trotta, 2009), 42, 99 y 100.

La modificación de la Constitución implica por lo tanto, una garantía de su permanencia en el tiempo, en la medida en que permite su adecuación a la realidad jurídica, social y política del Estado. De ahí que, las constituciones pueden ser flexibles o rígidas, siendo estas últimas más difíciles de modificar, lo cual no significa que sean inmutables, puesto que lo que se pretende tutelar mediante esta rigidez es la estabilidad de la Constitución, mas no su perennización normativa; esta rigidez constitucional “da a la conciencia de los ciudadanos una sensación de seguridad que redunde en beneficio del orden, de la industria y de la economía y, al mismo tiempo, permite acumular experiencias que hacen posible el perfeccionamiento de la Constitución”.⁹

Es así como con el devenir del tiempo la idea de una Constitución rígida e inmutable ha ido cambiando, puesto que la misma necesita modificarse con el objeto de irse acoplando a la realidad social, encontrando dentro de este proceso de cambio dos mecanismos para llevar adelante esta tarea, por una parte, los formales o expresos, y por otra los informales o tácitos. Entre los mecanismos formales o expresos de modificación de la Constitución tenemos la activación del poder constituyente originario, y el proceso de enmienda o reforma de los textos constitucionales; mientras que por medio de los mecanismos implícitos o tácitos tenemos lo que en la teoría se ha llamado “mutaciones constitucionales”, debiendo dentro de un constitucionalismo democrático estar legitimados mediante referendos aprobatorios por parte del pueblo.

En razón de que, el presente trabajo se circunscribe a un análisis de la mutación constitucional, en este primer capítulo se abordará entre los ejes temáticos, el estudio de la teoría democrática de la Constitución y su vinculación con esta institución jurídica, sus conceptos, tipología, las posiciones doctrinarias, su relación con los principios de rigidez y supremacía constitucional, el rol de la judicatura frente a la mutación de la Constitución, y los rasgos característicos de la mutación en el constitucionalismo ecuatoriano.

Teoría democrática de la Constitución y su vinculación con la mutación constitucional

Toda disciplina jurídica debe estar dotada de un componente dogmático, por lo que el análisis de la institución de la mutación constitucional no puede estar exento de esta realidad; encontrándonos dentro de su estudio

9 James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 2.ª ed. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962), 131-2.

problemas que se derivan de elementos que forman parte de la teoría de la Constitución¹⁰ como: la rigidez constitucional, su reforma, la interpretación de la norma suprema, y la legitimidad democrática de los cambios.¹¹

Es por ello que, la legitimidad democrática, en cuanto a la modificación del contenido de la norma suprema, constituye uno de los principales problemas que afronta cualquier teoría de la Constitución, por lo que previo a adentrarnos en el análisis de la mutación constitucional, es necesario analizar brevemente la teoría democrática de la Constitución por ser considerada la propuesta dogmática en la que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano, vinculándola con los problemas de legitimidad surgidos al momento de emprender en una reforma constitucional, y los conflictos suscitados entre los órganos políticos mayoritarios y los jurisdiccionales contramayoritarios.¹²

Como bien lo destaca Roberto Viciano, la Constitución a través de la historia ha sido entendida como “la juridificación de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por la soberanía popular es el elemento de enlace entre política y derecho, y el mecanismo de legitimación democrática de este [...]”;¹³ lo cual comporta que los textos constitucionales sean la máxima expresión de la soberanía popular.

10 Para Pablo Lucas Verdú: “La aparición de la teoría de la Constitución con perfiles propios se debe, como ocurrió antes con la teoría general del Estado, a la doctrina alemana. Ocurre este hecho a partir de 1928, fecha de aparición de dos obras importantes: la *Teoría de la Constitución*, de Carl Schmitt, y *Constitución y derecho constitucional*, de Rudolf Smend”. Entre los principales exponentes de la teoría de la Constitución se destaca a Maurice Hauriou, Santi Romano, Norberto Bobbio, Carl Schmitt, Ferdinand Lasalle, Karl Loewenstein y Peter Häberle. Véase Pablo Lucas Verdú, “Lugar de la teoría de la Constitución en el marco del derecho político”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 188 (1973): 6-18. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1710417>, 6-18.

11 Para Francisco Paoli “Constitucionalismo y teoría de la Constitución no son concepciones estáticas, sino que registran transformaciones a través de las cuales se van planteando puntualmente y con más amplitud los derechos de las personas y de los grupos humanos, así como los límites y responsabilidades del poder político”. Francisco José Paoli Bolio, *Constitucionalismo en el siglo XXI: A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México —UNAM— Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 28.

12 Linares señala: “La tensión a la que me refiero tiene que ver con la posibilidad de que los jueces consideren que dicha norma legal no es válida. Y es que, en cualquiera de estas democracias alguien puede preguntarse, legítimamente: ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? ¿Cómo puede ser que un reducido grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares, pueda prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Esta es la denominada dificultad contramayoritaria del control judicial de las leyes”. Ver Sebastián Linares, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008), 19.

13 Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Política, justicia y Constitución*, editado por Luis Fernando Ávila Linzán (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición —CCPT— / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional —CEDEC—, 2011), 210.

En aquel sentido, la legitimación de las reformas constitucionales y su vinculación con el constitucionalismo democrático, al ser un elemento trascendental en la teoría constitucional, será abordado brevemente dentro de nuestro análisis a partir de tres escenarios: modificación desde el constitucionalismo norteamericano; la reforma constitucional desde el constitucionalismo europeo; y, finalmente, la rigidez constitucional a partir de la teoría democrática de la Constitución; descendiendo su análisis posteriormente a la realidad ecuatoriana.

En relación con el primero de los escenarios, cabe destacar que en el derecho constitucional norteamericano, el poder constituyente nace como un compromiso entre los integrantes de la sociedad, lográndose un pacto o *covenant*¹⁴ entre los colonos; posteriormente, esto se vería reflejado en instrumentos jurídicos como la Declaración de Independencia de la Unión Americana, siendo el poder constituyente de origen popular uno de sus principales enunciados; soberanía popular que también fue recogida por parte de los padres fundadores del constitucionalismo americano en su texto constitucional; de ahí que, en el constitucionalismo norteamericano el origen del poder constituyente claramente está detentado por la voluntad popular, sin embargo, en el proceso de modificación constitucional dicha legitimidad será cuestionable.

Es así como, la Constitución norteamericana en su art. V establece dos mecanismos para reformar la Constitución;¹⁵ el primero de ellos a través del Congreso, organismo que puede proponer una enmienda constitucional siempre que cuente con el apoyo de dos tercios de los integrantes del senado y cámara de representantes; y el segundo mediante una convención nacional solicitada por los Estados. Para lo cual, las dos terceras partes de

14 El *covenant* es un compromiso o contrato suscrito entre los colonos norteamericanos para guiar sus actuaciones en el nuevo continente. Aragón Reyes respecto a esta institución destaca: “Los colonos solían establecer en un contrato suscrito por ellos mismos (*covenant*), las condiciones de su propio gobierno”. Manuel Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional*, 3.ª ed. (Madrid: CCPT / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales —CEPC—, 2013), 179.

15 Véase Cuarta Sección, artículo V de la Constitución de los EE. UU. de 1787: “Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado”.

los Estados miembros de la Unión Americana a través de sus representantes legislativos pueden solicitar al Congreso dicha convocatoria para viabilizar enmiendas constitucionales; aquello denota que pese al germen democrático de los inicios del constitucionalismo norteamericano muchos de los procesos de enmienda se han llevado a efecto sin contar con esta legitimidad popular directa.¹⁶

Dicho proceso agravado de modificación constitucional a su vez comporta que la Constitución americana formalmente sea rígida, amparada en un principio como es la supremacía de la Constitución, así como su fuerza normativa, *maxime* cuando el art. VI de la Constitución de 1787 la considera como norma suprema,¹⁷ justificándose que se respete la voluntad del constituyente originario e imposibilitando que factores políticos puedan enmendar fácilmente el texto constitucional, pero otorgando a los jueces la actualización constitucional; ejemplos de aquello lo hemos visto reflejado en 1803 mediante el emblemático caso “Marbury vs. Madison” y el establecimiento del *judicial review* como fundamento de la supremacía constitucional, incorporando al juez como guardián de la Constitución quien mediante un control constitucional pretende poner a salvo la voluntad del pueblo frente a los poderes políticos constituidos.¹⁸

Conforme lo expuesto se puede colegir que en modelos como el norteamericano al existir procesos muy agravados y complejos para emprender en modificación de la Constitución, el papel de la Corte Suprema fue vital para ir adaptando la Constitución a la realidad de la sociedad americana, interpretándose dinámicamente el contenido de la carta suprema, una muestra de aquello lo podemos observar en el período Corte Warrent¹⁹ cuando la Corte Suprema de la Unión Americana desarrolló el contenido de varios derechos vía hermenéutica a través de sus sentencias.

16 Maurizio Fioravanti, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 2001), 111.

17 Artículo VI, numeral 2 de la Constitución de los EE. UU.- “Esta Constitución, y las leyes de los EE. UU. que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

18 Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución* (Madrid: Alianza, 2006), 108.

19 Para Carbonell, el activismo judicial norteamericano ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos llaman la revolución de los derechos, destacando: “la segunda revolución se inicia en la década de los años 50 del siglo pasado. El disparo de salida, preparado durante años por importantes movimientos cívicos en defensa de los derechos, puede fijarse convencionalmente en el año 1954, cuando se emite la sentencia del caso *Brown vs. Board of Education* para remover la segregación racial de las escuelas”. Miguel Carbonell, “[l]a interpretación constitucional como problema”, en *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, ed. Ricardo Guastini (Madrid: Trotta, 2008), 23.

Aquello denota la importancia de los órganos jurisdiccionales en cuanto a la interpretación de la norma constitucional como elemento dinamizador del constitucionalismo; dicha modificación, al igual que lo acontecido en Europa, continuaba teniendo falencias al respecto de la legitimidad democrática de los órganos que producen dichos cambios constitucionales, ya sean órganos políticos como el Congreso o jurisdiccionales como la Corte Suprema, ya que los cambios no contaron con la aprobación popular mediante referendo.

Con relación al segundo escenario, dentro del constitucionalismo europeo la modificación de los textos constitucionales también estuvo sujeta a procesos agravados de modificación con una actuación preponderante de los órganos políticos, tornando dichas reformas en varias ocasiones como impracticables. Al respecto Javier Pérez Royo destaca:

[L]as constituciones europeas revolucionarias, que arrancan de la soberanía nacional y del poder constituyente de la Nación, son constituciones rígidas que preveían un procedimiento de reforma distinto del procedimiento legislativo ordinario. Pero la reforma no estaba pensada como una institución jurídica, sino como una institución política, cuya finalidad era hacer imposible la reforma, a fin de que no se pudiera utilizar esa vía para volver al Antiguo Régimen. De ahí que los mecanismos de reforma fueran completamente intransitables.²⁰

Es decir, en el constitucionalismo europeo si bien los nuevos procesos constituyentes parten del ideal democrático popular, aquel fue cediendo frente a la posibilidad de volver al *ancien régime*, frente a lo cual se establecen mecanismos de reforma constitucional muy complejos, empero, las nuevas realidades sociales requerían de una actualización de la norma constitucional, surgiendo ante esta necesidad instituciones como la modificación constitucional vía hermenéutica a través de órganos constituidos como mecanismos que permiten adecuar la normativa constitucional a la realidad imperante en una sociedad, no obstante, se continuó relegando la participación popular en dichos cambios.

Una muestra de aquella falta de legitimidad propia del constitucionalismo europeo se ve expresada en el pensamiento de Sieyès, quien sostenía que los cambios constitucionales deberían operar por parte de los representantes del pueblo denotando una marcada tendencia hacia una democracia representativa.

Al ser precisamente esta teoría de la representación la que se vio irradiada en los procesos de modificación de la norma constitucional dentro del constitucionalismo europeo, lo que genera problemas en cuanto a su

20 Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional* (Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000), 128.

operatividad, puesto que por un lado, la aplicación de la reforma debido a su complejo procedimiento requería de una voluntad política de órganos constituidos; y por otro, en caso de operar dicho proceso su aprobación carecía de la ratificación directa del pueblo permeando por tanto, la legitimidad de dichas modificaciones.

Ahora bien, frente a estas constituciones rígidas o semirrígidas europeas surgen mecanismos de modificación constitucional en donde el rol de los órganos constituidos terminaron imponiéndose por sobre la voluntad originaria del constituyente, así como a la decisión de una mayoría popular, sustentándose en lo que la doctrina ha denominado soberanía parlamentaria, siendo ella un rasgo característico del “Estado de legalidad” el mismo que dejó de lado la visión de una legitimidad popular en los procesos de modificación de la Constitución, colocando en manos de una democracia representativa aquella tarea, por lo que para los defensores de la teoría democrática de la Constitución dichos cambios carecerían de legitimidad.

La reforma constitucional se tornaba en un ejercicio complejo, *maxime* cuando se debía contar con el auspicio de una mayoría parlamentaria, en muchas ocasiones fragmentada por su naturaleza eminentemente política, lo que propició que ante la imposibilidad de una modificación formal a través de los órganos políticos surjan modificaciones tácitas a la Constitución por parte de los tribunales y cortes constitucionales quienes vía hermenéutica adaptarían la normativa constitucional a la nueva realidad social.

No obstante, ya sea a través de los órganos políticos o mediante los órganos jurisdiccionales dichas modificaciones constitucionales seguían adoleciendo de un componente democrático popular, frente a lo cual hace su aparición un tercer escenario adscrito a lo que los teóricos denominan teoría democrática de la Constitución.

Cabe destacar que los teóricos diferencian al neoconstitucionalismo surgido en Europa del nuevo constitucionalismo democrático, asumiendo al primero como una teoría del Estado, mientras que al segundo lo asocian como una teoría de la Constitución, toda vez que analiza un elemento trascendental en el ámbito del derecho constitucional como es la legitimación democrática del proceso de formación y modificación del texto constitucional, recuperándose mediante este nuevo constitucionalismo el verdadero origen democrático de las constituciones.²¹

21 Viciano y Martínez Dalmau con relación al neoconstitucionalismo destacan: “Ahora bien, el neoconstitucionalismo desde este punto de vista es una teoría del derecho y no, propiamente una teoría de la Constitución. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la

Para Viciano y Martínez Dalmau son cuatro las características formales que identifican al nuevo constitucionalismo democrático:

su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos en un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).²²

En aquel sentido, se puede observar un cambio radical de paradigma, pues este nuevo constitucionalismo denota rasgos característicos que lo diferencian de su predecesor “neoconstitucionalismo europeo”, sobre todo en dotarle de legitimidad democrática a los cambios constitucionales.

En aquel contexto y frente a esta dificultosa tarea de modificación constitucional surgen constituciones como las latinoamericanas que si bien establecen mecanismos agravados de modificación constitucional, permiten que la iniciativa de cambio pueda provenir no solo de los órganos políticos que tradicionalmente detentan la representatividad democrática, sino que aquellos cambios pueden tener un origen democrático en la ciudadanía y luego una legitimación popular a través de referendo aprobatorio de los cambios a la Constitución, siendo este el factor determinante para la configuración de lo que en la doctrina se conoce como nuevo constitucionalismo latinoamericano, y desde una perspectiva dogmática surge la teoría democrática de la Constitución.

Como bien lo expresan Viciano y Martínez Dalmau el nuevo constitucionalismo latinoamericano puede ser considerado con rasgos característicos propios como un “constitucionalismo sin padre” ya que se diferencia del modelo eurocéntrico por su naturaleza, alejándose de aquel por la configuración democrática popular de las asambleas constituyentes que dieron origen a la norma suprema,²³ así como a los procesos de modificación de sus constituciones. Es precisamente esta legitimidad popular en los procesos de reforma a la Constitución la que debe impregnarse en cualquier proceso de cambio constitucional, ya sea que provengan de órganos de naturaleza política o de cortes y tribunales constitucionales; así lo señala Viciano:

En definitiva, la extensión considerable en el nuevo constitucionalismo latinoamericano es debido a la necesidad del poder constituyente de expresar claramente su voluntad, lo que técnicamente puede desembocar en una mayor

fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida. De esta manera, el neconstitucionalismo reivindica la reinterpretación desde la constitución del Estado de derecho”. Viciano y Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 212.

22 Ibid.

23 Ibid., 217.

cantidad de disposiciones, cuya existencia busca limitar las posibilidades de los poderes constituidos —en particular, el parlamento, que ejerce la función legislativa, y el Tribunal Constitucional, que desarrolla la máxima función interpretativa— de desarrollar o desentrañar el texto constitucional en sentido contrario a lo que fue la voluntad del constituyente.²⁴

En ese orden de ideas, la legitimación democrática de los cambios constitucionales bajo esta corriente del nuevo constitucionalismo democrático solo puede provenir del pueblo ejercida mediante un referendo aprobatorio de los cambios constitucionales, pues dichas constituciones latinoamericanas gozan de legitimidad en la medida en que su aprobación gozó de ratificación popular por lo que, cualquier cambio debería seguir el mismo proceso.

Desde el axioma democrático, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico solo puede encontrarse en que la Constitución es el fruto del mandato del poder constituyente, que reside en el pueblo, y refleja su voluntad. Por esta razón, el Estado constitucional solo puede ser el Estado regido por una Constitución legitimada directamente por la ciudadanía, no por sus representantes. El neconstitucionalismo es, en consecuencia, una Teoría del Derecho, pero solo subsidiariamente y en la medida en que la Constitución rige el resto del ordenamiento jurídico; mientras que el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una teoría (democrática) de la Constitución.²⁵

La teoría democrática de la Constitución dentro de las nuevas formas de constitucionalismo implementadas en América Latina tiende hacia procesos constituyentes que gocen de una amplia participación y legitimidad de origen a cargo del pueblo,²⁶ elemento aquel que fue invisibilizado en los procesos de reforma constitucional eurocéntrico; incluso el propio Sieyès defensor de la representatividad popular sostenía que la Constitución limita los poderes constituidos pero no puede limitar el poder constituyente.²⁷ De ahí que, el nuevo constitucionalismo democrático busca la recuperación de ese poder popular, por lo que para esta teoría el concepto material de Constitución está dado por la legitimidad democrática de la que goza aquella, estableciendo instrumentos que permiten la limitación del poder de los gobernantes así como la protección de los derechos constitucionales.²⁸

Esta corriente evidencia un dinamismo constitucional, en virtud del cual las constituciones al ser instrumentos vivos pueden modificarse

24 Ibid., 225.

25 Ibid., 213.

26 Ibid., 207.

27 Enmanuel Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*, 5.ª ed. (Madrid: Alianza Editorial, 2012).

28 Viciano y Martínez Dalmau, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", 210.

constantemente con el objeto de actualizar su contenido y tornarlas eficaces para la satisfacción de necesidades sociales, siempre que se cuente con la participación directa del pueblo; de ahí que, los poderes constituidos no se encontrarían legitimados para realizar cualquier modificación al contenido de una Constitución.

Ahora bien, descendiendo este análisis a la realidad ecuatoriana observamos que, *prima facie* existiría una contradicción entre los postulados dogmáticos de la teoría democrática de la Constitución y los procesos de modificación constitucional existentes, sobre todo en el contexto de la legitimación popular de los cambios constitucionales, ya sea a través de mecanismos formales como la reforma o mediante mutaciones constitucionales.

Pablo Alarcón Peña dentro de la realidad ecuatoriana analiza en contexto el art. 1 de la Constitución en relación con la teoría democrática incoada por Viciano y Martínez Dalmau en el sentido de que conforme a la norma citada la “soberanía radica en el pueblo”, lo cual *a priori* denotaría la influencia directa de esta corriente teórica en cuanto al surgimiento de la Constitución y por añadidura también de su modificación, no obstante, dentro del mismo artículo se evidencia un conflicto al señalar que dicha soberanía “se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”, denotándose que se trata de una democracia representativa a cargo de órganos constituidos; es decir, en nuestro modelo constitucional se “reconoce el papel fundamental del constituyente o pueblo, pero también reconoce la existencia y legitimidad de los órganos del poder público”,²⁹ de ahí que, la delimitación de los roles de los actores sociales, políticos o jurisdiccionales en cuanto a la reforma constitucional se torna muy complejo.

Según Pablo Alarcón Peña:

se podría generar una tensión entre la teoría democrática y la representatividad de los órganos públicos y sus competencias que se encuentran expresamente determinadas en la propia norma constitucional. Parece ser que el constituyente se decantó por una tesis ecléctica que da cuenta que dichos postulados no son contradictorios desde la lógica de un Estado constitucional de derechos.³⁰

El autor en mención analiza el sistema constitucional ecuatoriano a partir de lo que denomina una “*ius* teoría transnacional” en la que destaca los aportes del constitucionalismo democrático sustentado por los defensores de la teoría democrática de la Constitución expuesta en líneas precedentes,

29 Pablo Alarcón Peña, *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador —UASB-E— / Corporación de Estudios y Publicaciones —CEP—, 2018), 180.

30 *Ibíd.*, 181.

pero con particularismos propios de la idiosincrasia ecuatoriana. Así se hace extensiva en la realidad ecuatoriana una tensión democrática a los procesos de modificación constitucional, y conforme lo expresa, se puede observar esta tensión especialmente en la enmienda de iniciativa parlamentaria:

[S]e advierte que la Constitución confiere una participación en el proceso de reforma de la Constitución a los poderes constituidos, como es el caso del Presidente de la República y la AN [Asamblea Nacional]. Ahora bien, su sola participación en el poder de reforma de la Constitución no acreditaría una contradicción con el postulado de la teoría democrática que advierte la imposibilidad de realizar modificaciones a la Constitución sin la participación del pueblo. En el caso de la enmienda de iniciativa de la Asamblea no consta dicha necesidad de someter el producto aprobado por la Asamblea, “ya no denominado proyecto sino reforma”, a un *referéndum* aprobatorio. Es así que si se asume dicha conclusión claramente se muestra un mecanismo de reforma constitucional que no requiere de legitimación del poder constituyente: el pueblo.³¹

Es así como de los procesos de modificación a la Constitución (enmienda, reforma parcial o asamblea constituyente), determinados en los arts. 441, 442, y 444 de la Constitución ecuatoriana, se puede advertir que, en cuanto a la enmienda de iniciativa parlamentaria, nuestro constituyente textualmente no prevé que se deba legitimar popularmente dicha modificación mediante *referéndum* aprobatorio de los cambios constitucionales.³²

Esto iría en contra de uno de los principales postulados de la teoría democrática como es la legitimación popular directa de los cambios constitucionales, así como el principio de rigidez constitucional vinculada con un *referéndum* aprobatorio, lo cual al igual de lo acontecido en Europa y Norteamérica en la práctica ha impedido una adecuación dinámica de la Constitución, toda vez que los procesos de reforma constitucional constantes en la CRE de 2008 establecen mecanismos complejos de modificación constitucional, y el único mecanismo que no establecería tanta complejidad —enmienda a través de la asamblea— generaría un problema asociado con la legitimidad democrática al no verse sometida a un *referéndum* aprobatorio del pueblo como sí lo prevén los otros mecanismos de cambio

31 Ibid., 184.

32 Pablo Alarcón Peña manifiesta: “En el caso puntual, se trata de un numeral, dentro del art. 441 y de todo el capítulo III de la Constitución, referido a la Reforma Constitucional, que resulta ser la excepción a la forma como se legitiman las modificaciones constitucionales. Desde una lectura literal del num. 2 del art. 441 es evidente que no existe una mención expresa a la necesidad de someter dicho producto proveniente de la AN a un referendo aprobatorio, pero tampoco dice que no se deba. Lo que sí sucede, y que complejiza la interpretación, es que se clasifica al producto debatido y aprobado por la Asamblea como ‘reforma’ y no ‘proyecto’ [...]”, *ibid.*, 184-5.

constitucional, lo que ha conllevado en la práctica al fomento de mecanismos tácitos de modificación constitucional, más aún considerando el rol preponderante que el constituyente ecuatoriano ha dotado a la CCE.

En función de lo expuesto, y por los particularismos de la realidad ecuatoriana en donde evidentemente existe una tensión entre el componente dogmático impregnado en su creación —teoría democrática— y el articulado constitucional, han surgido mecanismos implícitos y/o tácitos de modificación a la Constitución, siendo uno de ellos la institución de la mutación constitucional la cual será analizada en las siguientes páginas.

Conceptualización de mutación constitucional

La mutación constitucional implica cambios implícitos o tácitos al contenido material de la Constitución, en este sentido, sin que se produzca una alteración al texto de la disposición normativa, los efectos prácticos acerca de su aplicación sustancial tienden a modificar el significado que le atribuyó el constituyente originario.

Uno de los autores que aborda la teoría de las mutaciones constitucionales es Pedro de Vega, quien conceptualiza a esta institución jurídica como un mecanismo de modificación no formal de la Constitución, al respecto destaca: “En términos generales cabría entender como modificaciones no formales del ordenamiento constitucional, aquellos cambios operados en el mismo sin seguir el procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución”.³³ Conforme lo expuesto por el prenombrado autor, las prácticas mutativas revelarían un trámite simplificado por medio del cual se evita el complejo proceso de reforma constitucional *maxime* considerando la extrema rigidez que caracteriza a las Constituciones europeas.

Konrad Hesse desarrolla un concepto restringido de esta institución jurídica, en el sentido de que la mutación constitucional, sin ofender la Constitución, transforma el sentido, significado y alcance de sus normas,³⁴ es decir, sin alterar el enunciado expreso, sin cambiar la letra del texto se modifica el contenido constitucional, analizando este autor a la institución jurídica —mutación— desde una perspectiva de la literalidad de la norma. Sin embargo, para que opere dicho cambio se requiere de factores externos que justifiquen una modificación constitucional.

33 Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 179.

34 José Alfonso Da Silva, “Mutaciones constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 1 (1999), <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>.

Desde esta perspectiva, para Konrad Hesse, la mutación constitucional opera con dos características esenciales, como son la modificación del contenido de la norma constitucional sin la alteración de su texto escrito, y la presencia de factores externos que avalan dicho cambio y lo reconocen como válido.

La conceptualización de mutaciones constitucionales, también puede ser asociada a los órganos que producen dicho cambio (legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales), así, Georg Jellinek “admite mutaciones constitucionales derivadas de la práctica parlamentaria inconstitucional, bajo el argumento de que lo que aparece en un momento inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución”,³⁵ esto dentro de los modelos estatales de estricta legalidad,³⁶ en donde, el legislador se convierte en el intérprete primigenio del texto constitucional, por medio del cual las leyes de origen parlamentario que *prima facie* pueden ser contrarias a la Constitución, luego por interpretación legislativa pueden ser conformes a su texto.

De igual forma, en el modelo de Estado constitucional, en donde la interpretación primigenia de la Constitución está a cargo de la justicia constitucional, puede modificarse tácitamente el alcance de un determinado precepto constitucional, logrando posteriormente, una aceptación social de los destinatarios de la norma, imponiéndose por sobre el texto constitucional escrito.

Otros autores conceptualizan a la mutación vinculándola con factores políticos y sociales,³⁷ por ejemplo, Raúl Chaname señala que puede hablarse de mutación constitucional cuando se produce una modificación en la configuración del poder político, de la estructura social o el equilibrio de intereses, sin que a su criterio quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional.³⁸ Aquello deviene en una modificación

35 Da Silva, “Mutaciones Constitucionales”.

36 Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador* (Quito: UASB- E / Abya-Yala, 2011), 108-9.

37 Vicente Benítez sintetiza los conceptos sobre mutaciones constitucionales en tres variables: “(i) la perspectiva —que se podría denominar ‘sociológica’—, de acuerdo con la cual una mutación ‘se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por el otro’, (ii) por otra parte, y desde una perspectiva objetiva, Konrad Hesse expresa que ‘una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente’, y (iii) la definición más acertada —además de que fue la primera en el tiempo— es la que ofrece Georg Jellinek: como la ‘modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación’ [...]”. Vicente Benítez, “Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia”, *Revista Vniversitas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá*, n.º 122 (2011): 309.

38 Raúl Chaname Orbe, *Derecho constitucional general* (Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2003), 182.

tácita del texto constitucional atendiendo a la realidad y necesidades pragmáticas de los destinatarios de las normas.

Con relación a conceptos asociados a factores políticos, el propio Jellinek señala que las mutaciones constitucionales pueden producirse por factores ligados a una necesidad política, pues son los procesos “revolucionarios”, los que generan cambios constitucionales o cambios en la forma de entender la Constitución; pues a su criterio el *fait accompli*³⁹ o hecho consumado es un fenómeno histórico que genera una fuerza constituyente, es decir, la dinámica política puede generar aceptación en cuanto a modificaciones no formales de los textos constitucionales.

En el ámbito latinoamericano, se ha sostenido una concepción similar respecto a las mutaciones constitucionales. Así, para Adriano Sant’Ana Pedra:

La mutación constitucional es un proceso informal que cuida de la alteración de la Constitución. En la mutación, la norma constitucional se modifica a pesar de la permanencia de su texto, lo que presupone la no identificación entre la norma y el texto. El texto es compuesto por palabras cuyos significados no son únicos y aún son cambiantes con el pasar del tiempo. Lo que importa saber, entonces, es cómo las normas constitucionales pueden ser modificadas informalmente, en razón de las mudanzas habidas en la sociedad.⁴⁰

Desde esta perspectiva, la mutación se caracteriza por tratarse de una modificación “informal” e implícita en un precepto constitucional, al margen del procedimiento formal de reforma, permaneciendo en todo caso invariable su texto, aunque la aplicación y efectos jurídicos pueden ser diametralmente distintos.

En términos generales, las mutaciones constitucionales son cambios tácitos que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto. Según la doctrina, esto se da por varios factores, entre los que destacan: la fuerza de la modificación de las tradiciones, la adecuación político social, las costumbres, la alteración empírica y sociológica de la comunidad, por la interpretación o por el aparecimiento de normas que afectan la estructura orgánica del Estado;⁴¹ en fin la mutación constitucional es una institución del derecho que ha ido a la par de los procesos de mo-

39 La traducción al español del *fait accompli* implica abordar la teoría o sistema de los hechos consumados.

40 Adriano Sant’Ana Pedra, “Mutación constitucional y concreción normativa: Cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución”, *Estudios Constitucionales: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile* 10, n.º 2 (2012): 370.

41 Da Silva, “Mutaciones Constitucionales”.

dificación constitucional, en el sentido que los *factores reales de poder*⁴² y las necesidades sociales han ido permeando los textos constitucionales, generando su cambio implícito.

Tipos de mutaciones constitucionales

Conforme se ha expresado con antelación, la doctrina distingue varias clasificaciones de las mutaciones constitucionales; sin embargo en cuanto a su tipología se debe resaltar el trabajo de Hsü Dau-Lin,⁴³ quien distinguió cuatro tipos de mutaciones constitucionales: mutaciones que derivan de prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional; mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución; mutaciones originadas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución; y, mutaciones originadas a través de la interpretación de los términos de la Constitución.⁴⁴

De manera didáctica, a continuación, se analizará cada uno de estos tipos de mutaciones constitucionales:

Mutaciones que derivan de prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional

Según Jellinek, este tipo de mutación tiene como finalidad colmar lagunas constitucionales,⁴⁵ es decir, aparecen frente a una anomia constitucional, y representa la adaptación práctica en el ámbito material del texto formal de la Constitución, se podría decir, que complementan a las nor-

42 Término empleado por Ferdinand Lasalle para describir a los actores dominantes con poder político, económico y cultural, en una sociedad y en un momento histórico, que pueden generar un proceso constituyente.

43 Se debe destacar el aporte de Hsü Dau-Lin, dentro del desarrollo de la teoría de la mutación constitucional, ya que en su obra *Die Verfassungswandlung*, continúa los trabajos de Smend en relación con esta disciplina y ordena de forma sistemática todas las tipologías de mutaciones constitucionales. Al respecto, ver el trabajo de Ana Victoria Sánchez Urrutia, "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 20, n.º 58 (2000): 106.

44 Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung* (Berlín: Walter de Gruyter & Co, 1932), 152 ss., citado por Pedro de Vega en *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 185.

45 Georg Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlín: Walter de Gruyter & Co, 1906), 21.

mas constitucionales para lograr una eficacia material, dentro de prácticas políticas acordes al modelo constitucional vigente.⁴⁶

Se caracteriza también por no representar oposición manifiesta entre la realidad política y la realidad jurídica, expresando como lo señala Pedro de Vega, “superación desde la praxis de los contenidos materiales del texto formal de la Constitución”,⁴⁷ aquello debido a la ausencia de un precepto normativo que permita la satisfacción de una necesidad social.

Para este autor, ejemplos de este tipo de mutación se vieron reflejados en el constitucionalismo norteamericano con el sistema de control difuso de constitucionalidad —*Judicial Review of Legislation*—,⁴⁸ pues aunque no existe en la Constitución americana, ninguna disposición que consagre que los tribunales federales pueden declarar inaplicable una ley, dicha regla proviene de una conciencia social del pueblo norteamericano, consolidándose hoy en día como un referente a nivel mundial y un principio constitucional inalterable en ese país.⁴⁹ En el caso ecuatoriano como se verá más adelante, este tipo de mutación se vería reflejada en la incorporación vía hermenéutica de la IS como una nueva garantía jurisdiccional.

Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución

En estos supuestos las realidades políticas se encuentran en contraposición a las realidades jurídicas, se origina así: la premisa de que lo fáctico o de hecho impera sobre lo jurídico o de derecho. Para Pedro de Vega, esto implica una contraposición entre facticidad y normatividad, imponiéndose “la fuerza sobre la norma”.⁵⁰

Dentro de este tipo de mutaciones los órganos mayoritarios —parlamento y/o ejecutivo— tienden a implementar modificaciones tácitas a los preceptos constitucionales, mediante actuaciones políticas

46 Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 186.

47 *Ibid.*, 186.

48 Respecto al *judicial review of legislation*, Masapanta destaca: “Este sistema también es conocido como sistema norteamericano, ya que en los EE. UU. es donde el control desconcentrado tuvo su germen, fue creado por la Corte Suprema de los EE. UU. después de la sentencia del juez Marshall en el famoso caso Marbury frente a Madison de 1803; la misma que constituye la primera aplicación histórica del sistema *judicial review*, mediante el cual los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma proveniente del parlamento”. Christian Masapanta, *Jueces y control difuso de constitucionalidad: Análisis de la realidad ecuatoriana* (Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional —CEN—, 2012), 18.

49 Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 186.

50 *Ibid.*

sustentadas en una eventual aceptación popular. En la realidad ecuatoriana hemos constatado ejemplos de estas mutaciones constitucionales como la creación de la detención en firme⁵¹ por parte del Congreso ecuatoriano en el año 2003, figura mediante la cual se mutó a la norma constitucional contenida en el art. 24, num. 8 de la Constitución Política del Ecuador (CPE) de 1998 que consagraba la caducidad de la prisión preventiva impidiendo que esta opere, pues para no encasillarse dentro de la regla constitucional de caducidad de prisión preventiva cuando la privación de la libertad de una persona superaba los seis meses en delitos sancionados con pena de prisión, o de un año en las infracciones sancionadas con reclusión, el legislador creó una nueva institución jurídica (detención en firme), ante lo cual aunque la caducidad de la prisión preventiva seguía reconocida en la CPE, los jueces penales para evitar incurrir en caducidad dictaban detención en firme con lo cual los plazos contemplados en la norma constitucional en relación con la privación de la libertad de una persona no decurrían.⁵²

A manera de ejemplo en el derecho comparado Pedro de Vega cita el mandato imperativo⁵³ en España, por medio del cual los diputados se ven obligados a seguir los dictados de los partidos políticos sin poder actuar libre y espontáneamente.⁵⁴

Este tipo de mutación suele ser muy criticada, pues para que una mutación sea considerada válida se requiere que la misma respete el contenido o la esencia de la carta fundamental, es por ello que, una mutación que atente el espíritu de la Constitución será entendida *prima facie* como inconstitucional, aunque goce de una presunta legitimación política.

51 El Congreso ecuatoriano dictó la Ley 101/2003, Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicada en el Registro Oficial 743 de 13 de enero de 2003, mediante la cual crea la institución de la detención en firme con el objeto de evitar la caducidad de la prisión preventiva contemplada en el art. 24, num. 8 de la entonces vigente Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. Cabe indicar que, el 23 de octubre de 2006 el Tribunal Constitucional del Ecuador (TCE) declaró la inconstitucionalidad de la detención en firme, expulsándola del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Ecuador, TCE, "Resolución n.º 002-2005-TC", Registro Oficial 382, Suplemento, 23 de octubre de 2006.

52 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador (CPE)*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 24.

53 Artículo 67 Constitución española: "1. Nadie podrá ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso. 2. Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo. 3. Las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios". España, *Constitución española*, Boletín Oficial 311, 29 de diciembre de 1978, art. 67.

54 Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 183.

Mutaciones originadas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución

Conforme lo destaca Pedro de Vega, fue Jellinek, quien inicialmente habló de “mutación constitucional por no ejercicio” (*Verfassungswandlung durch Nichtausübung*). Para este autor, la mutación aparecía por el simple hecho del no ejercicio de los derechos y competencias conferidos en la Constitución, ante lo cual la norma al no ser válida pese a encontrarse vigente podía ser modificada tácitamente para lograr su operatividad.⁵⁵

Hsü Dau-Lin, en cambio señala que, la mutación existe no por el hecho del no ejercicio de los derechos y competencias, sino porque aun existiendo estos, la práctica política y la exigencia de la realidad social lo impedirían,⁵⁶ es decir, lo asocia a factores externos como los condicionantes para que no se pueda ejercer determinados postulados constitucionales, lo cual generaría un cambio en la forma de entender la norma constitucional.

A manera de ejemplos de este tipo de mutaciones se encuentran los que van desde el no ejercicio del derecho conferido a los presidentes de sancionar una ley aprobada por el parlamento, hasta aquellos en los cuales los Jefes de Estado no hacen uso de un derecho y se convierte esta norma por la práctica en ineficaz, tal como el derecho presidencial de disolución del parlamento en Francia.⁵⁷ En la realidad ecuatoriana un ejemplo de este tipo de mutación lo veremos reflejado en la institución de la IO absoluta, en donde la CCE al haber fenecido los plazos para la producción de normas infraconstitucionales modificó el espíritu de esta institución a favor del parlamento determinando que este puede emitir la normativa sin importar el plazo señalado constitucionalmente.

Mutaciones originadas a través de la interpretación de los términos de la Constitución

En cuanto a este tipo de mutaciones constitucionales, aquellas se refieren a que los preceptos constitucionales adquieren un contenido y significado distinto de cómo fueron pensados originalmente por sus creadores.

En palabras de Vega, a través de este tipo de mutación se “trata de reconocer la función modificadora de la interpretación que, como es obvio básicamente recae en la autoridad judicial”.⁵⁸ Este tipo de mutación guarda relación con la

55 Ibid., 186.

56 Ibid.

57 Ibid., 187.

58 Ibid., 188.

interpretación judicial de la Constitución, puesto que los operadores jurídicos a través de la hermenéutica pueden dar un sentido diferente o más amplio a los textos constitucionales, cambiando el espíritu del constituyente originario.

Aquello, constituye el punto central de la presente investigación, sobre todo en modelos como el ecuatoriano, en donde asumimos una forma de Estado constitucional, por medio del cual los jueces constitucionales ejercen un rol protagónico y la CCE adquiere el carácter de intérprete auténtico del texto de la Constitución y de los instrumentos internacionales de DD. HH.

En el ámbito del derecho comparado Vicente Benítez, analizando la realidad colombiana en torno a la figura de la mutación constitucional vía hermenéutica destaca que: “[e]stos cambios constitucionales implícitos configurados por medio de la jurisprudencia, han dado un vuelco total a la comprensión de la Constitución de 1991 y se podría hablar de una Constitución no escrita”,⁵⁹ destacándose que el contenido de la Constitución colombiana se ha modificado y ampliado debido a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país, sufriendo cambios que no han nacido de los procesos formales y expresos de modificación constitucional como una iniciativa legislativa o asamblea constituyente.

Esta forma de mutación no está exenta de críticas, pues en la interpretación judicial de la Constitución, no se determina con precisión hasta dónde quien interpreta no se excede en sus atribuciones. A manera de ejemplo, Vega referencia que en la Constitución de EE. UU., la regulación del comercio interestatal sería competencia de cada uno de los estados federales, señalando que aquello obedecía a la sociedad agraria que predominaba en la época de la expedición de dicha Constitución, pero con el proceso de industrialización de ese país, se requería una modificación al sentido de esa norma constitucional, frente a ello, el Tribunal Supremo, a través de sus sentencias, ha ido interpretando la palabra *comercio* en términos que, incluya tanto al interestatal como al intraestatal, con lo cual amplía la competencia del Congreso para la regulación de las actividades comerciales.⁶⁰

Mutación constitucional desde la concepción teórica europea

La teoría de la mutación constitucional ha sido analizada desde diversas corrientes del pensamiento jurídico, recibiendo distintos calificativos,

59 Benítez, “Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia”, 307.

60 Ibid.

así, en Francia se la aborda desde la costumbre constitucional (*coutume constitutionnelle*), en Italia sus exponentes la han denominado “modificaciones constitucionales tácitas” (*modificazioni tacite della Costituzione*), siendo el derecho alemán quien adopta la terminología de mutación constitucional bajo la denominación de *verfassungswandlung*.⁶¹

A continuación, se realizará un breve análisis de las principales teorías asociadas con la mutación desde el constitucionalismo europeo, para aquello siguiendo en parte los lineamientos establecidos por Carlos López Cadena, quien analiza el debate doctrinal acerca de la institución mutación,⁶² con fines didácticos se expondrán estas teorías agrupándolas de acuerdo a las corrientes eurocéntricas y sus principales exponentes en: a) teoría formalista; b) teoría del dinamismo constitucional; c) teoría de la mutación como un problema de interpretación; d) concepto dogmático de la mutación; e) normas adscritas de derecho fundamental; y f) paralelismo de las formas.

La mutación constitucional desde la teoría formalista: Laband y Jellinek

Esta teoría está asociada directamente con el positivismo jurídico, propugna la división entre la política y el derecho, lo cual pregona una separación del derecho de la realidad, obligándose a estudiar el ordenamiento jurídico alejado de las prácticas sociales, siendo por esta circunstancia considerada como una teoría eminentemente formalista;⁶³ sus principales exponentes son Gerber, Gierke, Laband y Jellinek.⁶⁴

Dentro de la teoría formalista uno de sus principales autores es Paul Laband quien describió a una mutación como el cambio que se presentaba en el ordenamiento jurídico constitucional, sin que el texto de la norma sufriera alteraciones;⁶⁵ así el trabajo de Laband se circunscribió a analizar los cambios que se producían a través de actos legislativos —ley— que regulaban los actos previstos o no en la Constitución, es decir, a partir del análisis del derecho se estudiaba como las leyes podían ir cambiando las

61 Ibid., 179.

62 Carlos López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia —UEC—, 2015), 87-126.

63 Ibid., 92.

64 Sobre el particular ver Sánchez Urrutia, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto”: 67.

65 Paul Laband, “Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung”, en *Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden* (Berlín: Bahn & Zaenfelch, 1895), 575; ver Sánchez Urrutia, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto”: 69.

normas constitucionales, sin que se asociara a dicho cambio factores sociales de la realidad, sino un simple análisis a partir de la norma.

Otro de los autores emblemáticos dentro de esta teoría es Georg Jellinek, para quien la norma constitucional es un elemento trascendental para la configuración de un ente estatal, ya que a través de esta normativa se genera la estructura de los órganos que lo componen, y los derechos de quienes lo habitan. La Constitución, por tanto, tiene una característica de supremacía al ser la configuradora de las relaciones sociales y de la organización en cuanto a la estructura estatal.

El concepto formalista de mutación de la Constitución se construye como una definición a partir de la diferenciación con el concepto de reforma formal. Se sostiene que la reforma es la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas, y que la mutación de la Constitución es la modificación que deja indemne el texto de la norma, sin que se produzcan cambios formales en la letra; esta transformación se produce de manera espontánea en donde no siempre se ve expresada la voluntad de modificar la Constitución.⁶⁶

Es así como, desde esta teoría formalista, el proceso de modificación en el contenido de una Constitución puede operar por mecanismos voluntarios, intencionados, y solemnes, en cuyo caso se produce una reforma constitucional, o a través de mecanismos informales; es decir, si la modificación al contenido de la Constitución se la realiza de forma espontánea estaríamos frente a una mutación constitucional.

La mutación constitucional desde las teorías del dinamismo constitucional

Las teorías del dinamismo constitucional, conciben a las constituciones no como instrumentos pétreos e inmodificables, sino como instrumentos dinámicos que permiten una adecuación de la norma jurídica con la realidad material de un determinado conglomerado social. En este orden de ideas, se puede entender por dinamismo constitucional aquel método de la ciencia desde el cual se pretende la incorporación de la realidad al estudio del Derecho Constitucional.⁶⁷

Conforme se puede observar aquel estudio de la realidad material es lo que la diferencia de las teorías formalistas descritas *ut supra*, pues para los defensores del dinamismo constitucional, la facticidad y la normatividad

66 Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. Christian Fórster (Madrid: CEPC, 1991), 3.

67 *Ibíd.*

son elementos comunes que deben ser analizados a la hora de implementar modificaciones al contenido de la Constitución.

Dentro de esta corriente teórica se enmarcan los cambios constantes que sufren las constituciones atendiendo a la realidad que vive la sociedad; en aquel sentido, los hechos materiales y las condiciones sociales son indispensables para la adaptación de la normativa constitucional acorde con las necesidades de las personas que habitan en un Estado. Esta teoría es la que más se adapta al análisis de una mutación vía hermenéutica planteada en nuestra investigación, toda vez que muestra la relación entre lo fáctico y lo jurídico como elementos preponderantes para garantizar la eficacia de una Constitución.

Ahora bien, pese a que el objetivo de los diversos autores que se encuentran adscritos a esta corriente teórica busca una conexión entre la Constitución y la realidad social, cada uno de los aportes teóricos tienen ciertas especificidades dignas de ser comentadas de manera individual.

La teoría de la integración: Smend y Dau-Lin

Como su nombre lo indica, esta teoría pretende integrar a la realidad jurídica expresada en el texto de la Constitución con la realidad social y política que vive una sociedad en un momento determinado, es decir, a partir del concepto de “dinamismo constitucional” se pretende comprobar que el derecho y la realidad son conceptos integrados y no excluyentes el uno del otro.

Entre sus principales exponentes tenemos a Rudolf Smend, y su discípulo Hsü Dau-Lin, quienes centran su teoría en el estudio de la relación existente entre la dinámica de la política y la Constitución escrita.

Es decir, factores externos (de naturaleza política) pueden ir cambiando el sentido de los textos constitucionales, es por ello que, se torna necesaria la interrelación entre el derecho constitucional a través de su norma —la Constitución— y la política. Para Smend, la Constitución es el orden jurídico de la dinámica en la que se desarrolla la vida de un Estado y sus ciudadanos, es decir, un proceso de integración en el que es obligatoria la reimplantación de la realidad total del Estado, entendiendo al ente estatal como el órgano político por antonomasia. La Constitución es la plasmación normativa de aspectos determinados en ese proceso.⁶⁸

La idea de Smend sobre la Constitución, presupone que la misma al ser la norma de concordancia sea esta la que integre el ordenamiento tanto infraconstitucional, así como la realidad social del conglomerado; sin

68 Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, trad. José María Beneyto Pérez (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985), 132.

embargo, reconoce que es imposible que pretenda regular todo el proceso, por lo que este autor es partidario de una interpretación constitucional flexible, pues a su criterio esta es la única manera que la Constitución pueda convertirse e integrarse en la vida del Estado; y, para tal fin, la Constitución misma debe contener los elementos para su adaptación en el tiempo, que se circunscriben a su capacidad de mutación.⁶⁹

Por lo tanto, para Smend, la existencia de mutaciones es algo característico del derecho constitucional, pues este ordenamiento, como sistema integral, debe garantizar el cumplimiento de sus objetivos teniendo en cuenta los cambios producidos por las diferentes circunstancias y el paso del tiempo.

Para López Cadena, dentro de la teoría de la integración, este cambio puede ocurrir por los siguientes factores: a) factores externos, cuando su origen está situado en el ámbito de los actos de la sociedad, esto es, cuando las fuerzas sociales de manera espontánea presionan una transformación; estos hechos se denominan fuerzas extraconstitucionales y no llegan a regularse normativamente en la Constitución; b) factores internos que nacen al interior de la Constitución, llegando a transformar gradualmente las relaciones de rango y peso que existen entre las diferentes disposiciones e instituciones constitucionales, por ejemplo cláusulas abiertas o antinomias constitucionales; y, c) puede ocurrir un cambio cuando se introduce un factor nuevo en el sistema constitucional —urgencia económica, desastre natural, conflicto armado—. ⁷⁰

Hsü Dau-Lin reafirma la importancia de la teoría integracionista a partir de tres posiciones que validan la necesidad de emprender en mutaciones constitucionales, a saber: en primer lugar, el carácter flexible de las normas constitucionales que permite un desarrollo e interpretación posterior; en segundo lugar, los fines u objetivos generales que plantean las normas de rango constitucional; y, en tercer lugar, el carácter jerárquico superior de las normas constitucionales, que permitirán una adaptación de toda la normativa constitucional acorde con las necesidades generales de la población y no con un determinado sector o individuos particulares. El mencionado autor sostiene:

De acuerdo con esta idea central, la teoría de la integración sostiene que la Constitución presenta tres posiciones características respecto del resto del ordenamiento; la primera posición se refiere al carácter inacabado de las normas constitucionales que hace que se muestren insuficientes para regular todas y cada una de las realidades políticas, por ello, deben ser normas flexibles para permitir varias lecturas de los puntos discutidos; la segunda

69 Ibid., 132.

70 López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 100-4.

posición, consiste en que la Constitución tiene como finalidad la regulación de la actividad y vida del Estado, y las demás normas buscan fines particulares; la tercera posición de las normas del derecho constitucional frente a las demás normas del ordenamiento, se refiere a que éstas no tienen otras disposiciones superiores y que el Estado no tiene otra instancia superior a dicho derecho, por tanto, las normas constitucionales se dedican a ordenar, impulsar y limitar la realización vital del Estado, y las demás normas regulan otras cosas diferentes.⁷¹

Basado en la teoría de la integración dentro del dinamismo constitucional, López Cadena determina que la realidad vital del Estado condiciona la transformación de la propia Constitución, esto se debe en gran medida porque la textura abierta y ambigüedad de las normas constitucionales permiten una flexibilidad del texto de la Constitución, lo que ocasiona que aparezcan mutaciones constitucionales que tienen su origen en la realidad fáctica de las prácticas sociales y políticas estatales, “una mutación, sostiene Dau-Lin, es una situación donde se presenta una relación incorrecta entre la Constitución escrita y la realidad”.⁷²

Para Dau-lin, la mutación de la Constitución no debe implicar *prima facie* un quebrantamiento de la misma, pues los cambios no formales realizados en su contenido deben a su vez estar asociados con el espíritu del modelo estatal vigente, y con la idea general de los constituyentes originarios, de ahí que la mutación que realicen los órganos constituidos que se alejen de aquel espíritu devienen en acciones inconstitucionales.

Conforme lo expuesto, mediante la teoría integracionista sus defensores pretenden acoplar la realidad social a la normativa jurídica plasmada en normas de rango constitucional, en aquel sentido, esta teoría reviste un primer esfuerzo para justificar la necesidad de la implementación de modificaciones constitucionales implícitas en la forma de concebir y aplicar las normas constitucionales para acercarlas más a las necesidades sociales.

La teoría de las mutaciones en la conexión entre “normalidad” y “normatividad”: Heller

Esta teoría pretende demostrar que la normatividad y la realidad social (norma y realidad) deben estar interconectadas, su principal exponente es Herman Heller. No obstante, esta doctrina se diferencia de la teoría de

71 Sobre el particular véase Hsü Dau-Lin, *Mutación de la Constitución*, trads., Christian Förster y Pablo Lucas Verdú (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998), 157; citado por Smend, *Constitución y derecho constitucional*, 132.

72 López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 102-3.

integración analizada previamente, en dos cuestiones: a) concreta o delimita con mayor precisión todo aquello que ocurre en la sociedad (esto es la realidad social), bajo el concepto normalidad, en contraposición al de realización vital del Estado⁷³ que es más abstracto e indeterminado; b) la segunda diferencia se circunscribe a que determina con absoluta claridad que la realidad social accede al derecho por vía de los principios jurídicos, y en la especie los principios constitucionales.⁷⁴

Para Heller, las constituciones no son un proceso sino un producto social, pues todas las aspiraciones y necesidades de la sociedad en su conjunto, tanto de mayorías como de grupos minoritarios deben verse plasmados dentro del texto constitucional; sin embargo, conforme se ha descrito con antelación, los procesos constituyentes son producto de un determinado momento histórico, en donde ciertas ideologías pertenecientes a actores sociales predominantes en aquella época pueden imponerse, empero, con posterioridad a la vigencia de la normativa constitucional, pueden emerger nuevos actores sociales, o a su vez cambiar las aspiraciones de los ya existentes, siendo necesario que la “normatividad” constitucional se adapte a esta “normalidad” social que el conglomerado impone.

Según Heller, la realidad social es “normalidad” y la Constitución es “normatividad”, por tanto, será la realidad social quien determine la construcción de nueva normativa jurídica que guíe las actuaciones de las personas, pues es esta realidad social la que permite la permanencia de la normatividad jurídica en el tiempo, así como la validez de dichas disposiciones. Para este autor “una Constitución reconoce una ‘normalidad’ sin ‘normatividad’, pero no es posible que exista una ‘normatividad’ sin ‘normalidad’, pues sería un orden ineficaz e inválido”.⁷⁵

Para conseguir esta conexión es predominante el empleo de categorías normativas denominadas principios constitucionales, pues en ellos se encuentran plasmados los intereses y necesidades del conglomerado que forma parte del ente estatal. Como todos sabemos los derechos constitucionales se expresan sobre todo en principios constitucionales, teniendo los mismos la característica de abstracción e indeterminación, sin embargo, para poder plasmarlos se requiere de la labor interpretativa de actores sociales, en este sentido, los operadores de justicia juegan un rol protagónico,

73 Heller sostiene así, la concepción por la cual, el Estado sería esencialmente actividad humana social y más precisamente, “unidad organizada de decisión y de acción”, “forma de vida humana social: vida en forma y forma que surge de la vida”. Renato Treves, “La doctrina del Estado de Hermann Heller”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* (1957): 348.

74 López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 104-5.

75 Herman Heller, *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobío (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987), 267-68; Smend, *Constitución y derecho constitucional*, 132.

pues si bien el poder constituyente crea la normatividad y desaparece, los poderes constituidos por medio de intérpretes auténticos —jueces— pueden ir acoplando aquellos principios a las realidades sociales cotidianas de la población (normalidad), desapareciendo cualquier tensión que podría existir entre normalidad y normatividad, de ahí la necesidad de la abstracción de los principios constitucionales, pues esta característica permitirá la permanencia de una Constitución en el tiempo.

Para Heller, la mutación constitucional cumpliría una función complementaria de la Constitución, y lo realizaría por medio de los principios; no obstante, el autor se plantea un problema cuando la realidad social no se manifieste como un complemento de la norma jurídica, sino más bien sea contradictoria al texto constitucional, produciéndose una mutación *contra Constitutionem*.⁷⁶

Queda claro, por tanto que, una norma cuando no es acorde con la realidad fenece, pero *¿qué sucede cuando la realidad no es acorde con la Constitución?*, desde la teoría de Jellinek existiría una fuerza normativa de los hechos sobre el derecho. Heller es partidario de esta solución, es decir, el manifiesta que la realidad social (normalidad) se impone en momentos de tensión contra la (normatividad) expresada en los textos constitucionales, al respecto, considera que: “Con bastante frecuencia, el uso social, la realidad social no normada extrajurídicamente, se revela más fuerte que la norma estatal”.⁷⁷ Ejemplos claros de aquello lo vemos en el contexto pluricultural, cuando ciertos usos y costumbres ancestrales dentro de determinados pueblos o colectivos *prima facie* pudiesen ser contradictorios al texto constitucional, pero son prácticas que se mantienen y continúan practicando, gozando adicionalmente de legitimidad y aceptación por parte de los grupos o colectivos que las implementan.

La teoría de la “Modificazioni Tacite della Costituzione”: Pierandrei, Biscaretti Di Ruffia y Rozmarin, Mortati, Tosi

En la doctrina italiana de la “modificación tácita de la Constitución”, es trascendental la incorporación de los límites, que deben imponerse en el proceso de cambio de las constituciones. Conforme lo analizado dentro de la evolución de las constituciones estas surgen como límites al poder estatal, sin embargo, dentro de los procesos de modificación constitucional, aquellas deben también tener limitaciones que permitan a su vez garantizar la esencia de cualquier Constitución democrática.

⁷⁶ López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 106.

⁷⁷ Heller, *Teoría del Estado*, 278. Citado por López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 106.

En lo principal, uno de los límites al proceso de modificación constitucional, son los “derechos fundamentales”, pues los mismos son el producto de consensos sociales, por medio de los cuales la sociedad en su conjunto ha aceptado tutelar un cúmulo de derechos reconocidos como básicos, y respecto de los cuales no cabe menoscabo o regresión. En aquel sentido, los derechos fundamentales constituyen el principal límite de las mutaciones constitucionales, pues conforme lo destaca la doctrina italiana, menoscarlos implicaría un acto de anarquía social.⁷⁸

López Cadena destaca la experiencia italiana en cuanto a la modificación tácita de la Constitución:⁷⁹

[La mutación constitucional] puede, ser descrita como el fenómeno en consecuencia del cual el ordenamiento supremo del Estado expresado en la Constitución viene a tomar, por el transcurso del tiempo, un sentido diferente del que tenía inicialmente. Es un fenómeno bien conocido en el Derecho italiano que produce unas características especiales en el ámbito constitucional del cual se tiene experiencia, y que ocurre también en otros sectores del ordenamiento.

La norma escrita, debido a la práctica, experimenta una transformación en su alcance y significado, sin que suceda ningún cambio literal, ocasionando una confrontación entre la nueva regla y la original. Esto permite la aparición de una diferencia de criterios a la hora de interpretar y aplicar las normas, por parte de los organismos administrativos y jurisdiccionales.⁸⁰

Los principales exponentes de esta doctrina son: Pierandrei,⁸¹ Biscaretti Di Ruffia y Rozmarin,⁸² Mortati,⁸³ y Tosi,⁸⁴ quienes desarrollan esta teoría en el ámbito de la Constitución italiana de 1947. Al respecto el primero de los autores citados sostiene que el proceso de modificación tácita del texto constitucional, o como él lo denomina la Constitución en sentido instrumental, se presenta cuando con el paso del tiempo, la Constitución escrita permanece inmutable, mientras que la realidad jurídica se configura de manera

78 Ibid., 107.

79 López destaca que en la doctrina italiana el significado de la *Modificazioni Tacite della Costituzione* (traducida al castellano como “modificación tácita de la Constitución”), es el mismo que el de *Verfassungswandlung* (traducido al castellano como “mutación constitucional”) de la doctrina alemana. López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 107-11.

80 Ibid., 107-8.

81 Franco Pierandrei, *Scritti di Diritto Costituzionale*, vol. I (Torino: CEDAM, 1965).

82 Paolo Biscaretti Di Ruffia y Stefan Rozmarin, “Les Changements ‘non formels’ de la Réalité Constitutionnelle”, en *La Constitution Comme Loi Fondamentale dans les États de L’Europe Occidentale et dans les États Socialistes* (Turín: L’Institut Universitaire D’Études Européennes de Turín, 1966).

83 Constantino Mortati, “Costituzione dello Stato”, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano: Giuffrè, 1962), 4.

84 Silvano Tosi, *Modificazioni Tacite della Costituzione Attraverso il Diritto Parlamentare*, en (Milano: Dott. A. Giuffrè, 1959), 2.

distinta al texto literal de la norma, esto según el autor se debe a distintos factores, en virtud de los cuales se le atribuye a la norma constitucional una interpretación diferente, o a su vez no se dispone de una enmienda explícita, pues su contenido sigue igual pero su aplicación es diferente.⁸⁵

Pierandrei justifica el fenómeno de la mutación constitucional debido a dos elementos, por un lado, la necesidad de permanencia de la Constitución, por lo que se requiere de procesos que vayan adaptando su contenido a las emergentes realidades de la sociedad, por otro lado, debido a la existencia de vacíos normativos que eventualmente no estuvieron previstos inicialmente por los constituyentes.⁸⁶

En este sentido, se presenta una dicotomía entre “Constitución escrita” y “Constitución efectiva”, esta corriente sin embargo, dota de gran importancia a la labor del legislador dentro de la modificación del texto constitucional, pues el origen parlamentario para lograr la realización de los principios constitucionales deben incurrir en una regulación infraconstitucional —ley—, produciéndose ahí mutaciones constitucionales, dotándole un sentido distinto dependiendo las fuerzas políticas dominantes.⁸⁷

Los autores Biscaretti Di Ruffia y Rozmarin hacen una crítica al trabajo de Pierandrei, pues consideran, que este únicamente centra su análisis en la posibilidad de una modificación tácita de la Constitución por causa de la acción parlamentaria o jurisdiccional (justicia constitucional), lo cual no es compartido por Biscaretti Di Ruffia y Rozmarin quienes al contrario sostienen que la realidad constitucional realiza transformaciones considerables por diferentes vías, a saber: 1. Por la emanación de verdaderos actos de los órganos oficiales: a) de naturaleza normativa (leyes, reglamentos, etc.), o, b) de naturaleza jurisdiccional (referente a lo que concierne al control de constitucionalidad de las leyes); 2. En virtud de hechos: a) de carácter jurídico (como la costumbre), o b) de naturaleza político-social (como las normas convencionales, o de corrección constitucional, y las simples prácticas), incorporando factores sociales a los elementos políticos y jurisdiccionales detallados por Pierandrei.⁸⁸

Los detractores de esta teoría sostienen que la modificación tácita de la Constitución incurre en un inconveniente insalvable, al considerar que las mutaciones son reformas informales, por ejemplo, Mortati habla de la modificación tácita como sinónimo de abrogación,⁸⁹ considerando que el

85 Pierandrei, *Scritti di Diritto Costituzionale*, 83.

86 López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 108-9.

87 Ibíd.

88 Biscaretti Di Ruffia y Rozmarin, “Les Changements-non formels- de la Réalité Constitutionnelle”, 60.

89 Mortati, “Costituzione dello Stato”, 198.

cambio de la Constitución puede darse por procesos de reforma menos agravados, realizado por órganos que se abrogan funciones que no les corresponden, sin embargo, para sus críticos, el planteamiento inicial del problema está errado, pues una Constitución solo puede ser reformada por órganos o sujetos que ella misma establece.⁹⁰

En este orden de ideas, pretender que el orden fundamental de un Estado puede ser reformado por otros sujetos diferentes a los que él mismo establece, es una violación a todo el sistema, y, por tanto, es desconocer todo valor y sentido a la Constitución (parallelismo de las formas).

Uno de los autores que está en contra de estas abrogaciones constitucionales es Silvano Tosi, quien destaca que la modificación tácita de la Constitución es un fenómeno recientemente introducido, y que consiste en la variación del comportamiento por el curso del tiempo del ordenamiento supremo del Estado, por causa de actos y hechos que son idóneos para hacer mutar las funciones de los órganos constitucionales, sin que se modifique la norma que los configura.⁹¹

Sin embargo, manifiesta que hay que tener cuidado en no violar a la Constitución misma, pues si se incurre en esta afectación a los elementos esenciales de la norma constitucional no podría reconocerse la validez de dicho cambio, pues a su criterio, no es posible reconocer como legítima una modificación tácita que cause daños al derecho constitucional positivamente garantizado; en ese orden de ideas, una abrogación no puede ser modificación tácita; es por esto, que a su criterio se debería hablar de modificación tácita “a la” Constitución y no “de la” Constitución, ya que siempre se deberá mantener el núcleo duro del sistema constitucional vigente.⁹²

La teoría de la mutación de los derechos como un cambio en el interior de la Wnorma: Hesse y Müller

Esta corriente se adscribe también al “dinamismo constitucional” y propugna al igual que las teorías detalladas *ut supra* una conexión entre la norma y la realidad, sin embargo, se diferencia de las otras teorías al sostener que la norma y la realidad son una sola; lo que sus defensores denominan “derecho constitucional”, está compuesto por factores internos que se encuentran inmersos dentro de la propia norma constitucional.

Por lo tanto, los cambios sociales para los defensores de esta teoría no provienen de factores externos, es decir, no son cambios extrajurídicos que

90 López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 111.

91 Tosi, *Modificazioni Tacite della Costituzione Attraverso il Diritto Parlamentare*, 3-6.

92 *Ibid.*

afectan al interior de la norma, sino que son cambios jurídicos que hacen parte de la norma misma, en aquel sentido, la normatividad y la normalidad son una sola.⁹³

Para esta teoría los derechos de las personas forman parte de la realidad social (vida, libertad, igualdad, trabajo, vivienda), por lo que, estas necesidades se verán plasmadas en derechos, los cuales se encuentran a su vez consagrados como normas constitucionales, ya sea que se encuentren positivizadas o no; adicionalmente no todo puede estar regulado por el derecho, ante lo cual surge la necesidad que determinadas regulaciones normativas, siempre deban ser interpretadas de acuerdo con la realidad social imperante.

Konrad Hesse resalta la importancia de la adaptación normativa a la realidad imperante como mecanismo que permite el desarrollo de la sociedad;⁹⁴ señalando que: “La problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación”.⁹⁵ Para este autor, la mutación de la Constitución, como reiteradamente se ha sostenido, no afecta el texto de la norma, sino su contenido y específicamente su concretización, este autor, entiende por concretización que además de la norma se toman en consideración las particularidades de las relaciones sociales concretas, es decir, la realidad constitucional en la que la norma pretende incidir, debiendo llevarse el mismo a efecto a través de la interpretación.⁹⁶

Las normas constitucionales, no se constituyen por lo tanto en letra muerta, sino más bien, son un elemento viviente que forma parte de la vida en comunidad, solo ahí el derecho constitucional puede ver plasmado su objetivo regulador, desde esta perspectiva el derecho y la realidad no pueden estar desconectados.⁹⁷

Para demostrar esta interconexión, Hesse establece una visión estructural de las normas constitucionales, señalando de acuerdo con los trabajos de Müller que aquellas disposiciones se encuentran formadas por dos partes: el programa normativo, entendido por aquello regulado por el texto de la norma; y el ámbito normativo, compuesto por la realidad constitucional.⁹⁸

93 López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 112-6.

94 Konrad Hesse, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de derecho constitucional*, trad. Luis Tobío (Madrid: CEPC, 1983), 17.

95 *Ibíd.*

96 López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 112-3.

97 *Ibíd.*

98 La teoría sobre la estructura de la norma como “ámbito normativo” y “programa normativo” es de Friedrich Müller, *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (Berlín: Duncker & Humblot, 1968). En español se puede consultar Friedrich Müller, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, trad. Luis Villacorta, *Revista Española de Derecho Constitucional* 9, n.º 27 (septiembre-diciembre de 1989): 112.

En mérito de lo expuesto, se considera que una mutación constitucional, solo puede ser entendida teóricamente cuando la modificación del contenido de la norma se produce en el interior de esta, no como resultado de desarrollos efectuados fuera de las disposiciones de la Constitución, pues a su criterio forma parte de la norma constitucional el ámbito normativo que generó el proceso de su formación y que permite generar la validez de las mismas. Para López Cadena: “Bajo esta idea estructural de la norma constitucional, Hesse sostiene que estas realidades del ‘ámbito normativo’ se van sometiendo a cambios históricos mediante el proceso de concretización, sin que el ‘programa normativo’ (el texto de la norma) se vea modificado, es decir, continúa idéntico”.⁹⁹

Recapitulando, según la posición de Hesse se debe entender a la mutación constitucional y sus límites como una alteración en el interior de la norma constitucional, y no como un fenómeno que opera desde factores externos, como lo sostienen las otras teorías dinámicas, para ello toma en consideración la estructura de las normas antes detalladas, pues ahí la normatividad y la normalidad encontrarán su conexión, es decir, el ámbito normativo siempre encontrará en el texto escrito de la disposición “programa normativo”,¹⁰⁰ su fundamento para la aplicación dentro de la realidad social; es decir, el límite de la mutación se encuentra en el propio texto de la norma, o lo que Hesse denominó “programa normativo”, caso contrario la mutación producida sería inconstitucional.

La teoría de la mutación como un problema de interpretación: Häberle y Stern

La teoría de la mutación como problema de interpretación, cuyos distinguidos exponentes son Peter Häberle y Klaus Stern, complementa las teorías formalistas y del dinamismo jurídico, ya que, si bien la formalista propende a una separación entre el derecho y la realidad social, mientras que el dinamismo en su contraparte promueve su nexo, en ambas corrientes la interpretación del precepto normativo es un imperativo.

Peter Häberle destaca la importancia de la interpretación dentro de los procesos de mutación constitucional, la misma que a su criterio puede ser ejercida por distintos actores:

La mutación constitucional a través de la interpretación, es decir sin modificación expresa del texto de la Constitución, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización. Por la sola vía de la interpretación, ya sea

⁹⁹ López Cadena, *Mutación de los derechos fundamentales*, 113.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

de los tribunales, la de la práctica estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de la combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente.¹⁰¹

En este sentido, Häberle considera que a través de la interpretación se puede emprender en mutaciones constitucionales por medio de distintos actores (tribunales, órganos estatales o de la sociedad en general) dotando de esta facultad a la sociedad en sentido amplio;¹⁰² criterio con el cual discrepamos, toda vez que, si bien la interpretación no es un ejercicio exclusivo de los órganos jurisdiccionales para garantizar la seguridad jurídica de su aplicación, este ejercicio hermenéutico debe estar en manos de un intérprete privilegiado, que en nuestras realidades son los tribunales y cortes constitucionales.

Por otro lado, Stern afirma que, la mutación constitucional es un problema de interpretación de naturaleza inmanente a la norma; y luego, que es un problema de tensión entre el derecho constitucional y la realidad constitucional, como consecuencia de desarrollos que se producen en el exterior de la normativa.¹⁰³

De igual forma, este autor determina que la mutación constitucional deriva de la interpretación otorgada por seres humanos a la normativa, a lo cual se añade la desconexión que puede ocurrir entre la norma constitucional y las prácticas sociales.

En tal sentido, se establece que las normas que responden a la realidad de la época en la que rigen cumplen con eficacia de acuerdo con el fin para las que fueron creadas, en tal sentido cuando se entiende el espíritu del constituyente o legislador mediante la interpretación correcta se entiende a la mutación como válida, y no como una violación a la fortaleza de la norma suprema.

Finalmente, el problema de la mutación desde la teoría de la interpretación¹⁰⁴ se presenta cuando existen discrecionalidades, porque no se puede crear una sola teoría de esta, sino que se desarrolla por los administradores de justicia para cada caso concreto; lo cual, puede ser aceptado cuando se siguen los mismos precedentes para casos afines relacionados con una temática análoga.

101 Peter Häberle, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro (Ciudad de México-Lima: UNAM / Pontificia Universidad Católica de Perú, 2003), 62-3.

102 Peter Häberle, *Verfassung Öffentlicher Prozeß* (Berlín: Duncker & Humblot, 1978), 82.

103 Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, traducción parcial del t. I por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón (Madrid: CEPC, 1987), 335.

104 Peter Häberle, sitúa ejemplos en relación con que la propiedad reconocida en el Código Civil alemán (BGB) de 1900 se ha visto sometida a una profunda transformación; de igual forma señala que la concepción del “Estado social de derecho” en 1999, tiene muy poco en común con la interpretación de la Ley Fundamental en 1949. Ver Häberle, *El Estado constitucional*, 63.

El concepto dogmático de mutación: Böckenförde

Ernst Wolfgang Böckenförde determina que la teoría de la mutación constitucional es correctamente entendida en tanto pueda ser delimitada, ya sea que la misma se produzca a través de una corriente formalista en donde existe separación entre la norma y la realidad, o mediante un dinamismo que vincule la normatividad con la normalidad constitucional. Al respecto Böckenförde, señala:

[L]o que importa aquí desde el punto de vista de la dogmática jurídica, es diferenciar y delimitar los fenómenos [formalismo y/o dinamismo] expuestos respecto del cambio constitucional. Si se incluyeran dentro de este concepto sólo porque se trata de modificaciones en el ámbito constitucional, el concepto se cargaría de sentidos múltiples y perdería con ello toda su claridad. Incluiría también fenómenos cuya necesidad y admisibilidad en modo alguno puede entrar en cuestión en el marco del ordenamiento constitucional vigente.¹⁰⁵

En tal sentido, esta teoría incorpora a la mutación constitucional un carácter más dogmático, relativo a la licitud, admisión, constitucionalidad, límites y consecuencias a observarse cuando opere una modificación tácita de la Constitución.¹⁰⁶

Además, estos criterios tienen validez, en tanto las mutaciones constitucionales no dejen sin vigencia material al texto constitucional, pues no se afecta su contenido formal, sino a la realidad regulada por la norma jurídica porque se ha modificado tácitamente la misma. De igual forma, no puede considerarse mutación al cambio que puede producirse por un otorgamiento del legislador a la norma constitucional, para que se adapte a las distintas realidades que se presenten debido a conceptos indeterminados o cuestiones extrajurídicas (cambios ideológicos), ya que la supremacía constitucional limita esta actuación del legislador.

En este orden de ideas, la dogmática de la mutación constitucional tiene relación con la reforma tácita de la Constitución, facultad otorgada al máximo órgano de justicia constitucional, lo cual es distinto a la reforma legislativa de normas infraconstitucionales pues ambos cuentan con un procedimiento específico.

En consecuencia, debe definirse claramente el contenido preestablecido en la Constitución, mediante el empleo de métodos de interpretación que permitan un desarrollo posterior de las normas constitucionales vía hermenéutica, aceptándose únicamente los cambios mediante los procedimientos

105 Ernst Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano (Madrid: Trotta, 2000), 192.

106 *Ibid.*, 181-2.

permitidos en la norma suprema, respetándose de forma amplia lo establecido en la Constitución, sin pretender despojarla de su validez. Es decir, dicha interpretación debe ser realizada por los organismos previamente establecidos en el marco constitucional vigente.

Normas adscritas de derecho fundamental: Alexy

Conforme se ha destacado previamente, las disposiciones constitucionales no pueden regular todos los aspectos de la vida social, ya que debido a su dinamismo las normas constitucionales deben ser expresadas a través de cláusulas abiertas, que permitan una adaptación posterior de la normativa en el tiempo.

Robert Alexy en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, destaca la existencia de lo que denomina “normas adscritas de derecho fundamental”, mediante las cuales, por medio de una vía hermenéutica se puede conseguir una adaptación del texto constitucional y su normativa acorde a las necesidades sociales vigentes.

Así, para este autor, las normas de derecho fundamental pueden dividirse en dos grupos: a) las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución; y b) las normas adscritas de derecho fundamental.¹⁰⁷

Alexy sostiene que si bien las normas de derecho fundamental son aquellas que se encuentran directamente establecidas en el texto de la Ley Fundamental, sin embargo, pueden existir normas que no se encuentren estatuidas directamente en las constituciones pero que se encuentren adscritas a su sentido material.¹⁰⁸

Una norma sobre derechos fundamentales es adscrita porque, si bien no está establecida directamente por una disposición constitucional, es posible adscribirla argumentativamente a una norma o a un grupo de normas a partir de una interpretación sistemática de la Constitución.

Este fenómeno se debe a que muchas normas no están bien determinadas semántica y estructuralmente, y requieren de un desarrollo posterior, pues las normas que establecen derechos fundamentales pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución (normas directamente estatuidas) siendo claras y, por ende, no requieren mayor desarrollo interpretativo; o las que se crean interpretativamente y resultan de una correcta fundamentación basada en los principios fundamentales abstractos (normas adscritas o subreglas jurisprudenciales).

¹⁰⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2001), 70.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

De ahí que, el desarrollo que posteriormente se dé a estas disposiciones constitucionales requiere de intérpretes que dentro de sus ámbitos competenciales puedan ir dotando de contenido material a estas disposiciones constitucionales que *a priori* son generales y abstractas, esta labor se encuentra en manos de las cortes y tribunales constitucionales, quienes semántica y estructuralmente van desarrollando el alcance y contenido de la Constitución, pudiendo en ocasiones mutar su esencia de acuerdo a la realidad social cambiante.

En la fundamentación de esta adscripción radica la validez de la norma; así, si un tribunal se encuentra en un caso concreto ante vaguedad o imprecisión en el lenguaje jurídico, tiene que desplegar el significado normativo implícito de las normas constitucionales para determinar su contenido prescriptivo.¹⁰⁹

Las normas adscritas de derecho fundamental son normas de origen jurisprudencial y sus efectos jurídicos son los mismos de las leyes, e incluso que la misma Constitución. La diferencia entre una norma adscrita y una directamente estatuida no radica en su estatus normativo, sino en su especificidad, pues la directamente estatuida es más general, expresada generalmente a través de principios, mientras que las normas adscritas son más específicas pues se ven expresadas en reglas y subreglas jurisprudenciales. Así, además de unificar las sentencias que se toman sobre un mismo punto de derecho, las normas adscritas constituyen precedentes constitucionales, que contribuyen a racionalizar la actividad judicial y concretan los principios constitucionales.

La tesis de las normas adscritas de derecho fundamental, es otra forma mediante la cual vía hermenéutica se puede ir mutando el contenido material de las constituciones, toda vez que por medio de reglas o sub reglas jurisprudenciales los tribunales y/o cortes constitucionales van adaptando el texto de la Constitución a las recientes necesidades sociales, lo cual va de la mano con la característica de textura abierta de las normas constitucionales, en donde se torna imperativo que un órgano competente interprete dichas disposiciones con el objeto de alcanzar su eficacia.

Paralelismo de las formas: Pérez Royo

Para Javier Pérez Royo el concepto de Constitución encuentra asidero en el proceso de modificación o reforma del texto constitucional, en aquel sentido, si una Constitución no permite su modificación o reforma no puede ser entendida *per se* como Constitución, sin embargo, para que aquello

109 Ibid., 71.

opere — dicha modificación — debe realizarse mediante procedimientos de cambio más agravados que los de las leyes; a esto se conoce en la doctrina como el “paralelismo de las formas”.¹¹⁰

Es así que, los órganos que emprendan en la modificación de un texto jurídico deben respetar el mismo procedimiento que se empleó para su producción originaria, es decir, las modificaciones normativas deben ser realizadas por los mismos órganos y empleando un procedimiento similar a su creación; esta teoría es la que mejor se adaptaría a la teoría democrática de la Constitución, ya que atendiendo al paralelismo de las formas si la Constitución fue aprobada por el pueblo, sus modificaciones deberían de igual manera cumplir con este parámetro de legitimidad democrática.

Para Pérez Royo, el paralelismo de las formas es un elemento esencial de todo ordenamiento jurídico, destacando el respeto de formas procedimentales en la producción, extinción y modificación de toda norma jurídica:

El paralelismo de las formas es lo que hace que el derecho sea derecho. Sin paralelismo de las formas no podría existir el ordenamiento jurídico. Si la ley no tuviera que ser modificada o derogada de la misma manera en que fue creada, no sería ley. La ley es ley, en primer lugar, porque solo puede ser creada por el legislador siguiendo el procedimiento legislativo. La ley se caracteriza por su autor, el Parlamento, y por la forma en que es aprobada, a través de un procedimiento público y solemne. Pero la ley es ley en segundo lugar, porque, una vez creada, solo puede ser modificada o derogada por el mismo autor, el Parlamento, y de la misma forma, a través del procedimiento legislativo.¹¹¹

Esta teoría, en el ámbito constitucional presenta una dicotomía pues a diferencia de la ley, que puede ser modificada por su agente productor, la Constitución obedece a un proceso excepcional en donde se activa el poder constituyente, y una vez que ha producido la norma constitucional, el mismo desaparece, es por ello que, el paralelismo de las formas no puede ser exacto, pues el poder constituyente originario no puede tener una réplica como el legislador lo hace con la ley.

Para solucionar este impase el constituyente se proyecta a futuro, a sabiendas que él no va a estar presente en una modificación posterior del texto constitucional, y permite que cualquier modificación se la realice a través de órganos constituidos y previamente establecidos dentro del propio texto constitucional, de igual forma se establecerá a través de qué procedimientos se realizará dicha modificación, el cual ostensiblemente será distinto y agravado con relación a una modificación de una norma infraconstitucional.

110 En cuanto al paralelismo de las formas véase Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 173-5.

111 *Ibíd.*, 173.

De esta forma, a criterio de Pérez Royo “la reforma de la Constitución es, por tanto, la manera específica de hacer valer en el derecho constitucional el paralelismo de las formas, sin el cual no hay derecho”,¹¹² opuesto a que toda norma tiene la característica de ser modificable, siendo el derecho un producto social, es necesario que dicha modificación se produzca de igual manera por parte de los mismos órganos que lo crearon, empero como el proceso constituyente, es un proceso atípico surge la necesidad de ir adaptando las normas acorde a las necesidades sociales, para ello surgen órganos constituidos que asumen un papel de posibles constituyentes permanentes, siendo *prima facie* el órgano legislativo quien tiene esta tarea en estados de legalidad, y los tribunales constitucionales quienes la asumen desde una perspectiva constitucional, dando vida a las mutaciones constitucionales.

Nosotros complementaríamos la teoría del paralelismo de las formas en el ámbito de la modificación constitucional, expresando que al igual que una Constitución democrática es aprobada por el pueblo mediante referéndum aprobatorio, los cambios a los que se sometan dicha Constitución también deben contar con la expresión de la voluntad soberana.

En ese orden de ideas, se creería que las mutaciones constitucionales rompen el principio del paralelismo de las formas, destinado *prima facie* a reformar la Constitución mediante el órgano que formalmente goza de legitimidad democrática —el parlamento—, puesto que, si bien el poder soberano expresado en el proceso constituyente no puede estar activado permanentemente, el pueblo puede emprender en procesos de modificación al texto constitucional.

No obstante, conforme con algunas corrientes del constitucionalismo contemporáneo, la soberanía parlamentaria, ha ido cediendo paso a una soberanía constitucional, en la que los jueces constitucionales asumen un rol protagónico en la tutela de derechos constitucionales y en el control de constitucionalidad de actos normativos generales, permitiendo una adaptación de la normativa constitucional de acuerdo a los problemas y necesidades que se hacen presentes en la sociedad; esta competencia nace de la propia Constitución, permitiendo que los jueces constitucionales legitimen sus actuaciones mediante el ejercicio de sus competencias previamente establecidas, y en el caso ecuatoriano mediante la atribución otorgada a la CCE de ser el máximo intérprete de la Constitución y de instrumentos internacionales de derechos humanos (DD. HH.).

En aquel sentido, al estar sus competencias previamente establecidas en la propia norma constitucional, en el caso de la mutación constitucional

112 Ibid., 174.

el principio del paralelismo de las formas se encontraría cumplido formalmente en la medida en que los cambios constitucionales operen por parte de un órgano que asume esta competencia y facultad de la propia Constitución.

Sin embargo, en la realidad ecuatoriana y acorde con la mentada teoría democrática de la Constitución, el proceso de modificación constitucional, ya sea que provenga de órganos políticos (parlamento y/o ejecutivo) o de órganos jurisdiccionales —CCE— aunque formalmente se adecuarían a un clivaje competencial sustentado en las propias normas constitucionales, seguiría adoleciendo de una falta de legitimidad democrática, por lo que, dentro de nuestro modelo estatal de “derechos y justicia” el mecanismo por el cual cobra sentido el paralelismo de las formas sería a través de la aprobación de dichos cambios (reforma o mutación) mediante un referendo aprobatorio popular.

La mutación en el paradigma constitucional ecuatoriano

Entre los procedimientos formales expresos de modificación constitucional la carta fundamental ecuatoriana establece tres mecanismos de cambio: la enmienda constitucional; la reforma parcial; o la asamblea constituyente.¹¹³ En todos ellos, la Constitución prevé que la CCE realice un control previo y vinculante respecto al procedimiento por el cual se puede modificar el texto de la Constitución,¹¹⁴ ya sea que dicha propuesta provenga del presidente de la república, de la Asamblea Nacional, o de la ciudadanía; lo cual denota el enorme peso que nuestro constituyente otorgó a este organismo de control constitucional para precautelar que dichas modificaciones sean acordes al ordenamiento jurídico vigente.

En aquel contexto, los procesos de modificación al contenido de la Constitución desde una perspectiva formal establecen varios procedimientos normados que permiten viabilizar una reforma, en donde el rol de la CCE se torna preponderante; pues le corresponde formalmente determinar inicialmente si las propuestas de modificación constitucional pueden o no ser tramitadas, la determinación de la vía por la cual se canalizará dicha modificación; debiendo en su mayoría ser objeto de aprobación popular mediante referendo, e incluso pudiendo realizarse un control posterior de los mismos.

113 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 441-3.

114 El art. 443 de la CRE, en relación con los mecanismos de reforma constitucional dispone: “La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso”. Ecuador, *CRE*, art. 443.

Es decir, la CCE se convierte en el guardiana de que los posibles cambios a ser introducidos en la CRE¹¹⁵ mantengan armonía con su contenido sustancial, en aras de ejercitar un severo control que garantice la seguridad jurídica, y la supremacía constitucional; así como la esencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

No obstante, la propia CCE ha emprendido en procesos de modificaciones tácitas a la CRE y a las instituciones que se encuentran insertas en la misma, sin acudir a procesos normados de reforma constitucional, ni contar con un referendo aprobatorio que legitime su accionar, lo cual va en desmedro de la teoría democrática de la Constitución, siendo aquella la postura dogmática que rige al modelo constitucional ecuatoriano. De ahí que, surge la interrogante: ¿quién controla al controlador? cuando aquel organismo emprende en dichas modificaciones, *maxime* cuando se ha previsto que esta Corte sea el órgano de cierre de la administración de justicia constitucional del país.

A este proceso de cambio tácito al contenido de una Constitución se lo conoce como mutación constitucional, siendo objeto de serios cuestionamientos debido a la naturaleza poco formal de la institución jurídica, al carácter contramayoritario del órgano que podría eventualmente emprender en dichas modificaciones —CCE—, y al déficit democrático que dichas modificaciones asumirían al no contarse con un referendo aprobatorio de estas reformas.

En aquel sentido, a continuación analizaremos de forma crítica las peculiaridades que reviste una aplicación de la institución de la mutación constitucional, acorde a los rasgos característicos del modelo garantista democrático ecuatoriano, el cual conforme se explicó anteriormente se enmarca dentro de la corriente del nuevo constitucionalismo democrático; en que el Estado además de convertirse en un Estado de derechos, adquiere la connotación de un *Estado de justicia*,¹¹⁶ garantizando la participación de la ciudadanía al momento de realizar propuestas de modificaciones constitucionales, así como su aprobación mediante referendo, lo cual permite cuestionar en el caso de nuestro estudio los cambios vía hermenéutica respecto a instituciones que fueron diseñadas de una manera distinta por

115 Constitución de Colombia: Artículo 379.- “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la asamblea constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 2”. Colombia, *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional 114, 4 de julio de 1991, art. 379.

116 Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: UASB-E / Huaponi Ediciones, 2016), 56-7.

el constituyente originario. Por lo que, en primer lugar es menester contrastar los mecanismos formales e informales de cambio constitucional existentes en Ecuador.

Tipos de modificaciones constitucionales en Ecuador

Uno de los mayores retos que afrontan las sociedades es la adaptación de su normativa a las necesidades emergentes de la población,¹¹⁷ pues conforme se ha expuesto a lo largo de este trabajo de investigación la modificación de una Constitución acorde a nuevas realidades sociales, políticas y/o económicas, es un imperativo en los distintos Estados del mundo, es por ello que, dentro de los diversos sistemas constitucionales se prevén mecanismos que viabilizan un eventual cambio a las cartas supremas.

En palabras de Julio César Trujillo, nadie puede asegurar que las normas válidas en una época lo sean en épocas futuras:

Toda Constitución tiene pretensiones de perdurabilidad y trata de sentar las bases o fundamentos de todo ordenamiento jurídico del Estado de derecho; pero, ninguna puede asegurar que las normas válidas en una época tendrán igual validez en otras épocas, ni que todos los principios y reglas suficientes para la convivencia de ahora serán suficientes en el futuro, y lo que es más, ninguna generación de hombres y de mujeres puede imponer sus conceptos e ideales a las generaciones que les sucederán.¹¹⁸

De ahí que, existen distintos mecanismos por los cuales se puede modificar el contenido de un texto constitucional, siendo abordados ampliamente dentro de los estudios de derecho constitucional, encontrándonos con un gran sector de la doctrina que sostiene que la reforma constituye una forma de expresión del poder constituyente derivado, pues los órganos que eventualmente emprenden y permiten dicho cambio tienen competencias previamente establecidas en la propia carta fundamental.

En aquel sentido, quienes emprenden en un proceso de modificación constitucional son los órganos o instituciones que actúan acorde a las facultades expresadas en el propio contenido de una Constitución originaria, en donde además taxativamente se establecen los tipos de modificaciones que pueden producirse, así como el procedimiento reglado que debe observarse.

Se sostiene que, cuando se reforma una Constitución es el poder constituyente el que interviene en su modificación, este poder sin embargo, es

117 Rafael Enrique Aguilera Portales, *Constitución y democracia: Fundamentos políticos del poder constituyente*, coords., Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torrez (Ciudad de México: Porrúa, 2010), 4.

118 Julio Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos* (Quito: UASB-E / CEN, 2013), 75.

derivado ya que si bien se encuentra sustentado en el propio texto constitucional que establece los mecanismos por los cuales se lo puede emprender, el mismo para alcanzar una validez material requerirá de un referendo aprobatorio,¹¹⁹ ya que conforme lo expone la doctrina del constitucionalismo democrático los órganos constituidos por sí solos no se encuentran legitimados para generar un cambio constitucional. De ahí que, la modificación constitucional a la luz de la teoría democrática de la Constitución busca la legitimidad democrática de los cambios constitucionales generando mecanismos en los cuales el pueblo intervenga directamente en la reforma del principal instrumento de convivencia social como es la Constitución retomando el papel de soberanía popular.¹²⁰

La CCE, en su dictamen n.º 001-14-DRC-CC, ha destacado la importancia de modificar el texto de la Constitución acorde a la realidad social, señalando que estos procedimientos de reformas son verdaderas “garantías constitucionales” que permiten la adaptación de una sociedad permanentemente cambiante:

La Constitución, al igual que otras normas que componen el ordenamiento jurídico, es susceptible de modificación; es así que el propio texto constitucional prevé los mecanismos que deben observarse, dependiendo de la temática para proceder a su reforma. La existencia de procedimientos de reforma de la Constitución responde a la perspectiva del constituyente que las normas se actualizan en concordancia con la realidad, razón por la cual, estos mecanismos se convierten en garantías constitucionales que permiten la adaptación sucesiva a las realidades cambiantes, evitando interrupciones en el régimen constitucional.¹²¹

En aquel sentido, tomaremos como referencia la clasificación que formalmente realiza la Constitución ecuatoriana respecto a los mecanismos por los cuales se puede modificar su texto.

En ese orden de ideas, el título IX de la Constitución ecuatoriana trata acerca de la Supremacía de la Constitución, y concretamente el capítulo tercero bajo el acápite “Reforma de la Constitución” plantea tres posibilidades formales por las cuales se podría modificar el contenido de la Constitución de la República; a saber: la enmienda constitucional, la reforma parcial, y la asamblea constituyente. Nosotros conforme el análisis realizado en el presente trabajo de investigación añadiríamos un cuarto componente que

119 Ibid., 76.

120 Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal”, *DIALNET: Revista General del Derecho Público Comparado*, n.º 8 (2011): 18-20.

121 Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen n.º 001-14-DRC-CC”, en *Caso n.º 0001-14-RC*, 31 de octubre de 2014.

sería la mutación de la Constitución, siendo aquel un mecanismo tácito de modificación constitucional.

Cada uno de ellos denotan ciertas características, requisitos para que operen, y eventuales escenarios en donde la CCE por mandato constitucional se convierte en el ente que tiene en sus manos el control respecto al procedimiento que debe emprenderse para llevarse a efecto dicho cambio constitucional, dependiendo el grado de modificación que se pretende implementar.

Es así como en el sistema ecuatoriano se ha establecido una gradación en cuanto a los procesos por los cuales se modifica el texto de la Constitución, así lo ha previsto la jurisprudencia de la CCE, la misma que en diversos dictámenes en procesos en donde se ha modificado el texto de la CRE de 2008 ha destacado las características de dichos mecanismos, un ejemplo de esto se vio reflejado en los dictámenes n.º 001-14-DRC-CC, n.º 001-16-DRC-CC, y n.º 002-16-DRC-CC, en donde se señala:

Conforme ya lo ha expresado en casos análogos, en el caso ecuatoriano, en la Constitución de la República se establecen tres procedimientos gradados para reformar el texto constitucional: enmienda constitucional, reforma parcial y asamblea constituyente, los mismos que se encuentran normados en los artículos 441, 442 y 444 de la Constitución, respectivamente. Corresponde, por tanto, dentro del caso concreto a esta Corte determinar cuál de los tres mecanismos se encasilla en cada una de las propuestas presentadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 443 de la Constitución.¹²²

Aquello va de la mano con lo que prevé la propia Constitución cuando determina en el art. 433 que: “La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso”; refiriéndose a los mecanismos formales expresos de cambio constitucional —enmienda, reforma parcial o asamblea constituyente—.

Al respecto la CCE, en sus dictámenes n.º 001-16-DRC-CC, y n.º 002-16-DRC-CC destaca como mecanismos de modificación constitucional:

En efecto, en nuestro esquema constitucional existe un sistema *gradado de rigidez* de los mecanismos para reformar el texto constitucional, según la pretensión que se persiga. La gradación inicia desde el procedimiento de modificación del texto constitucional menos *riguroso*, enmienda constitucional, para pasar a continuación con la reforma parcial de la Constitución, y llegar finalmente al cambio de la Constitución mediante la instalación de una asamblea constituyente. De igual manera, la propia Constitución establece en cada uno de estos tres procedimientos la legitimación activa para presentar las propuestas de modificación; es decir, para que proceda la enmienda,

122 Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen n.º 001-14-DRC-CC”, en *Caso n.º 0001-14-RC*, 31 de octubre de 2014.

reforma parcial o asamblea constituyente se debe cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución.¹²³

En aquel sentido, la propia CCE ha establecido la diferenciación entre estos tipos de modificación formal al texto de una Constitución a partir de la complejidad de dicho cambio, así como a la pretensión que se persiga con la propuesta, los mismos que expresamente se encuentran determinados en la Constitución ecuatoriana, y los cuales serán objeto a continuación de un análisis pormenorizado.

Enmienda constitucional

Respecto a la enmienda constitucional se debe destacar que la doctrina entiende a esta institución jurídica como la modificación de un texto con el objeto de corregir un error en su redacción, es decir desde una perspectiva cualitativa implicarían cambios no profundos en una determinada institución jurídica.

En el contexto ecuatoriano el procedimiento de enmienda constitucional se encuentra determinado en el art. 441 de la Constitución, que establece:

Artículo 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la presidenta o presidente de la república, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergerable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.¹²⁴

Conforme lo prevé el artículo antes señalado, la enmienda constitucional en la realidad ecuatoriana implica una modificación al texto de la Constitución en donde existen límites en cuanto a la alteración de la estructura fundamental, el carácter o elementos constitutivos del Estado, de igual forma no debe implicar restricciones a los derechos o garantías constitucionales, y finalmente no modificar el proceso de reforma constitucional, es decir, involucra cambios no profundos dentro del contenido de la norma constitucional.

123 Ecuador Corte Constitucional, "Dictamen n.º 001-16-DRC-CC", en Caso n.º 0002-14-RC, 24 de febrero de 2016.

124 Ecuador, CRE, art. 441.

Julio César Trujillo con relación al procedimiento de modificación constitucional vía enmienda señala:

La CRE de 2008 prevé tres procedimientos para su reforma. Uno, sumamente sencillo y breve a cargo de la Asamblea Nacional o Legislativo: a las modificaciones que por este procedimiento se realicen las denomina “enmiendas” que no pueden ocuparse de las siguientes materias: la estructura fundamental de la Constitución; el carácter y los elementos constitutivos del Estado; restricciones de los derechos y garantías constitucionales, y el procedimiento para las modificaciones de la Constitución que constan en los arts. 441 a 444 [...] Las enmiendas pueden ser sometidas a referéndum si así solicitan el Presidente de la República o la ciudadanía con el respaldo del 8 % de las personas inscritas en el registro electoral.¹²⁵

Este criterio también se ha visto expresado en la línea jurisprudencial de la CCE, así, en el dictamen n.º 001-16-DRC-CC, caso n.º 0002-14-RC estableció el siguiente concepto de enmienda constitucional:

La enmienda constitucional se distingue entonces de los otros procedimientos de reforma constitucional por el efecto que se persigue, esto es mantener el espíritu constitucional, debiendo tener en cuenta que vía procedimiento de enmienda constitucional no se puede alterar el contenido esencial de la Constitución, el carácter y los elementos constitutivos del Estado, establecer restricciones a los derechos y garantías constitucionales, así como tampoco cabe para reformar los procedimientos de reforma de la Constitución.

La enmienda a la Constitución ha sido entendida en la realidad ecuatoriana como el proceso menos invasivo en la modificación del texto constitucional, pues conforme lo determinó la CCE en sus dictámenes,¹²⁶ se establece que es el procedimiento menos gravoso de cambio.

Conforme lo prevé el art. 441 de la Constitución ecuatoriana procederá una enmienda constitucional cuando no se modifiquen tres elementos; en primer lugar siempre que dicho cambio no implique una alteración a la estructura fundamental, el carácter o elementos constitutivos del Estado; de igual forma que la propuesta de enmienda no establezca restricciones a derechos o garantías constitucionales; y finalmente que no impliquen una modificación al propio procedimiento de reforma de la Constitución.

En cuanto a la estructura fundamental del Estado ecuatoriano la CCE, en el dictamen n.º 001-11-DRC-CC, en *Caso* n.º 0001-11-RC, ha señalado:

Sobre la estructura fundamental del Estado, nuestro país básicamente se encuentra dividido en cinco funciones [...] Así también, el numeral 1 del artículo 225 de la Constitución de la República dispone: “El sector público

125 Trujillo Vázquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 83.

126 Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen n.º 001-16-DRC-CC”, en *Caso* n.º 0002-14-RC, 24 de febrero de 2016.

comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social" [...].¹²⁷

En aquel sentido, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha determinado que dicha estructura fundamental del Estado se encuentra conformada por las cinco funciones o poderes del Estado, por lo que cualquier intento de modificación a estas funciones no sería viable a través de una propuesta de enmienda constitucional.

Con relación a los elementos constitutivos del Estado la CCE ha destacado que los mismos se encuentran determinados del art. 1 al 9 de la CRE,¹²⁸ y hacen referencia a la forma de Estado y de gobierno, símbolos patrios e idiomas oficiales, deberes del Estado, territorio, nacionalidad ecuatoriana, e igualdad de derechos de personas extranjeras; en aquel sentido, mientras no se afecten estos componentes se podrá viabilizar una enmienda constitucional.

Frente a los derechos y garantías constitucionales, aquello va de la mano con la propia esencia del Estado ecuatoriano al ser un Estado constitucional de derechos, en donde su fin primigenio es la protección de los derechos de las personas y de la naturaleza, por lo que, una propuesta de modificación que implicare la restricción a estos derechos o a las garantías para hacerlos efectivos no cabría vía enmienda constitucional, pues además atentaría los principios de progresividad y no regresividad de los derechos, lo cual ha sido reconocido en la propia Constitución, así como en instrumentos internacionales de DD. HH. de los cuales el Estado ecuatoriano es suscriptor.

Finalmente, tampoco cabría una modificación vía enmienda constitucional si aquella establece cambios al procedimiento de reforma constitucional, pues de esta forma se garantiza la rigidez y supremacía de la Constitución, por lo que mediante el mecanismo menos gravoso de modificación no se podría establecer nuevos procedimientos de reforma constitucional.

Sobre la iniciativa para solicitar la modificación constitucional vía enmienda, la Constitución establece que puede hacérselo mediante dos mecanismos: mediante referendo, o mediante iniciativa del órgano parlamentario —Asamblea Nacional—; aquello denota *prima facie* una contradicción con los postulados de la teoría democrática de la Constitución, toda vez que la

127 Dictámenes n.º 001-11-DRC-CC, en Caso 001-11-RC; n.º 001-16-DRC-CC, en Caso 0002-14-RC; n.º 002-16-DRC-CC, Caso 0001-16-RC de la CCE, en donde se ha mantenido el mismo concepto respecto a la estructura fundamental del Estado.

128 Ecuador Corte Constitucional, "Dictamen n.º 001-11-DRC-CC", en Caso n.º 0001-11-RC, 15 de febrero de 2011.

enmienda de iniciativa parlamentaria podría ser aprobada sin necesidad de un referendo aprobatorio posterior del pueblo, mermando de esta forma la legitimidad de aquellos cambios constitucionales.

En relación con la iniciativa mediante referendo, lo puede solicitar la presidenta o presidente de la república ya que se encuentra legitimado al ser el representante de la sociedad mediante voto popular directo; el segundo escenario en que se puede plantear un referendo es a través de la ciudadanía quien deberá acreditar el requisito de legitimidad democrática¹²⁹ con el respaldo de por al menos el 8 % de las personas inscritas en el padrón electoral, esto evidencia que en Ecuador formalmente no se le tiene miedo a la reforma constitucional estableciéndose mecanismos de participación en donde no solo los órganos políticos, sino el propio pueblo puede proiciar un cambio constitucional.

De igual forma se puede solicitar una enmienda constitucional por iniciativa de la Asamblea Nacional, con una propuesta no inferior a la tercera parte de los miembros de dicho organismo; luego de haberse aprobado el dictamen respecto al procedimiento a emprenderse vía enmienda por la CCE, el proyecto de modificación se tramitará en el órgano parlamentario en dos debates, debiendo ser aprobada la enmienda con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, procedimiento que deja en manos de un órgano constituido la modificación constitucional sin necesidad de una aprobación plebiscitaria del pueblo, tornándose el mismo contrario al espíritu altamente democrático de la aprobación constitucional, más aún considerando que una de las características de las nuevas constituciones latinoamericanas es precisamente su legitimidad surgida a través de una aceptación popular expresada en referendos aprobatorios.¹³⁰

Conforme lo expuesto y a partir de la jurisprudencia de la CCE la enmienda constitucional se distingue entonces de los otros procedimientos de modificación constitucional, por el efecto o resultado que se persigue, pues el texto constitucional se mantiene prácticamente intacto y solo se incorporan ligeros cambios a su contenido, siempre que no se altere el contenido esencial de la Constitución expresado en la estructura fundamental del Estado o sus elementos constitutivos, derechos o garantías constitucionales, o que implique una modificación al propio proceso de reforma de la Constitución.

129 Se debe señalar que, el requisito de legitimidad democrática fue exigido por la CCE en casos como el Dictamen n.º 001-13-DCP-CC, en *Caso n.º 0002-10-CP* en procesos de iniciativa de consulta popular.

130 Viciano y Martínez Dalmau, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", 158.

Reforma parcial de la Constitución

Otro mecanismo de modificación constitucional en la realidad ecuatoriana es la reforma parcial, la cual siguiendo el criterio de la CCE constituye un mecanismo más agravado de cambio constitucional, empero no genera una mayor alteración a la esencia misma del Estado.

Para Julio César Trujillo:

La reforma parcial, en cambio, no presenta mayor dificultad, porque basta que en la Constitución vigente se cambie el texto de una o más normas por el texto de otra u otras normas, o porque a las normas actual (sic) se agregan otras que no existían o, en fin, porque se deroga o suprime una o varias normas actualmente vigentes, sin alterar sustancialmente la organización del Estado o de sus instituciones, ni sus funciones o finalidades, etc.¹³¹

En ese orden de ideas el art. 442 de la Constitución ecuatoriana establece este mecanismo:

Artículo 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la presidenta o presidente de la república, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los 45 días siguientes.

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.¹³²

Conforme se observa, la reforma parcial también tiene límites en cuanto a la no restricción de derechos y garantías constitucionales, así como el procedimiento de reforma de la Constitución, de ahí que eventualmente se podría emprender en una reforma parcial de la Constitución en aquellos elementos que no se encuentren prohibidos expresamente, e incluso a diferencia de la enmienda constitucional mediante reforma parcial se puede modificar la estructura fundamental, el carácter o elementos constitutivos del Estado, necesitando para operar dichos cambios un referendo aprobatorio, lo cual denota el componente democrático que el constituyente impregnó a este mecanismo de modificación constitucional.

131 Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 83.

132 Ecuador, CRE, art. 442.

Julio César Trujillo destaca algunas características de este procedimiento de modificación constitucional en la realidad ecuatoriana:

Un segundo procedimiento, más complicado y solemne, que necesita de referéndum, puede modificar las materias que pueden ocuparse las enmiendas y además de la estructura fundamental de la Constitución; el carácter y los elementos constitutivos del Estado; pero no versar sobre restricción de derechos y garantías, ni del procedimiento para modificar la Constitución que regulan los artículos 441 a 444.¹³³

Dichas características expresadas por el citado autor permiten observar que en este procedimiento de modificación constitucional interviene de manera protagónica el órgano legislativo, pues una vez emitido el dictamen favorable de la CCE indicando la vía pertinente, la iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates, debiendo realizarse el segundo debate con al menos 90 días después del primero, siendo el proyecto de reforma parcial aprobado por el pleno de la Asamblea Nacional, luego de lo cual se convocará a un referendo aprobatorio de las modificaciones dentro de los 45 días siguientes.

Para la aprobación en referendo se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referendo, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación; esto revela el alto componente democrático se impregna a la institución de la reforma parcial, en donde no basta la representatividad expresada en el parlamento, sino que además se requiere la aprobación popular como fuente de legitimidad.

La CCE en varios dictámenes vinculados con reforma a la Constitución ha señalado:

A través del procedimiento de reforma parcial se podrían modificar los elementos constitutivos o la estructura del Estado, sin que esto devenga en restricción de los derechos y garantías constitucionales, o que modifiquen el procedimiento de reforma de la Constitución; es decir, el concepto de rigidez constitucional se encuentra resguardado por mandato del constituyente al impedir que vía reforma parcial se pueda modificar el procedimiento de reforma de la Constitución y el contenido de derechos y garantías constitucionales.¹³⁴

Es decir, conforme se ha señalado la reforma parcial es un mecanismo más complejo de modificación constitucional, el cual además de ser canalizado por el órgano parlamentario requiere de un referendo aprobatorio por parte del pueblo ecuatoriano, evidenciándose que a través de dicho

133 Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 83.

134 Dictámenes 001-11-DRC-CC, en *Caso 0001-11-RC*; n.º 001-16-DRC-CC, en *Caso 0002-14-RC*; n.º 002-16-DRC-CC, en *Caso 0001-16-RC* de la CCE.

mecanismo se afianza la legitimidad democrática del pueblo de poder modificar el texto constitucional a través del parlamento.

Asamblea constituyente

La modificación a través de una asamblea constituyente es el proceso que mayores cambios implica dentro de la tramitación de una reforma constitucional, pudiendo incluso modificar en su totalidad el texto constitucional, pues el resultado final de este proceso será la emisión de una nueva Constitución. Cabe destacar, que aquello implicaría siempre respetar elementos intangibles como son el régimen democrático, los derechos constitucionales, y las obligaciones internacionales previas asumidas por el Estado ecuatoriano.

Así, el art. 444 de la CRE contempla este mecanismo:

Artículo 444.- La asamblea constituyente solo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la presidenta o presidente de la república, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.¹³⁵

Para dicha convocatoria se requiere del mecanismo de consulta popular como instrumento de legitimación de tan severo cambio constitucional, en donde el pueblo exprese su voluntad mayoritaria, y luego designe a sus representantes quienes se encargarán de la elaboración de un nuevo texto constitucional.

Julio César Trujillo destaca:

El tercero contempla la reunión de una asamblea constituyente con miembros elegidos por el pueblo expresamente para ese efecto, siempre que, previamente, el pueblo se haya pronunciado por la reunión de la asamblea en la consulta popular que se convocará exclusivamente para ese efecto, por petición del presidente de la República, de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional o por el 12 % de los ciudadanos inscritos en el registro electoral. Estas modificaciones reciben el nombre de cambios y pueden tratar de cualquier materia, al extremo que se puede hablar de una nueva Constitución.¹³⁶

En consideración a la iniciativa, esta puede provenir del presidente de la república, del órgano parlamentario (con el voto de las dos terceras

¹³⁵ Ecuador, CRE de 2008, art. 444.

¹³⁶ Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 83.

partes de sus integrantes) o del propio pueblo, el último de aquellos deberá acreditar su legitimidad democrática mediante firmas de respaldo (12 % de firmas válidas del padrón electoral). Cabe indicar que, el texto final de la Constitución deberá ser aprobado mediante referendo por el pueblo ecuatoriano. Adicionalmente, se debe indicar, conforme lo determina el art. 443 de la Constitución, que la CCE realizará el control de constitucionalidad mediante dictamen, para lo cual, deberá verificar que la propuesta incluya la forma de elección de los representantes de la asamblea constituyente y todas las reglas electorales para la designación de constituyentes, siendo este mecanismo el que en mayor medida se adecua al componente dogmático de la teoría democrática de la Constitución ya que se debe contar con una aprobación popular de inicio referente a la convocatoria, y una aprobación posterior del pueblo mediante referendo.

Conforme lo expuesto podemos observar que dentro de los mecanismos formales expresos de modificación constitucional en Ecuador cada uno tiene sus propias características dependiendo la intensidad de la modificación, de su objeto, sus actores y los requisitos a observarse para que dichos cambios operen; así, se considera que el mecanismo más simple que contempla ligeras modificaciones al texto o artículos de la Constitución es la enmienda constitucional, misma que puede ser activada por el Presidente de la República, la ciudadanía con el respaldo del 8 % de personas inscritas en el registro electoral, o la tercera parte de miembros de la Asamblea Nacional, siempre que dichos cambios no impliquen una modificación a la estructura fundamental, el carácter y elementos constitutivos del Estado; no establezcan restricciones a los derechos y garantías, y que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución.

En cambio la reforma parcial se presenta como un mecanismo más complejo de modificación constitucional y aunque puede ser activado por los mismos sujetos que la enmienda, difiere de esta ya que en el caso de la iniciativa ciudadana solo requiere el respaldo del uno por ciento de firmas, o a su vez la de una resolución de la mayoría de integrantes de la Asamblea Nacional, y la limitación para que opere está dada por la no restricción a derechos y garantías constitucionales, y que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución.

Finalmente, el proceso más gravado de modificación es mediante una asamblea constituyente, la cual solo podrá realizarse mediante una consulta popular previa en donde se expedirá una nueva Constitución, la misma que al igual que los otros mecanismos formales expresos deberán ser legitimadas mediante referéndum por parte del pueblo ecuatoriano. Dicha aprobación popular es acorde con la corriente del nuevo constitucionalismo

democrático, impregnándose aquella en casi todos los procesos de modificación constitucional, a excepción de la enmienda de iniciativa parlamentaria; sin embargo, si atendemos a una interpretación sistemática y teleológica de los procesos de modificación constitucional determinaríamos que la aprobación de los cambios vía referéndum es el denominador común que garantiza la legitimidad de cualquier reforma constitucional.

Mutación constitucional

Finalmente, dentro de los mecanismos de modificación de una Constitución nos encontramos con la mutación constitucional, la misma que ha sido objeto de análisis en esta investigación, y que revela que los cambios constitucionales no solo operan mediante instituciones formales expresas, sino también a través de procedimientos implícitos o tácitos como es el caso de esta institución jurídica.¹³⁷

La mutación ha sido blanco de serios cuestionamientos, pues en gran medida permea máximas jurídicas como el principio de rigidez constitucional, toda vez que permite que a través de un mecanismo implícito operen transformaciones a determinadas instituciones jurídicas contenidas en la Constitución del Estado. Sin embargo, desde nuestra perspectiva la mayor objeción que se desprende de estas modificaciones implícitas está dada por la carencia de una legitimidad democrática, ya que dichos cambios no son objeto de aprobación por parte del pueblo.

Respecto al primer cuestionamiento, consideramos que la mutación constitucional es una institución que lejos de relativizar a la rigidez y supremacía de la Constitución, busca garantizarlas, pues con la mutación se pretende que esa norma suprema continúe teniendo eficacia dentro de una realidad social, y en lugar de dejar sin efecto una disposición normativa, vía hermenéutica se puede regular determinada institución jurídica sin modificar su contenido expreso.

En cuanto al segundo cuestionamiento, y el déficit democrático de las prácticas mutativas, observamos que atenta directamente a los postulados teóricos en los que se sustenta el Estado constitucional ecuatoriano; lo cual paradójicamente no implica que la misma no se encuentre operando en realidades como la ecuatoriana, así como que dadas las circunstancias coyunturales la misma no sea necesaria como un instrumento dinamizador al contenido material de las cartas supremas. De ahí que, la mutación

¹³⁷ Como lo destaca García-Atance, los procedimientos jurídicos para reformar los textos constitucionales “no agotan de ninguna manera las posibilidades de alteración del orden constitucional”. María Victoria García-Atance, *Reforma y permanencia constitucional* (Madrid: CEPC, 2002), 98.

permite que la norma constitucional goce de eficacia, atienda a problemas actuales y futuros de la sociedad, empero se la debe someter a límites y dotarle de una legitimidad popular.

Para ciertos autores como Julio César Trujillo señala que, la mutación constitucional es un mecanismo sencillo que permite garantizar las necesidades del pueblo:

Siendo la reforma un recurso extraordinario de actualización o acoplamiento de la Constitución a las nuevas realidades, la mutación, en cambio, es un método sencillo, lo maneja directamente el pueblo, el constituyente por excelencia, y consiste en que por la práctica reiterada o la interpretación aceptada por todos, legos y letrados, el texto constitucional adquiere un sentido diferente al que tenía en el pasado y de esta forma termina por legitimarse el cambio tanto como el que se sustenta en una reforma expresa y formal. En este caso, es el pueblo el que, en su quehacer cotidiano, sin otra explicación que las necesidades de la vida, cambia no el texto sino el significado y el alcance del precepto constitucional.¹³⁸

Al igual que los procesos de cambios formales, los cuales pueden ser totales, profundos o ligeros (asamblea constituyente, reforma parcial o enmienda), la mutación constitucional también tiene un nivel gradado de cambios.

Para autores como Fernando Castro Padilla, se puede hablar de la mutación constitucional desde dos perspectivas (en un sentido amplio y en un sentido restringido); en cuanto a la acepción de mutaciones en sentido amplio aquello implicaría desde una perspectiva sociológica aquellos casos en donde existe una incongruencia entre las normas constitucionales positivizadas y la realidad sociopolítica, lo cual implica dotar de validez a cualquier modificación; mientras que el criterio en sentido restringido implica una modificación de un precepto que haya alterado su significado sin que se cambie su expresión literal. En ambos casos se modifica el contenido de la norma constitucional sin recurrir a los mecanismos formales de reforma constitucional.¹³⁹

La mutación constitucional implica un mecanismo de modificación tácito a la Constitución, por lo que, a diferencia de los procedimientos reglados analizados anteriormente, aquí el ámbito de acción de la CCE se torna mucho más ambiguo e indeterminado, lo que *prima facie* le otorga

138 Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 80-1.

139 Sergio Díaz Ricci, *Teoría de la reforma constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 2004) 49 y 50. También Rogelia Calzada Conde, "Reflexiones en torno a la reforma constitucional", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fabriké Furió Ceriol*, n.º 5 (1993): 55 y ss.; y Fernando Castro Padilla, "El derecho internacional de los derechos humanos como factor condicionante de la reforma y mutación constitucional" (tesis doctoral, Universidad de Castilla, 2016), 339. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/9771>.

la facultad de modificar la Constitución debido a su competencia de ser el máximo intérprete de la norma suprema, con aquello, podría eventualmente evitarse todo un procedimiento desgastante política, económica y socialmente, mediante la expedición de sentencias con efectos *erga omnes* en donde se modifica tácitamente el propio texto de la Constitución; sin embargo, tan alta facultad implica también un riesgo dentro de un Estado democrático, es por ello que, se torna imprescindible establecer limitaciones a esta facultad de las cortes y tribunales constitucionales de mutar el contenido de los textos constitucionales, y se le debe dotar de mecanismos que permitan una posterior aprobación ciudadana.

Podemos colegir que en la realidad constitucional ecuatoriana otro de los mecanismos por el que opera la modificación a la Constitución es por medio de mutaciones constitucionales, existiendo posiciones a favor y en contra de esta institución jurídica, señalándose incluso que se trata de una modificación informal de la Constitución lo cual invalidaría dicho cambio; nosotros sin embargo, nos decantamos por la aplicación de la mutación constitucional vía hermenéutica como una práctica excepcional, que aunque se produce de manera implícita modificando tácitamente el contenido de la Constitución solo deviene en válida si se cuenta con una aprobación ciudadana posterior mediante un referendo.

El debate sobre la naturaleza contramayoritaria de la mutación constitucional ecuatoriana

En el ámbito doctrinario se ha analizado ampliamente el debate contramayoritario, también denominado dificultad contramayoritaria acuñando el término empleado por Alexander Bickel,¹⁴⁰ con relación a la falta de legitimidad democrática de los actores judiciales frente a la posibilidad de revisión de normas provenientes de órganos mayoritarios como el parlamento o la propia ciudadanía, y en el caso objeto de nuestro estudio la posibilidad de modificación del contenido de la Constitución por vía de la mutación.

En Latinoamérica Roberto Gargarella señala que, se acusa a los jueces de un “déficit democrático” al no provenir sus cargos de una elección popular directa,¹⁴¹ generando respuestas que eventualmente irían en contra de la regla de mayorías impuestas por los órganos políticos mayoritarios

140 Bickel al ser un defensor del control judicial justifica la revisión judicial de las normas; Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Nueva Haven: Yale University Press, 1986), 34-72.

141 Roberto Gargarella, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, comp. Rodolfo Vázquez (Ciudad de México: Fontamara, 2006), 216-7.

expresados en el parlamento; así para Gargarella, “Cuando niegan la validez de la ley, en efecto, los jueces sobreponen su autoridad sobre la voluntad política de la comunidad (expresada directamente o a través de sus representantes)”.¹⁴²

La misma dificultad contramayoritaria se ve expresada en consideración a las normas constitucionales, las cuales han sido aprobadas mediante un proceso democrático directo con referendos aprobatorios en donde la voluntad popular se ha visto expresada en el texto constitucional, y eventualmente pueden ser objeto de modificación por órganos que representan también estos intereses de las mayorías, mediante los procedimientos de reforma constitucional en sus distintas modalidades sujetas de igual forma a referendo aprobatorio; sin embargo, quien emprende en mutación de la Constitución es un órgano jurisdiccional como son las cortes y tribunales constitucionales, los cuales por lo general no tienen una legitimidad de origen ni tampoco someten al escrutinio popular sus decisiones.

El déficit de legitimidad democrática de la Corte Constitucional para emprender en modificaciones constitucionales

El Estado constitucional contemporáneo invita a superar la visión de la democracia plebiscitaria en donde el consenso de las mayorías políticas podría legitimar cualquier abuso, por un sistema en donde todas las actuaciones de los poderes públicos y de los particulares se encuentren limitados por los derechos y garantías, esto es a lo que Ferrajoli le ha dado por llamar “democracia constitucional”.¹⁴³

Es así como, dentro de las características del que se denomina un “nuevo paradigma garantista” para este autor cambia la naturaleza de la jurisdicción, en donde el juez se torna en crítico de las disposiciones normativas emanadas por parte de los órganos políticos mayoritarios, ya sea ejerciendo un control constitucional o a su vez reinterpretando las normas en un sentido material, garantizando por lo tanto, el ejercicio de los derechos fundamentales, con lo cual cambia el sentido mismo de la democracia mediante lo que se ha dado en llamar “la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales”.¹⁴⁴

142 Roberto Gargarella, *Las amenazas del constitucionalismo: Constitucionalismo, derechos y democracia* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2001), 15.

143 Luigi Ferrajoli manifiesta: “La esencia del constitucionalismo del garantismo, es decir, de aquello que he llamado ‘democracia constitucional’ reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder”. Ferrajoli, *La democracia constitucional*, 256-7.

144 *Ibid.*, 265-6.

Por lo que, dentro de la propuesta de democracia constitucional, desarrollada por Ferrajoli, los jueces constitucionales asumen un rol trascendental frente al ejercicio de protección de los derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de DD. HH., por lo tanto, las interpretaciones o reinterpretaciones que realicen deberán siempre enmarcarse en el respeto y protección de estos principios, legitimando de esta forma sus actuaciones.

Aquella realidad la podemos ver reflejada en el contexto ecuatoriano con el órgano de control constitucional por antonomasia como es la CCE, la misma que *prima facie* no goza de una legitimidad democrática de origen toda vez que su designación no obedece a un proceso plebiscitario de votación popular directa.

Es así que, para la designación de los miembros de la CCE, la Constitución de la República establece que la misma estará integrada por nueve juezas y/o jueces quienes serán designados por una comisión creada para este propósito, de ternas enviadas por las Funciones Ejecutiva, Legislativa y de Participación y Control Social.¹⁴⁵

Esto revelaría el alto componente político en cuanto a la designación de los miembros de este órgano de control constitucional, el mismo que dentro de la realidad ecuatoriana ha sido objeto de serios cuestionamientos por parte de la ciudadanía, *maxime* cuando no existe una postulación directa de los aspirantes a ser miembros de dicho organismo, sino que la postulación proviene de órganos políticos mayoritarios —ejecutivo y legislativo— y de la Función de Transparencia y Control Social, que a su vez ha sido también designada con un alto componente político. No obstante, aquella forma de designación, así como las competencias y atribuciones que se le ha encargado a la CCE provienen del propio mandato constitucional, el mismo que fue en su debido momento sujeto de aprobación popular vía referendo.

Lo antes manifestado, no exime a la CCE de carecer de una legitimidad democrática de origen, es por ello que dentro de sus atribuciones el constituyente ha dotado a este organismo de una serie de competencias, así como de prerrogativas como no estar sujetos sus miembros a procesos de fiscalización vía juicio político,¹⁴⁶ con lo cual se propende a que este órgano de control pudiese actuar sin ningún tipo de presión por parte de los órganos mayoritariamente políticos, otro mecanismo para garantizar una independencia frente a su actuaciones ha sido la durabilidad en sus

145 Ecuador, CRE de 2008, art. 434.

146 Ibid., art. 431.

funciones, estableciéndose períodos de nueve años para sus integrantes y renovaciones parciales cada tres años.¹⁴⁷

Sin embargo, en donde se verá reflejada su verdadera legitimidad será en el ejercicio de sus funciones en procura de defender los derechos y garantías consagrados en la CRE y en instrumentos internacionales de DD. HH. de ahí que, en la medida en que emprenda en dicha tutela sus actuaciones encontrarán una legitimación mediante una democracia sustancial de cara a los ciudadanos.

Aquella acometida, no obstante, ha encontrado también serios cuestionamientos en la realidad ecuatoriana, pues conforme se demostrará ejemplificativamente, en este trabajo de investigación la demora en la tramitación de las causas, así como la resolución de temas vinculados principalmente con aspectos procesales, u otros de corte político y no con la tutela de derechos han mermado la confianza ciudadana en este órgano de administración de justicia contramayoritario.

Ante este panorama, es menester establecer una salida que contribuya a la institucionalización de la administración de justicia constitucional, que vaya de la mano con una legitimidad de sus actuaciones, en la especie cuando se emprenda en mutaciones constitucionales. Así, una vez que se ha demostrado que teóricamente existe una legitimidad de ejercicio por parte de los órganos de administración de justicia constitucional en cuanto a ejercer un control y una posible modificación de los textos normativos adecuándolos a la realidad social imperante —en donde dichos cambios se adecuan a las necesidades materiales de la población y a la defensa de derechos y garantías constitucionales— se observa que es necesario emprender en dichas mutaciones, es así como la doctrina alemana trata a las modificaciones tácitas de la Constitución como “reformas materiales de la Constitución”.¹⁴⁸

Pedro de Vega, “no admite dudas que las reformas constitucionales tácitas poseen la misma validez y eficacia que las reformas expresas, en las que se determina el alcance de las mismas en relación con las normas constitucionales existentes [...]”.¹⁴⁹ En aquel sentido, el ámbito de validez de las mutaciones constitucionales en relación con el órgano que la emite *prima facie* son superadas, pues, las cortes y tribunales constitucionales ejercen su facultad interpretativa en función de las competencias expresas otorgadas por la propia Constitución, encontrándose formalmente legitimados

147 Ibid., art. 432.

148 Véase Hsü Dau-Lin, con relación a las modificaciones tácitas de la Constitución, citado por Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 163.

149 Ibid., 163.

para emprender en aquellas modificaciones, empero se requiere además dotarle a su accionar de una legitimidad democrática popular, siendo esta la propuesta que a lo largo del trabajo se esboza como el factor detonante para obtener mutaciones válidas.

Conforme lo expuesto, la institución de la mutación constitucional ha sido una práctica común en realidades europeas en gran medida debido a la extrema rigidez que sus ordenamientos constitucionales imprimen a la hora de modificar el contenido de la Constitución, lo que ha provocado que operen mecanismos implícitos o tácitos de cambios por medio de órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, en realidades como las latinoamericanas impregnadas de la corriente teórica del constitucionalismo democrático, dichas mutaciones al provenir de un órgano constituido carecerían de legitimidad, más aún considerando que en recientes constituciones como la ecuatoriana la aprobación del texto constitucional se lo hizo mediante referendo, por lo que dichos cambios deberían también contar con esta fuente de legitimidad.

El constitucionalismo ecuatoriano, no obstante tiene particularismos dignos de analizar debido a que conjuga elementos comunes de la teoría democrática de la Constitución, en cuanto al dinamismo y actualización constitucional mediante procedimientos que permiten una iniciativa popular para emprender en cambios constitucionales lo cual *prima facie* denotaría que en Ecuador, no se tiene miedo a la reforma constitucional, sin embargo, en la práctica se tornan en procesos complejos, lo cual ha generado que al igual que lo sucedido en Europa se emprendan en prácticas mutativas por parte de órganos jurisdiccionales, y es precisamente este ejercicio hermenéutico el que se analizará en el siguiente capítulo de esta obra.

Capítulo 2

LA CCE COMO CONSTITUYENTE PERMANENTE

*No olvidemos que es una Constitución lo que
estamos interpretando.*
Jhon Marshall¹⁵⁰

El Estado ecuatoriano al adoptar en el año 2008 una nueva Constitución, y consagrarse como un “Estado constitucional de derechos y justicia”¹⁵¹ asume un nuevo paradigma dentro de la configuración del constitucionalismo contemporáneo, pues la carta fundamental no solo adquiere las características de ser una norma suprema en el sentido material, sino que adicionalmente, los derechos en ella consagrados, así como los reconocidos en instrumentos internacionales de DD. HH., alcanzan una relevancia trascendental al constituirse en los pilares fundamentales del modelo de Estado vigente, pues todos los poderes públicos y particulares deberán propugnar su tutela y garantía.¹⁵²

A diferencia del Estado legal de derecho, el Estado constitucional denota una deconstrucción en muchas instituciones jurídicas, a través de la reconfiguración de sus actores sociales, siendo uno de ellos el poder judicial,¹⁵³ puesto que el modelo estatal vigente permite el surgimiento de un actor protagónico —el juez garantista— quien se convierte en el principal protector de los derechos reconocidos constitucionalmente, lo cual permite configurar un elemento trascendental dentro del nuevo paradigma estatal “ser un Estado de justicia”.¹⁵⁴

150 Jhon Marshall, caso “*McCulloch v. Maryland*”, 1819.

151 Ecuador, *CRE de 2008*, art. 1.

152 A esto según Ferrajoli, se lo conoce como la teoría de “límites y vínculos” dentro del paradigma constitucional. “Como ya he adelantado, dicho paradigma equivale, en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que estos sean, impuestas a los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio”. Ver Ferrajoli, *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*, 42.

153 Enrique Carpizo, *Del Estado legal al constitucional de derecho. Rasgos esenciales* (Ciudad de México: Porrúa, 2015), 18-9.

154 En su obra *El neoconstitucionalismo transformador*, Ramiro Ávila Santamaría muestra el cambio que ha sufrido el modelo estatal ecuatoriano, de un Estado excluyente hacia un Estado de justicia. “En suma la invocación del estado a la justicia no significa otra cosa que el

Siguiendo esta premisa, la CCE en su primera resolución determinó como rasgos característicos del Estado constitucional de derechos y justicia: la fuerza normativa de la Constitución, la aplicación directa de la misma, y el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derecho; determinando además la necesidad de una justicia constitucional autónoma e independiente que preserve la supremacía constitucional.

En aquel sentido, los operadores jurídicos adquieren una relevancia sin precedentes en la historia del constitucionalismo ecuatoriano, determinándose incluso vía jurisprudencia que los jueces ordinarios cuando conocen de acciones constitucionales se alejan de su rol de jueces de legalidad, adquiriendo la categoría de jueces constitucionales. Así lo expuso la Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT), en su sentencia de precedente constitucional obligatorio n.º 001-10-PJO-CC, dentro del caso n.º 0999-09-JP:

3.3. La Corte Constitucional, tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores, determina que los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de las causas, sea la Corte Constitucional.

En virtud de lo expuesto, todos los jueces del país adquieren un papel protagónico para tutelar derechos constitucionales, actuando por medio de las garantías jurisdiccionales. No obstante, existen dentro de la justicia constitucional, intérpretes privilegiados que tienden a interpretar el contenido formal y material de las constituciones de manera primigenia; estos actores dentro de la realidad jurídica ecuatoriana son los jueces y juezas de la CCE.

Es así como hace su aparición en el contexto jurídico actual la CCE, la cual manteniendo los clivajes del control concentrado de constitucionalidad europeo,¹⁵⁵ se convierte *prima facie* en un órgano colegiado especializado que controla los actos normativos provenientes del legislador, sin

resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, tanto en los casos concretos como en lo concerniente a una organización social y política justa. La justicia en este contexto, tiene que ver con la finalidad que debe cumplir el Estado y el resultado que debe obtener...". Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, 157-8.

155 El sistema de control concentrado de constitucionalidad nace en Europa a partir de la creación de los Tribunales Constitucionales de Austria en el año 1920, Liechtenstein en el año 1921, España en el año 1931, Alemania en el año 1949, y Turquía en 1961. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987), 246.

embargo, acorde con la visión de un activismo judicial,¹⁵⁶ estos órganos especializados —cortes y tribunales constitucionales—, no solo que conocen de acciones propias de un control abstracto de constitucionalidad, sino que incluso dentro de sus competencias se encuentra el conocimiento de determinadas garantías jurisdiccionales.

En el ámbito de las funciones cada vez más amplias que se brinda a las cortes y tribunales constitucionales, estos ya no solo que convergen en un juego de legislador negativo, sino que en aras de garantizar los derechos de las personas, y en el caso ecuatoriano también de la naturaleza, aquella tarea puede ir más allá y ejercitar verdaderos cambios al sentido material del derecho, los cuales en el ámbito legal se ven expresados a través de la institución de la interpretación conforme al texto constitucional,¹⁵⁷ y en el ámbito de la constitucionalidad con reglas jurisprudenciales y/o con modificaciones tácitas a su contenido —mutaciones constitucionales—.

Aquella acometida denota la necesidad imperiosa de que estos órganos especializados emprendan en acciones tendientes a garantizar la adecuación y correcta aplicación de la Constitución dentro de la realidad social imperante, ejercicio que se torna imprescindible para una correcta democracia, no obstante, aquel papel también puede caer en actuaciones que impliquen discrecionalidad o arbitrariedad judicial, pues al constituirse estas cortes y tribunales constitucionales en órganos de cierre del sistema constitucional de un país, sus actuaciones vía hermenéutica en ocasiones pueden constreñir con las necesidades sociales mayoritarias.

En el presente capítulo se analizarán diversas acciones de conocimiento de la CCE, con el objeto de demostrar mediante su jurisprudencia, las mutaciones constitucionales en las que ha emprendido este organismo a la Constitución de la República vigente, realizándose una comparación entre

156 Ricardo Guastini respecto al activismo judicial sostiene: “La doctrina del activismo judicial (*judicial activism*) se inspira, ya sea en el valor de la congruencia del derecho con la conciencia social; ya sea en una meta ética utilitarista (tarea de los jueces es favorecer la mejor distribución de los recursos); en el deber constitucional de los jueces de proteger los derechos de los ciudadanos (así como los derechos de las minorías) contra las mayorías políticas; o en otros valores que es difícil identificar. Esta doctrina sugiere a los jueces una interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual: en otras palabras, favorece la ‘libre creación’ del derecho constitucional por parte de los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que los jueces solo pueden identificar mediante sus sentimientos de justicia [...]”. Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008), 64-5.

157 Para Eduardo García Enterria: “La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directo o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”. Ver García Enterria, *La Constitución como norma jurídica*, 102.

las acciones e instituciones planteadas inicialmente por el constituyente, y el alcance material que le ha dado en la actualidad la administración de justicia constitucional a dichos procesos por medio de la hermenéutica.

Aplicación de las mutaciones constitucionales en la realidad jurídica ecuatoriana

Conforme se ha destacado en el capítulo anterior, la mutación constitucional es una institución que permite la adaptación histórica de una Constitución, lo cual obedece a la dinámica social y a la realidad en la que una sociedad se desenvuelve. Dentro de aquella perspectiva, si bien las mutaciones se emprenden vía hermenéutica, no obstante, pueden existir distintos organismos que realicen esta tarea interpretativa —órganos ejecutivos, legislativos y jurisdiccionales—; empero o dentro de los Estados constitucionales existe un intérprete privilegiado que tiende dentro de los modelos constitucionales vigentes a determinar modificaciones valederas; estos órganos son las cortes y tribunales constitucionales.

Para la aceptación del conglomerado, los órganos jurisdiccionales, y en la especie la CCE debe emprender en un proceso de adaptación pragmática del contenido de la Constitución a las necesidades sociales imperantes, tornándose en muchas ocasiones este órgano en un ente que complementa el trabajo que pudo haber dejado inconcluso el constituyente originario, o a su vez modifica su contenido con el fin de satisfacer de mejor forma el objetivo principal de este modelo de Estado como es la tutela y protección del régimen democrático y de los derechos constitucionales.

Esta tarea no obstante, resulta novedosa en la realidad jurídica ecuatoriana, pues si bien el control concentrado de constitucionalidad hace su aparición en Ecuador con el Tribunal de Garantías Jurisdiccionales (TGCJ)¹⁵⁸ en 1945, y posteriormente en 1996 con un TC,¹⁵⁹ es mediante la CRE de 2008,

158 El art. 159 de la Constitución de 1945 crea el TGC. El art. 160, por su parte, establece cuáles son las atribuciones o competencias de los miembros de este tribunal entre las que encontramos: 1. velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, en especial de las garantías constitucionales; 2. dictaminar sobre la inconstitucionalidad de los proyectos de ley, y 3. suspender la vigencia de una ley o decreto considerados inconstitucionales por un juez hasta que el Congreso dictamine acerca de ello. De la lectura de estas atribuciones, claramente se deduce que desde 1945, cuando se implantó por primera vez en Ecuador una primera versión de control de constitucionalidad en sentido estricto, esta función era compartida por el TGC y los jueces ordinarios que en caso de encontrar una norma inconstitucional debían suspender el proceso y consultar al TGC el cual debía decidir en un plazo de 45 días.

159 Las reformas a la Constitución de 1979 trajeron consigo la creación del TC, en reemplazo del Tribunal de Garantías Constitucionales, posteriormente el TC fue incorporado en el texto de la CPE de 1998, en su art. 275.

que por medio del advenimiento del Estado constitucional de derechos y justicia, y a través de la creación de la CCE que este rol de la justicia constitucional adquiere gran importancia, al convertirse en el intérprete prioritario de la Constitución, pues el constituyente, y luego el pueblo mediante el referendo aprobatorio del texto constitucional le dota a este organismo de una serie de facultades para cumplir su tarea garantista en el ámbito de la defensa de la democracia, la supremacía constitucional y de los derechos constitucionales en ella consagrados.

Conforme lo determina el art. 429 de la CRE, la CCE se convierte en “el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”,¹⁶⁰ de esta forma se supera el atavismo de supremacía legislativa dentro de la tarea de interpretación constitucional, pues como se debe recordar bajo la CPE de 1998 y sus predecesoras, el parlamento era quien tenía en sus manos la interpretación auténtica de la Constitución y la ley,¹⁶¹ lo cual en el ámbito pragmático generó una preeminencia de lo político por sobre lo jurisdiccional¹⁶² generando serias contradicciones de las actuaciones legislativas con el contenido de la Constitución, ya que el Congreso de aquella época expidió varias leyes que fueron abiertamente inconstitucionales.¹⁶³

Este poder de decir lo que es el derecho, se ve complementado con el de constituirse en el órgano de cierre de la administración de justicia en el país, pues conforme lo determina el art. 440 de la Constitución de la República, las decisiones de la CCE son definitivas e inapelables,¹⁶⁴ lo cual denota claramente que los pronunciamientos que adopta este organismo gozan de una gran trascendencia dentro del sistema constitucional ecuatoriano.

160 Ecuador, *CRE de 2008*, art. 429.

161 En el art. 284 de la CPE de 1998, se determinaba: Artículo 284.- “En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio...”. Ecuador, *CPE*, art. 284.

162 Sagüés analizando la realidad ecuatoriana con relación a la CPE de 1998 señala: “Otra Constitución entusiastamente ‘interpretativista’ en este tema es la de Ecuador (art. 130, inc. 4), cuando alerta que el Congreso puede ‘reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria’. Entre las competencias del TC no figura de modo expreso la facultad de controlar tales leyes interpretativas (art. 276). Esto ha llevado a sostener que en Ecuador la interpretación que realiza de la Constitución el TC ‘no es de última instancia, pues se debería someter a la interpretación que realice de manera auténtica la Legislatura’. Ver Néstor Pedro Sagüés, “El congreso como intérprete de la Constitución”, en *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, coords. Diego Valadés y Antonio María Hernández (Ciudad de México: UNAM, 2003), 304.

163 Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en el Ecuador* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 56.

164 Ecuador, *CRE de 2008*, art. 440.

Mutaciones en acciones constitucionales de competencia de la CCE

En el caso ecuatoriano, la CRE de 2008, trae aparejada una importante y trascendental institución como es la CCE, la misma que no solo adquiere una relevancia inusitada con relación a su antecesor el TC ecuatoriano, sino que dentro del modelo de Estado constitucional vigente, asume la competencia de ser el máximo órgano de interpretación y administración de justicia constitucional en el país; aquello se ve complementado con una serie de nuevas facultades atribuidas a este órgano especializado, debiendo *prima facie* destacarse dentro de su accionar dos tipos de actividades jurisdiccionales: por una parte, su competencia dentro de procesos de control de constitucionalidad; y, por otra parte, su competencia dentro de procesos de garantías jurisdiccionales.

A continuación, con fines didácticos se realizará una división de estas dos grandes competencias atribuidas a la CCE —control constitucional y garantías jurisdiccionales—, contrastándolas con la institución de la mutación constitucional expuesta en el capítulo anterior, con el objeto de demostrar como vía hermenéutica este órgano especializado ha ido cambiando el sentido material en cuanto a la aplicación de algunas de estas acciones constitucionales, para lo cual se tomará como universo de análisis exclusivamente las acciones y casos emblemáticos en donde a nuestro criterio ha operado dicha modificación tácita de la Constitución de la República.

Mutaciones constitucionales dentro del control constitucional

Conforme se ha expresado a lo largo de esta investigación, dentro de un modelo de Estado constitucional, ninguna actuación de los poderes públicos o de los particulares puede quedar exenta del control de constitucionalidad; en palabras de Manuel Aragón Reyes, surge así, la figura del control como un elemento inseparable del concepto de Constitución.¹⁶⁵

Dentro de la teoría del control, todos los actos normativos al momento de su producción además de los requisitos formales que legitiman su expedición, deben observar preceptos constitucionales y convencionales para que los mismos adquieran condiciones de validez y vigencia, dentro

¹⁶⁵ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control* (Bogotá: UEC, 1999), 15.

de una democracia sustancial,¹⁶⁶ en donde las normas válidas serán solo aquellas que se adecuen a la normativa constitucional vigente.

Así, el control de constitucionalidad pretende que todas las normas que integran un ordenamiento jurídico estatal guarden armonía con la Constitución. Aquello denota que, dentro de los sistemas de control de constitucionalidad de las normas, existan órganos que se encarguen de llevar adelante esta misión, existiendo un fuerte debate respecto al mecanismo óptimo para lograr un eficiente control; surgieron así sistemas difusos,¹⁶⁷ concentrados,¹⁶⁸ y mixtos de control de constitucionalidad,¹⁶⁹ todos ellos en manos de operadores de justicia.

En este orden de ideas, otra de las grandes competencias que ha asumido la administración de justicia constitucional, y en la especie, la CCE se encuentra determinada por medio del control de constitucionalidad. Este órgano jurisdiccional ejerce la tarea prioritaria de realizar un control de constitucionalidad de actos provenientes de las distintas entidades encargadas de producir normativa jurídica en el país.

De esta forma se configura en nuestro marco constitucional el modelo europeo de control constitucional, que se caracteriza por ser concentrado, toda vez que un solo órgano especializado —Corte, Tribunal Constitucional (TC), Sala de lo Constitucional, etc.— es quien ejerce el monopolio del control de constitucionalidad de las normas.

166 Luigi Ferrajoli, respecto a la validez de las normas jurídicas dentro de un Estado constitucional destaca: “Cambian en primer lugar las condiciones de validez de las leyes, que dependen del respeto ya no solo de normas procedimentales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia con los principios de justicia establecidos en la constitución”. Ver Ferrajoli, “La democracia constitucional”, 261.

167 Este sistema permite que todos los jueces realicen un control de constitucionalidad de las normas; para Néstor Pedro Sagüés “Sabido es que, en sus rasgos más generales, el régimen norteamericano realiza un control de constitucionalidad difuso, también llamado desconcentrado. Cualquier juez del Poder Judicial, de cualquier fuero (civil, comercial, penal, laboral, etc.) como regla, puede declarar en un proceso la inconstitucionalidad de las normas”. Véase Néstor Pedro Sagüés, “Justicia constitucional y control de la ley en América Latina”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, coord. Luis López Guerra (Quito: CEN, 2002), 172.

168 Con respecto a este sistema cabe destacar que su mentalizador es Hans Kelsen quien destaca: “Ee este sistema, la tarea de control se encuentra a cargo de un órgano específico, que en algunos países suele ser el Tribunal o Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia o una de sus Salas; los cuales, mediante una suerte de especialización en materia constitucional, concentran para sí el ejercicio del control constitucional de las normas. De ahí que la primera variable de este sistema concentrado está dada por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales”. Masapanta, *Jueces y control difuso de constitucionalidad*, 18.

169 Néstor Pedro Sagüés, señala que “actualmente, un gran número de países de Latinoamérica ha instrumentado sistemas mixtos o duales de control de constitucionalidad: ellos son una mezcla del sistema difuso, al estilo norteamericano, y sistemas concentrados, más o menos parecidos al creado por Hans Kelsen”. Ver Sagüés, “Justicia constitucional y control de la ley en América Latina”, 177.

Manuel Aragón Reyes atribuye como características de este modelo concentrado de control constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas y el efecto *erga omnes* que un pronunciamiento de las cortes y/o tribunales constitucionales genera:

[E]l modelo europeo, también llamado kelseniano por la innegable autoría que sobre él tuvo ese extraordinario jurista, se articula mediante un tribunal especial (Tribunal Constitucional) distinto de los órganos que ejercen la jurisdicción ordinaria, Tribunal al que se le atribuye el monopolio (jurisdicción concentrada) de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, dotándole además, a esa declaración de efectos generales (*erga omnes*), de tal manera que, en lugar de la inaplicación al caso, la apreciación de la inconstitucionalidad de la norma supone su anulación. Precisamente por esa función depuradora del ordenamiento que en este tipo de control se realiza, el TC aparece, en parte como un “legislador negativo” [...].¹⁷⁰

No obstante, a pesar de seguirse el modelo constitucional concentrado en el ámbito del control constitucional, el dinamismo que caracteriza al derecho constitucional, ha permitido que las cortes y tribunales constitucionales ejerzan funciones que vayan más allá de un simple “legislador negativo”, expulsando las normas infraconstitucionales del ordenamiento jurídico si aquellas no guardan armonía con el texto constitucional, generándose la institución de la interpretación conforme, y la modulación de las sentencias constitucionales, por medio de las cuales se permite que la norma siga existiendo pero para armonizarla con el contenido de la Constitución, los jueces especializados pueden modificar el contenido de la norma, de esta forma se garantiza el principio de conservación del derecho, como una muestra del respeto de la justicia constitucional a la democracia expresada en la norma producida por el legislador, y que expresa la voluntad mayoritaria del soberano.

Dentro de las competencias establecidas en la CRE, a la CCE, en el ámbito del control constitucional, destacan el control abstracto de constitucionalidad —*a priori* y *a posteriori*—; y, el control concreto de constitucionalidad, instituciones sobre las cuales este organismo ha efectuado modificaciones con relación a su objeto y naturaleza jurídica; debiendo destacar que el estudio realizado se circunscribe específicamente a las acciones en las cuales la CCE ha efectuado dichas modificaciones al contenido de la Constitución; puesto que existen acciones de control constitucional sobre las cuales no ha operado dicho cambio, resultando inoficioso su análisis dentro de la temática planteada en esta investigación.

170 Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional*, 327.

El estudio de las mutaciones constitucionales dentro del control constitucional emprendido por la CCE, lo realizaremos en relación con las instituciones de la IO, y consulta de norma (CN), toda vez que, sobre este tipo de acciones, la CCE ha mutado su objeto conforme lo demostraremos en las líneas siguientes.

Mutaciones constitucionales emprendidas por la CCE en la inconstitucionalidad por omisión

Una de las competencias que tiene la CCE en el nuevo paradigma constitucional garantista, es el conocimiento de inconstitucionalidades frente a omisiones en las que incurran las instituciones o autoridades públicas estatales, cuando inobservaren total o parcialmente, mandatos expresos de la Constitución, o a su vez cuando se superen los plazos previamente establecidos para el cumplimiento de determinada disposición constitucional.

José Julio Fernández Rodríguez, refiriéndose a la institución de la IO señala:

Conceptualizamos esta figura como la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación. La concurrencia de los distintos elementos que acabamos de plasmar (inacción del poder legislativo, transcurso de un importante período temporal, concreta exigencia constitucional de actuar e ineficacia) son imprescindibles para la configuración de una situación verdaderamente inconstitucional que vaya más allá de la simple ausencia de normativa que no supondría una agresión a la Ley Fundamental.¹⁷¹

Conforme se puede observar esta institución del derecho constitucional implica una inobservancia a un deber expreso que nace de la Constitución, lo cual puede ir en detrimento del desarrollo de derechos constitucionales, así como de la propia eficacia de la Constitución como norma de cumplimiento obligatorio.

Respecto a la IO,¹⁷² el art. 436, num. 10 de la CRE determina:

Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

171 José Julio Fernández Rodríguez, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión", en *Inconstitucionalidad por omisión*, coord. Víctor Bazán (Bogotá: Temis, 1997), 123.

172 Hernández Valle define a la IO en los siguientes términos: "la abstención del legislador para desarrollar los preceptos constitucionales, a la vez que la distingue de la laguna del derecho, a diferencia de la cual, la omisión sería siempre el incumplimiento de una obligación". Rubén Hernández Valle, *Derecho procesal constitucional* (San José de Costa Rica: Editorial Juricentro, 1995), 347.

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

La omisión en términos generales implica la no ejecución de determinadas actividades por parte de un sujeto, quien teniendo la obligación jurídica de hacerlo es renuente a dar cumplimiento a aquel mandato. Aquello se torna más complejo cuando el mandato es expreso y proviene de la propia CRE.

En palabras de Gomes Canotilho, la IO puede ser entendida como “el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos”.¹⁷³ En este sentido, la CCE, como guardián de la supremacía constitucional, tiene en sus manos el deber de hacer cumplir los preceptos constitucionales, cuando los mismos impliquen una obligación expresa que nace de la propia carta fundamental, dirigida hacia instituciones o autoridades públicas; debiendo de igual forma hacer cumplir los plazos y términos expresamente establecidos para el efecto, o a su vez en caso de inexistencia de un plazo, debiendo otorgar un plazo razonable para que emita el acto omitido.

Adicionalmente, el constituyente ecuatoriano ha determinado que, si la omisión persistiese, la propia CCE deberá provisionalmente expedir la norma o ejecutar el acto que hubiese sido omitido, lo cual denota la importancia de la justicia constitucional dentro del rol garante de los derechos y la supremacía de la Constitución.

En mérito de lo expuesto nos encontramos con una importante institución jurídica como es la IO, la cual garantiza formal y materialmente la supremacía del texto constitucional; así, desde una perspectiva formal implica el respeto a lo dispuesto por parte del constituyente, tutelando el principio de seguridad jurídica y la fuerza normativa de la Constitución; y en el sentido material permite que los derechos reconocidos en la carta fundamental, que requieran un desarrollo posterior por parte de determinados órganos o autoridades puedan ser concretizados mediante un acto normativo específico.

Aquello denota una vez más como dentro del sistema constitucional ecuatoriano, los derechos no pueden quedar en indefensión por carencia de normativa, *maxime* cuando existe la obligación del órgano parlamentario de emitir normativa que garantice su protección, y en caso de producirse

173 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 4.^a ed. (Coimbra: Livraria Almedina, 1987), 829.

aquella omisión la CCE debe subsanarla emitiendo la normativa pertinente de forma provisional mientras se expide la norma, determinando además las respectivas responsabilidades de las instituciones o autoridades que no hubieren cumplido un mandato expreso de la Constitución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

Mutación de la inconstitucionalidad por omisión absoluta

La IO permite el cumplimiento de mandatos constitucionales que contienen obligaciones de hacer —producción normativa— dirigida hacia determinadas autoridades públicas, lo cual permite la protección de la seguridad jurídica, toda vez que este principio implica el respeto a las normas constitucionales previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes, y en caso de incumplirse sus mandatos expresos, ya sea por no haberse expedido la norma o por haberlo hecho de forma incompleta, operaría dicha omisión.

Dentro de la realidad ecuatoriana, nos encontramos con jurisprudencia de la CCPT que a nuestro criterio muta el objeto de esta institución jurídica tornándola inoperativa respecto a omisiones legislativas.

Se ha destacado que uno de los elementos que permite configurar la omisión legislativa es el no cumplimiento del plazo para la creación de la norma por parte del parlamento, lo cual se ve agravado cuando dicho tiempo se encuentra expresamente establecido dentro de la norma constitucional, o a su vez la abstención absoluta de emitir dicha normativa.

La Constitución ecuatoriana dentro del régimen de transición estableció distintas disposiciones mediante las cuales se disponía a órganos públicos que emprendan en actividades tendientes a hacer viable el contenido de la nueva carta fundamental; a manera de ejemplo encontramos lo que dispone la primera disposición transitoria de la CRE,¹⁷⁴ en donde se determina que la Asamblea Nacional en el plazo máximo de 120 días contados desde la entrada en vigencia de esta Constitución aprobará la ley que desarrolle el Régimen de Soberanía Alimentaria, la Ley Electoral, la Ley Reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS); y en el plazo máximo de 360 días, se aprobarán las leyes que regulen el funcionamiento de la CCE y los procedimientos de control constitucional, recursos hídricos y aprovechamiento del agua, participación ciudadana, comunicación, educación, el servicio público, la defensoría pública, el registro de datos, la descentralización territorial, Ley Penal y procedimiento penal, y seguridad pública y del Estado.

¹⁷⁴ Cfr. Ecuador, *CRE de 2008*, disposición transitoria primera.

Como se puede observar, el constituyente ecuatoriano estableció un período de tiempo expreso de 120 y 360 días dentro de los cuales el parlamento debía expedir las normas antes enunciadas, pues dichas normas permitirían la debida aplicación de los derechos consagrados en la entonces nueva CRE.

Ahora bien, estos plazos no fueron observados por parte del parlamento ecuatoriano, el cual no emitió las normas antes descritas una vez fenecido el tiempo establecido en la Constitución, frente a lo cual se planteó una acción de interpretación constitucional ante la CCE, con el objeto de establecer si la Asamblea Nacional (parlamento ecuatoriano) había incurrido en una omisión vulnerando disposición constitucional expresa.

Frente a esta posible omisión legislativa, la CCE mediante la sentencia interpretativa n.º 0001-09-SIC-CC se pronunció estableciendo que:

1. Los plazos establecidos en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República deben contarse a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República, es decir, del 20 de octubre de 2008, día de su publicación en el Registro Oficial 449.

2. La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos establecidos por la norma constitucional transitoria; por el contrario, el poder del legislador de aprobar leyes es una atribución específica, propia de su esencia que permanece vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana

3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.¹⁷⁵

En aquel sentido, a criterio de la CCE, mediante una sentencia que tiene el carácter de *erga omnes*, se determinó que las atribuciones del legislador ecuatoriano no se extinguen por el paso del tiempo, y por lo tanto, aquel puede expedir las normas determinadas en la disposición transitoria cuando lo considere pertinente. De igual forma estableció que dada la naturaleza de la disposición transitoria, las mismas al haber ya transcurrido el tiempo establecido en la Constitución ya no se encuentran vigentes por lo que no amerita una omisión legislativa.

De acuerdo con lo expuesto podemos observar que, mediante esta regla jurisprudencial de la CCE, prácticamente se extingue la IO legislativa absoluta, puesto que da vía libre para que el legislador emita las leyes que imperativamente establece la Constitución en cualquier tiempo, lo cual denota un menoscabo al principio de supremacía constitucional por parte de la propia CCE.

175 Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia n.º 0001-09-SIC-CC", en *Caso n.º 0019-09-IC*, 25 de febrero de 2010.

Este criterio ha sido recogido y ratificado en la línea jurisprudencial de la CCE reiterada en casos asociados a las inconstitucionalidades por omisiones legislativas absolutas.¹⁷⁶ Un ejemplo de aquello se lo observó en las sentencias n.º 001-11-SIO-CC, caso n.º 0005-10-IO; y, n.º 0001-13-SIO-CC, caso n.º 0001-11-IO acumulados, en donde citando el criterio expuesto en la decisión *ut supra* señaló:

La Corte Constitucional, dentro del caso n.º 0019-09-IC, publicado en el Registro Oficial 159 del 26 de febrero de 2010, expidió la sentencia interpretativa n.º 0001-09-SIC-CC, por medio de la cual, en la parte resolutive se dispone [...] 2. La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos por la norma constitucional transitoria; por el contrario, el poder del legislador de aprobar las leyes es una atribución específica, propia de su esencia que permanece vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo una importante participación ciudadana.¹⁷⁷

En esta sentencia además la CCE señala que la IO será la última *ratio*, debiendo la Corte siempre exhortar al órgano competente para que dicte la norma en un plazo razonable.¹⁷⁸

Conforme se ha expuesto, esta jurisprudencia modifica el sentido que el constituyente le otorgó a la institución de la IO contemplada en el art. 436, num. 10 de la Constitución, toda vez que aquella norma obliga a cumplir los mandatos contenidos en la norma constitucional dentro de los plazos previamente establecidos. Sin embargo, en la sentencia n.º 0001-09-SIC-CC la CCE al determinar que la competencia de la Asamblea Nacional para expedir, codificar, reformar y derogar leyes no se limita por el vencimiento de los plazos establecidos por la norma constitucional transitoria modifica tácitamente el mandato constitucional, pues bajo esta interpretación de la Corte con efecto *erga omnes* el órgano parlamentario no incurre en omisión absoluta cuando emitiera una norma fuera de los plazos establecidos en el texto constitucional vigente o en su defecto cuando no lo hiciere.

A continuación, se describirán los casos en donde la CCE ha modificado tácitamente a la institución de la IO absoluta en relación con lo previsto inicialmente por el texto constitucional, para ello, en primera instancia se analizará la sentencia hito que ha permitido dicha mutación, la misma que se presentó dentro de una acción de interpretación constitucional.

176 Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia n.º 001-11-SIO-CC", en *Caso n.º 0005-10-IO*, 26 de enero de 2011. Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia n.º 001-13-SIO-CC", en *Caso n.º 0001-11-IO acumulados*, 28 de febrero de 2013.

177 Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia n.º 001-11-SIO-CC", en *Caso n.º 0005-10-IO*, 26 de enero de 2011.

178 *Ibíd.*

Conforme se expresó anteriormente, mediante la sentencia interpretativa n.º 0001-09-SIC-CC, dentro del caso n.º 0019-09-IC, la CCPT resolvió una acción de interpretación constitucional presentada por una legisladora ecuatoriana,¹⁷⁹ quien solicitó se interprete el contenido de la primera disposición transitoria de la CRE, la misma que establece los plazos de 120 y 360 días para que el órgano legislativo expida el conjunto de leyes determinadas en esta norma constitucional.

A criterio de la legisladora, la Asamblea Nacional, a esa época solo había expedido cuatro leyes, incumpliendo *prima facie* con el mandato constitucional, señalando que la ampliación de dicho plazo involucraría una “abrogación de funciones, cuando precisamente lo que se precautela es que el desarrollo de las leyes se realice bajo la amenaza de la inconstitucionalidad por omisión”.¹⁸⁰

Para la solución del presente caso la CCPT establece los siguientes problemas jurídicos: “1. ¿Cuál es el sentido razonable de la Disposición Transitoria Primera de la CRE?; y, 2. ¿Cuál es el objeto que persigue la solicitud de interpretación constitucional?”.

En cuanto al primer problema jurídico planteado, la CCPT destaca entre sus argumentos la supremacía constitucional, señalando que de manera integral forman parte de la Norma Fundamental todos sus componentes: preámbulo, normativa contenido en los artículos, disposiciones transitorias, y disposiciones derogatorias:

La Constitución debe ser entendida como un todo integral, compuesta por el Preámbulo, sus normas estructuradas en títulos y capítulos, las disposiciones transitorias y derogatorias. En este sentido, el constituyente aprobó un conjunto de disposiciones, contenidas en un solo cuerpo, denominado CPE; por tanto, la Constitución no es una sola norma, sino un conjunto de normas “fundamentales” que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico.¹⁸¹

Destaca también que, los plazos contemplados en la disposición transitoria primera de la CRE objeto de la acción presentada (120 y 360 días para que el legislador desarrolle las normas), correrán a partir de la entrada en vigencia de la norma suprema.¹⁸²

179 La acción de interpretación constitucional fue presentada el 14 de octubre de 2009, ante la CCE por la doctora Lourdes Tibán.

180 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 0001-09-SIC-CC”, en *Caso n.º 0019-09-IC*, 25 de febrero de 2010.

181 *Ibíd.*

182 Al respecto la Corte Constitucional señala: “Conforme lo expuesto, el plazo para la aprobación de la ley que desarrolle el Régimen de Soberanía Alimentaria, la Ley Electoral, la Ley Reguladora de la Función Judicial, la Ley del Consejo de la Judicatura y la ley que regula el CPCCS, es de 120 días contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, esto es, el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial 449. Adicionalmente, el plazo máximo de 360 días establecido por mandato constitucional para la aprobación de un conjunto de leyes,

Hasta ahí no existe mayor aporte por parte de la CCE, pues determina claramente el alcance que tiene dicha disposición, más aún considerando la fecha exacta de entrada en vigencia de la CRE y los plazos perentorios que la norma interpretada establece (120 y 360 días) para la aprobación de las leyes detalladas *ut supra* por parte del parlamento.

No obstante, a renglón seguido, la CCE emite un argumento que a nuestro criterio deviene en contradictorio, pues pese a haber destacado que la disposición transitoria primera es norma constitucional, y como tal goza de las características de supremacía y exigibilidad, desconoce esta fuerza vinculante de la norma constitucional al determinar que la norma establece un “plazo prudente” para la aprobación de leyes pero no obligatorio, lo cual es equívoco pues la norma es clara al determinar plazos expresos; y posteriormente señala que el no cumplimiento del dicho plazo no implica que haya caducado la facultad del legislador para emitir la normativa legal respectiva.

Es así como en la sentencia n.º 0001-09-SIC-CC, dentro del caso n.º 0019-09-IC, la CCE determina que la facultad de legislar no puede verse limitada por una disposición transitoria constitucional:

Sin embargo, el mandato contenido en la referida disposición transitoria establece un lapso prudente, a juicio del constituyente, para la aprobación de un conjunto de cuerpos legales necesarios para adaptar o desarrollar los preceptos constitucionales, en su afán de procurar que el tránsito a un Estado constitucional de derechos y justicia se realice con relativo orden; pero ello no significa que al haber fenecido el mencionado plazo haya también caducado la potestad del legislador de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio, conforme lo menciona la accionante al considerar que las leyes que expida la Asamblea Nacional fuera del plazo establecido en la Constitución están viciadas de nulidad. Todo lo contrario: la Función Legislativa ejercida por la Asamblea Nacional por mandato constitucional tiene plena atribución para dictar normas de naturaleza legislativa, es decir, disposiciones escritas de carácter general. En otras palabras, la primera función de la Asamblea Nacional conforme la cláusula de competencia establecida en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución es legislar, potestad que no se ve limitada por mandato del poder constituyente al establecerse plazos para la expedición de ciertas normas legales; lo que ocurre es que el constituyente señaló ciertos mandatos de optimización para normar la transición a un nuevo modelo de Estado constitucional y democrático de derechos. De esta forma, nos encontramos frente a una facultad que no es posible desligar del poder legislativo porque es connatural a él.¹⁸³

necesarias para el desarrollo de la Constitución, corre a partir de la misma fecha, es decir, del 20 de octubre de 2008”. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 0001-09-SIC-CC”, en *Caso n.º 0019-09-IC*, 25 de febrero de 2010.

183 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 0001-09-SIC-CC”, en *Caso n.º 0019-09-IC*, 25 de febrero de 2010.

Como se puede observar, la CCPT emite un argumento que no tiene relación con la norma cuya interpretación se planteó, toda vez que señala que el campo de acción del legislador no se puede ver limitado por el mandato del poder constituyente, pese a existir plazos claramente definidos; complementa su argumento señalando que dada la naturaleza de la disposición transitoria, al haber fenecido el tiempo establecido en la norma constitucional, la misma dejó de tener vigencia, y por lo tanto, no cabe ser invocada, ni esperar que la misma produzca efectos materiales. Es decir, relativiza la fuerza normativa de las disposiciones transitorias y el mandato constituyente expreso; esto se ve expresado en la sentencia n.º 0001-09-SIC-CC, interpretando que los plazos contenidos en la referida disposición transitoria se extinguieron y por lo tanto perdió vigencia, sin que produzca efectos materiales hacia el legislador:

Adicionalmente, cabe señalar que la vigencia formal y material de la Disposición Transitoria Primera, materia de la presente interpretación, dependía de los plazos establecidos en la propia norma transitoria. Si contamos el lapso transcurrido entre la entrada en vigencia de la Constitución y por tanto de la norma transitoria sujeta a análisis (20 de octubre de 2008) y el momento actual, se colige fácilmente que los plazos contenidos en dicha norma transitoria se extinguieron. En este contexto, al haberse extinguido dichos plazos, la referida norma transitoria perdió vigencia, y por lo tanto, no cabe ser invocada, y peor aún esperar que esta produzca efectos materiales.¹⁸⁴

Dentro del presente caso se puede observar que vía hermenéutica la CCE prácticamente termina con la IO legislativa absoluta, toda vez que establece que el transcurso del tiempo no puede limitar la producción de normas por parte del legislador, lo cual implica una clara mutación a la institución de la IO, toda vez que uno de sus elementos concurrentes —el tiempo para la emisión de la ley— se ve modificado vía jurisprudencia, así la aplicación del art. 436, num. 10 de la CRE¹⁸⁵ que regula la IO se ve modificada, puesto que sería prácticamente inviable demandar una IO legislativa absoluta considerando este precedente con efecto *erga omnes* de la CCE, ya que a través de la sentencia en comento se da vía libre para que el legislador pueda emitir las leyes cuando lo considere pertinente.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Artículo 436, numeral 10 de la CRE: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”. Ecuador, *CRE de 2008*, art. 436.

Con relación al segundo problema jurídico la Corte se limita a señalar que la accionante se equivocó de vía para accionar, ya que lo que está pretendiendo es una IO, y no una interpretación constitucional, pues el texto de la primera disposición transitoria es claro y concreto.

Como se puede observar, la sentencia interpretativa de la CCE causa una mutación a la institución de la IO y por ende a la Constitución, lo cual generó que los plazos contenidos en la primera disposición transitoria de la CRE no fueran cumplidos por el órgano legislativo, pese a existir un mandato expreso y un tiempo claramente determinado, la CCE además inobservó el propio art. 436, num. 10 de la Constitución, incurriendo con esta sentencia en otra omisión constitucional, pues al no haberse emitido la normativa en el tiempo establecido en la norma constitucional debía esta Corte dictar la normativa provisional hasta que el parlamento cumpla con el mandato constitucional, sin embargo, la CCE, no lo hizo y más bien generó una regla jurisprudencial para que a futuro no se pudiere plantear una IO respecto a disposiciones transitorias, puesto que según el argumento de la Corte lo único que debe esperar el legislador para no incurrir en dicha omisión es que el plazo fenezca, y sin embargo, antes de dicho fenecimiento no existiría omisión, lo cual denota claramente que la CCE prácticamente extinguió la IO legislativa absoluta en el país, lo cual es un menoscabo gravísimo a los derechos de los ciudadanos, un atentado a la fuerza normativa de la CRE y a la supremacía constitucional, convirtiéndose a nuestro criterio esta modificación vía jurisprudencia de la CCE en inconstitucional.

Cabe indicar que desde 2008 hasta 2018 la CCE emitió cuatro decisiones dentro de acciones de IO siendo tres de ellas negadas bajo los argumentos expuestos en la sentencia interpretativa destacada en líneas anteriores, estas sentencias fueron: 001-11-SIO-CC,¹⁸⁶ 001-13-SIO-CC,¹⁸⁷

186 La sentencia n.º 001-11-SIO-CC, obedece al caso n.º 0005-10-IO propuesto por Johnny Ricardo Firmat Chang, en calidad de Secretario General de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, su pretensión se basaba en la omisión de la Asamblea Nacional de desarrollar el precepto constitucional previsto en la Disposición Transitoria Primera, inciso primero del inciso segundo de la Constitución de la República, que ordena que el órgano legislativo en el plazo máximo de 120 días aprobará la “Ley electoral” y, en 360 días aprobará la “Ley que regule la participación ciudadana”, en la especie, alegaba que no se encontraba regulada la institución de revocatoria de mandato para autoridades de elección popular. La Corte Constitucional, negó la acción propuesta reproduciendo los argumentos contenidos en la sentencia n.º 0001-09-SIC-CC. Ver Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-11-SIO-CC”, en *Caso n.º 0005-10-IO*, 26 de enero de 2011.

187 Esta sentencia resolvió los casos n.º 0001-11-IO, 0002-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO acumulados, propuesto por Carlos Humberto Aguirre, por sus propios derechos y en calidad de procurador común del “Colectivo de Docentes y Jubilados de la República”, quien solicitaba se declare la inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al no desarrollar el mandato contenido

y, 001-16-SIO-CC.¹⁸⁸ Y la única sentencia que ha sido aceptada parcialmente fue la 001-17-SIO-CC,¹⁸⁹ que trataba de una omisión relativa de la Asamblea Nacional.

Conforme se ha expuesto, la institución de la IO absoluta ha mutado cuando el organismo obligado a la emisión de la norma sea la Asamblea Nacional, toda vez que mediante una sentencia interpretativa la CCE determinó que el vencimiento de los plazos no puede limitar la actividad del legislador en relación con la elaboración de las normas, criterio que ha servido de sustento para resolver las acciones de IO absoluta que han sido demandadas por la inacción total del legislador por el transcurso del tiempo; cabe indicar que en el ámbito de la IO relativa, la CCE se ha pronunciado aceptando parcialmente una acción en contra de la Asamblea Nacional.

Mutaciones constitucionales emprendidas por la CCE en el control concreto de constitucionalidad

El control concreto de constitucionalidad a partir de la expedición de la CRE de 2008 ha sido una de las instituciones que mayor cuestionamiento y transformación ha sufrido dentro de la realidad ecuatoriana, toda vez que a diferencia de su predecesora (1998)¹⁹⁰ la norma suprema en su art. 428 prevé

en la Disposición Transitoria Vigésimo Primera de la CPE en donde se establecía que el Estado estimulará la jubilación de los docentes, en particular los del sector público, mediante el pago de una composición que relacione la edad y los años de servicios; siendo negada por la Corte Constitucional reproduciendo los argumentos contenidos en la sentencia n.º 0001-09-SIC-CC.

188 La demanda fue presentada por Honorio Rigoberto González González dentro del caso n.º 0001-12-IO, quien demandó la omisión de la Asamblea Nacional, pues al emitir la disposición general novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural publicada en el suplemento del Registro Oficial 417 del 31 de marzo de 2011, no desarrolló a su criterio el mandato contenido en la disposición transitoria vigésima primera de la CRE, relacionado con la jubilación de docentes. En esta sentencia de igual forma se reproducen los argumentos de la sentencia n.º 0001-09-SIC-CC.

189 La demanda fue planteada por las abogadas Anunziatta Valdez Larrea, María Leonor Jiménez Camposano, Dora Cecilia Endara Elizalde, Zobeida Aragundi Foyain, y otras; demandaron la IO del art. 81 de la CRE, con relación a que la Asamblea Nacional si bien expidió el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en ese cuerpo normativo no se estableció un procedimiento especial y expedito para el juzgamiento de los delitos de violencia intrafamiliar y sexual; la demanda fue por una omisión relativa, y en ese caso la CCE aceptó parcialmente la acción y dispuso: “ Que la Asamblea Nacional en ejercicio de su facultad prevista en el artículo 120, numeral 6 de la CRE, instrumentalice en el plazo de un año contados a partir de la notificación de la presente resolución un procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección”.

190 La CPE de 1998, en su art. 274 facultaba a los jueces a inaplicar normas que fueren contrarias a la Constitución dentro del caso en concreto, debiendo luego remitir un informe al ex TC para que este organismo se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma con efecto *erga omnes*. Ecuador, CPE de 1998, art. 274.

que un operador de justicia dentro de una causa puesta a su conocimiento si considerase que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a instrumentos internacionales de DD. HH. deberá suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la CCE, organismo que tendrá el plazo máximo de 45 días para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma consultada.

Así lo dispone la vigente CRE:

Artículo 428.- 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 45 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.

Sin embargo, esta disposición constitucional incurre en contradicciones respecto a lo que la propia Constitución establece en su art. 426 al determinar que los operadores de justicia entre otros servidores públicos deberán “aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de DD. HH. siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”,¹⁹¹ de ahí que, se establece una disyuntiva con relación a una antinomia constitucional, ya que por un lado existe normativa que impulsa una aplicación directa de la Constitución por parte de todos los jueces realizando un control difuso de constitucionalidad para el caso concreto; y otra que limita su accionar al determinar que ante una duda respecto a la constitucionalidad de la norma el juez deberá suspender y remitir la consulta a la CCE lo cual denota un control concentrado de constitucionalidad en el país.

Frente a este conflicto normativo, primero el legislador,¹⁹² y luego la CCE han delimitado a la institución del control concreto de constitucionalidad, realizando esta última a través de su jurisprudencia prácticas mutativas que han modificado el sentido y objeto de esta institución jurídica, es

¹⁹¹ Ecuador, *CRE de 2008*, art. 426.

¹⁹² El legislador emitió la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en donde establece: “Artículo 141.- Finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad. El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido”. Ecuador, *LOGJCC*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 141.

por ello que, a continuación se analizarán dichos cambios desde una perspectiva crítica, para lo cual es menester en primer lugar analizar el control concreto de constitucionalidad y sus principales características dentro de la realidad ecuatoriana.

El control concreto de constitucionalidad, es una institución jurídica que *a priori* permite que jueces y juezas en las causas puestas a su conocimiento ejerciten un control de constitucionalidad con relación a la aplicación de normas jurídicas que fueren contrarias a la Constitución o a instrumentos internacionales de DD. HH.; para lo cual, en ciertos ordenamientos el juez inaplica directamente la norma (sistema de control difuso), y en otros, eleva en consulta a un órgano especializado (sistema de control concentrado).

En palabras de Francisco Zúñiga Urbina, el control concreto de constitucionalidad implica el “examen de constitucionalidad de la ley en el momento en que se aplica a un caso en concreto”.¹⁹³ De ahí que, su objeto se encuentra determinado en que las normas jurídicas a ser aplicadas por parte de un operador de justicia sean acordes con el marco constitucional vigente, garantizándose desde una perspectiva objetiva la supremacía de la Constitución ya que ninguna norma que sea contraria a ella podría ser aplicada por parte de un juez, y desde una perspectiva subjetiva se protege el derecho de las partes para que dentro de su proceso se apliquen normas materialmente válidas.

Con relación al control concreto de constitucionalidad, Pablo Pérez Tremps manifiesta que la “cuestión de inconstitucionalidad”¹⁹⁴ — nombre con el que se denomina a esta institución en España— sirve como un instrumento que le permite al juez reaccionar frente a cualquier inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley que requiera ser aplicada dentro de un caso en concreto, señalando que de esta forma los órganos jurisdiccionales actúan como filtro para hacer llegar a TC de ese país las posibles inconstitucionalidades.¹⁹⁵

193 Francisco Zúñiga Urbina, “Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 2, n.º 1 (2004): 217.

194 La Constitución española al referirse a la cuestión de inconstitucionalidad señala: “Artículo 163.- Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso será suspensivos”. España, *Constitución española*, Boletín Oficial 311, 29 de diciembre de 1978, art. 163.

195 Pablo Pérez Tremps, *El tribunal constitucional: Composición y organización*, en *Manuales de Derecho Constitucional*, 9.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 235-6.

El autor en comento a su vez cita los argumentos expuestos por el TC español, para definir a esta institución jurídica, manifestando que la cuestión de inconstitucionalidad se configura: “como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución”.¹⁹⁶

Dentro de la realidad ecuatoriana Pamela Aguirre Castro, con relación al control concreto considera:

La posibilidad de presentar la cuestión de constitucionalidad recae directamente en las juezas y jueces en cumplimiento de su función jurisdiccional, ya que pueden hacerlo únicamente de manera incidental dentro de un proceso judicial. En otras palabras, la “cuestión de constitucionalidad” supone dos procesos, el primero aquel propuesto ante una jueza o juez en su judicatura, en el que se evidencia la duda de si un enunciado normativo, necesariamente aplicable al proceso de su conocimiento, genera vicios de inconstitucionalidad, ante el cual la jueza o juez debe consultar dicha cuestión al TC para que este lo resuelva.¹⁹⁷

Cabe indicar que desde una perspectiva normativa ni la CRE, ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establecen una conceptualización de esta institución jurídica, sin embargo, establecen ciertos parámetros que deben ser observados al momento de construir un concepto dominante de la CN en Ecuador.

Es así como entre los principales factores que caracterizan a este tipo de control el constituyente y legislador ecuatoriano destacan: es un control cuyo ejercicio inicial corresponde exclusivamente al juez o jueces de instancia; el objeto de análisis es una norma infraconstitucional que está siendo aplicada en un caso en concreto; puede presentarse de oficio por parte de la autoridad jurisdiccional o a petición de una de las partes procesales; para que opere dicha consulta se debe generar en el juez una duda razonable respecto a la posible inconstitucionalidad de la norma y su aplicación dentro de la causa a resolverse; el momento de elevar la consulta a la CCE se suspende la tramitación de la causa; una vez admitida a trámite la consulta la CCE dispondrá del término máximo de 45 días para resolver la consulta y pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma con efectos generales; en caso de fenecer este plazo el operador de justicia quien elevó la consulta deberá continuar con la tramitación de la misma.

196 Ver sentencia del TC español STC 127/87, caso “Presupuestos Generales del Estado para 1983”.

197 Pamela Juliana Aguirre Castro, “Consulta de norma: Garantía de la tutela judicial efectiva”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coords. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: CCPT / CEDEC, 2013), 297.

Mutación del control concreto de constitucionalidad en relación con la inaplicación de normas contrarias a la Constitución

Uno de los temas más cuestionables que vía hermenéutica ha realizado la CCE está vinculado con asumir que dentro del constitucionalismo ecuatoriano existe exclusivamente un sistema de control concentrado de constitucionalidad, excluyendo, por tanto, la inaplicación de normas contrarias a la Constitución o a instrumentos internacionales de DD. HH. a cargo de los jueces de instancia, relativizando, por tanto, el rol de los jueces dentro de un modelo garantista como el ecuatoriano.

Ramiro Ávila Santamaría es uno de los teóricos ecuatorianos que cuestiona el control de constitucionalidad exclusivo de la CCE dentro del control concreto de constitucionalidad, considerando lo siguiente:¹⁹⁸

La Constitución del Ecuador tiene una aparente antinomia. Por un lado, ordena a toda persona, incluidas jueces y juezas, para aplicar directamente la Constitución y, por otro lado, dispone que los jueces y juezas suspendan la causa cuando encuentren normas que sean contrarias a la Constitución y remitan a la Corte Constitucional. Esta aparente antinomia fue resuelta ya por la Asamblea Nacional al expedir una norma que dispone que solo se suspenderá la tramitación de una causa cuando el juez o jueza tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, lo que quiere decir que cuando un juez o jueza, en la tramitación de un juicio, encuentre una norma que sea evidentemente inconstitucional, debe aplicar directamente la Constitución.¹⁹⁹

Sin embargo, aunque la Asamblea Nacional ecuatoriana mediante la expedición de la LOGJCC, con relación al control concreto determinó que “solo”²⁰⁰ cuando exista una duda razonable y motivada el juez suspenderá el proceso y elevará en consulta la constitucionalidad de la norma a la CCE subsanando aparentemente la antinomia constitucional; más bien lo que se generó fue un nuevo problema en cuanto a determinar si dicha disposición implicaba que los jueces ante la certeza de que una norma es inconstitucional la inapliquen, o a su vez, si siempre deben suspender el proceso debiendo como condicionante justificar la duda razonable y motivada como causal de CN.

Ante esta dicotomía constitucional y legal, la CCE emite una serie de sentencias en donde enmarca el accionar del juez de instancia en el control concreto de constitucionalidad, generando en muchas de ellas verdaderas mutaciones a la Constitución de la República, en especial en relación con

198 Dicho criterio además se ve reflejado en el voto concurrente del juez Ramiro Ávila en la sentencia n.º 10-18-CN/19. Ecuador Corte Constitucional, “Voto concurrente Sentencia n.º 10-18-CN/19”, en *Caso 10-18-CN*, 18 de junio de 2019.

199 Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, 65.

200 Ecuador, *LOGJCC*, art. 142.

la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces. Es por ello que, analizaremos la jurisprudencia de la CCE en donde se vieron reflejadas dichas modificaciones constitucionales, mediante el empleo de un análisis estático de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, para lo cual se ha escogido las sentencias consideradas relevantes al ser la jurisprudencia fundadora de línea, sentencias hito, ratificadoras de línea jurisprudencial, o reconfiguradoras de línea con el objeto de demostrar las mutaciones que este organismo ha realizado al control concreto de constitucionalidad.

Sentencia fundadora de línea jurisprudencial

En cuanto a la sentencia iniciadora de línea jurisprudencial en donde se puede apreciar que la CCE muta el contenido del art. 426 de la Constitución con relación a la aplicación directa de la Constitución por parte de los operadores jurídicos, excluyendo un sistema de control difuso o por lo menos mixto de constitucionalidad, y estableciendo al sistema de control concentrado como único sistema existente en Ecuador, lo observamos en la sentencia n.º 003-10-SCN-CC, dictada dentro del caso n.º 0005-09-CN, en donde la Corte por primera vez manifiesta:

El rol que desempeña la consulta es aclarar el panorama de los jueces en casos de dudas respecto a la constitucionalidad de una norma puesta a su conocimiento dentro de un caso concreto; algunos tratadistas asocian a esta figura con el denominado “control difuso de constitucionalidad”; para otros, bajo la nueva Constitución aquel control difuso ha desaparecido, toda vez que en la anterior carta fundamental el art. 274, establecía la facultad de inaplicar directamente o a petición de parte una norma contraria a la Constitución debiendo remitir el expediente al ex TC para que este se pronuncie con efectos *erga omnes*. La nueva figura de la consulta prevé que ya no sea el juez quien inaplique directamente; sino que, es la Corte Constitucional quien debe dilucidar este conflicto normativo, situación aquella que va acorde con la supremacía material de la Constitución.²⁰¹

Conforme lo expone la misma CCE en la sentencia en comento, esto ha generado serios cuestionamientos toda vez que la suspensión del proceso por hasta 45 días afecta el normal desarrollo de la administración de justicia, más aún cuando pueden existir normas infraconstitucionales evidentemente contrarias a la Constitución; circunstancia que se ve agravada si se considera que los procesos de garantías jurisdiccionales también pueden ser objeto de CN, y que una suspensión del mismo acarrearía una mayor afectación a los derechos del o los accionantes, pues existen garantías como las medidas cautelares o el hábeas corpus cuya tramitación debe

201 Sentencia n.º 003-10-SCN-CC, dictada dentro del caso n.º 0005-09-CN de 25 de febrero de 2010 por el Pleno de la CCE; publicada en el Suplemento del Registro Oficial 159 de 26 de marzo de 2010.

ser inmediata. Resulta claro entonces que la prohibición de inaplicación de una norma presuntamente inconstitucional y la suspensión del proceso de forma obligatoria va en detrimento del principio de celeridad de la justicia, *maxime* cuando en procesos constitucionales los mismos deben ser rápidos y eficaces.

Sentencia ratificadora de línea jurisprudencial

Posterior a la sentencia n.º 003-10-SCN-CC, se debe destacar como sentencia ratificadora de línea jurisprudencial la expresada por la CCE en el caso Cratel (Teleamazonas),²⁰² en donde la Corte es explícita al establecer la prohibición de los jueces de instancia de inaplicar una norma inconstitucional dentro de un caso en concreto.

Así lo expresaría la CCE en la sentencia n.º 055-10-SEP-CC, dentro del caso n.º 0213-10-EP:²⁰³

En definitiva, esta Corte deja en claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República vigente, y a diferencia del control constitucional difuso previsto en la Constitución Política de 1998, los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, circunstancia que se ha generado en el caso *sub judice*. Finalmente, a partir de la disposición constitucional citada, es evidente también que no existe la posibilidad de que un juez efectúe en la sustanciación de una causa, un control constitucional respecto a actos administrativos con efectos particulares e individuales por no encontrar sustento constitucional.

Como se puede observar en esta sentencia la CCE confirma lo expresado anteriormente en su jurisprudencia respecto a la imposibilidad de que los jueces de instancia inapliquen normas y continuar con la sustanciación de la causa, lo que llama la atención es que al provenir la sentencia objeto de AEP de una decisión emitida en un proceso de garantías jurisdiccionales como fue una AP de derechos, la Corte establezca que los jueces de instancia debieron suspender el proceso y remitir la consulta.²⁰⁴

202 En el caso CRATEL vs. Teleamazonas, la CCE resuelve una EP presentada en contra de una sentencia de apelación de acción de protección, emitida por los jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, ya que en su sentencia los jueces expresan que la aplicación de la Resolución RT-2009.0482 emitida la Superintendencia de Telecomunicaciones se torna inaplicable pues vulnera los principios de legalidad y reserva de ley al establecer sanciones que no se encuentran contenidas en la entonces vigente Ley de Radiodifusión y Televisión.

203 Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia n.º 055-10-SEP-CC", en *Caso n.º 0213-10-EP*, 18 de noviembre de 2010.

204 Cabe destacar el voto concurrente a esta sentencia emitido por la jueza constitucional Nina Pacari Vega, quien se aleja del argumento mayoritario y expone que en casos de garantías jurisdiccionales, la consulta de norma y por ende la suspensión del proceso no debería operar: "[E]n procesos relativos a garantías jurisdiccionales, el juez ni siquiera bajo el argumento de una

Sentencia hito

Estos criterios fueron ratificados por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana en todas las causas de control concreto de constitucionalidad hasta el año 2013, cuando se emite una sentencia hito con relación a la consulta de norma; determinando en la sentencia n.º 001-13-SCN-CC, dentro del caso n.º 0535-12-CN que en “Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad”:

En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte.

Mediante esta decisión la Corte se decanta por el sistema de control concentrado como el único existente en la realidad ecuatoriana y determina que incluso si el juez tuviera la certeza de la inconstitucionalidad de la norma no podrá inaplicarla, lo cual desde nuestro criterio va en contra de la disposición contenida en el art. 426 de la Constitución y a la figura de un juez garantista acorde al modelo constitucional vigente. Adicionalmente, en esta sentencia se crean reglas jurisprudenciales con efectos *erga omnes*, con respecto a los requisitos para que opere una CN, así como se establece que dicha consulta será objeto de análisis por parte de una Sala de Admisión de la CCE:

a) Las juezas y jueces, en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República y 142 de la LOGJCC, que consideren que una norma es contraria a la Constitución, deberán suspender la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional el expediente del proceso que contenga la disposición normativa presuntamente contraria a la Constitución. b) La consulta de norma efectuada dentro del control concreto de constitucionalidad deberá contener: i. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta. ii. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos. iii. Explicación y fundamentación

supuesta inconstitucionalidad de norma puede hacer uso del artículo 428 de la Constitución, cuestión que sí opera en los procesos ordinarios no así en los de garantías jurisdiccionales debido a que, por un lado se desnaturalizaría la Acción de Protección; y por otro, se incurriría en violación constitucional”. Ver CCPT “Voto concurrente sentencia n.º 055-10-SEP-CC”, en Caso n.º 0213-10-EP, 18 de noviembre de 2010.

clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado. c) Las consultas de norma efectuadas dentro del control concreto de constitucionalidad, propuestas ante la Corte Constitucional, serán conocidas por la Sala de Admisión, la cual deberá verificar el cumplimiento de los requisitos expuestos en el punto 2 de la presente sentencia. La Sala se pronunciará en el marco de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Conforme lo expuesto, la CCE establece filtros regulativos para poder realizarse una CN, estableciendo parámetros que deben ser observados por el juez y analizados por la Sala de Admisión de la CCE, previo a su análisis de fondo; sin embargo, consideramos que, si bien la regulación era necesaria, sobre la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces en las causas puestas a su conocimiento la Corte ha restringido su aplicación mutando el mandato constitucional expreso.

Sentencias consolidadoras de línea jurisprudencial

La CCE ha mantenido la misma línea jurisprudencial respecto a la imposibilidad de inaplicar una norma por parte de los jueces de instancia, una muestra de aquello es la sentencia n.º 030-13-SCN-CC, dentro del caso n.º 0697-12-CN al disponer que en conflicto de normativa infraconstitucional y la Constitución, el órgano competente para aplicar directamente la Constitución no es el juez de instancia sino la CCE:

ante las eventuales contradicciones de una disposición legal con la Constitución, el juez no está facultado para resolver tal asunto; sino corresponde a la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en materia constitucional, aplicando directamente las normas supremas, declarar si la disposición legal cuestionada es o no constitucional. Para ello, el juez de la causa se encuentra facultado para remitir vía consulta de norma ante la Corte Constitucional. En consecuencia, la consulta de norma debe ir dirigida para lograr que el ordenamiento jurídico en conjunto guarde coherencia y armonía entre sí.

En esta sentencia la Corte pretende consolidar los argumentos expuestos en sus sentencias predecesoras, sin embargo, establece elementos que son claramente cuestionables al determinar que es a la CCE a quien exclusivamente le corresponde aplicar directamente la Constitución para declarar la constitucionalidad o no de una norma; afirmación que parte a nuestro criterio de dos equívocos, al no considerar que todas las personas e instituciones y no solo los jueces aplicamos directamente la Constitución y los instrumentos internacionales de DD. HH, siendo este un mandato constitucional y convencional; y por otro lado, la Corte determina como el

objetivo del control concreto el lograr la armonía del ordenamiento jurídico, tratado a la CN de forma similar a una acción pública de inconstitucionalidad desnaturalizando al control concreto.

Lo cual además se vería complementado con la amenaza de destitución de sus cargos a los jueces que inapliquen una norma en un caso en concreto, con lo cual genera un desincentivo para que los jueces de instancia realicen un control de constitucionalidad y/o convencionalidad de normas contrarias a la Constitución o a instrumentos internacionales de DD. HH.

Así, en la sentencia n.º 0034-13-SCN-CC, dentro del caso n.º 0561-12-CN, la CCE emite una regla jurisprudencial en donde expresa:

[Se] advierte a las juezas y jueces que de proceder en contrario a la obligación de suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional, ante la presencia de una duda razonable y motivada respecto de su conformidad con la Constitución configura un incumplimiento de precedentes constitucionales, sancionado conforme lo determinan los artículos 86, numeral 4 de la Constitución; 164, numeral 4; y 165 de la LOGJCC.

Aquello genera una seria amenaza a los operadores de justicia y fomenta un desestímulo para que realicen un control de constitucionalidad, toda vez que en caso de inaplicar una norma en un caso concreto la CCE podría destituirlos sobre la base de un posible incumplimiento de sentencia constitucional conforme el art. 86, num. 4 de la Constitución.

Sentencias reconfiguradoras de línea jurisprudencial

Cabe indicar que, la CCE a través de algunas sentencias ha establecido una posible reconfiguración de su jurisprudencia. Así, lo expresa en su sentencia n.º 004-14-SCN-CC, en donde la Corte señala que la CN tiene una doble dimensionalidad “en la que existen efectos concretos, dentro de la causa consultada, y abstractos referentes a todos los casos en los que fuera aplicable dicha norma”.²⁰⁵ Más aún cuando en su argumentación se distancía de su criterio respecto al objeto del control concreto determinando que esta acción “busca garantizar la coherencia constitucional del ordenamiento jurídico en cuanto a la aplicación normativa dentro de casos concretos”.

En aquel sentido la Corte dentro del acápite “Naturaleza y alcance de la CN dentro de un caso concreto”, determina que:

Se debe destacar que la consulta de norma dentro de los procesos constitucionales tiene una doble dimensionalidad, en la que existen efectos concretos, dentro de la causa consultada, y abstractos referentes a todos los casos en los que fuera aplicable dicha norma, pues consultada una norma bajo un patrón

205 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 004-14-SCN-CC”, en *Caso n.º 0072-14-CN*, 6 de agosto de 2014.

fáctico descrito y una vez que la Corte se haya pronunciado en sentencia, no cabe una nueva consulta sobre la misma norma y el mismo patrón fáctico por el cual la Corte se pronunció.

En función de lo anteriormente expuesto, la CCE en esta única sentencia, a nuestro criterio, expone la verdadera esencia del control concreto de constitucionalidad, vinculándolo con la aplicación de normativa constitucional en los casos concretos puestos a conocimiento de los jueces; y no solo como un control abstracto de la norma.

Otra sentencia en donde se intenta reconfigurar el control constitucional en manos de los jueces de instancia, se lo ve expresado en el voto concurrente de Ramiro Ávila Santamaría en la sentencia n.º 10-18-CN/19, en donde se exponen interesantes argumentos que se alejan del criterio de un sistema concentrado exclusivo en el constitucionalismo ecuatoriano.

Entre los argumentos expuestos se señala que las críticas al control difuso de constitucionalidad fundadas en la posible afectación a la seguridad jurídica al permitir que todos los jueces puedan inaplicar una norma no tienen asidero frente a la tutela de la supremacía constitucional, ya que lo contrario implicaría que se privilegie las leyes secundarias por sobre la Constitución e instrumentos internacionales de DD. HH.:

43. Se ha argumentado que el control difuso puede generar incertidumbre y en consecuencia afectar la seguridad jurídica, puesto que unos jueces o juezas aplicarían la Constitución directa e inmediatamente y otros no. Para evitar este posible problema, se sostiene, conviene mantener el control concentrado. Esta Corte considera que existe un riesgo mayor para el sistema jurídico el quitar la competencia de los jueces y juezas de aplicar directa e inmediatamente la Constitución y tener, en todo caso, que suspender las causas que conocen, porque eso implicaría que hay una prevalencia de las normas secundarias inconstitucionales por sobre la Constitución. Mayor inseguridad jurídica existe cuando se mantienen normas inconstitucionales que cuando se aplica, mediante control difuso de constitucionalidad, directamente la Constitución. El control difuso garantiza de forma inmediata la supremacía constitucional y refuerza la noción de que la Constitución es norma jurídica siempre aplicable.

El mencionado juez es partícipe de un sistema de control mixto de constitucionalidad, permitiendo a los jueces un control dentro de los casos concretos a su cargo, pudiendo aplicar la Constitución directamente cuando existen normas infraconstitucionales en su contra, y posteriormente, remitiendo en consulta la norma a la CCE para que se pronuncie con efectos generales, retomando de cierto modo el espíritu del control concreto que se vio expresado en la CPE de 1998.

45. En suma, esta Corte Constitucional para cumplir con la Constitución deberá alejarse de los precedentes que establecieron exclusivamente el control

concentrado de constitucionalidad y reafirmar el mandato constitucional de aplicar directa e inmediatamente la Constitución ante vacíos o contradicciones normativas, sin perjuicio de elevar a consulta la norma a la Corte Constitucional para expulsar del sistema jurídico la norma inconstitucional.

A partir de lo expuesto se puede observar que la CCE vía hermenéutica ha mutado la institución del control concreto de constitucionalidad y la aplicación directa de la Constitución, el determinar que la CN contenida en el art. 428 de la Constitución es el único mecanismo por el cual se puede realizar un control concreto de constitucionalidad en el país, y que dicho control es exclusivo de esta Corte, modificando tácitamente la normativa contenida en el art. 426 de la propia Constitución que posibilita a que todos los jueces en el país ante una posible antinomia entre Constitución y ley, apliquen la primera de estas de manera directa, lo cual conforme lo anotado anteriormente es lo más acorde conforme al modelo garantista impregnado en el constitucionalismo ecuatoriano.

Mutaciones constitucionales dentro de procesos de garantías jurisdiccionales de competencia de la Corte Constitucional

Las garantías constitucionales constituyen ese conjunto de herramientas que el constituyente ecuatoriano ha brindado a las personas y a la naturaleza para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de DD. HH. Para Ramiro Ávila Santamaría: “La idea de las garantías es establecer mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del Estado o sujetos con poder”.²⁰⁶

Para este autor, en la dinámica de las garantías nos podemos encontrar frente a tres escenarios: a) inexistencia de garantía, pero hay ciertos derechos; b) se reconocen derechos, pero las garantías son ineficaces; c) existen derechos y garantías eficaces para su protección.²⁰⁷ El primero de los escenarios subyace en un Estado absolutista, el segundo en un Estado legal de derecho, y el tercero se enmarca dentro de un Estado constitucional. En este orden de ideas, se presupone en un modelo constitucional garantista

206 Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos* (Quito: CCPT / CEDEC, 2011), 153.

207 Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en *Desafíos constitucionales: La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos –MJDH– / TCE, 2008), 90.

todos los derechos deben contar con garantías que hagan efectiva su protección, existiendo al respecto distintos tipos de mecanismos para su tutela.

Luigi Ferrajoli destaca que la bondad del sistema se medirá por mecanismos idóneos de invalidación y de reparación para “asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de garantías— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.²⁰⁸

Los derechos consagrados en el marco constitucional ecuatoriano requieren de mecanismos que los hagan efectivos, frente a aquello se han creado garantías normativas, políticas públicas, y garantías jurisdiccionales; siendo estas últimas garantías las que serán objeto de nuestro análisis.

Las garantías jurisdiccionales son herramientas que permiten a los operadores de justicia garantizar los derechos constitucionales, las mismas que en la realidad ecuatoriana son: la AP de derechos,²⁰⁹ medidas cautelares,²¹⁰ *habeas corpus*,²¹¹ *habeas data*,²¹² acceso a la información pública,²¹³ estas primeras son de conocimiento de los juzgados de instancia; mientras que la EP,²¹⁴ la EI,²¹⁵ la AN,²¹⁶ y la IS²¹⁷ son de conocimiento de la CCE. La última de las garantías expuestas, esta es, la IS será analizada pormenorizadamente en el tercer capítulo de esta investigación por haber sido incorporada como garantía jurisdiccional vía hermenéutica.

El objeto de este acápite será determinar cómo vía hermenéutica la CCE ha mutado el contenido material de la carta suprema, en las garantías jurisdiccionales de su conocimiento, para ello se expondrán ejemplificativamente los casos en donde este organismo ha emprendido en dicha modificación.

Mutaciones constitucionales emprendidas por la CCE en la EP

La EP es una novedosa institución jurídica del derecho constitucional ecuatoriano, constituyéndose en una garantía jurisdiccional que opera

208 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Buenos Aires: BJA-Biblioteca Jurídica Argentina, 2002), 852.

209 Ecuador, *CRE de 2008*, art. 88.

210 *Ibíd.*, art. 87.

211 *Ibíd.*, art. 89.

212 *Ibíd.*, art. 92.

213 *Ibíd.*, art. 91.

214 *Ibíd.*, art. 94.

215 Ecuador, *LOGJCC*, arts. 65 y 66.

216 Ecuador, *CRE de 2008*, art. 93.

217 Ecuador, *LOGJCC*, arts. 162-165.

cuando en las decisiones judiciales (sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia) se hubieren vulnerado derechos constitucionales o el debido proceso.

El art. 94 de la Constitución ecuatoriana, dentro del capítulo de las garantías jurisdiccionales, así lo determina:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

En la norma constitucional en comento se puede observar la naturaleza excepcional de este tipo de garantía,²¹⁸ la cual conforme se desprende del citado artículo procede *prima facie* contra dos clases de decisiones judiciales —sentencias y autos definitivos—, no obstante, el art. 437 de la propia carta fundamental, amplía su campo de acción al determinar que la EP opera también en contra de resoluciones firmes o ejecutoriadas. Al respecto el artículo en mención señala:

Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.

Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Esta garantía jurisdiccional ha sido blanco de serios cuestionamientos desde su origen, con relación a que la misma atentaría máximas jurídicas como los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica, e independencia de la función judicial, denotándose conflictos entre los jueces constitucionales y los jueces

218 La EP tiene un carácter residual, toda vez que se requiere el agotamiento de las vías judiciales previo a su presentación. Adicionalmente, en el Ecuador la LOGJCC previno el cumplimiento de requisitos expresos que permitan la admisibilidad de esta garantía con el objeto de evitar su ordinalización. Se destacan los trabajos de Agustín Grijalva, en su obra “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila Santamaria, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau (Quito: MJDH / TCE, 2008), 271-2; Agustín Grijalva, “La acción extraordinaria de protección”, en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, ed. Claudia Escobar García (Quito: MJDH, 2010), 667; y, Diego Mogrovejo, *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección. El control de juez en el neoconstitucionalismo garantista* (Quito: UASB-E / CEN, 2014), 56.

de legalidad, quienes dentro de una cultura legocéntrica como la ecuatoriana pudieron verse amenazados frente a las nuevas competencias de la CCE.

Quienes se adscriben a la defensa de esta garantía jurisdiccional²¹⁹ manifiestan que las actuaciones judiciales no podían quedar exentas del análisis constitucional, si aquello lo trasladamos a un modelo estatal garantista como el ecuatoriano en donde todos los poderes, entre ellos el poder judicial se encuentra limitado y vinculado al respeto de las normas constitucionales²²⁰ y a la protección de derechos constitucionales, observaremos que la implementación de una garantía jurisdiccional que proteja los derechos frente a decisiones judiciales se tornaba imperativa.

Para Agustín Grijalva Jiménez “es natural que los actos del juez en un proceso judicial, como todo acto de autoridad pública, estén sujetos al control constitucional de un órgano superior que asegure el respeto de derechos constitucionales y en particular del debido proceso”.²²¹

Lo anteriormente expuesto denota en Ecuador, la necesidad de la creación de la garantía jurisdiccional EP como un mecanismo que permita la protección del derecho a una tutela judicial efectiva²²² por parte de los operadores de justicia del país, quienes en sus decisiones podrían vulnerar derechos constitucionalmente reconocidos.

Mutación de la EP en cuanto a su objeto

Dentro del presente acápite se analizará la forma en la que el constituyente entendió a la garantía jurisdiccional EP con relación al objeto que

219 Samuel Abad Yupanqui, denomina “tesis permisiva” a la corriente que permite la interposición de garantías jurisdiccionales frente a decisiones judiciales, al respecto manifiesta: “Así la tesis permisiva amplísima permite el amparo contra todo tipo de resolución judicial. Tal es el caso del amparo casación en México que, en líneas generales, procede contra sentencias y demás decisiones judiciales. Por otro lado, un claro ejemplo de la tesis permisiva amplia se da en España, donde procede el amparo contra resoluciones judiciales ante el TC, siempre y cuando se hayan agotado todos los recursos previstos en la vía judicial y que la violación del derecho sea imputable de modo inmediato y directo al órgano judicial con independencia de los hechos. Finalmente, según la tesis permisiva restringida, la procedencia de amparo se encuentra limitada a situaciones de excepción como ocurre en el caso del Perú”. Samuel Abad Yupanqui, “¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?”, en *Lecturas sobre temas constitucionales 2* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998), 38-9.

220 Un ejemplo de esto se encuentra determinado en el art. 172 de la Constitución ecuatoriana que determina: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”. Ecuador, *CRE de 2008*, art. 172.

221 Grijalva, “La acción extraordinaria de protección”, 3.

222 El art. 75 de la Constitución ecuatoriana consagra el derecho a la tutela judicial: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. Ecuador, *CRE de 2008*, art. 75.

persigue esta garantía, y en la especie al tipo de decisiones jurisdiccionales que son objeto de dicha acción.

Conforme se ha expuesto anteriormente, el objeto que persigue la AEP, está dirigido hacia la tutela de los derechos constitucionales y las garantías del debido proceso dentro de decisiones judiciales que tengan el carácter de definitivas, y sobre las cuales ya no se puedan presentar recursos, es decir que se encuentren firmes y ejecutoriadas.

De manera clara el constituyente ecuatoriano previno tres tipos de decisiones judiciales que pueden ser objeto de EP: sentencias, autos definitivos y resoluciones firmes con fuerza de sentencia.

Según Devis Echandía:

La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado. Con ella se satisface el objeto de la acción y se cumple el fin del proceso.²²³

En cuanto a las sentencias, procesalmente hablando, aquellas implican una decisión judicial por medio de la cual se pone fin a un proceso o contienda, resolviéndose la parte sustancial del proceso. Al respecto, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) ecuatoriano prevé:

Artículo 88.- Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso.

En cuanto a un auto definitivo, aquel es una decisión judicial que tiene la fuerza y genera efectos similares a los de una sentencia, pues resuelve el litigio planteado, aun sin agotar todo el trámite previsto dentro de un procedimiento específico.

Conforme al objeto de la EP esta garantía jurisdiccional podrá ser presentada respecto a decisiones judiciales que pongan fin a un proceso, en donde se pueden encontrar también autos definitivos, los mismos que sin agotar todas las fases procesales terminan con un litigio, el ejemplo claro de este tipo de actuaciones judiciales lo vemos reflejado en los autos de sobreseimiento definitivo en materia penal,²²⁴ pues por medio de esta

223 Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal Civil* (Madrid: Editorial Aguilar, 1966), 526.

224 El vigente COIP de Ecuador determina: "Artículo 605.- Sobreseimiento.- La o el juzgador dictará auto de sobreseimiento en los siguientes casos: 1. Cuando la o el fiscal se abstenga de acusar y de ser el caso, dicha decisión sea ratificada por el superior. 2. Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada. 3. Cuando encuentre que se han establecido causas de exclusión de la antijuridicidad". "Artículo 607.- Efectos de sobreseimiento.- Con el sobreseimiento, la o el juzgador revocará

decisión jurisdiccional se determina que no existe responsabilidad de un imputado o que no existió la comisión de determinada infracción, frente a lo cual el proceso concluye.

Sin embargo, pueden existir decisiones judiciales que se dicten sin que se termine el proceso, a este tipo de actos se los llama “autos interlocutorios”, o a su vez actuaciones jurisdiccionales emitidas para continuar con la tramitación de una causa, a este tipo de actuaciones se las nombra “autos de sustanciación” conforme al art. 88 del COGEP previamente citado.²²⁵

La normativa procesal ecuatoriana afianza esta aseveración cuando determina que este tipo de actuaciones procesales pueden ser modificadas antes de dictarse la sentencia, a menos que se trate de autos definitivos, es decir, revela que los autos interlocutorios son susceptibles de cambio mediante sentencia, mientras que los definitivos son inmodificables. Así lo prevé el art. 99 del COGEP: “Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso”.

En ese orden de ideas, la norma constitucional —art. 94— es clara respecto al tipo de decisiones judiciales objeto de EP, las mismas que se circunscriben a su carácter de definitivas, es decir, que den por terminado un proceso judicial.

El art. 437 de la Constitución hace extensivo el objeto de la EP también a las resoluciones firmes con fuerza de sentencia, dichas actuaciones procesales, aunque no sean emitidas por parte de órganos jurisdiccionales adquieren un valor jurídico igual a una sentencia definitiva, el ejemplo claro de este tipo de actuaciones lo vemos representado en los laudos arbitrales.

De ahí que, el espíritu del constituyente fue dotar exclusivamente a las decisiones judiciales que pongan fin a un proceso de la garantía de EP, pues se colige que al constituirse en una acción excepcional, y dada su característica de residualidad,²²⁶ solo cuando se hayan agotado los mecanismos dentro de la jurisdicción ordinaria se podría acudir a la jurisdicción constitucional a través de esta garantía; por lo tanto, si existiesen decisiones

toda medida cautelar y de protección, y en el caso de prisión preventiva, ordenará la inmediata libertad, sin perjuicio de que vuelva a ordenarla si el auto de sobreseimiento es revocado. No se podrá iniciar una investigación penal por los mismos hechos”. Ecuador, *COIP*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, arts. 605 y 607.

225 Artículo 88 del COGEP.- “El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa”. Ecuador, *COGEP*, art. 88.

226 La residualidad implica que para poder presentar una AEP se deben haber agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de impugnación dentro de la justicia ordinaria.

judiciales dentro de un proceso que aún no determine su conclusión, o a su vez si las actuaciones jurisdiccionales implicasen el activar la sustanciación de ciertas etapas procesales, se colegiría que las mismas al no constituirse en definitivas no son susceptibles de esta acción.

No obstante lo expuesto, la CCE se ha pronunciado en varias ocasiones admitiendo a trámite, y sustanciando resoluciones administrativas que no tienen el carácter de jurisdiccional, como, por ejemplo, en la sentencia 0023-09-SEP-CC, en donde se pronunció respecto a una resolución de una autoridad administrativa del trabajo;²²⁷ de igual forma pese a existir prohibición expresa para la admisión a trámite y la procedencia de una EP en contra de decisiones del Tribunal Contencioso Electoral".²²⁸ Finalmente, ha tramitado acciones con relación a decisiones judiciales que no tienen el carácter de definitivas, ni que ponen fin al proceso como en el caso de autos de llamamiento a juicio.

Lo anterior denota la modificación que ha realizado la CCE vía hermenéutica a lo dispuesto por el constituyente, y el legislador respecto al objeto de la EP, incluyendo dentro del marco de esta garantía actos que en ocasiones no tienen el carácter jurisdiccional, o a su vez, decisiones que no tienen la característica de ser definitivas.

El caso de la EP sobre autos de llamamiento a juicio

Conforme lo expuesto, previamente la EP por mandato constitucional procederá exclusivamente en cuanto a sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia; así lo prevé expresamente en la CRE,²²⁹ y lo ratifica la LOGJCC;²³⁰ es decir, por mandato constitucional y por disposición legal, este tipo de decisiones son las que exclusivamente pueden proceder mediante esta garantía.

En líneas anteriores se estableció las características de cada una de estas decisiones judiciales, y su vinculación con la EP, la misma que al ser una acción de carácter excepcional, y residual requiere para su procedencia de

227 Ecuador, CCPT, Sentencia 0023-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43 de 8 de octubre de 2009.

228 Ecuador, CCPT, Sentencias: 001-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 571 del 16 de abril de 2009; 002-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 590 del 14 de mayo de 2009; 005-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 del 1 de junio de 2009. Se aclara que la disposición constitucional nombrada establece una excepcionalidad para el Tribunal Contencioso Electoral que no se comparte desde la investigación, pero que, estando escrita en el texto, su cumplimiento es forzoso y más para la instancia encargada de hacer efectivo el control constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución.

229 Ecuador, CRE de 2008, art. 94.

230 Ecuador, LOGJCC, art. 58.

decisiones que pongan fin a un litigio dentro de la esfera de la legalidad, y que adicionalmente, se hayan agotado todos los mecanismos de impugnación ordinaria y extraordinaria.

Bajo aquel entendido, todas las actuaciones judiciales emitidas dentro de un proceso que no tuvieren el carácter de definitivas, no podrían ser susceptibles de EP, aclarando que la sentencia no constituye el único mecanismo procesal por el cual se puede terminar un litigio, pues existen autos que también pueden llevar adelante esta tarea, a estas decisiones judiciales se las denomina “autos definitivos”.

Ahora bien, conforme se determinó *ut supra* pueden existir autos dictados dentro de la tramitación de determinados procedimientos. El caso paradigmático que traemos a colación para demostrar la mutación vía hermenéutica que ha emprendido la CCE dentro de la garantía EP, se produce dentro de los autos de llamamiento a juicio,²³¹ pues en el ámbito procesal estas decisiones judiciales lejos de terminar un litigio dan paso a una nueva etapa procesal dentro del proceso penal público.

En la especie, el auto de llamamiento a juicio permite que, dentro de un sistema acusatorio adversarial, el proceso penal continúe su tramitación, lo cual denota que no se trata de un auto que ponga fin a una contienda penal, situación distinta a la que ocurre con el auto de sobreseimiento definitivo, por medio del cual se puede dar por terminado un proceso penal público. No obstante, la CCPT, y actualmente la CCE ha aceptado la presentación de acciones extraordinarias de protección en contra de este tipo de decisiones judiciales.

La primera sentencia que aborda el tema es la emitida por la CCPT, signada con el número 010-09-SEP-CC, dentro de los casos acumulados n.º 0125-09-EP y n.º 0171-09-EP, en donde se tramita un proceso que deviene de la aclaración y ampliación de un auto de llamamiento a juicio,²³² en donde la Corte acepta dicha EP, y al sustanciar la causa implícitamente determina que los autos de llamamiento a juicio son susceptibles de este tipo de garantía jurisdiccional.

La decisión que enfoca esta problemática desde una fundamentación constitucional, la podemos encontrar en la sentencia signada con el n.º 010-10-SEP-CC, dentro del caso n.º 0502-09-EP,²³³ en que la CCPT, se

231 El auto de llamamiento a juicio, conforme el COIP se encuentra determinado en el art. 608.

232 En lo principal, señala que la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia en el proceso penal n.º 534-2007 dictó el auto del 5 de marzo de 2009 a las 9h00, en el que negó sus pedidos de ampliación y aclaración del auto de llamamiento a juicio; dictado a su vez por la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de julio de 2008 a las 17h00, dentro del mismo proceso.

233 La señora doctora María Pía Fondevila Beltrame, interpone una EP, amparada en lo dispuesto en los arts. 94 y 437 de la CRE. Impugna el auto de llamamiento a juicio dictado por la Tercera Sala de 10 Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del juicio penal n.º 299-B2009,

planteó como uno de sus problemas jurídicos: “2. ¿Procede la EP respecto a un auto de llamamiento a juicio?”; arribando a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la CCE establece que la procedencia de presentar una EP sobre un auto de llamamiento a juicio ya fue analizada en la fase de admisibilidad, habiendo la Sala respectiva determinado que aquella decisión, se enmarca dentro de los presupuestos establecidos para la tramitación de esta garantía:

En esa línea, esta Corte Constitucional debe señalar, en primer término, que el análisis de la legitimación pasiva de la garantía —la naturaleza y carácter de la sentencia, auto definitivo, firme o resoluciones con fuerza de sentencia objeto de la misma— constituye un presupuesto o requisito de admisión. Siendo así, es claro que la Corte Constitucional, a través de su Sala de Admisión, ya efectuó un análisis pomenorizado al respecto, y determinó su procedencia.

Para justificar la tramitación de esta garantía, la CCE toma como referente la sentencia n.º 010-09-SEP-CC —citada previamente—, señalando que en otros casos análogos este tipo de autos ya han sido objeto de EP:

En el caso *sub iudice*, se trata de un auto de llamamiento a juicio, el mismo que fue emitido por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas como consecuencia de la concesión del recurso de apelación interpuesto en contra de un auto de sobreseimiento definitivo. Si bien es cierto —como lo arguye la parte accionada— que de conformidad con el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surten efectos irrevocables en el juicio, y por otro, marca el inicio de una nueva etapa procesal, no lo es menos que en ocasiones anteriores, en casos análogos al presente, este tipo de autos ya han sido objeto de acciones extraordinarias de protección CCE, sentencia n.º 010-09-SEP-CC.

Uno de los fundamentos centrales para que proceda el auto de llamamiento a juicio es según la CCE la imposibilidad de poder plantear respecto al mismo recursos verticales a lo que resuelva la Corte Superior de apelación²³⁴ (cabe aclarar que a la fecha de emisión de la sentencia constitucional, los autos de llamamiento a juicio podían ser susceptibles de recurso de apelación, esta posibilidad fue derogada a través del art. 17 de la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal, publicada en el suplemento del Registro Oficial 160 del 29 de marzo de 2010; y dicha modificación de la ley fue declarada constitucional por la CCE mediante sentencia n.º 004-13-SIN-CC, caso n.º 0029-10-IN). En virtud de aquello,

iniciado en su contra por la supuesta infracción de anatocismo. Ecuador CCPT, “Sentencia n.º 010-10-SEP-CC”, en *Caso n.º 0502-09-EP*, 8 de abril de 2010.

²³⁴ Actualmente el COIP vigente, no prevé la posibilidad de apelar el auto de llamamiento a juicio. Ecuador Corte Constitucional; ver, Ecuador CCPT, “Sentencia n.º 004-13-SIN-CC”, en *Caso n.º 0029-10-IN*, 4 de abril de 2013.

la Corte en el caso en análisis sostiene que la legitimada activa ha agotado los mecanismos judiciales existentes:

Las razones fundamentales para ello, y que justifican la analogía con la Sentencia n.º 010-09-SEP-CC, se circunscriben en primer término, en la imposibilidad que tienen las partes de interponer recursos verticales respecto al mismo. En efecto, pese a que la disposición citada por el accionante relacionada a la imposibilidad legal de interponer recurso alguno respecto a lo que resuelva la Corte Superior de la apelación, — artículo 347 del Código Penal— fue declarada inconstitucional vía Resolución n.º 006-2003-DI, es evidente que en la práctica, a pesar de que los efectos del mismo puedan ser eventualmente revocados de oficio por el Tribunal Penal en la siguiente etapa procesal, un auto de estas características no puede ser revocado a solicitud de parte. En virtud de ello, esta Corte constata que el accionante ha agotado los mecanismos judiciales existentes.²³⁵

Finalmente, en su argumento la CCE señala que un auto firme no es lo mismo que un auto definitivo, y, por lo tanto, al consagrar la Constitución de la República en el art. 437, que esta acción procede respecto a autos en firme, el auto de llamamiento a juicio es susceptible de ser accionado a través de esta garantía pese a no tratarse de un auto definitivo.

Cabe indicar que, a la fecha de emisión de la sentencia, ya se encontraba vigente la LOGJCC, la cual preveía que la acción procede respecto a “sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia”; sin embargo, la sentencia se decanta por inobservar la ley, y realiza una interpretación textualista de una parte de la Constitución, llegando a la conclusión que un auto de llamamiento a juicio puede generar vulneración a derechos constitucionales, debiendo el juez constitucional subsanar estos daños.

Así, en la sentencia n.º 010-10-SEP-CC, dentro del caso n.º 0502-09-EP objeto de análisis, la CCE diferencia las categorías de auto en firme y auto definitivo, reconociendo que, si bien el auto de llamamiento a juicio da inicio a una nueva etapa procesal, aquel siendo firme mas no definitivo podría vulnerar derechos, ante lo cual se justifica que sea objeto de esta garantía jurisdiccional, y al respecto manifiesta:

[A]demás, que se trata de un auto firme —que no es lo mismo que definitivo— característica que de conformidad con el artículo 437, numeral 1 de la Constitución lo hace objeto de una acción extraordinaria de protección.

El elemento sustancial que acredita la procedencia de la garantía respecto a un auto de estas características, que marca el inicio de una nueva etapa procesal, se justifica en la posibilidad que tiene el mismo de revestir o generar vulneraciones a derechos constitucionales o debido proceso; en ese supuesto, con mayor razón el juez constitucional debe revisar y subsanar todos aquellos

235 Ecuador CCPT, “Sentencia n.º 004-13-SIN-CC”, en *Caso n.º 0029-10-IN*, 4 de abril de 2013.

vicios que pudieren afectar la siguiente etapa procesal, y en definitiva, todo el proceso penal.

En ese contexto, el auto objeto de la presente acción se entiende firme, y en consecuencia, la EP es objetivamente procedente ante la CCE.²³⁶

Conforme se puede observar, la CCPT realiza una interpretación textualista y semántica del contenido del art. 437 de la CRE, según la cual la EP procede respecto a sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas, manifestando que, si bien, el auto de llamamiento a juicio no es definitivo, el mismo se constituye en una resolución firme, y por lo tanto, susceptible de esta garantía jurisdiccional. Este argumento, conforme se expresó anteriormente, no tendría asidero legal, más aún cuando el legislador, mediante la ley de la materia al determinar el objeto de la acción estableció que procede respecto a “autos definitivos”.²³⁷

Aquella interpretación de la CCE se aleja del espíritu inicial con el que fue creada la garantía por el constituyente, desnaturalizando su carácter de extraordinaria y residual por los argumentos que a continuación exponemos.

Mediante esta clase de decisión judicial —auto de llamamiento a juicio— cuando existen graves presunciones sobre la presunta responsabilidad de un sujeto, o a su vez cuando existan presunciones graves y fundadas respecto al cometimiento de una infracción el juez que tramita la causa debe emitir un auto de llamamiento a juicio, con el cual inicia la etapa de juicio dentro del proceso penal público.

Como se puede observar, esta decisión judicial no se constituye en una decisión que tenga el carácter de definitiva e inapelable, pues este auto de llamamiento a juicio no pone fin al proceso, ni siquiera a una etapa procesal dentro de proceso penal público ecuatoriano, sino que más bien da inicio a una etapa procesal, el elemento que cabe a resaltar es que el constituyente no estableció que la EP puede proceder respecto a autos que dan inicio a un proceso, pues aquello atentaría la propia naturaleza residual de la garantía jurisdiccional en análisis.

Otro factor que permite evidenciar el carácter de no definitivo del auto de llamamiento a juicio es que dentro del mismo se pueden dictar medidas cautelares para asegurar la presencia del procesado dentro de la etapa del juicio, siendo una de ellas la orden de prisión preventiva, en aquel sentido, se observa que esa facultad de emitir medidas cautelares dentro de un proceso obedece a asegurar la presencia del procesado, lo cual denota que el

236 Ecuador CCPT, “Sentencia n.º 010-10-SEP-CC”, en *Caso n.º 0502-09-EP*, 8 de abril de 2010.

237 Ecuador, *LOGJCC*, art. 58.

proceso penal no ha concluido y por tanto la decisión judicial que se emite en esta etapa no se convierte en definitiva.

Una de las características de la EP es que no tiene un efecto suspensivo,²³⁸ es decir, la presentación de la garantía no implica que el proceso se suspenda, aquello puede generar un grave problema dentro de las acciones admitidas a trámite respecto a autos de llamamiento a juicio, pues conforme reiteradamente hemos expresado, este auto permite continuar la tramitación del proceso penal a una nueva etapa procesal como es la etapa del juicio, en donde el Tribunal de Garantías Penales emitirá una sentencia ya sea absolutoria o condenatoria en contra de un procesado.

En este orden de ideas, la admisión a trámite de una AEP sobre un auto de llamamiento a juicio no suspende el proceso penal, por lo que eventualmente este proceso puede concluir con una sentencia, antes que la CCE se pronuncie sobre la vulneración al debido proceso o a derechos constitucionales en el auto de llamamiento a juicio; bajo ese escenario tendríamos eventualmente dos decisiones que podrían impugnarse vía AEP; lo cual genera las siguientes interrogantes: ¿qué sucedería si la CCE luego de la emisión de la sentencia por parte del Tribunal Penal detectase que existió violación a derechos en el auto de llamamiento a juicio?, ¿tendría que retrotraer los efectos al momento de dicha afectación, invalidando todo el proceso penal desde la afectación al derecho?; ¿qué sucedería si la sentencia fue a su vez apelada, o si una vez apelada se interpuso recursos extraordinarios en materia de legalidad como casación o revisión?; ¿tendríamos eventualmente dentro de un mismo proceso penal varias decisiones que se impugnen vía AEP? Los problemas que eventualmente suscita el admitir esta garantía jurisdiccional respecto de autos de llamamiento a juicio denotan que el constituyente dotó a esta acción de un carácter extraordinario, previniendo que las decisiones que se propongan sean acerca de aquellas que tienen un carácter de definitivas.

El carácter definitivo de las decisiones es el espíritu que nuestra constituyente quiso dar a las decisiones objeto de AEP; la respuesta lógica acorde a la naturaleza de la garantía está dada en cuanto a que, para evitar este tipo de conflictos posteriores respecto a autos intermedios dentro de un proceso, el constituyente estableció como requisito que se trate de decisiones que pongan fin a un proceso, mas no a una etapa o fase procesal.

La CCE, lejos de realizar una interpretación integral y hasta teleológica del objeto de la AEP, realiza una interpretación muy ligera acerca de las decisiones que pueden ser objeto de impugnación, lo cual puede

238 Art. 62, LOGJCC.- “La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción [...]”. Ecuador, LOGJCC, art. 62.

eventualmente generar serios problemas a la seguridad jurídica del Estado, e incluso a otros principios rectores en materia penal como el *non bis ibidem* o el principio de favorabilidad.²³⁹

Esta afirmación se ve complementada, cuando el art. 58 de la LOGJCC, es claro al determinar que las decisiones sobre las cuales se puede proponer AEP son sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, lo cual aclara el panorama en consideración a tipo de autos que protege esta garantía, ya que el legislador previno que sean autos definitivos:

Artículo 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

La CCE ha admitido a trámite, sustanciado y en ocasiones ha emitido sentencias referentes a acciones extraordinarias de protección planteadas en contra de este tipo de decisiones judiciales. Así, dentro de la jurisprudencia de la CCE se puede observar que desde 2008 hasta 2018, se emitieron 17 sentencias dentro de acciones extraordinarias de protección provenientes de autos de llamamiento a juicio,²⁴⁰ cabe indicar que se ha tomado en consideración las sentencias, porque se colige que para que haya una sentencia de la CCE, esta previamente admitió a trámite la acción, y por lo tanto consideró que el auto de llamamiento a juicio es susceptible de impugnarse vía AEP. Dentro de aquellas sentencias diez fueron aceptadas por la CCE, determinándose que en los autos de llamamiento a juicio existió una afectación a derechos constitucionales, mientras siete fueron negadas.

En estas sentencias se denota claramente que la CCE exhibe una línea jurisprudencial que permite el planteamiento de esta garantía jurisdiccional respecto a autos de llamamiento a juicio, pese a que no se trata de una decisión jurisdiccional con carácter de definitiva, conforme se ha expuesto dentro del presente acápite, lo cual permite observar la mutación vía hermenéutica en la que ha emprendido el máximo órgano de administración de justicia modificando de manera tácita la naturaleza de la AEP en cuanto a su objeto.

²³⁹ Estos principios se encuentran determinados dentro de las garantías del debido proceso contemplados en el art. 76 de la Constitución ecuatoriana.

²⁴⁰ Ecuador, CCE, Sentencias 0008-10-SEP-CC; 010-09-SEP-CC; 0010-10-SEP-CC; 130-12-SEP-CC; 216-12-SEP-CC; 082-12-SEP-CC; 178-12-SEP-CC; 038-13-SEP-CC; 037-13-SEP-CC; 036-13-SEP-CC; 057-13-SEP-CC; 108-14-SEP-CC; 082-15-SEP-CC; 001-16-SEP-CC; 020-16-SEP-CC; 149-16-SEP-CC; 276-16-SEP-CC.

Mutaciones emprendidas por la CCE en la AEP contra decisiones de la justicia indígena

La EI es una garantía jurisdiccional que se encuentra determinada en la LOGJCC, por medio de la cual se protegen derechos constitucionales que pudieren verse afectados como consecuencia de resoluciones emitidas por autoridades indígenas en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales.²⁴¹

Sobre esta novedosa institución del derecho constitucional ecuatoriano, Christian Masapanta destaca que, en el modelo constitucional garantista ecuatoriano, nada queda exento de control por parte de la justicia constitucional, ante lo cual las decisiones de las autoridades indígenas también deben alinearse dentro del respeto a derechos constitucionales.²⁴²

En aquel sentido, si bien la facultad de administrar justicia por parte de autoridades indígenas nace de la propia Constitución, la garantía jurisdiccional AEP contra decisiones de justicia indígena es desarrollada posteriormente en la LOGJCC, la cual en su art. 65 manifiesta:

La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de 20 días de que la haya conocido.

Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y la ley.

Aquello denota que en el constitucionalismo ecuatoriano, la CCE puede entrar a revisar las decisiones emitidas por autoridades de comunidades,

241 Al respecto, la Constitución ecuatoriana en su art. 171 garantiza el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las autoridades de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Artículo 171.- “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”. Ecuador, CRE de 2008, art. 171.

242 Christian Masapanta, “Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena: Garantía eficaz dentro del pluralismo jurídico u ordinalización de la justicia indígena en el Ecuador”, *Revista Jurisprudencia Argentina del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional*, número especial (2014): 137-41.

pueblos y nacionalidades indígenas quienes hayan emitido una decisión vulneradora de derechos en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, debiendo en su tramitación observarse principios de interculturalidad y respeto a instrumentos internacionales vinculados con pueblos indígenas y tribales, más aún considerando que Ecuador por mandato constitucional es un Estado plurinacional.

La interpretación que realiza la CCE debe observar el carácter plurinacional de nuestro modelo estatal, en donde se reconoce de manera amplia derechos colectivos a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, sin embargo, dentro de un ejercicio hermenéutico en muchas ocasiones el máximo órgano de administración de justicia constitucional ha emprendido en modificaciones al sentido material de la Constitución vigente, así como al carácter plurinacional del Estado ecuatoriano, mediante decisiones que alteran y menoscaban el reconocimiento de la administración de justicia indígena.

A lo largo del presente subtema se demostrará cómo la CCE ha emprendido en modificaciones a la CRE con relación al reconocimiento de la administración de justicia indígena, mutando implícitamente el alcance de dicha jurisdicción, excluyendo de su juzgamiento determinadas conductas —la jurisdicción indígena no opera en delitos contra la vida—; para ello, se analizarán estas modificaciones realizadas por el órgano especializado dentro de la garantía jurisdiccional en comento, partiendo del análisis de un caso emblemático como fue “La Cocha 2”, en donde la CCE muta el alcance de la justicia indígena de manera regresiva para los derechos colectivos de estos pueblos.

Mutación constitucional en cuanto a la administración de justicia indígena: el caso de exclusión de delitos contra la vida

Uno de los temas más controvertidos acerca de la administración de justicia indígena en el país, está dado por el juzgamiento de los atentados en contra de la vida de los miembros de una comunidad; han existido posiciones a favor y en contra de que dichas autoridades conozcan este tipo de actos.

Conforme se ha expuesto con antelación, nuestra Constitución en el art. 171 no establece una limitación en cuanto a la competencia de las autoridades indígenas para conocer acciones que provienen de la privación de la vida a miembros de la comunidad, no obstante, vía jurisprudencia la CCE determinó que este tipo de actos —privación de la vida— quedan exentos de ser conocidos y juzgados por las autoridades indígenas, lo cual ha generado un serio debate referente a la relativización de aquella potestad, y

en la especie de la mutación en la que emprendió el órgano constitucional respecto al alcance de esta jurisdicción.

A continuación, se expone un caso paradigmático de la CCE: “La Cocha 2”,²⁴³ en donde, según nuestro criterio la CCE mutó el contenido material del art. 171 de la Constitución de la República, para ello se citan sus antecedentes:

El caso “La Cocha 2” fue el primero de AEP contra decisiones de justicia indígena presentado ante la CCE, signado con el número 0731-10-EP,²⁴⁴ en el cual se emitió la sentencia n.º 113-14-SEP-CC.

En cuanto a las circunstancias fácticas de esta acción, se debe destacar que el domingo 9 de mayo de 2010 a las 19:00, en el parque central de la parroquia Zumbahua, mientras se celebraba una fiesta comunitaria se produjo la muerte del señor Marco Olivo Pallo, por parte de cinco jóvenes indígenas de la comunidad Guantopolo²⁴⁵ quienes, según el testimonio de un miembro de la comunidad, golpearon, asfixiaron y ahorcaron a la víctima.²⁴⁶

243 Ávila Santamaría al respecto, destaca: “La Cocha es conocida en Ecuador por dos casos que han puesto a prueba la declaración del Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural. El primer caso sucedió en 2002 y el segundo en 2010. En 2002, tres jóvenes, bajo el efecto del alcohol y después de haber discutido con un anciano en la comunidad, le golpean con un destornillador, un tubo y una piedra. Al poco tiempo el anciano perdió la conciencia. Horas más tarde el hombre murió. Inmediatamente las autoridades indígenas, el Cabildo, se juntaron para resolver el caso. Cuando lograron contar con las tres personas que provocaron la muerte del anciano, el Cabildo convocó a las comunidades de La Cocha y sus alrededores a una Asamblea para conocer y resolver el caso. Quince días después de haber sucedido el hecho, el juzgamiento tuvo lugar. Alrededor de 5000 personas se reunieron ese día. Después de escuchar y discutir sobre el caso, durante varias horas, se resolvió el caso. Los tres jóvenes fueron considerados responsables por la muerte del anciano; la viuda fue compensada por la pérdida del marido (6000 dólares); los jóvenes recibieron consejos y pidieron disculpas; los jóvenes recibieron 13 latigazos, fueron purificados con ortiga y baños de agua helada; finalmente fueron expulsados de la comunidad por varios días. Después de firmar el acta el caso se cerró y, según constatan algunos investigadores, la armonía se recuperó. Actualmente, uno de los victimarios es un miembro políticamente activo en la comunidad”. Ver Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 190.

244 Cabe destacar que este caso fue rotulado como AEP, sin embargo, conforme lo destacó en la propia sentencia la CCE el objeto de la misma es analizar la vulneración a derechos constitucionales en dos resoluciones provenientes de la administración de justicia indígena. Aquello se debió a que este fue el primer caso de esta naturaleza tramitado en la CCE.

245 La comunidad Guantopolo se encuentra ubicada en la parroquia Zumbahua, pertenece al cantón Pujilí, en la provincia de Cotopaxi, cuya población mayoritaria es indígena perteneciente al pueblo kichwa panzaleo. Cabe indicar que forman parte de la parroquia Zumbahua las siguientes comunas: Tigua Rumichaca, Tigua Chimbacucho, Guantopolo, Míchacalá, Takaxa, Talatac, Yanaturo, Yanashpa, Saraugsha, La Cocha, Ponce Quilotoa, Chami Zumbahua, Quilapungo.

246 José Chaluiza quien estuvo presente el día de la muerte manifiesta: “Llegué a Zumbahua a la una y no encontré a nadie, me puse a tomar a eso de las dos con ese grupo de cinco. A las tres nos comenzamos a relajar, yo me di cuenta que mental y espiritualmente estaba mal. A las siete nos fuimos al parque ahí llega el joven M. O., que estaba tomado, y les dice a los jóvenes: ‘esos rockeros vergas’. Uno de los jóvenes se levanta y dice: ‘a ver qué te pasa con mi gente’,

Ante estos hechos, los miembros de la comunidad indígena, juzgaron a los cinco jóvenes, emitiendo decisiones contenidas en las actas del 16 y 23 de mayo de 2010, en donde se impusieron sanciones a los causantes de la muerte; los medios de comunicación social transmitieron algunas imágenes de las sanciones indígenas propuestas, ante lo cual los jóvenes juzgados señalaron que habían sido objeto de tratos crueles, vulnerándose sus DD. HH.²⁴⁷ Posteriormente, intervino la Fiscalía General del Estado, dicho organismo procesó a los jóvenes presuntamente responsables de la muerte de Marco Olivo Pallo, así como a las autoridades indígenas por secuestro y tortura.

En aquel sentido, el hermano de la víctima presentó AEP en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010,²⁴⁸ señalando que de acuerdo con los arts. 171 de la CRE y 343 del COFJ, las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo conocieron el caso y establecieron la culpabilidad de los cinco jóvenes indígenas de la comunidad de Guantopolo imponiéndoles sanciones de acuerdo con su tradición.

Manifiesta que, los cinco responsables del asesinato se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron que se les aplique el sistema jurídico indígena, y que ahora pretenden juzgarles por la justicia ordinaria, por lo que se evidencia “un proceso de doble juzgamiento”. Además, dentro de los antecedentes se señala que en casos anteriores los jueces y fiscales han aceptado y respetado lo resuelto por la jurisdicción indígena.²⁴⁹

ahí es donde se paran los cinco y le comienzan a pegar, un joven le da un golpe en la boca del estómago y le deja tendido [...] de repente uno le saca la correa y le amarra a la altura del hombro. Luego le llevan por una calle hasta la puerta de la iglesia y ahí le dejan amarrado. Ahí es donde le dejan ahorcando”. Ver el relato completo en Ramiro Ávila Santamaría, “Cárcel, política criminal y justicia indígena”, en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*, ed. Claudia Storini (Quito: UASB-E / CEN, 2017), 296.

247 Manifiestan que se han violado el art. 66, num. 3, lits. a) y c); art. 76, num. 7, lits. a), b), c) y g); art. 77, art. 83, num. 2, y art. 426 de la Constitución; art. 5 y art. 8 de la CADH, en razón a que el derecho a la legítima defensa ha sido reprimido en todo el proceso de ajusticiamiento indígena en su contra. Señalan, que nunca contaron con un abogado o un tercero imparcial que defienda sus derechos, ya que fueron sometidos a tortura permanente por varios días. No existió plazo razonable ni los medios adecuados para preparar la legítima defensa, no hubo un juez imparcial ni la presunción de inocencia; y además que a Orlando Quishpe se le obligó a declararse culpable. Ver Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 113-14-SEP-CC”, en *Caso n.º 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

248 Las actas de juzgamiento constan en el expediente constitucional n.º 0731-10-EP de la CCE.

249 Se debe destacar que anteriormente existió otro caso en donde también se produjo una muerte dentro de la comunidad indígena “La Cocha”, en el cual se administró justicia indígena, y se restauró el equilibrio de la comunidad.

Expresa que, en su calidad de hermano del occiso de manera voluntaria solicitó la intervención y actuación de las autoridades indígenas de La Cocha junto con las de la comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, quienes solucionaron el caso emitiendo resoluciones con las que estuvieron de acuerdo los familiares del occiso.

Respecto a la competencia de la CCE para conocer ese caso, este organismo deja en claro que a pesar de no existir inconformidad por parte de los familiares del occiso acerca de la administración de justicia indígena, empero al tratarse de una AEP relacionada con la ejecución de decisiones dictadas por las autoridades de la comunidad La Cocha, la CCE procede a conocer esta acción en consideración a criterios y parámetros propios del pluralismo jurídico, autonomía e interculturalidad, admitiéndose a trámite dicha acción.²⁵⁰

En cuanto a la parte motiva de la sentencia, la CCE realiza su argumentación sustentándola en dos problemas jurídicos concretos: el primero sobre si ¿las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?; y, el segundo respecto a si ¿las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial a las decisiones de la justicia indígena?

Con relación a la primera de las interrogantes la CCE manifiesta que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo kichwa panzaleo, en materia de justicia indígena es la Asamblea Comunal; además sostiene que el proceso de investigación y juzgamiento se inicia a pedido directo de los afectados, que lo realizan a las personas de la comunidad con mayor nivel de autoridad, respeto o edad, y que luego todas las partes que intervienen en el proceso se someten a los principios, procedimientos y resoluciones que se adopten en la Asamblea Comunal.

Conforme se observa de esta sentencia, queda claro para esta Corte que las formas tradicionales de representación comunitaria: el presidente del Cabildo, dirigentes comunitarios, exdirigentes del Cabildo y los ancianos o mayores, en el proceso de administración de la justicia indígena actúan solo

250 La CCE en la sentencia en análisis manifestó: "Por estas particularidades, y considerando que se trata de la primera decisión en materia de acción extraordinaria que se relacionaría con decisiones jurisdiccionales de justicia indígena, por no existir precedentes en la materia dentro del constitucionalismo ecuatoriano, esta Corte, conforme lo previsto en el art. 11, num. 8; art. 436, num. 1 y art. 6 de la Constitución de la República, y art. 62, num. 8 de la LOGJCC, asumirá también la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección y establecerá un precedente en la materia".

como facilitadores del proceso y no tienen niveles de decisión individual en razón de su cargo o estatus comunitario. La decisión del caso, conforme se documenta en los estudios, y consta en el expediente de juzgamiento de la muerte del indígena, fue el resultado de la deliberación colectiva, luego de largos debates en los que participaron sin ninguna restricción los miembros de la comunidad, por lo que las decisiones no pueden ser atribuidas a persona o autoridad en particular, o a la convicción de una autoridad específica, de un juez o de una persona en concreto.

Esta naturaleza colectiva del ente juzgador va a ser trascendental a la hora de resolver este caso concreto pues la Corte va a manifestar que la Asamblea Comunal²⁵¹ fue competente para conocer el conflicto generado al interior de la comunidad indígena acorde a sus costumbres y tradiciones.

Una vez que determinó la competencia de las autoridades indígenas para conocer conflictos comunitarios, la CCE expresa que para las comunidades Kichwa-Panzaleo, cuando se comete una infracción que afecte sus relaciones sociales, personales, familiares, económicas y de convivencia comunitaria, es necesario conseguir la restitución del orden para devolver el equilibrio a la comunidad; para ello, consideran necesario efectuar la purificación del infractor y su reconexión con la naturaleza (Pachamama) aplicando sanciones, reprimendas o consejos con un alto contenido simbólico.²⁵²

En razón de lo expuesto para la CCE el concepto de “comunalidad” es el motor fundamental que legitimó las actuaciones por parte de la Asamblea Comunal en “La Cocha”, por lo que, va a manifestar que lo que se resolvió en aquella comunidad está directamente relacionado con la protección del derecho colectivo comunal, mas no una tutela *a priori* del derecho a la vida, el mismo que durante el procesamiento indígena según la CCE no fue objeto de discusión.²⁵³

251 La CCE, en la sentencia n.º 113-14-SEP-CC, caso n.º 0731-10-EP señaló: “En consecuencia, en el presente caso, queda materialmente demostrado que la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento preestablecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas. Así también, queda evidenciado que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria y no una persona o grupo de personas de la comunidad; por tanto, esta Corte declara que es la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente encargada de conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan bienes jurídicos comunitarios en el pueblo kichwa Panzaleo”; ver Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 113-14-SEP-CC”, en *Caso n.º 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

252 Esther Sánchez, peritaje antropológico presentado a la CCE, páginas 30 y 31. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 113-14-SEP-CC”, *Caso n.º 0731-10-EP*.

253 Argumento con el cual discrepamos, toda vez que bajo ese escenario ningún acto desarrollado dentro de la comunidad indígena sería susceptible de ser juzgado por sus autoridades, por ejemplo, en una práctica mercantil como el trueque, bajo el argumento de la CCE en caso de suscitarse conflictos, no se estaría protegiendo la propiedad de los miembros de la comunidad, sino su

Continuando con el análisis constitucional, dentro de la sentencia en estudio, la Corte describe el contenido y alcance de las resoluciones adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, con el propósito de establecer el bien jurídico que protege la justicia indígena y su relación, similitud o diferencia con el bien jurídico que protegen las decisiones de la justicia penal ordinaria.

La Corte señaló que, las autoridades y demás comisionados que participaron en el proceso, conocieron y decidieron sobre los hechos acaecidos en la comunidad, no fue, en estricto sentido, la temática vinculada con la muerte de la víctima; sino, que los comuneros investidos de autoridad jurisdiccional indagaron el grado de afectación que la actuación de los involucrados provocó al colectivo comunitario.

Con estos antecedentes, la Corte señala, que la justicia indígena del pueblo kichwa panzaleo no juzgó ni sancionó la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía comunitaria; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente.

Por lo tanto, la Corte argumenta que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad, argumento que resulta ampliamente controvertido, pues lo construye a partir de una interpretación dentro de un caso concreto que denota particularidades específicas como fue el proceso de juzgamiento de integrantes de la comunidad indígena La Cocha, mediante pruebas y peritajes que responden a la visión cultural de esa comunidad, lo cual puede diferir en relación con otras comunidades kichwas, y más aún sobre otras comunidades indígenas del país, por lo que a nuestro criterio la CCE se aventura a realizar una interpretación con efecto *erga omnes*, sin que haya mediado un análisis integral de las diversas realidades de las comunidades indígenas en el país.

Adicionalmente, no se analiza de forma integral los peritajes realizados en el caso concreto,²⁵⁴ sino que se construye un argumento a

“comunalidad”, en términos de la Corte, es decir, esta interpretación de la CCE relativiza el alcance de la administración de justicia indígena, lo cual se torna muy peligroso dentro de un Estado plurinacional, ya que se estaría volviendo hacia la imposición de un modelo hegemónico. Christian Masapanta, “Interpretación intercultural desde la jurisprudencia constitucional ecuatoriana”, en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*, ed. Claudia Storini (Quito: UASB-E / CEN, 2017), 255-76.

254 Ramiro Ávila cuestiona la forma en que la CCE empleó los peritajes sociológicos, respecto al peritaje de Esther Sánchez Botero sostiene: “hay muchas partes del peritaje que no son consideradas, fundamentalmente, las conclusiones de Sánchez. La perito sostiene, con claridad,

partir de la generalidad, para llegar a la conclusión que lo que se juzgó en el presente caso fue la comunalidad y no la privación de la vida del señor Olivo Pallo. Este argumento en nuestro criterio resulta ilógico, pues si existía una duda acerca de si se juzgó la comunalidad o la vida en el caso concreto, hubiese resultado sencillo preguntar durante la audiencia de AEP a las autoridades de esa comunidad ¿qué fue lo que juzgaron dentro del caso “la Cocha 2”?, si la comunalidad o la muerte de uno de sus miembros; la respuesta se torna obvia, más aún cuando se establecieron responsabilidades subjetivas dentro de su “juzgamiento por muerte”, lo cual denota una vez más el argumento contradictorio de la CCE ecuatoriana, más aún cuando mediante una interpretación carente de fundamentación crea una regla jurisprudencial que altera el sentido material del art. 171 de la Constitución y la propia misión del Estado plurinacional ecuatoriano,²⁵⁵ al excluir del conocimiento de las autoridades indígenas los casos relacionados con la privación de la vida de las personas.

En cuanto al segundo problema jurídico, la CCE advierte que siendo la inviolabilidad de la vida un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de DD. HH. y por los principios contenidos en los *ius cogens*, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones y velar porque ante cualquier amenaza o agravio se juzgue y se sancione la conducta como tal, tomando en cuenta además los efectos traumáticos que este acto dañoso produce en la comunidad y en la sociedad.

De esta manera, según el argumento de la CCE, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, respetando el ordenamiento jurídico del Estado constitucional de derechos y justicia, están en la obligación de precautelar la vida de las personas en su dimensión subjetiva y objetiva, garantizando la no impunidad de los delitos en los casos de muerte, para lo cual frente a actos que afectan la inviolabilidad de la vida, les corresponde a sus miembros, y en particular a sus autoridades, colaborar con el Estado y sus instituciones en el proceso judicial de determinación de

después de haber visitado la comunidad, haber hecho investigaciones con múltiples técnicas etnográficas e incluso después de haber hecho análisis de discursos de prensa, teoría del derecho e instrumentos internacionales, que: ‘El encarcelamiento de los jóvenes para ser juzgados por los mismos hechos va en contra de lo establecido en la normatividad vigente. Es improcedente que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Pallo (sic), que ya fueron juzgados por jueces indígenas pertenecientes a la jurisdicción indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria’[...]. Ávila Santamaría, “Cárcel, política criminal y justicia indígena”, 314-5.

255 Ecuador, CRE de 2008, arts. 1 y 171.

responsabilidades y de sanción del delito en el marco de los procesos objetivos de coordinación ordenados por la Constitución.²⁵⁶

Sin embargo, manifiesta que en virtud del art. 66, num. 1 de la CRE, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida.

Con los argumentos expuestos, la CCE emite la sentencia en análisis en cuya parte resolutive expresa que no se han vulnerado derechos constitucionales; que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios; que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa panzaleo cuando conoció este caso de muerte no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento. Finalmente, dispone que varias instituciones estatales se encarguen de la difusión de la sentencia.²⁵⁷

Finalmente, producto de aquel análisis, la CCE, emite una regla jurisprudencial con efecto general, en donde determina que la jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de derecho penal ordinario.²⁵⁸

Conforme se puede observar de la regla jurisprudencial creada por la CCE, se excluye la jurisdicción y competencia de las autoridades de administración de justicia indígena para conocer, resolver y sancionar casos que atenten en contra de la vida de otra persona, disponiendo que el órgano competente será el sistema de derecho penal ordinario, limitando de esta forma este tipo de actuaciones del conocimiento de esas autoridades

256 Ramiro Ávila, al analizar la decisión emitida en esta sentencia constitucional señala: “Con este fallo, se desconoció la competencia de la justicia indígena para conocer infracciones a la vida, como si la vida para una comunidad no fuera importante [...]”. Ávila Santamaría, “Cárcel, política criminal y justicia indígena”, 315.

257 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 113-14-SEP-CC”, en *Caso n.º 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

258 *Ibíd.*

indígenas y produciendo un cambio al sentido originario del precepto constitucional que consagra y reconoce la administración de justicia indígena en un sentido amplio, abarcando todo tipo de acciones que generen una controversia en el ámbito comunitario, en donde como es lógico se incluye atentados en contra de la vida de sus miembros.

La sentencia de la CCE,²⁵⁹ adolece de vicios técnicos frente a la argumentación jurídica, por cuanto construye premisas contradictorias, como por ejemplo, reconocer al Ecuador como un Estado plurinacional,²⁶⁰ determinando que la interpretación que se realice en caso de derechos colectivos debe observar los principios de diversidad y pluralismo jurídico, pero a la hora de resolver el caso la propia Corte inobserva estos principios empleando argumentos alejados del espíritu plurinacional del Estado ecuatoriano.

También, crea una regla jurisprudencial, sin el debido sustento argumentativo, por medio de la cual se determina que los actos relacionados con la privación de la vida de las personas quedan al margen de la administración de justicia indígena, lo cual es regresivo a los derechos colectivos, y va en contra de principios desarrollados en instrumentos internacionales de DD. HH. y jurisprudencia internacional, cambiando implícitamente el alcance del art. 171 de la CRE, y mutando de una forma desfavorable dicho precepto constitucional, lo cual torna a dicha modificación en inconstitucional, pues conforme se estableció en el primer capítulo de esta investigación, uno de los límites a la mutación constitucional es el no menoscabo de los derechos constitucionales, los cuales dentro de nuestro modelo garantista de Estado plurinacional involucra un amplio respeto a los derechos colectivos reconocidos en la norma suprema.

Mutaciones constitucionales en la AN

La AN constituye una garantía jurisdiccional que busca la eficacia en la aplicación de normas, actos administrativos de carácter general, o sentencias e informes de organismos internacionales de DD. HH. que contengan una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible, lo cual comporta una tutela del derecho a la seguridad jurídica.

Esta acción busca que las normas que contengan una obligación de hacer o no hacer claras, expresas y exigibles,²⁶¹ sean cumplidas por los sujetos destinatarios de aquellas disposiciones, garantizándose de esta forma

259 Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia n.º 113-14-SEP-CC", en *Caso n.º 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

260 Ecuador, *CRE de 2008*, art. 1.

261 *Ibíd.*, art. 93.

la seguridad jurídica, logrando tener una certeza en cuanto a la aplicación del derecho, siendo las mismas objeto de tutela por los órganos jurisdiccionales, en la especie la CCE.

El contenido de la norma es claro al determinar que la aplicación de esta garantía se circunscribe a tres tipos de disposiciones: actos normativos generales; actos administrativos generales; y, sentencias e informes de organismos internacionales de DD. HH.; los dos primeros se relacionan con disposiciones provenientes de órganos internos dentro del sistema constitucional ecuatoriano, y los segundos con relación a organismos internacionales; sin embargo, dentro de su jurisprudencia la CCE ha ido más allá de las disposiciones previstas por el constituyente, pues ha sustanciado acciones por incumplimiento de actos normativos de carácter general respecto a normas contenidas en tratados internacionales, evidenciándose una mutación respecto a las normas objeto de esta garantía.

Dentro del presente acápite trataremos de mostrar aquella modificación realizada por la CCE, a partir de un análisis de su jurisprudencia asociada con el cumplimiento de un instrumento internacional bilateral como es el Convenio sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves, entre Ecuador y Colombia, en donde, la CCE abrió la posibilidad de que la AN también sea aplicable a normas contenidas en tratados internacionales.

Mutación de la AN en Ecuador: el caso de la acción por incumplimiento de tratados internacionales

Conforme se ha expresado anteriormente, las disposiciones de la CRE, asociadas con la garantía jurisdiccional en análisis permite que para garantizar la aplicación de las normas del sistema jurídico se establezca un mecanismo como la AN, y adicionalmente, se determina que esta se entenderá “cualquiera sea su naturaleza” normativa, esto ha permitido que vía hermenéutica la CCE haga extensiva esta garantía a todo tipo de disposiciones normativas que contengan una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible, dentro de las cuales pueden encontrarse instrumentos internacionales, pese a que textualmente no lo señala la carta fundamental ecuatoriana.

A nivel infralegal, esta garantía jurisdiccional no tiene problema en su aplicación, la disyuntiva se plantea al momento de establecer si la AN puede hacerse extensiva a fuentes del derecho contenidas en normativa internacional, en la especie a normas que contengan obligaciones provenientes de tratados internacionales. Esta interrogante fue saldada por la

CCE cuando en un caso emblemático²⁶² sustanció esta acción propuesta en contra de un convenio internacional, denotando que las normas de un tratado internacional también son susceptibles de esta garantía.

Conforme se ha expuesto, la CCE, ha interpretado el alcance de la norma constitucional relacionada a la AN haciéndola extensiva a normas contenidas en tratados internacionales. Asimismo, se debe aclarar que no todas las normas contenidas en instrumentos internacionales, podrían ser susceptibles de esta garantía jurisdiccional, al respecto cabe realizar tres puntualizaciones:

En primer lugar, los instrumentos internacionales de DD. HH., al incorporarse mediante el bloque de constitucionalidad a nuestro ordenamiento jurídico gozan de una igualdad jerárquica con el texto de la Constitución, convirtiéndose en verdaderas normas constitucionales, frente a lo cual cabe aclarar que la AN no procede en cuanto a mandatos constitucionales.²⁶³ Por lo que, este tipo de instrumentos internacionales *prima facie* quedarían exentos de esta garantía.

En segundo lugar, los instrumentos internacionales que contengan normas de derecho comunitario andino quedarían exentos de esta garantía jurisdiccional, *maxime* cuando ante un incumplimiento de dicha normativa existe un procedimiento a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por medio del cual se exigirá el cumplimiento de la norma comunitaria al respectivo Estado miembro.²⁶⁴

En tercer lugar, jerárquicamente dentro de la configuración de las normas en Ecuador, los tratados internacionales se encuentran en una categoría infraconstitucional y supra legal, en este sentido, para que los mismos se conviertan en norma interna requieren de la ratificación por parte del órgano parlamentario, ante lo cual se ha de entender que los instrumentos internacionales susceptibles de dicha garantía serían los debidamente suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, ya que solo ahí adquieren el carácter de norma interna.²⁶⁵

262 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 004-13-SAN-CC”, en *Caso n.º 0015-10-AN*, 13 de junio de 2013.

263 Art. 56 de la ley en mención.

264 Art. 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que regula la acción de incumplimiento de norma comunitaria; véase <https://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/TCREACION.pdf>.

265 Artículo 418 de la Constitución ecuatoriana.- “A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales. La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo”. Ecuador, *CRE de 2008*, art. 418.

Una vez realizada esta aclaración, observamos que la mutación a la cual hacemos referencia está dirigida a otro tipo de normas que incluso no solo regulan la situación jurídica de un Estado sino las relaciones internacionales con otros sujetos del derecho internacional. Cabe preguntar si el constituyente había previsto que instrumentos internacionales serían susceptibles también de esta garantía, más aún considerando que en el derecho internacional las obligaciones que emanan de dichas normas internacionales superan el clivaje de Estado nación y su obligatoriedad se hace extensiva a otros Estados u organismos internacionales.

Es por ello que, el alcance que le ha dado la CCE para que vía AN se pueda conocer obligaciones de hacer o no hacer incumplidas por parte de determinados sujetos en el ámbito del derecho internacional resulta novedosa, y va más allá de lo que planteó el constituyente originario.

Dentro del análisis de la mutación constitucional realizada por la CCE, con relación a la AN de normas, a manera de ejemplo podemos citar la sentencia n.º 004-13-SAN-CC, dentro del caso n.º 0015-10-AN,²⁶⁶ la cual constituye un proceso por medio del cual se permitió la presentación de una AN respecto a normas de un tratado internacional, en la especie, los arts. 60 y 65 del Convenio sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves, entre Ecuador y Colombia.²⁶⁷

El accionante, mediante oficio del 5 de enero de 2012, fundamentado en el art. 66, num. 23 de la CRE, en concordancia con el art. 321 ibídem, el art. 60 del Convenio de Tránsito entre Ecuador y Colombia, publicado en el Registro Oficial 83 del 9 de diciembre de 1992, y art. 28 de la Ley de Modernización del Estado solicitó que se ordene al Cónsul de Ecuador en Ipiales la entrega del vehículo de su propiedad, conforme los documentos que en copias notariadas y apostilladas adjuntó en su oportunidad.

No obstante, considera el compareciente que, pese a que su pedido fue legalmente fundamentado, y al ser el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio

266 La demanda fue presentada por el señor Claudio Demetrio Masabanda Espín, quien manifiesta que compareció el 17 de noviembre de 2009, ante el Consulado del Ecuador en Ipiales, Colombia, marca Mazda, color Champán, tipo *pick up*, modelo B2600I, cabina simple, año 1997, motor GG6202737, placas PSZ-166, matriculado en la provincia de Pichincha portando los documentos que acreditan la propiedad de su vehículo con la finalidad de solicitar su devolución. Sin embargo, conforme lo menciona el peticionario frente a su solicitud el señor Ángel Naranjo Gallegos, encargado de las funciones consulares del Ecuador en Ipiales, le indicó que debía realizar su pedido a la Fiscalía Novena de Colombia. La doctora Angélica Becerra Erazo, Administradora de Bienes de la Fiscalía, en atención al oficio referido, mediante oficio n.º AB-746, del 18 de noviembre de 2009, señala que no es posible atender tal solicitud, puesto que “mediante oficio 3-5-244-CEI/2008, de 11 del agosto de 2008, el Cónsul del Ecuador, Ángel Naranjo Gallegos, ordena la entrega del vehículo en mención al señor Wilson Fernando Carrión Montes de Oca”, es decir, el vehículo en comento fue entregado a otra persona.

267 Publicado en el Registro Oficial 83, 9 de diciembre de 1992.

e Integración de Ecuador el único responsable de la correcta aplicación del Convenio de Tránsito entre Ecuador y Colombia hasta la fecha en la que realizó la solicitud de devolución, el ente obligado no ha cumplido ni contestado su pedido.

Con estos antecedentes, demandó el incumplimiento de los arts. 60 y 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimos y Aeronaves, que en la especie determinan:

Artículo 60.- Es dueño de la embarcación o vehículo robado o abandonado, en cuanto haya probado dicha calidad ante el funcionario consular del país de la matrícula, podrá entrar de inmediato en posesión.

Artículo 65.- Cuando la autoridad administrativa exima de responsabilidad al dueño, conductor, capitán o piloto, de inmediato y sin dilación pondrá la embarcación o vehículo a órdenes del cónsul de la jurisdicción, para la entrega a su dueño.²⁶⁸

Posterior a ello, mediante auto de admisión con fecha 13 de abril de 2010, se resolvió admitir a trámite la presente acción por reunir los requisitos de admisibilidad, aceptando la demanda presentada, señalándose por parte de la Sala de Admisión de la CCE que se ha cumplido con los requisitos exigidos por la Constitución y la ley de la materia.

Dentro del caso concreto, la mutación del precepto constitucional está dada por cuanto los jueces de la CCE calificaron a estas normas contenidas en un instrumento internacional, como disposiciones objeto de una AN, permitiendo de esta forma que este tipo de actos normativos puedan ser impugnados por medio de esta garantía jurisdiccional.

Posterior a ello, se realizó la sustanciación de la presente causa determinándose que el incumplimiento del art. 60 del Convenio no opera, puesto que no se encuentra configurada una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible, sin embargo, la CCE estableció que, en relación con la norma contenida en el art. 65 del Convenio sí ha existido un incumplimiento, por cuanto el Cónsul de Ecuador en Ipiales, no ha observado y aplicado una disposición clara, expresa y exigible, que contenía la obligación de entregar del vehículo al legítimo propietario, una vez que demuestre su titularidad, circunstancia que en el presente caso no ocurrió pues el vehículo fue entregado a una tercera persona quien no era el propietario del vehículo, señalándose que la actuación de la autoridad consular atentó el derecho a la propiedad y a la seguridad jurídica del legitimado activo, motivo por el cual aceptó parcialmente su demanda.²⁶⁹

268 Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimos y Aeronaves, publicado en el Registro Oficial 83, 9 de diciembre de 1992.

269 El Pleno de la Corte Constitucional mediante sentencia n.º 004-13-SAN-CC, aceptó parcialmente la AN presentada por el señor Claudio Demetrio Masabanda Espín, señalando: "... 2. Aceptar parcialmente la acción planteada por el señor Claudio Demetrio Masabanda Espín y, en consecuencia, declarar el incumplimiento por parte del encargado de funciones consulares

Lo antes expuesto, permite observar cómo vía hermenéutica se ha modificado implícitamente el contenido del art. 93 de la CRE, a nuestro criterio de manera correcta, siempre que no se trate de los tres presupuestos antes descritos (tratados de DD. HH, normas de derecho comunitario, o instrumentos internacionales no ratificados por Ecuador) garantizándose de esta forma los derechos de los accionantes, y tutelando qué normas del derecho internacional puedan ser exigibles a través de una garantía jurisdiccional.

Cabe destacar que, dentro de la jurisprudencia de la CCE, existen solamente dos casos en los cuales se ha admitido a trámite una AN de normas contenidas en instrumentos internacionales. Los casos en mención hacen referencia al incumplimiento del Convenio sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves, entre Ecuador y Colombia analizado en líneas anteriores, el cual conforme se ha expuesto fue aceptado por la CCE; y, el incumplimiento del art. 12 del Reglamento para la Aplicación de la Cláusula de Salvaguardia prevista en el art. 78 del Acuerdo de Cartagena, referente a esta segunda demanda cabe indicar que al provenir de normas de derecho comunitario andino, existe un procedimiento claramente establecido en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,²⁷⁰ que en lo principal faculta la interposición de una acción de incumplimiento de normas comunitarias, existiendo por lo tanto, mecanismos jurisdiccionales para exigir su cumplimiento, motivo por el cual en aquel caso la CCE negó la acción presentada.

del Ecuador en Ipiales, señor Ángel Naranjo Gallegos, de la norma contenida en el art. 65 del Convenio entre Colombia y Ecuador sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves, publicado en el Registro Oficial 83 del 9 de diciembre de 1992. Se niega el incumplimiento de las normas contenidas en el art. 60 del Convenio entre la República de Colombia y Ecuador sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves y 64 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior 3. Como medidas de reparación integral se ordena: 3.1. Disponer que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, pague al accionante el valor del vehículo objeto de la presente acción, en función del valor del avalúo comercial del mercado local a la fecha de la presente sentencia. 3.2. Disponer que el órgano judicial correspondiente, en sede contencioso administrativa, en el término de 30 días desde la notificación de la presente sentencia, informe a la Corte sobre su cumplimiento. 3.3. Disponer que el Ministerio de Relaciones Exteriores investigue el caso y sancione al o los funcionarios responsables del incumplimiento, debiendo, a lo previsto en el art. 11, num. 9, num. segundo y tercero de la Constitución de la República y art. 67 y siguientes de la LOGJCC, ejercer de forma inmediata el derecho de repetición en contra de los responsables”.

270 Sección Segunda del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina La Acción de Incumplimiento. “Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito...”.

Conforme lo expuesto, si bien ha operado una modificación tácita de la Constitución, respecto al alcance de la garantía AN de normas contenidas en tratados internacionales, debido a que la misma solo se ha producido en dos casos,²⁷¹ no se puede afirmar que aquella constituya una línea jurisprudencial sólida por parte de la CCE, por lo que en un futuro podría generarse un cambio de jurisprudencia. Sin embargo, realizando una interpretación integral de la Constitución cualquier modificación que se realizare deberá ser siempre en el sentido más favorable a la tutela de derechos, es por esto que una vez reconocida la posibilidad de plantear una garantía jurisdiccional por el incumplimiento de tratados internacionales que contengan obligaciones de hacer o no hacer claras, expresas y exigibles, la Corte no podría ir en detrimento de aquel avance en la tutela de derechos, denotándose que la mutación emprendida deberá seguir aplicándose para casos futuros.

En este acápite se analizan las principales mutaciones emprendidas por la CCE en acciones de su competencia, sin embargo, no se ha considerado a la IS debido a que por su naturaleza peculiar, esta garantía jurisdiccional al tener un origen jurisprudencial amerita un estudio pormenorizado en su mutación, el mismo que se detallará en el siguiente capítulo de la presente investigación.

271 Los casos en mención son: a) caso n.º 0058-09-AN, en el cual se demanda el cumplimiento del art. 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; art. 12 del Reglamento para la Aplicación de la Cláusula de Salvaguardia prevista en el art. 78 del Acuerdo de Cartagena (actual art. 95 debido a la codificación del Acuerdo de Cartagena); art. 2 de la Resolución 1227 expedida por la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, del 27 de marzo de 2009; siendo la acción negada mediante sentencia n.º 005-12-SAN-CC; y b) caso n.º 0015-10-AN, en el cual se demanda el cumplimiento de los arts. 60 y 65 del Convenio sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves, entre Ecuador y Colombia, publicado en el Registro Oficial 83, 9 de diciembre de 1992; siendo la acción aceptada mediante sentencia n.º 004-13-SAN-CC.

Capítulo 3

LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS: MUTACIÓN DE LA IS

*Cuando el Tribunal vota, no decide sobre la
Constitución sino sobre sus interpretaciones.*
Gustavo Zagrebelsky²⁷²

En este capítulo se analizará la labor emprendida por la CCE para lograr el cumplimiento de las decisiones constitucionales, mediante la aplicación de la IS,²⁷³ la misma que se constituye en una acción por medio de la cual este órgano de administración de justicia constitucional vía hermenéutica incorporó en nuestro ordenamiento jurídico una nueva garantía jurisdiccional, mutando el contenido formal de la Constitución en cuanto a las garantías expresamente establecidas en su texto,²⁷⁴ para garantizar la eficacia de las sentencias dictadas en procesos constitucionales y proteger la reparación integral de las víctimas frente a la violación de sus derechos.

En aquel sentido, se abordarán las instituciones que han sido incorporadas vía hermenéutica por la CCE para garantizar dicho cumplimiento, entre las cuales se destaca la creación de una nueva garantía jurisdiccional como la IS, y a partir de aquella la labor de constituyente permanente de este organismo, mediante la creación de nuevos mecanismos que garantizan su eficacia.

Se realizará un análisis cuantitativo y cualitativo de las líneas jurisprudenciales de la CCE en relación con la IS, con el objeto de establecer los

272 Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid: Editorial Mínima Trotta, 2008), 34.

273 La CRE prevé entre las competencias de la CCE el conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, aquella potestad se encuentra determinada en el art. 436, num. 9 del texto en referencia.

274 El título III de la CRE, en su capítulo 3 establece las garantías jurisdiccionales, sin que se contemple dentro de aquel a la IS como una garantía jurisdiccional de manera expresa.

cambios que a través de la jurisprudencia ha experimentado esta garantía jurisdiccional, justificándose la necesidad de su creación y sus constantes modificaciones.

Esta labor permanente de la CCE es la que va a ser objeto de estudio en el presente capítulo, para lo cual se analizarán las mutaciones emprendidas por este órgano jurisdiccional exclusivamente en acciones de incumplimiento que fueron tramitadas ante la Corte,²⁷⁵ dejando en claro que la verificación en cuanto al cumplimiento de sentencias no es exclusiva de esta garantía jurisdiccional, sino que puede ser iniciada por la CCE respecto a cualquier sentencia constitucional²⁷⁶ como lo veremos en los siguientes acápite.

Puntualizaciones metodológicas

A lo largo del presente capítulo, además de un análisis doctrinario de esta institución, trasversalmente se irán incorporando elementos cuantitativos y cualitativos de las sentencias emitidas por la CCE dentro de IS. Para ello, se ha tomado como universo de análisis las sentencias emitidas por la CCE desde el año 2008 a partir de la vigencia de la nueva Constitución ecuatoriana, hasta el año 2018 fecha en la cual concluimos la presente investigación.

Los datos han sido obtenidos del sistema de gestión de procesos constitucionales, en donde se encuentran cargadas todas las sentencias emitidas por la CCE, el mismo que es de acceso público mediante la página web institucional. Cabe destacar que hemos realizado un estudio de la totalidad de sentencias que hasta esa fecha se encontraban cargadas al sistema por parte de la CCE.²⁷⁷

Este análisis jurisprudencial tiene por objeto por un lado determinar si era necesaria la creación vía hermenéutica de esta garantía jurisdiccional como mecanismo de tutela eficiente de derechos constitucionales, y por otro lado identificar mediante un estudio de líneas jurisprudenciales,²⁷⁸ el

275 La presente investigación abarca un estudio jurisprudencial de los procesos tramitados por la CCE durante el período 2008-2016, en los cuales se haya emitido una sentencia por parte de este organismo.

276 La IS no es exclusiva de decisiones dictadas por la CCE, sino que se hace extensiva incluso a decisiones judiciales de instancia emitidas en procesos constitucionales.

277 Se debe señalar que, el análisis jurisprudencial abarca todas las sentencias que se encuentran cargadas el sistema de gestión de procesos constitucionales, sin embargo, existen sentencias que no han sido cargadas al mismo, por lo que se las ha excluido del presente estudio por no reflejar información verídica sujeta a comprobación directa, mediante la publicación en la página web institucional.

278 La línea jurisprudencial constituye un conjunto de sentencias emitidas por parte de órganos jurisdiccionales, quienes frente a problemas jurídicos análogos reiteran su criterio basándose las decisiones dictadas con anterioridad. Según Diego López Medina "la línea jurisprudencial

momento en el cual se produjo una mutación de la Constitución, así como los cambios posteriores que se han venido incorporando dentro de esta institución jurídica —IS—.

La labor del juez frente al cumplimiento de sentencias constitucionales

Dentro del modelo constitucional vigente en Ecuador, los operadores de justicia adquieren un rol protagónico a la hora de tutelar los derechos constitucionales y garantizar la supremacía material de la Constitución, en aquel sentido, la dimensión de ejecución de las sentencias emitidas dentro de procesos constitucionales amerita una labor proactiva del juez constitucional, quien deberá emplear todos los medios necesarios para garantizar el cumplimiento de esas decisiones.

La LOGJCC, así lo prevé en su art. 21:

Artículo. 21.- Cumplimiento.- La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional.

Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrán modificar las medidas.

La jueza o juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Estos podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia delegada deberá informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

El caso se archivará solo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio.

Como se puede observar, la ley otorga a los jueces la facultad de emplear todos los medios para la ejecución integral de una sentencia constitucional, pudiendo en ocasiones incluso modificar las medidas de reparación con el objeto de garantizar integralmente los derechos de las víctimas, cabe destacar que la modificación de las medidas no implica un cambio en

es una idea abstracta [...] una línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas a la pregunta planteada. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional". Véase Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2008), 141.

la decisión, ni volver a analizar el fondo del asunto controvertido²⁷⁹ pues aquello generaría una dilación en el proceso de ejecución de la sentencia constitucional.

Ahora bien, la labor del juez constitucional en relación con el cumplimiento de las sentencias constitucionales la podemos identificar en dos momentos: un primer momento cuando se emite la decisión constitucional, y un segundo momento cuando se ejecuta la sentencia.

En la emisión de la sentencia constitucional, el juez o el órgano especializado dependiendo la acción planteada, debe especificar en la sentencia de forma clara y precisa las medidas dispuestas como reparación integral, así como las obligaciones positivas o negativas de los sujetos obligados con aquella decisión, precisando además la forma como han de ejecutarse dichas medidas; aquello permite que las partes procesales cuenten con certeza a la hora de obtener una decisión constitucional, evitando dilaciones innecesarias en el cumplimiento de las decisiones o a su vez cumplimientos defectuosos.

En la ejecución de la sentencia, la labor del juez de igual forma implica un esfuerzo por adoptar todas las medidas conducentes a su efectivo cumplimiento, en donde el juez puede solicitar informes, y emprender incluso con la ayuda de la fuerza pública todas las acciones conducentes a que su decisión sea cumplida de manera integral.

Esa tarea del juez se ve irradiada a lo largo de todo el proceso de seguimiento y ejecución de la sentencia constitucional, es decir, la obligación del juez no se extingue con la sola emisión de la sentencia, sino que continúa durante la fase de ejecución de la decisión, lo cual denota que el rol del juzgador se torna proactivo tendiente a garantizar que la sentencia se cumpla,²⁸⁰ garantizándose de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva en la dimensión de ejecución de los fallos.

Esta es una de las tareas en donde mayores dificultades se ha encontrado la institución del cumplimiento de sentencias, pues pese a que la

279 En reiterada jurisprudencia la CCE ha determinado que: “a partir de la activación de la acción de incumplimiento de resoluciones, sentencias o dictámenes constitucionales, no se podrá pretender que el juez constitucional analice nuevamente el fondo de un asunto ya dilucidado previamente; por el contrario, la acción por incumplimiento se circunscribe en la ejecución de aquella sentencia o resolución ya expedida por el juez competente”. Sentencias de la CCE n.º 004-09-SIS-CC, 005-09-SIS-CC, 008-09-SIS-CC, 016-09-SIS-CC, 017-10-SIS-CC, 021-10-SIS-CC, 027-10-SIS-CC, 029-10-SIS-CC, 004-11-SIS-CC, 005-11-SIS-CC, 015-12-SIS-CC, 017-12-SIS-CC, 029-12-SIS-CC, 034-12-SIS-CC, entre otras.

280 Artículo.- 165 LOGJCC: “Efecto de las decisiones de la justicia constitucional en las acciones de incumplimiento de sentencias.- En el trámite de la acción, la Corte Constitucional podrá ejercer todas las facultades que la Constitución, esta Ley y el COFJ le atribuyen a los jueces para la ejecución de sus decisiones, con el objeto de hacer efectiva la sentencia incumplida y lograr la reparación integral de los daños causados a la o el solicitante”.

norma constitucional y legal es clara, muchos operadores de justicia continúan estáticos frente al no cumplimiento de una sentencia constitucional, debiendo los afectados emprender en mecanismos subsidiarios para que estas sentencias sean respetadas y cumplidas, siendo uno de aquellos la IS, institución jurídica que la analizaremos en líneas posteriores.

Mecanismos jurisprudenciales creados para el cumplimiento de sentencias constitucionales

Conforme se ha destacado a lo largo de esta investigación las resoluciones, sentencias y dictámenes emitidos dentro de los procesos constitucionales deben ser cumplidos por parte de los sujetos obligados, pues solo de esta manera se configura una tutela material de los derechos de las personas y de la naturaleza. Ahora bien, el cumplimiento de las decisiones constitucionales se ha convertido en uno de los principales problemas a la hora de alcanzar la efectividad frente a la tutela de los derechos, pues en muchas ocasiones incluso con una sentencia favorable las víctimas no ven sus derechos reparados integralmente.

En aquel sentido, si bien dentro del constitucionalismo ecuatoriano se han incorporado mecanismos para garantizar la protección de los derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de DD. HH., aquella acometida no concluye con la sola expedición de la decisión, pues será a partir de aquel momento que el juez quien emitió la decisión, los sujetos obligados y el accionante deben emprender en la aplicación de todos los mecanismos tendientes a lograr su eficaz cumplimiento con el objeto de reparar íntegramente los derechos vulnerados.

El cumplimiento de una decisión judicial, por tanto, se convierte en un verdadero derecho de las víctimas, más aún cuando dentro de la tutela judicial efectiva la dimensión de cumplimiento de las decisiones se constituye en uno de sus principales componentes. Frente a aquello, la tutela judicial efectiva en el ámbito de su ejecución requiere de instrumentos que hagan efectivo el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro de procesos constitucionales, los cuales garantizan adicionalmente la seguridad jurídica y la supremacía constitucional.²⁸¹

281 En relación con la supremacía constitucional la doctrina suele clasificarla en formal y material; ver Mario De la Cueva, *Teoría de la Constitución* (Ciudad de México: Porrúa, 2008), 96. En cuanto a la supremacía formal, la Constitución es una norma suprema, pues a diferencia de otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico, estableciendo un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de otras normas; Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, 2.^a ed. (Madrid: Trotta, 2007), 76-7. Por otro lado, la

El problema frente al cual se han enfrentado las víctimas de vulneraciones de sus derechos, se vio reflejado en el no cumplimiento de las sentencias favorables emitidas por los órganos de administración de justicia constitucional, fenómeno que se ha visto reflejado en todo tipo de decisiones constitucionales (sentencias de jueces de instancia y decisiones de la propia CCE), pues pese a existir una clara disposición constitucional que prevé serias sanciones frente al incumplimiento de sentencias constitucionales, los obligados dentro de las mismas no las estaban cumpliendo.²⁸²

Frente a esta necesidad de cumplimiento, la intervención de la CCE era imperativa, pues, conforme se ha expuesto en la presente investigación la Constitución debe ser un instrumento vivo, que debe adecuar materialmente su contenido acorde a las necesidades y expectativas sociales, de ahí que la interpretación de su texto puede variar en determinados momentos históricos, debiendo el intérprete auténtico de la Constitución determinar el contenido material de las constituciones en aras de garantizar derechos, de ahí la famosa frase de Thomas Jefferson “the earth belongs to the living”²⁸³ —la tierra pertenece a los vivos—, por medio del cual una generación anterior no puede atar el contenido material de la Constitución a las generaciones futuras, debiendo en muchas ocasiones la norma mutar para lograr dicha adecuación.

Dentro de esta acometida el órgano especializado —CCE— ha emprendido en una serie de mecanismos tendientes a la efectivización de la justicia constitucional, estableciendo como se ha señalado a lo largo de esta

Constitución es suprema materialmente, porque en ella se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes; Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 9.^a ed. (Madrid: Trotta, 2009), 114-6.

282 El art. 86, num. 4 de la CRE determina: “4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley [...]”. Ecuador, *CRE de 2008*, art. 86.

283 Famosa frase de Thomas Jefferson expresada en una carta que escribe a James Madison desde París, en aquella carta Jefferson le dice a Madison en una misiva del 6 de septiembre de 1789 que “los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad [...] ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo [...] toda Constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años”. Thomas Jefferson, *Autobiografía y otros escritos* (Madrid: Tecnos, 1987), 517-21. Citado por Miguel Carbonell, *Sobre la Constitución viviente* (Talca: Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, 2002), 612.

investigación mutaciones en cuanto a determinadas instituciones como el cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales; una muestra de ello es la adopción vía hermenéutica de la IS,²⁸⁴ a la cual se la incorpora como una nueva garantía jurisdiccional a pesar que aquella no se encuentra contemplada dentro de las garantías establecidas primigeniamente por el constituyente ecuatoriano; no obstante de aquello, esta garantía por sí sola no ha logrado solucionar completamente el problema del incumplimiento de las sentencias constitucionales, frente a lo cual se estableció otro mecanismo subsidiario tendiente a lograr este objetivo, siendo aquel el proceso de seguimiento y verificación de cumplimiento de sentencias constitucionales, el cual puede ser activado por el Pleno de la CCE de oficio o a petición de parte.²⁸⁵

Conforme a la necesidad de estos mecanismos de cumplimiento de índole jurisdiccional, ha existido un debate permanente con relación a su eficacia, pues para muchos mediante su incorporación se ha generado una dilación innecesaria dentro de la reparación integral de los derechos de las personas y la naturaleza, toda vez que, mediante una garantía subsidiaria se pretende que se cumpla una decisión que *prima facie* debe cumplirse inmediatamente; mientras que para otros era necesaria la creación de la misma toda vez que las sentencias y dictámenes constitucionales no se estaban cumpliendo lo cual generaba una ineficacia de la justicia constitucional.

Ahora bien, nosotros nos decantamos por la postura a favor del surgimiento de la IS, pues los niveles de eficacia de la sentencia constitucional están en gran medida determinados por el cumplimiento de las medidas en ellas dispuestas, ya que toda vulneración a los derechos constitucionales debe ser reparada integralmente, no pudiendo finalizar una causa mientras no se haya conseguido aquella acometida.

A continuación, analizaremos como han ido evolucionando y modificándose estos mecanismos de cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales conforme la jurisprudencia de la CCE.

284 La aparición de la acción de incumplimiento en la realidad constitucional ecuatoriana es producto de una resolución normativa de la CCPT, en la que se crean las “Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la CCPT”, es decir fue por iniciativa de la propia Corte que se creó esta acción constitucional, determinando con posterioridad vía jurisprudencia que aquella se convierta en una garantía jurisdiccional.

285 Arts. 100 y 101 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la CCE, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015, arts. 100-1.

Evolución de la IS

El cumplimiento de sentencias tradicionalmente ha sido entendido como un elemento que integra a la tutela judicial efectiva en el ámbito de su ejecución, ahora bien, en el ámbito del cumplimiento de las decisiones constitucionales el propio constituyente ecuatoriano estableció que los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución,²⁸⁶ determinándose además como medida coercitiva que si la sentencia o resolución no se cumple se procederá en caso de servidores públicos a la destitución de su cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar; y cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.²⁸⁷

Aquella acometida revela que, dentro de un modelo estatal de derechos y justicia, los operadores jurídicos deban emprender en todos los medios necesarios para garantizar la tutela efectiva de los derechos de las personas y la naturaleza, reflejándose lo que en la doctrina procesal se denomina “poder de ejecución”²⁸⁸ y “poder de coerción”²⁸⁹ de los órganos jurisdiccionales.

Adicionalmente, el constituyente determinó como una de las competencias de la CCE, el “conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales”;²⁹⁰ sin embargo, *prima facie* no la configuró normativamente como una garantía jurisdiccional o como una acción constitucional autónoma, al excluirla del capítulo que aborda a dichas garantías en la Constitución de la República. En aquel sentido, en un primer momento analizaremos la evolución de la institución del incumplimiento de sentencias constitucionales hasta convertirse en una garantía jurisdiccional.

286 Ecuador, CRE de 2008, art. 86, num. 3.

287 *Ibíd.*, art. 86, num. 4.

288 Para Vanesa Aguirre “el presupuesto del poder de ejecución radica en la obligatoriedad del mandato judicial, el cual no se agota con la sentencia en todos los casos. Así, este poder se manifiesta en la ejecución procesal forzada, cuando el cumplimiento por parte del vencido no es voluntario. De esta manera, la decisión, manifestada en la sentencia, debe llevarse a cabo, porque de lo contrario, una mera declaración de intenciones”. Vanesa Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador* (Quito: UASB-E / Ediciones Legales, 2012), 64.

289 Vanesa Aguirre al respecto de este elemento destaca: “El poder de coerción, directamente relacionado con el deber de obediencia de las partes e inclusive de terceros a las disposiciones del juez en lo que concierne al desarrollo del proceso, se traduce en la posibilidad de que el juzgador prescriba el uso de la fuerza para hacerlas cumplir, si ello fuere necesario, o la imposición de ciertas medidas conminatorias que buscan quebrar la resistencia indebida”. Aguirre, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, 66.

290 Art. 436, num. 9 de la CRE.

Un primer hito para la configuración de la IS en Ecuador, constituyó la expedición de las “Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la CCPT”,²⁹¹ dictadas y aprobadas por el Pleno de la CCPT en la sesión del 11 de noviembre de 2008; en donde en el Capítulo VII²⁹² se estableció el “incumplimiento de sentencias constitucionales”, en donde se reconoce que es competencia de la CCE el conocer acerca del incumplimiento de las sentencias y dictámenes emitidos por la CCE tanto en control de constitucionalidad como en las garantías de su conocimiento, así como de las sentencias emitidas por los jueces de instancia cuando conozcan de garantías jurisdiccionales.

Las referidas Reglas de Procedimiento, señalaban:

Capítulo VII.-

INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES:

Artículo 82.- *Naturaleza de las sentencias constitucionales.*- Constituyen sentencias constitucionales todos los pronunciamientos definitivos y ejecutoriados expedidos por la Corte Constitucional, en las acciones constitucionales referidas al control de constitucionalidad y al ejercicio de las garantías jurisdiccionales de los derechos (.) Son también sentencias constitucionales las expedidas por las juezas y jueces que conozcan las acciones constitucionales referidas a las garantías jurisdiccionales de los derechos (.) En las sentencias constitucionales se establecerán de manera clara y concreta las obligaciones y condiciones determinadas en el numeral 3 del Art. 86 de la Constitución.

Como se puede evidenciar, mediante la expedición de esas reglas, la CCPT realiza una primera modificación en las normas que rigen el incumplimiento de sentencias constitucionales constantes en la Constitución, configurando al incumplimiento de sentencias constitucionales como una nueva acción constitucional dentro de las causas de conocimiento de esta Corte. Sin embargo, su objeto sigue siendo limitado exclusivamente a sentencias y dictámenes emitidos por este organismo constitucional, así como a las decisiones dictadas por los jueces de instancia que conocen las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución ecuatoriana.

291 Las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la CCPT, fueron discutidas y aprobadas con nueve votos a favor (Unanimidad); aprobación que se dio en sesiones permanentes, llevadas a cabo los días jueves seis y viernes siete (Primer Debate) y lunes diez y martes once (Segundo Debate) de noviembre de dos mil ocho, siendo publicadas en el Registro Oficial 466 del 13 de noviembre de 2008.

292 La acción de incumplimiento se encontraba regulada en los arts. 82, 83 y 84 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la CCPT.

Posteriormente, la CCPT el 19 de mayo de 2009 expide la primera sentencia dentro de una IS la cual fue signada con el n.º 0001-09-SIS-CC,²⁹³ dentro del caso n.º 0003-08-IS, revelando que aquella constituye la sentencia iniciadora de línea jurisprudencial por medio de la cual este órgano de administración de justicia constitucional ratificando lo contenido en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la CCPT le otorga al incumplimiento el carácter de una acción constitucional autónoma de otras acciones constitucionales.

Dentro del caso y sentencia citados destaca que la demanda inicialmente planteada por la accionante fue rotulada como una AN, signando el caso con el n.º 0003-08-AN; no obstante, aplicando el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo procesal,²⁹⁴ la Sala de Admisión en funciones resolvió cambiar la tramitación de esta acción por una IS.

Al respecto dentro de la sentencia n.º 0001-09-SIS-CC, la CCPT señaló:

[L]a Sala de Admisión conformada por el Dr. Patricio Pazmiño, Dr. Roberto Bhrunis Lemarie y Dra. Ruth Seni Pinargoti, el 20 de enero de 2009 a las 15h10, de conformidad con la Resolución del 20 de octubre publicada en el Suplemento Registro Oficial 451 del 22 de octubre de 2008 y basándose en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Competencias de la CCPT, consideró principalmente: *“La vía procesal idónea para tramitar la solicitud de los demandantes no es la acción de incumplimiento”, en los términos del numeral 5 del artículo 436 de la Constitución. La aplicación de la competencia prevista en los numerales 5 y 9 del artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, puede llevar a una confusión; en tal virtud, esta Sala, aplicando el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo procesal, dispone “Admitir” a trámite la acción y darle el trámite de ‘ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES’, es decir, el previsto en el numeral 9 del artículo 436, ibídem”.*²⁹⁵

Conforme se puede observar, es la CCPT la que vía hermenéutica da inicio a la IS, entendiéndola como un procedimiento independiente de otros procesos de conocimiento de la CCE, dándole el carácter de acción autónoma conforme a la competencia establecida en el art. 436, num. 9 de la CRE, que faculta a este organismo el conocer y resolver sobre el

293 La demanda dentro de esta acción fue presentada por la abogada Fadua Aucar Dacchach, por sus propios derechos, formula acción constitucional por incumplimiento el 17 de noviembre de 2008; solicita a la CCPT que proceda a dar paso a la declaratoria de *“Incumplimiento por parte del Registrador de la Propiedad de Guayaquil de una resolución del Tribunal Constitucional”*. Ecuador, CCPT, *“Sentencia n.º 0001-09-SIS-CC”*, en *Caso n.º 0003-08-IS*, 19 de mayo de 2009.

294 Artículo 4, numeral. 7, LOGJCC.- Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.

295 Ecuador, CCPT, *“Sentencia n.º 0001-09-SIS-CC”*, en *Caso n.º 0003-08-IS*, 19 de mayo de 2009.

incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. Sin embargo, pese a constituirla en una acción constitucional no la define aún como una garantía jurisdiccional.

Esta sentencia hito,²⁹⁶ adicionalmente incorpora dentro de las decisiones objeto de la IS, es decir, decisiones emitidas por el ex TC,²⁹⁷ destaca en el texto de la sentencia que “el TC o Corte Constitucional son prácticamente equivalentes. La nueva Constitución adopta la denominación ‘Corte’ para enfatizar los cambios estructurales que introduce, donde prevalece el fortalecimiento del carácter jurisdiccional del TC”.²⁹⁸

En este sentido, a través de esta primera sentencia dictada dentro de un proceso de IS, la CCE vía hermenéutica ratifica lo que este mismo organismo vía reglamento creó en cuanto a que en nuestro sistema procesal constitucional existe una nueva acción constitucional. Por otro lado, la hace extensiva no solo a sentencias y dictámenes constitucionales, sino también a resoluciones del ex TC modificando lo preceptuado en el texto constitucional y en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la CCPT antes descritas.

Cabe indicar que la primera decisión emitida por la CCE en donde se le otorga el carácter de garantía jurisdiccional a la IS corresponde a la sentencia n.º 0013-09-SIS-CC, dentro del caso n.º 0004-09-IS, la cual fue expedida el 8 de octubre de 2009; esta sentencia tuvo efectos *inter partes* exclusivamente.

Posteriormente, se expide la LOGJCC por medio de la cual se regula mediante una norma con rango de ley orgánica a la institución del incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.²⁹⁹ Esta ley le otorga el carácter de subsidiario al incumplimiento de sentencias,³⁰⁰ señalando que la misma se activará como acción ante la CCE en caso de

296 Para Diego López Medina, las sentencias hito son aquellas que tienen un peso estructural fundamental dentro de un caso concreto. La tradición angloamericana ha acuñado la expresión *leading case* para referirse a este tipo de sentencias, mientras que en Francia se las denomina *grand arrêt*. “Un *leading case* o un *grand arrêt*, es en una primera acepción, un caso que ha tenido consecuencias conceptuales profundas y duraderas en la configuración de una o varias líneas jurisprudenciales”. López Medina, *El derecho de los jueces*, 162.

297 En la sentencia citada se señala que la decisión judicial impugnada fue dictada por el ex TC el 7 de mayo de 1998, a las 09h00, dentro del amparo constitucional n.º 29-98-RA.

298 Ecuador, CCPT, “Sentencia n.º 0001-09-SIS-CC”, en *Caso n.º 0003-08-IS*, 19 de mayo de 2009.

299 Un interesante aporte de esta Ley Orgánica se encuentra determinado por el procedimiento de la acción de incumplimiento, el mismo que se encuentra desarrollado en el art. 164 de la ley en referencia.

300 El artículo 163 de la LOGJCC determina: “Las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional”.

inejecución o defectuosa ejecución de las sentencias en materia constitucional, empero no la aborda como una garantía jurisdiccional, excluyéndola del título que abarca a las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales.

Finalmente, otro gran hito en el desarrollo de la IS se encuentra configurado por medio de la sentencia n.º 001-10-PJO-CC, caso n.º 0999-09-JP del 22 de diciembre de 2010, en donde la CCPT establece en su sentencia vinculante³⁰¹ que la acción de incumplimiento constituye una verdadera garantía jurisdiccional.

La referida sentencia de precedente jurisprudencial obligatorio señala lo siguiente:

Los mecanismos de cumplimiento de sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales se constituyen *per se* en auténticas garantías jurisdiccionales de protección y reparación de derechos constitucionales, si no existieran mecanismos de cumplimiento como los señalados, de nada serviría la presencia de garantías para protección de todos los derechos constitucionales.³⁰²

En aquel sentido, a través de esta jurisprudencia vinculante se evidencia una mutación al texto de la Constitución ecuatoriana en cuanto al cumplimiento de las sentencias constitucionales, así como a la facultad de la CCE para conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias constitucionales, pues se le otorga a este mecanismo vía hermenéutica el carácter de garantía jurisdiccional, con el objeto de tutelar los derechos constitucionales, advirtiéndose que opera lo que en la doctrina se denomina como “normas adscritas de derechos fundamentales”,³⁰³ toda vez que por medio de esta garantía se propende garantizar la tutela judicial en cuanto al cumplimiento de la decisión.

En la tabla 1 se puede observar la evolución cronológica del incumplimiento de sentencias constitucionales hasta convertirse en una nueva garantía jurisdiccional.

301 El artículo 436, numeral 6 de la CRE establece como competencia de la Corte Constitucional: “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”. Ecuador, CRE de 2008, art. 436.

302 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-10-PJO-CC”, en Caso n.º 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010.

303 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 70.

**Tabla 1. Incumplimiento de sentencias
y dictámenes constitucionales**

	CRE	REGLAS DE PROCEDIMIENTO CCPT	SENTENCIA CCE	LOGJCC	PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO
Fecha	20 de octubre de 2008	13 de noviembre de 2008	19 de mayo de 2009	22 de octubre de 2009	22 de diciembre de 2010
Fuente normativa y/o jurisprudencial	Art. 436, num. 9	Arts. 82, 83 y 84	Sentencia n.° 0003-08-IS n.° 0001-09-SIS-CC	Arts. del 162 al 165	Sentencia n.° 001-10-PJO-CC, caso n.° 0999-09-JP
Elementos relevantes	Facultad de la CCE para conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales	El incumplimiento de sentencias es una acción constitucional	El incumplimiento de sentencias se hace extensivo a decisiones del ex TC	Se establece el trámite de la acción de in- cumplimiento	Se determina que el incumplimiento de sentencias es una garantía jurisdiccional

Fuente: CRE, LOGJCC.

Elaboración propia.

Conforme se puede apreciar desde la vigencia de la CRE de 2008, hasta la emisión de la sentencia de Precedente Jurisprudencial Obligatorio³⁰⁴ con carácter *erga omnes* de la CCE, ha mediado diversas modificaciones a la institución de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales hasta convertirse en una nueva garantía jurisdiccional, mutando por ende al contenido de la CRE.

A continuación, analizaremos un segundo momento en donde se han visto reflejados los cambios a la institución del incumplimiento de sentencias constitucionales desde un análisis dinámico de líneas jurisprudenciales, previo a lo cual es menester determinar los rasgos característicos de esta garantía jurisdiccional.

La IS como proceso constitucional autónomo

La IS dentro de la realidad jurídica ecuatoriana se expresa como una auténtica garantía jurisdiccional que propende la protección de los derechos de las personas y la naturaleza mediante el cumplimiento de las decisiones

³⁰⁴ La sentencia de precedente jurisprudencial obligatorio al cual se hace referencia es la n.° 001-10-PJO-CC, dentro del caso 0999-09-JP, dictada por la CCE el 22 de diciembre de 2010.

constitucionales, garantizándose de esta forma la tutela judicial efectiva en la fase de ejecución de la decisión.

Conforme se ha expuesto en líneas anteriores esta acción comporta una nueva garantía jurisdiccional, toda vez que un proceso constitucional no termina solo con la expedición de una sentencia o dictamen constitucional, pues su eficacia en gran medida dependerá del grado del cumplimiento que se dé por parte de los destinatarios de aquella sentencia; en aquel sentido “la IS constituye una garantía encaminada a dotar de eficiencia a la justicia constitucional y de manera secundaria y no por ello menos importante como una garantía al derecho a la tutela judicial efectiva”.³⁰⁵

Se debe además destacar el carácter subsidiario de esta garantía en cuanto a las autoridades jurisdiccionales,³⁰⁶ toda vez que el juez que dictó la decisión constitucional es el primer llamado a hacer cumplir con las obligaciones positivas o negativas emanadas de su decisión,³⁰⁷ y solo en caso de no lograr aquel objetivo se puede acudir ante la CCE, mediante una IS. Al respecto, Mario Rafael Zambrano menciona que, “las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional. En caso de inejecución o defectuosa ejecución se ejercitará la IS ante la Corte Constitucional”.³⁰⁸

La competencia de la CCE para exigir el cumplimiento de las sentencias o dictámenes constitucionales se encuentra prevista en el num. 9 del art. 436 de la Constitución ecuatoriana, teniendo como propósito exigir y sancionar la falta de ejecución o la ejecución defectuosa de una decisión de naturaleza constitucional. En aquel sentido, se propende a efectivizar la protección de derechos constitucionales mediante la ejecución integral de las medidas de reparación dispuestas en una sentencia constitucional.

Adicionalmente, y siguiendo el criterio de la CCE, se ha señalado que a partir de la activación de una IS no se podrá pretender que el juez constitucional analice nuevamente el fondo de un asunto ya dilucidado

305 Angélica Porras y Romero Johanna, *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 68.

306 Para Daniel Uribe Terán “la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales se relaciona directamente con la obligación de todo juez de asegurar que los actos públicos no violen derechos constitucionales, y en su defecto, que el Estado o sus particulares dispongan de medidas necesarias para su correcta reparación”. Uribe Terán, “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”, 265.

307 Ecuador, *LOGJCC*, art. 21.

308 Mario Rafael Zambrano Zimball, *Los principios constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales*, 2.^a ed. (Quito: Arco Iris Producción Gráfica, 2011), 332.

previamente, por el contrario, la IS se circunscribe en la ejecución de aquella sentencia o resolución ya expedida por el juez competente, debiendo aclarar que de considerarlo necesario la CCE podría modificar las medidas dispuestas en la sentencia impugnada con el objeto de reparar integralmente a las víctimas,³⁰⁹ pues el incumplimiento de sentencias o resoluciones, o a su vez el cumplimiento extemporáneo de las mismas, puede traer consigo una serie de violaciones a derechos constitucionales, por ende la reparación integral al derecho conculcado se torna en una necesidad, logrando de esta forma una eficacia jurídica.

Al respecto, Angélica Porras y Johanna Romero, en la *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana* destacan:

Con la naturaleza jurídica de la acción de incumplimiento de sentencias, pretendemos determinar el objeto de la misma. Así, consideramos que cuando la Constitución establece que es a través de esta facultad de la Corte Constitucional que se logra sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, el constituyente ha construido un mecanismo jurisdiccional para que la justicia constitucional logre plena eficacia.³¹⁰

En aquel sentido, la efectividad de un proceso constitucional dependerá en gran medida del cumplimiento efectivo de las sentencias, pues aquello genera confianza en los destinatarios de las decisiones constitucionales, debiendo propenderse a que las mismas se cumplan de manera íntegra e inmediata, y frente a un eventual incumplimiento se podrá accionar ante la CCE.

En cuanto al objeto de la garantía jurisdiccional IS, esta busca proteger los derechos de las personas o la naturaleza a través del cumplimiento de las decisiones de manera efectiva, en ese orden de ideas, lo que propende esta garantía es conseguir una tutela judicial efectiva en la dimensión de la correcta ejecución de las sentencias, buscando la reparación integral de los derechos de las víctimas de vulneraciones a sus derechos.³¹¹

Respecto a la tramitación de esta garantía jurisdiccional, la LOGJCC prevé que el primer llamado a dar cumplimiento a las decisiones constitucionales es la jueza o juez quien dictó la sentencia constitucional, debiendo

309 Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015, art. 102.

310 Porras y Romero, *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, 64.

311 La CCE, en su jurisprudencia vinculante n.º 001-10-JPO-CC, determinó: “49. El mecanismo de cumplimiento de sentencias propende a la materialización de la reparación integral adoptada dentro de una garantía jurisdiccional. La Corte Constitucional, de oficio o a petición de parte, considerando que de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales”.

emprender en todas las medidas tendientes al efectivo cumplimiento de las mismas.³¹²

Solo en caso de inexecución o defectuosa ejecución de las medidas de reparación dispuestas en la sentencia constitucional se podrá activar esta garantía ante la CCE, para ello pueden darse dos escenarios; el primero, cuando la sentencia cuyo incumplimiento se demanda proviene de jueces constitucionales de instancia dentro de garantías jurisdiccionales, y el segundo, en relación con decisiones emitidas por la propia CCE.

En cuanto a la tramitación del incumplimiento de sentencias emitidas por jueces constitucionales de instancia, la LOGJCC establece que la jueza o juez competente a petición de parte dentro del término de cinco días deberá remitir el expediente y un informe motivado acerca de las razones por las cuales no se ha cumplido con la sentencia constitucional. De igual forma, este instrumento normativo destaca que en caso de que el juez o jueza una vez fenecido el término de cinco días se abstuviera de remitir el expediente e informe, el afectado del incumplimiento podrá acudir directamente a la CCE dentro del término de diez días para que este organismo inicie una IS y solicite la remisión del expediente al juez o jueza de instancia.

Cabe destacar que, en el caso de incumplimiento de decisiones emitidas por parte de la CCE, aquella de oficio o a petición de parte deberá ejecutar directamente la sentencia o dictamen constitucional, adoptando todas las medidas pertinentes para hacer efectiva su decisión.

En cuanto a la tramitación interna en la CCE, se recepcionarán la demanda y el informe, en caso de sentencias emitidas por jueces de instancia; el pedido, o de oficio si se trata de sentencias dictadas por la CCE, y se abrirá un expediente de IS, rotulándola con un número acorde al ingreso cronológico de este tipo de acciones.

A diferencia de otras garantías jurisdiccionales de conocimiento de la CCE, la IS no será susceptible de un proceso de admisibilidad, en aquel sentido, esta garantía no se somete a un filtro de admisibilidad previo, aquello para garantizar la celeridad en cuanto a la tramitación de esta acción, ante lo cual la causa se sorteará directamente para alguno de los nueve jueces y juezas que integran el Pleno de la CCE.

Una vez sorteada la causa ante un juez sustanciador, este avocará conocimiento de la misma, notificando a las partes procesales y disponiendo que las instituciones obligadas y/o el juez de instancia que emitió la

312 Art. 162 de la LOGJCC, al referirse a la IS, señala: "las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inexecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional". Ecuador, *LOGJCC*, art. 162.

sentencia presenten la documentación pertinente asociada con el cumplimiento de las medidas de reparación dispuestas en la sentencia constitucional impugnada.

El juez o jueza sustanciador de la CCE podrá convocar a audiencia para inteligenciar su criterio y de igual forma podrá solicitar informes técnicos que le permitan determinar el cumplimiento de la sentencia constitucional. La jueza o juez sustanciador remitirá el proyecto de sentencia para conocimiento y resolución del Pleno del Organismo.

El Pleno de la CCE como cuerpo colegiado deberá debatir y aprobar el proyecto de sentencia dentro de una sesión convocada previamente, en donde la causa será puesta en conocimiento de los jueces y juezas constitucionales, y en caso de obtener una votación mayoritaria se aprobará la sentencia constitucional dentro de la IS, ratificando las medidas dispuestas en la sentencia impugnada o a su vez estableciendo nuevas medidas tendientes a lograr una adecuada reparación integral.

Finalmente, cabe destacar que la jurisprudencia de la CCE determinó que el órgano competente para sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa por deficiencias en la sustanciación de las causas frente al incumplimiento de una sentencia constitucional es la CCE, destacándose que, en caso de existir sentencias contradictorias, será este organismo quien dirima mediante acción de incumplimiento la sentencia que debe ser objeto de cumplimiento.

Análisis cuantitativo y cualitativo de la EI

Se han tomado como muestra para el análisis todas las sentencias emitidas por la CCE desde 2008 hasta 2018 que aparecen con esta denominación tiempo en que concluyó este estudio, información que se sustenta en el sistema de gestión de procesos constitucionales de la página web institucional de la CCE,³¹³ de carácter pública y verídica.³¹⁴

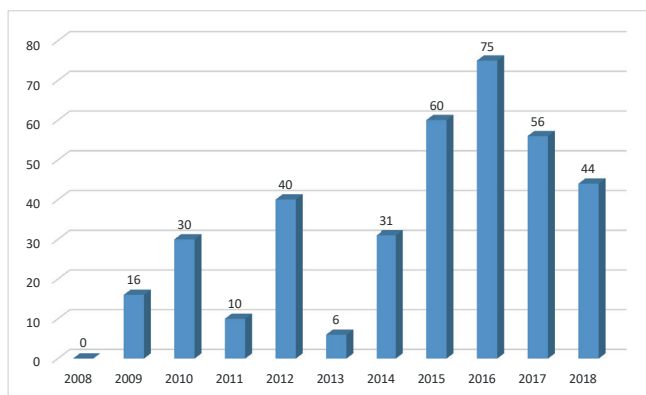
313 Para esta investigación se ha considerado exclusivamente las sentencias publicadas por la CCE en su página web institucional <https://www.corteconstitucional.gob.ec>.

314 El art. 7 de la *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Ecuador* determina: "Artículo 7.- Difusión de la Información Pública.- Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del art. 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el art. 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley, se la considera de naturaleza obligatoria: p) La Función Judicial y el Tribunal Constitucional, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones".

En aquel sentido, cabe señalar que existen sentencias que no se encuentran cargadas al sistema. Por ello el análisis que se realiza en función de la información proporcionada por el sistema de la propia CCE, teniendo que durante este período (2008-2018) se emitió el total de 368 sentencias dictadas dentro de la IS. Cabe destacar que hemos tomado como universo de análisis las sentencias dictadas por la CCE, y no las demandas presentadas, pues como se ha expresado en líneas anteriores, la IS al no estar sometida a la fase de admisibilidad es sorteada directamente hacia los jueces ponentes de las causas, lo cual torna que el pronunciamiento frente a su naturaleza, y al fondo del asunto, solo lo veamos reflejados en las sentencias dictadas en esta garantía por el Pleno del organismo.

A continuación, en la figura 1 observaremos cuantitativamente, por años, las sentencias emitidas por la CCE:

Figura 1. Evolución de sentencias dictadas por la CCE en acción de incumplimiento (2008-2018)



Fuente y elaboración propia.

Como se puede observar, en los primeros años de la CCE la adopción de sentencias dentro de esta garantía se encontraba limitada, es así como en el año 2008 no emite ninguna decisión por concepto de esa acción,³¹⁵ pese a que las entonces vigentes Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Competencias de la CCPT sí la contemplaban dentro de su normativa; luego

³¹⁵ Aquello se justifica considerando que recién el 20 de octubre de 2008 se emite la nueva Constitución ecuatoriana, y recién el 13 noviembre 2008 se dictan las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la CCPT, en donde se establece por primera vez la IS, ante lo cual el tiempo desde la entrada en vigencia de esta acción en 2008 fue muy corto para que se emita ya una decisión constitucional por este tipo de acción.

en el año 2009 es cuando se le otorga el carácter de garantía jurisdiccional vía hermenéutica y se empiezan a adoptar decisiones constitucionales.³¹⁶

Esto se vio afianzado con la promulgación de la LOGJCC llegando a dictarse durante ese año 16 sentencias; posteriormente en el año 2010 se dicta la jurisprudencia vinculante en donde se le da el carácter de garantía jurisdiccional con efectos generales, evidenciándose un gran incremento de sentencias emitidas dentro de esa acción, llegando a un total de 30.

En el año 2011, se observa que existe una disminución considerable de sentencias dictadas dentro de este tipo de acciones, llegando a emitirse 10 decisiones. En el año 2012 se da un incremento en cuanto a la producción de sentencias, llegando a 40; cabe destacar que, en aquel año terminaba su gestión la CCPT.³¹⁷ En el año 2013 existen 6 decisiones emitidas por la CCE dentro de acciones de incumplimiento; cabe señalar que a partir del 6 de noviembre de 2012 se habían posesionado los nuevos jueces constitucionales. En el año 2014 se ve un incremento de las sentencias a 31 decisiones.

En el año 2015 se observa un gran incremento en la emisión de este tipo de decisiones, llegando a dictarse 60 sentencias; en aquel año se produjo la primera renovación parcial de la CCE. En el año 2016 se emitieron 75 sentencias dentro de acciones de incumplimiento, lo cual revela que este año es el de mayor producción jurisprudencial en cuanto a esta garantía. En 2017 se emitieron 56 decisiones, reflejándose un ligero deceso con relación al año anterior; aunque se debe considerar que en 2017 inició una crisis institucional en la CCE, lo cual generó una disminución en toda la producción jurisdiccional de ese año.

Finalmente, en el año 2018 se emitieron 44 sentencias. Se produjo la evaluación y posterior cesación en sus cargos de los jueces constitucionales por parte del CPCCS transitorio. Se declaró una vacancia constitucional hasta que sean posesionados los nuevos integrantes de la CCE, lo cual se vio reflejado en la reducción del número de sentencias expedidas.³¹⁸

316 La primera decisión emitida por la CCE en donde se le otorga el carácter de garantía jurisdiccional a la acción de incumplimiento corresponde a la sentencia n.º 0013-09-SIS-CC, dentro del caso n.º 0004-09-IS.

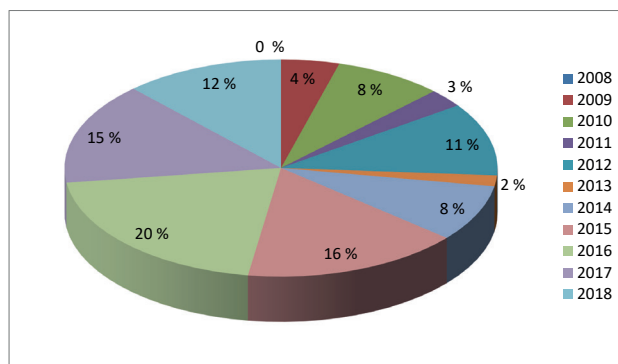
317 Mediante Resolución del 20 de octubre de 2008, publicada en el Registro Oficial Suplemento n.º 451 del 22 de octubre de 2008, los ex vocales del TCE, se autoproclamaron jueces de la CCPT, durando en sus funciones hasta el 6 de noviembre de 2012 fecha en la cual se posesionó la primera Corte Constitucional.

318 Mediante resolución n.º PLE-CPCCS-T-E-095-31-08-2018, del 31 de agosto de 2018 el pleno del CPCCS transitorio, luego de dar por terminadas las funciones de los nueve jueces y juezas de la CCE, da inicio al proceso de designación de los nuevos jueces constitucionales declarando una vacancia constitucional hasta que estos sean posesionados. Mediante resolución n.º PLE-CPCCS-T-E-102-19-09-2018, del 19 de septiembre de 2018 el pleno del CPCCS transitorio

Los resultados arriba resaltados denotan que ha existido un incremento progresivo de decisiones emitidas por la CCE en cuanto a IS, si bien en los años 2011 y 2013 existe una reducción en cuanto a la producción de sentencias de este tipo, esto obedece a dos factores: a) la poca producción jurisprudencial de 2011, se debe a que en 2010 se emitió la jurisprudencia vinculante 001-10-PJO-CC que inicialmente generó confusiones respecto al procedimiento a seguirse en este tipo de acciones;³¹⁹ y, b) en el año 2013 la primera CCE, tenía nuevos integrantes. En los años 2017-2018 conforme se ha señalado previamente se produjo la evaluación y posterior cesación en sus funciones de los integrantes de la CCE.

A continuación, se expone en porcentajes las sentencias emitidas por la CCE con relación a IS considerando los años en que fueron dictadas.

Figura 2. Porcentaje de sentencias dictadas por la CCE (2008-2018)



Fuente y elaboración propia.

Como se puede observar, en los primeros años las decisiones dictadas en función de esta garantía eran escasas, pero, a partir de 2014 hasta 2016 el porcentaje de decisiones dictadas en incumplimiento ha ido progresando, en los años 2017 y 2018 debido a la crisis institucional de la CCE la garantía sufre una disminución en cuanto a este tipo de sentencias.

aprobó el Mandato para la designación de los nuevos integrantes de la Corte Constitucional; siendo el mismo reformado el 26 de septiembre de 2018 y 16 de noviembre de 2018; <http://www.cpcps.gob.ec/es/resoluciones-cpcps-transitorio-2018/>, consulta: 27 de enero de 2018.

³¹⁹ La sentencia en referencia fue la primera jurisprudencia vinculante dictada por la CCE, en aquel sentido la misma no solo crea reglas jurisprudenciales con efecto *erga omnes* sino que, adicionalmente resuelve el caso concreto, en aquel sentido su aplicación generó serias confusiones por parte de quienes quisieron implementarla.

Otro factor importante a ser analizado es el número de acciones aceptadas por la CCE, puesto que en caso de una aceptación se colige que se ha evidenciado algún tipo de incumplimiento de las sentencias constitucionales. A continuación, se detalla un cuadro en donde se muestra las sentencias aceptadas y negadas por la CCE dentro de acciones de incumplimiento:

Tabla 2. Sentencias IS aceptadas y negadas 2008-2018

AÑO	TOTAL SENTENCIAS	ACEPTADAS	NEGADAS
2008	0 (0,00 %)	0 (0,00 %)	0 (0,00 %)
2009	16 (100 %)	13 (81,25 %)	3 (18,75 %)
2010 ³²⁰	30 (100 %)	19 (63,33 %)	11 (36,66 %)
2011 ³²¹	10 (100 %)	5 (50,00 %)	5 (50,00 %)
2012 ³²²	40 (100 %)	7 (17,5 %)	33 (82,5 %)
2013 ³²³	6 (100 %)	3 (50,00 %)	3 (50,00 %)
2014	31 (100 %)	13 (41,94 %)	18 (58,06 %)
2015 ³²⁴	60 (100 %)	32 (53,33 %)	28 (46,67 %)
2016 ³²⁵	75 (100 %)	44 (58,67 %)	31 (41,33 %)
2017	56 (100 %)	24 (42,86 %)	32 (57,14 %)
2018	44 (100 %)	28 (63,64 %)	16 (36,36 %)

Fuente y elaboración propia.

³²⁰ Del sistema de gestión de procesos se desprende que la sentencia n.º 026-10-SIS-CC no se encuentra dentro del sistema; y la sentencia n.º 001-10-PJO-CC, al ser jurisprudencia vinculante si bien trata de la acción de incumplimiento su naturaleza es diferente, por lo que no se ha incluido a estas decisiones en el análisis estadístico.

³²¹ Del sistema de gestión de procesos se desprende que la sentencia n.º 003-11-SIS-CC, no se encuentra dentro del sistema, por ello no ha sido considerada.

La sentencia n.º 009-10-SIS-CC contiene dos causas acumuladas 0034-11-IS y 0046-11-IS, en donde se acepta la una demanda y se niega la otra; es por ello que para fines estadísticos al tratarse de una misma sentencia se atiende a dos demandas se considera exclusivamente la demanda que es aceptada.

³²² Del sistema de gestión de procesos se desprende que la sentencia n.º 016-12-SIS-CC, no se encuentra dentro del sistema, por ello no ha sido considerada.

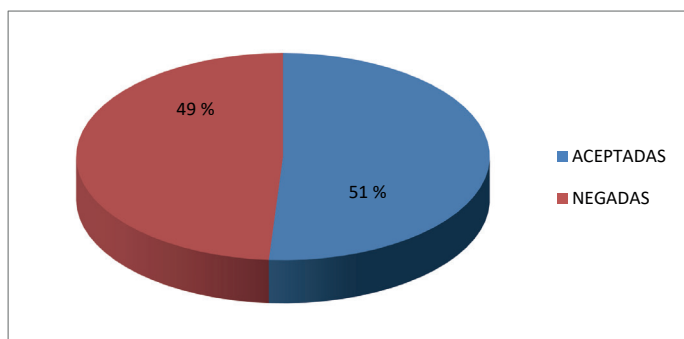
³²³ En este año se dictó un auto de archivo por verificación de cumplimiento dentro del caso 0023-10-IS.

³²⁴ Del sistema de gestión de procesos se desprende que la sentencia n.º 020-15-SIS-CC, no se encuentra dentro del sistema, por ello no ha sido considerada.

³²⁵ En las sentencias n.º 026-16-SIS-CC; y 035-16-SIS-CC, la CCE no emite pronunciamiento por cuanto ya existen otras sentencias en donde se resolvió el incumplimiento demandado.

Los resultados observados muestran que de un total de 368 sentencias dictadas durante el período 2008-2018, la CCE emitió 188 sentencias aceptando el incumplimiento planteado, lo cual equivale al 51,09 %, mientras que, las sentencias dictadas negando la acción llegan a 180 equivalentes al 48,91 %, en aquel sentido, prácticamente existe un empate técnico entre acciones aceptadas y otras negadas por la CCE dentro de esta garantía jurisdiccional.

Figura 3. Sentencias aceptadas y negadas (2008-2018)



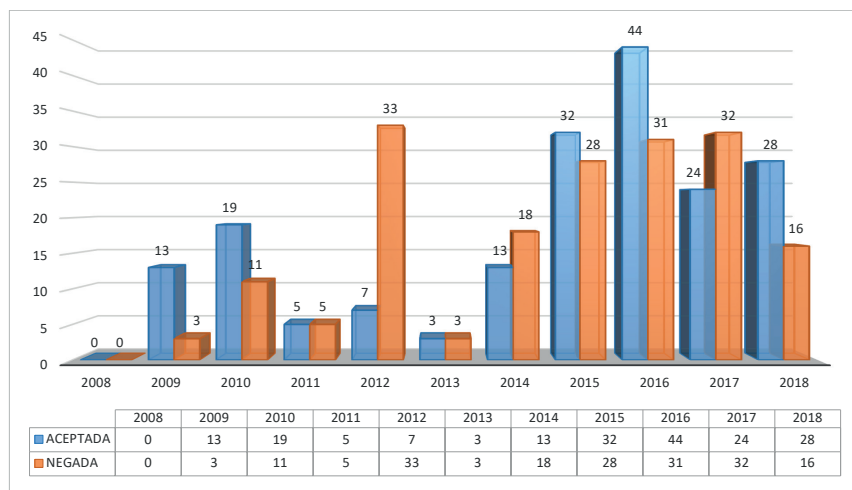
Decisiones analizadas: 368 (100,00 %)
Aceptadas: 188 (51,09 %)
Negadas: 180 (48,91 %)

Fuente y elaboración propia.

Ahora bien, este resultado cuantitativo, al igual que el desarrollo progresivo de la IS revela dos momentos históricos; así de 2008 a 2012 la tendencia de la CCPT se decantaba hacia la negativa de la acción,³²⁶ sin embargo, desde 2013 hasta 2016, la tendencia de la primera CCE, más bien, se decanta hacia la aceptación de la garantía, en 2017 se observan más sentencias negando las acciones de incumplimiento propuestas, y en 2018 se retoma un mayor número de sentencias, aceptando esta garantía jurisdiccional, lo cual podemos ver reflejado en la figura 4:

³²⁶ Entre los factores que determinaban la negativa de esta acción se puede destacar el apego exclusivamente a la parte resolutive de la sentencia, en donde si no se disponía expresamente medidas de reparación se colegía que no existía una obligación del sujeto demandado.

Figura 4. Número de sentencias dictadas por la CCE en IS 2008-2018



Fuente y elaboración propia.

En aquel sentido, el análisis estadístico permite observar que en los últimos años la tendencia es hacia un incremento de acciones que terminan siendo aceptadas por la CCE,³²⁷ lo cual revela que esta garantía constituye un mecanismo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo de las sentencias constitucionales, siendo necesaria su implementación, tornando en válida la mutación emprendida por la CCE.

Una vez analizadas de manera estadística las sentencias emitidas por la CCE dentro de IS, corresponde realizar un análisis cualitativo asociado con las principales modificaciones vía jurisprudencia que ha sufrido esta institución jurídica.

Primera mutación: la acción de incumplimiento como garantía jurisdiccional

Conforme se destacó previamente si bien la IS hace su aparición con la vigencia de las “Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de la

³²⁷ Entre los factores que han permitido un incremento de acciones aceptadas se puede encontrar la emisión de las reglas para la cuantificación económica de reparación integral, así como el considerar como objeto de cumplimiento tanto la parte resolutive como la motiva de la sentencia impugnada.

Competencia de la CCPT", fue por intermedio de la jurisprudencia que esta institución jurídica adquirió el carácter de una verdadera garantía jurisdiccional.

En una etapa inicial la CCE frente al no acatamiento de las sentencias y dictámenes provenientes de su seno, y las demandas presentadas por los interesados para que aquellas se efectivicen inicia un desarrollo jurisprudencial de esta acción asimilándola como una garantía jurisdiccional adicional a las que contempla la Constitución en su Título III.

Como ejemplo de esta mutación podemos encontrar la sentencia n.º 0013-09-SIS-CC, dentro del caso n.º 0004-09-IS, en donde por primera vez se manifestó:

Por su parte, la connotación de "*garantías jurisdiccionales*", siendo una de ellas la acción por incumplimiento de sentencias constitucionales, guarda relación directa con la obligación que tiene el juez constitucional de controlar que los actos públicos no violen derechos constitucionales. En definitiva, dentro de las nuevas garantías jurisdiccionales implementadas en la Constitución ecuatoriana de 2008, se puede identificar como tal a la acción por incumplimiento (sic), que por cierto es una garantía constitucional que no existió en el pasado del constitucionalismo ecuatoriano.³²⁸ (Énfasis fuera del texto original)

A través de un estudio dinámico de líneas jurisprudenciales³²⁹ analizaremos las decisiones de la CCE en donde a la IS, se la concibe como una verdadera garantía jurisdiccional de manera expresa, tomaremos como punto de partida la sentencia n.º 001-09-SIS-CC, dentro del caso n.º 0003-08-IS,³³⁰ al ser la primera sentencia dictada dentro de IS por la CCE, cabe indicar que en esta decisión no se estableció de manera expresa que la IS es una garantía jurisdiccional, es por ello que esta enunciación se la realiza simplemente considerando que esta fue la primera sentencia

328 CCPT, "Sentencia n.º 0013-09-SIS-CC", en Caso n.º 0004-09-IS: José Alfredo Mejía Idrovo, presentó una acción de Incumplimiento de sentencia y dictamen constitucional en contra del señor general Luis Ernesto González Villarreal, Comandante General de la Fuerza Terrestre, solicitando el cumplimiento de la Resolución adoptada por el Pleno del ex TC en el Caso n.º 0039-01-TC, exigiendo además que se ordene la reparación de todos los daños causados; véase Ecuador CCPT, "Sentencia n.º 0013-09-SIS-CC", en Caso n.º 0004-09-IS, 8 de octubre de 2009.

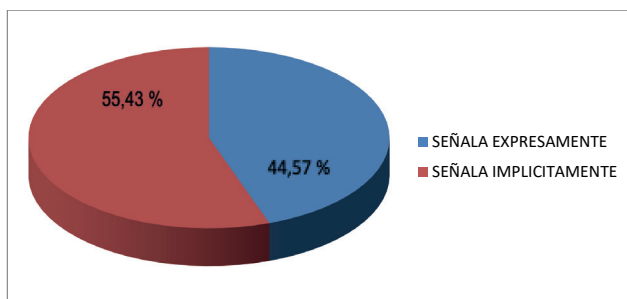
329 Para Diego López Medina, "el derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente: su desarrollo se logra de una forma lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado (o lo que es lo mismo, para identificar el lugar del 'balance constitucional' dentro de dos extremos posibles) hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí". López Medina, *El derecho de los jueces*, 139.

330 La demanda fue presentada por la abogada Fadua Aucar Dacchach, por sus propios derechos, quien formula la acción constitucional el 17 de noviembre de 2008; solicitando a la CCPT que proceda a dar paso a la declaratoria de incumplimiento por parte del Registrador de la Propiedad de Guayaquil de una resolución del ex TC.

dentro de esta acción, pues fue en la sentencia n.º 013-09-SIS-CC, dentro del caso n.º 0004-09-IS³³¹ en que por primera vez se le da este carácter de garantía jurisdiccional.

Del universo de 368 sentencias expedidas por la CCE, desde 2008 hasta 2018 por concepto de IS,³³² en 164 se señala de manera expresa que el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales constituye una garantía jurisdiccional lo cual equivale al 44,57 % del total de decisiones; mientras que en las 204 sentencias restantes, si bien la CCE no señala expresamente que dicha acción es una garantía jurisdiccional, lo hace de manera implícita cuando aborda la naturaleza de la IS, lo cual equivale al 55,43 % del total de sentencias.

Figura 5. El incumplimiento de sentencia como garantía jurisdiccional



Fuente y elaboración propia.

En cuanto a un análisis estadístico por años, de la IS como garantía jurisdiccional, encontramos que en 2008 no se emitió ninguna sentencia; en 2009 se emitieron 19 sentencias de las cuales 3 señalaron expresamente que la IS es una garantía jurisdiccional,³³³ en 2010 se dictaron un total de

331 En esta sentencia la CCE manifestó: “Por su parte, la connotación de ‘garantías jurisdiccionales’, siendo una de ellas la acción por incumplimiento de sentencias constitucionales, guarda relación directa con la obligación que tiene el juez constitucional de controlar que los actos públicos no violen derechos constitucionales. En definitiva, dentro de las nuevas garantías jurisdiccionales implementadas en la CRE de 2008, se puede identificar como tal a la acción por incumplimiento, que por cierto es una garantía constitucional que no existió en el pasado del constitucionalismo ecuatoriano”. Ecuador CCPT “Sentencia n.º 0013-09-SIS-CC”, en *Caso n.º 0004-09-IS*, 8 de octubre de 2009.

332 Para el análisis cuantitativo se analizó la totalidad de decisiones en donde la CCE señala que el incumplimiento de sentencias se constituye en una garantía jurisdiccional, las decisiones fueron extraídas de la página web de la CCE.

333 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 013-09-SIS-CC; 003-09-SIS-CC, 004-09-SIS-CC.

30 sentencias de las cuales existen 4 sentencias³³⁴ en las que la CCE señaló expresamente el carácter de garantía jurisdiccional a esta acción.

En 2011 se dictaron un total de 10 sentencias de las cuales 3 refieren a que es una garantía jurisdiccional.³³⁵ En 2012, 40 sentencias de las cuales en 10 se señaló expresamente que correspondían a una garantía jurisdiccional.³³⁶ En 2013 se emitieron 6 sentencias, 3 de ellas se abordaron expresamente como garantía jurisdiccional.³³⁷ En 2014 se emiten 31 sentencias, de las cuales 6 se hacen una alusión expresa a que se trata de una garantía jurisdiccional.³³⁸

En 2015 se emiten 60 sentencias, en 26 de ellas se hace una referencia expresa a esta calidad.³³⁹ En 2016 se emitieron 65 sentencias, en 39 de ellas se hace constar expresamente que es una garantía jurisdiccional.³⁴⁰ En 2017 la CCE emitió un total de 56 sentencias, en 40 de ellas, de manera expresa, se calificó al incumplimiento de sentencias como garantía jurisdiccional.³⁴¹

334 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 005-10-SIS-CC, 007-10-SIS-CC, 012-10-SIS-CC, 022-10-SIS-CC. Adicionalmente, hay que añadir la sentencia de precedente vinculante 001-10-PJO-CC que, si bien es emitida en otro tipo de acción, en su contenido analiza a la acción de incumplimiento.

335 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-11-SIS-CC, 008-11-SIS-CC, 011-11-SIS-CC.

336 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 004-12-SIS-CC, 005-12-SIS-CC, 009-12-SIS-CC, 011-12-SIS-CC, 023-12-SIS-CC, 024-12-SIS-CC, 026-12-SIS-CC, 027-12-SIS-CC, 029-12-SIS-CC, 031-12-SIS-CC.

337 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 002-13-SIS-CC, 003-13-SIS-CC, 006-13-SIS-CC.

338 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-14-SIS-CC, 012-14-SIS-CC, 018-14-SIS-CC, 020-14-SIS-CC, 022-14-SIS-CC, 025-14-SIS-CC.

339 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 002-15-SIS-CC, 005-15-SIS-CC, 011-15-SIS-CC, 012-15-SIS-CC, 014-15-SIS-CC, 016-15-SIS-CC, 017-15-SIS-CC, 021-15-SIS-CC, 023-15-SIS-CC, 027-15-SIS-CC, 030-15-SIS-CC, 031-15-SIS-CC, 035-15-SIS-CC, 036-15-SIS-CC, 041-15-SIS-CC, 045-15-SIS-CC, 046-15-SIS-CC, 049-15-SIS-CC, 050-15-SIS-CC, 051-15-SIS-CC, 052-15-SIS-CC, 053-15-SIS-CC, 054-15-SIS-CC, 056-15-SIS-CC, 058-15-SIS-CC, 060-15-SIS-CC.

340 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 004-16-SIS-CC, 029-16-SIS-CC, 049-16-SIS-CC, 067-16-SIS-CC, 008-16-SIS-CC, 032-16-SIS-CC, 052-16-SIS-CC, 068-16-SIS-CC, 015-16-SIS-CC, 036-16-SIS-CC, 053-16-SIS-CC, 069-16-SIS-CC, 018-16-SIS-CC, 038-16-SIS-CC, 054-16-SIS-CC, 070-16-SIS-CC, 019-16-SIS-CC, 039-16-SIS-CC, 055-16-SIS-CC, 071-16-SIS-CC, 021-16-SIS-CC, 042-16-SIS-CC, 056-16-SIS-CC, 072-16-SIS-CC, 023-16-SIS-CC, 044-16-SIS-CC, 062-16-SIS-CC, 073-16-SIS-CC, 024-16-SIS-CC, 046-16-SIS-CC, 064-16-SIS-CC, 074-16-SIS-CC, 027-16-SIS-CC, 047-16-SIS-CC, 065-16-SIS-CC, 076-16-SIS-CC, 028-16-SIS-CC, 048-16-SIS-CC, 066-16-SIS-CC.

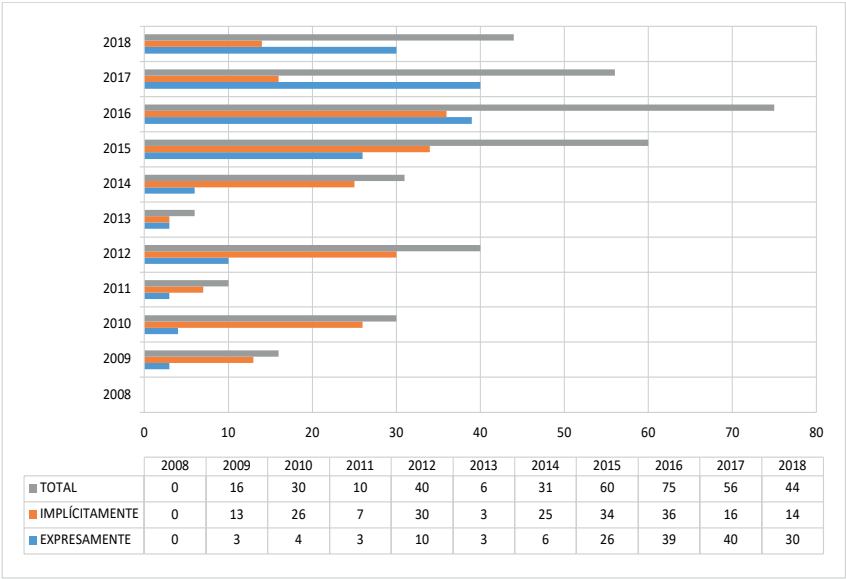
341 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-17-SIS-CC, 014-17-SIS-CC, 027-17-SIS-CC, 041-17-SIS-CC, 002-17-SIS-CC, 016-17-SIS-CC, 029-17-SIS-CC, 042-17-SIS-CC, 003-17-SIS-CC, 017-17-SIS-CC, 031-17-SIS-CC, 043-17-SIS-CC, 004-17-SIS-CC, 018-17-SIS-CC, 032-17-SIS-CC, 044-17-SIS-CC, 005-17-SIS-CC, 020-17-SIS-CC, 033-17-SIS-CC, 045-17-SIS-CC, 006-17-SIS-CC, 021-17-SIS-CC, 034-17-SIS-CC, 046-17-SIS-CC, 007-17-SIS-CC, 022-17-SIS-CC,

Finalmente, en 2018 se emitieron 44 sentencias de incumplimiento y en 30 decisiones la CCE se pronunció señalando que esta acción es una garantía jurisdiccional.³⁴²

Cabe indicar que en las demás sentencias emitidas por la Corte desde 2008 a 2018, si bien no se hace constar la calidad de garantía jurisdiccional de forma expresa implícitamente, sí la considera como garantía jurisdiccional al abordar la naturaleza de esta acción como un mecanismo para la protección de derechos constitucionales.

Esta variable se ve evidenciada en el gráfico 6:

Figura 6. IS como garantía jurisdiccional



Fuente y elaboración propia.

035-17-SIS-CC, 047-17-SIS-CC, 008-17-SIS-CC, 023-17-SIS-CC, 038-17-SIS-CC, 048-17-SIS-CC, 009-17-SIS-CC, 025-17-SIS-CC, 039-17-SIS-CC, 049-17-SIS-CC, 010-17-SIS-CC, 026-17-SIS-CC, 040-17-SIS-CC, 055-17-SIS-CC.

³⁴² Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 002-18-SIS-CC, 016-18-SIS-CC, 030-18-SIS-CC, 003-18-SIS-CC, 020-18-SIS-CC, 031-18-SIS-CC, 004-18-SIS-CC, 021-18-SIS-CC, 032-18-SIS-CC, 005-18-SIS-CC, 023-18-SIS-CC, 033-18-SIS-CC, 006-18-SIS-CC, 024-18-SIS-CC, 037-18-SIS-CC, 007-18-SIS-CC, 025-18-SIS-CC, 039-18-SIS-CC, 008-18-SIS-CC, 026-18-SIS-CC, 041-18-SIS-CC, 010-18-SIS-CC, 027-18-SIS-CC, 042-18-SIS-CC, 011-18-SIS-CC, 028-18-SIS-CC, 043-18-SIS-CC, 012-18-SIS-CC, 029-18-SIS-CC, 044-18-SIS-CC.

Del estudio realizado, se puede observar que la CCE vía hermenéutica ha desarrollado a la IS como una garantía jurisdiccional, pese a que la CRE no la consagra de manera expresa dentro de su texto normativo como una garantía jurisdiccional.

La competencia para conocer este tipo de acciones conforme se expresó anteriormente nace de la Constitución mediante el art. 436, num. 9, por el cual se faculta a la CCE “conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”, sin embargo, esta facultad no refleja *prima facie* que se dé el carácter de garantía jurisdiccional a esta acción.³⁴³

La primera sentencia emitida dentro de procesos de IS fue la n.º 001-09-SIS-CC, expedida dentro del caso n.º 0003-08-IS el 19 de mayo de 2009, constituyéndose en la sentencia iniciadora de línea jurisprudencial por medio de la cual se muta el alcance del incumplimiento de sentencias constitucionales.

Destaca que esta decisión fue emitida con anterioridad a la promulgación de la LOGJCC publicada en el Registro Oficial del 22 de octubre de 2009; es decir, el origen de la IS como acción autónoma tiene un carácter jurisprudencial, ya que si bien en 2008 se dictaron unas reglas internas por parte del Pleno de la CCPT, conforme se determinó *ut supra* fue recién en 2009 cuando el órgano parlamentario expidió la ley que regule la materia de garantías jurisdiccionales y control constitucional en el país.

Posterior a ello, la sentencia 0013-09-SIS-CC, dentro del caso n.º 0004-09-IS dictada el 8 de octubre de 2009, es la primera en la cual la CCE asume a la acción de incumplimiento como una verdadera garantía jurisdiccional de manera expresa; nuevamente podemos observar que esta sentencia fue dictada con anterioridad a la promulgación de la LOGJCC, denotando el origen jurisprudencial de la acción de incumplimiento como garantía jurisdiccional.

A partir de esta decisión la CCE implícitamente o de forma expresa ha reiterado su jurisprudencia considerando a la acción de incumplimiento como una garantía jurisdiccional, cabe destacar que además mediante la sentencia n.º 001-10-PJO-CC, dentro del caso n.º 0999-09-JP la CCE dentro de su jurisprudencia vinculante reconoce al incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales como un garantía jurisdiccional, aquella jurisprudencia pese a no haberse dictado dentro de procesos de acción de incumplimiento constituye una sentencia hito, debido al efecto *erga omnes*

343 El art. 436, num. 9 de la Constitución consagra entre las facultades de la CCE: “9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales”. Ecuador, CRE de 2008, art. 436.

que tiene el precedente constitucional obligatorio con lo cual la CCE ratifica que esta acción constituye una garantía jurisdiccional.

Se observa así que, si bien existieron decisiones dentro de casos concretos en donde ya se calificó a la acción de incumplimiento como una garantía jurisdiccional, fue necesaria la emisión de la sentencia de precedente constitucional obligatorio,³⁴⁴ pues si bien la LOGJCC ya contempla el proceso de incumplimiento, esta norma no le otorgaba el carácter de garantía jurisdiccional, es por ello que, esta sentencia es muy importante para demostrar que vía hermenéutica fue la CCE quien le otorgó el carácter de garantía jurisdiccional mutando la CRE, desde nuestro punto de vista, en sentido favorable a la defensa de los derechos.

Adicionalmente, conforme se puede evidenciar, ha existido una línea sólida para considerar a la acción de incumplimiento como garantía jurisdiccional lo cual se refleja a través de las sentencias emitidas por la CCE en las cuales en muchas de ellas incluso dentro de su contenido de manera expresa hacen referencia tal calidad. De la muestra analizada se puede observar que cada vez son más las decisiones en las cuales la CCE hace referencia expresa a su calidad de garantías jurisdiccionales, tanto es así que en el último año (2018) la mayoría de sentencias han hecho referencia a tal calidad, lo cual afianza la línea sólida mantenida por este organismo.

Con fundamento en lo expuesto podemos colegir que vía hermenéutica ha operado una primera mutación de la CRE a través de la categorización de garantía jurisdiccional al incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, lo cual ha sido sostenido de manera permanente por la CCE, desde su sentencia fundadora hasta la actualidad.

Es por ello que, atendiendo al principio *stare decisis*,³⁴⁵ así como al respeto de su propio precedente jurisprudencial, además bajo el principio de

344 El carácter *erga omnes* de la sentencia de precedente constitucional obligatorio permitió configurar a la acción de incumplimiento como una verdadera garantía jurisdiccional, a respecto la sentencia n.º 001-10-PJO-CC señaló: “3.1. La Corte Constitucional, como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales”.

345 El *stare decisis* es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones. Este sistema, como es sabido, se llama common law. El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quia non movere*, que significa, en traducción flexible, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes —o, simplemente, los “precedentes”—, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema similar. Ver Santiago Legarre y Julio César Rivera, “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, *Revista Chilena de Derecho* 33, n.º 1 (2006): 109-10.

no regresividad en el ejercicio de los derechos³⁴⁶ y garantías jurisdiccionales consideramos que una vez aceptado y ratificado que el incumplimiento de sentencias es una garantía jurisdiccional ya no se podría cambiar esta línea adoptada por la CCE lo cual implica que aquella es una mutación válida.

Ahora bien, una vez identificada esta primera mutación, en cuanto al incumplimiento de sentencias constitucionales, vamos a observar cómo jurisprudencialmente se han producido modificaciones sucesivas a dicho proceso de incumplimiento mediante las variables que analizaremos a continuación.

Segunda mutación: la IS se hace extensiva a distintos tipos de decisiones constitucionales

Conforme se había señalado previamente, esta garantía alcanza un ámbito de protección que no se circunscribe exclusivamente hacia las sentencias y dictámenes constitucionales emitidos por los jueces de la CCE, sino que vía hermenéutica se ha hecho extensivo a sentencias emitidas por jueces constitucionales de instancia cuando conocen de garantías jurisdiccionales; así como a resoluciones del ex TC³⁴⁷ y ex Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC).³⁴⁸

En aquel sentido, en las próximas líneas analizaremos cómo operó hermenéuticamente dicho cambio mediante un estudio de las líneas jurisprudenciales de la CCE.

Las resoluciones del ex TC y del ex TGC

La CRE ha establecido de manera explícita que la CCE dentro de sus competencias debe conocer el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. Surgió entonces una disyuntiva acerca de si dentro de esta competencia se comprende exclusivamente las sentencias y dictámenes de la CCE, o si dentro del incumplimiento de sentencias también se encontraban las resoluciones del ex TC, lo cual en temprana jurisprudencia fue dilucidado por la CCE, determinando que las resoluciones que emitían los anteriores órganos de control de constitucionalidad en el país

346 Ramiro Ávila Santamaría sostiene, al respecto: “El complemento más importante del principio de progresividad es la prohibición de regresividad que proscribe desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos”. Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías ensayos críticos*, 90.

347 El art. 276 de la CPE de 1998 preveía como competencia del ex TC: “3. Conocer las resoluciones que denieguen el *habeas corpus*, el *habeas data* y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo”.

348 El art. 141 de la Constitución ecuatoriana de 1979 preveía las competencias del ex TGC.

eran auténticas sentencias constitucionales. Así lo expuso en la sentencia n.º 005-09-SIS-CC:

[H]ay que entender que una “resolución”, es decir, aquel acto mediante el cual se resuelven las peticiones de las partes, o se autoriza u ordena el cumplimiento de determinadas medidas, equivale o cambia por el de “sentencia”, es decir, el acto que emana de un juez que pone fin a un proceso o a una etapa del mismo, la cual tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica, así como formular órdenes y prohibiciones. En esta línea se debe entender que el anterior TC emitía resoluciones jurisdiccionales de carácter obligatorio, como lo son ahora las sentencias.³⁴⁹

En aquel sentido se observa que la CCE muta la norma contenida en el art. 436, num. 9 de la Constitución y hace extensiva esta acción a las resoluciones del ex TC, lo cual genera un tratamiento distinto a esta acción del que diseñó el constituyente originariamente.

Uno de los objetos prioritarios que ha sido objeto de análisis a través de acciones de incumplimiento por parte de la CCE han sido las resoluciones emitidas por el ex TC pese a que la CRE en el art. 436, num. 9 señalado *ut supra* establece que la CCE es competente para conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, mas no las resoluciones emitidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución.

En ese orden de ideas, surgen varias interrogantes en cuanto a las decisiones objeto de la acción de incumplimiento, pues la norma *a priori* antes enunciada se circunscribía exclusivamente a sentencias y dictámenes constitucionales, dejando de lado otro tipo de decisiones que no se encuadren dentro de estas categorías.

Sin embargo, la CCE a través de su jurisprudencia mutó el alcance de esta atribución, haciéndola extensiva también a resoluciones emitidas por el anterior TC, e incluso en algunos de sus fallos ha sido objeto de acción de incumplimiento las decisiones del ex TGC.³⁵⁰

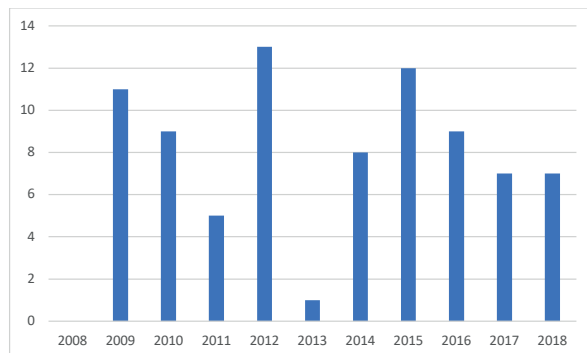
Es así como de las 368 sentencias dictadas desde 2008 hasta 2018 por la CCE en IS, 79 corresponden a resoluciones del ex TC y tres emitidas por el ex TGC, lo cual da un total de 82 sentencias, en donde la CCE vía hermenéutica hizo extensiva esta garantía a decisiones de los anteriores órganos de administración de justicia constitucional, observándose una mutación en cuanto al objeto del incumplimiento de sentencias ampliando su campo de acción a resoluciones provenientes de los predecesores de la CCE.

349 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 005-09-SIS-CC”, en *Caso n.º 0011-09-IS*, 1 de septiembre de 2009.

350 Las competencias del TGC constaban en el art. 141 de la Constitución ecuatoriana de 1979.

Los datos cuantitativos de este tipo de decisiones se los puede ver reflejados en la figura 7:

Figura 7. Incumplimiento de decisiones del ex TC



Fuente y elaboración propia.

Observándose que en 2008 no se emitieron decisiones respecto al incumplimiento de sentencias provenientes del ex TC ecuatoriano; en 2009 se emitieron 11 sentencias,³⁵¹ en 2010 se emiten 9 sentencias,³⁵² en 2011 se emitieron 5 sentencias,³⁵³ en 2012 se dictan 13 sentencias,³⁵⁴ en 2013 se emite 1 sentencia,³⁵⁵ en 2014 se dictan 8 sentencias,³⁵⁶ en 2015 se emiten 12 sentencias,³⁵⁷ en 2016 se dictan 9 sentencias,³⁵⁸ en 2017 se dictan 7 de-

351 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-09-SIS-CC, 008-09-SIS-CC, 002-09-SIS-CC, 012-09-SIS-CC, 004-09-SIS-CC, 013-09-SIS-CC, 005-09-SIS-CC, 015-09-SIS-CC, 006-09-SIS-CC, 015-09-SIS-CC, 007-09-SIS-CC.

352 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 005-10-SIS-CC, 017-10-SIS-CC, 006-10-SIS-CC, 019-10-SIS-CC, 007-10-SIS-CC, 030-10-SIS-CC, 008-10-SIS-CC, 031-10-SIS-CC, 011-10-SIS-CC.

353 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 002-11-SIS-CC, 007-11-SIS-CC, 008-11-SIS-CC, 010-11-SIS-CC, 011-11-SIS-CC.

354 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-12-SIS-CC, 021-12-SIS-CC, 036-12-SIS-CC, 002-12-SIS-CC, 028-12-SIS-CC, 038-12-SIS-CC, 009-12-SIS-CC, 029-12-SIS-CC, 041-12-SIS-CC, 010-12-SIS-CC, 032-12-SIS-CC, 020-12-SIS-CC, 033-12-SIS-CC.

355 La sentencia constitucional emitida por la CCE es: 004-13-SIS-CC.

356 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 005-14-SIS-CC, 025-14-SIS-CC, 010-14-SIS-CC, 029-14-SIS-CC, 014-14-SIS-CC, 031-14-SIS-CC, 017-14-SIS-CC, 018-14-SIS-CC.

357 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 006-15-SIS-CC, 021-15-SIS-CC, 008-15-SIS-CC, 031-15-SIS-CC, 011-15-SIS-CC, 038-15-SIS-CC, 014-15-SIS-CC, 040-15-SIS-CC, 016-15-SIS-CC, 043-15-SIS-CC, 019-15-SIS-CC, 059-15-SIS-CC.

358 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 003-16-SIS-CC, 036-16-SIS-CC, 006-16-SIS-CC, 064-16-SIS-CC, 010-16-SIS-CC, 065-16-SIS-CC, 018-16-SIS-CC, 076-16-SIS-CC, 019-16-SIS-CC.

cisiones,³⁵⁹ y finalmente, en 2018 se dictan 7 sentencias por parte de la CCE;³⁶⁰ estas decisiones evidencian una línea jurisprudencial sólida por medio de la cual este tipo de resoluciones constitucionales también son objeto de una IS.

Sentencias dictadas por Salas de la CCE

Cabe destacar que el anterior TC corría la suerte de un órgano de segunda instancia para conocer la apelación de determinadas acciones de garantías jurisdiccionales;³⁶¹ es así como, durante la transición de la anterior Constitución a la nueva carta fundamental de 2008 existieron causas que pese a ser apeladas no fueron resueltas en su debido momento por el ex TC, ante lo cual la CCE se vio en la obligación de atender esas apelaciones mediante decisiones provenientes de sus respectivas Salas de Sustanciación.³⁶²

Del análisis realizado a las sentencias durante el período 2008-2018 se pudo observar que existen 47 sentencias dentro de IS emitidas conforme a las resoluciones de las Salas de la CCE dentro de las apelaciones presentadas en procesos de garantías jurisdiccionales bajo la CPE de 1998.

Lo cual denota que la IS vía hermenéutica se ha hecho extensiva no solo a sentencias y dictámenes constitucionales, sino también a resoluciones emitidas por las Salas de la CCE al resolver las apelaciones de procesos que no fueron resueltos por el ex TC, e incluso respecto a garantías que actualmente ya no forman parte del ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano —apelaciones de amparo constitucional—. ³⁶³

A continuación, se puede observar el desarrollo jurisprudencial de la CCE ecuatoriana con relación al incumplimiento de sentencias provenientes de sus propias salas.

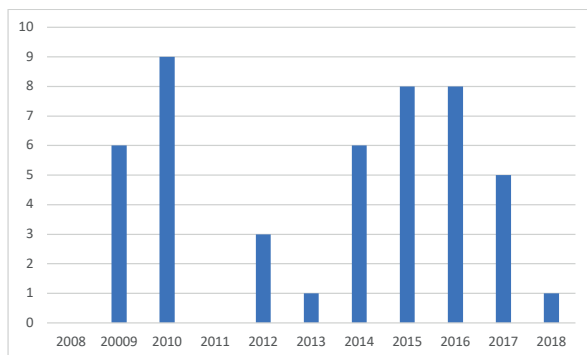
359 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 003-17-SIS-CC, 041-17-SIS-CC, 006-17-SIS-CC, 045-17-SIS-CC, 007-17-SIS-CC, 028-17-SIS-CC, 037-17-SIS-CC.

360 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 005-18-SIS-CC, 024-18-SIS-CC, 008-18-SIS-CC, 032-18-SIS-CC, 009-18-SIS-CC, 014-18-SIS-CC, 020-18-SIS-CC.

361 Art. 276 de la Constitución ecuatoriana de 1998.

362 Cabe indicar que la primera disposición transitoria de la LOGJCC determina: “Las acciones constitucionales establecidas en la CPE de 1998, pendientes de despacho en la Corte Constitucional, continuarán sustanciándose de conformidad con la normatividad adjetiva vigente al momento de iniciar su trámite, debiendo armonizarse con la CRE de 2008”.

363 A pesar de que en la CPE de 1998 el amparo constitucional era su garantía insigne —art. 95 de la Constitución de aquella época—, en la CRE de 2008 no consta el amparo constitucional como garantía jurisdiccional; en su lugar se establecen nuevas garantías como las medidas cautelares y la acción de protección de derechos.

Figura 8. Incumplimiento de decisiones de salas de CCE

Fuente y elaboración propia.

Mediante un análisis cuantitativo se destaca que en 2008 y 2011 no se emitieron sentencias, en 2009 se emitieron 6 sentencias,³⁶⁴ en 2010 se dictaron 9 sentencias,³⁶⁵ en 2012 se emitieron 3 decisiones,³⁶⁶ en 2013 se emitió 1 sentencia,³⁶⁷ en 2014 se emitieron 6 sentencias,³⁶⁸ en 2015³⁶⁹ y 2016³⁷⁰ se dictan 8 sentencias, en 2017 se dictan 5 sentencias,³⁷¹ y en 2018 se emite 1 sentencia,³⁷² es decir, la mutación se hace extensiva también a decisiones emitidas por las salas de sustanciación de la CCE.

Resoluciones de amparo emitidas por juzgados de instancia

Ahora bien, la CCE por medio de la acción de incumplimiento también ha conocido del incumplimiento de acciones ya no existentes en la CRE

³⁶⁴ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 010-09-SIS-CC, 011-09-SIS-CC, 014-09-SIS-CC, 016-09-SIS-CC, 003-09-SIS-CC, 004-09-SIS-CC.

³⁶⁵ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 009-10-SIS-CC, 013-10-SIS-CC, 014-10-SIS-CC, 015-10-SIS-CC, 016-10-SIS-CC, 018-10-SIS-CC, 024-10-SIS-CC, 027-10-SIS-CC, 028-10-SIS-CC.

³⁶⁶ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 012-12-SIS-CC, 018-12-SIS-CC, 019-12-SIS-CC.

³⁶⁷ La sentencia constitucional emitida por la CCE es: 003-13-SIS-CC.

³⁶⁸ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 002-14-SIS-CC, 006-14-SIS-CC, 008-14-SIS-CC, 013-14-SIS-CC, 015-14-SIS-CC, 027-14-SIS-CC.

³⁶⁹ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 012-15-SIS-CC, 022-15-SIS-CC, 036-15-SIS-CC, 037-15-SIS-CC, 046-15-SIS-CC, 048-15-SIS-CC, 050-15-SIS-CC, 053-15-SIS-CC.

³⁷⁰ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 011-16-SIS-CC, 015-16-SIS-CC, 028-16-SIS-CC, 052-16-SIS-CC, 057-16-SIS-CC, 063-16-SIS-CC, 066-16-SIS-CC, 067-16-SIS-CC.

³⁷¹ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 025-17-SIS-CC, 027-17-SIS-CC, 049-17-SIS-CC, 054-17-SIS-CC, 055-17-SIS-CC.

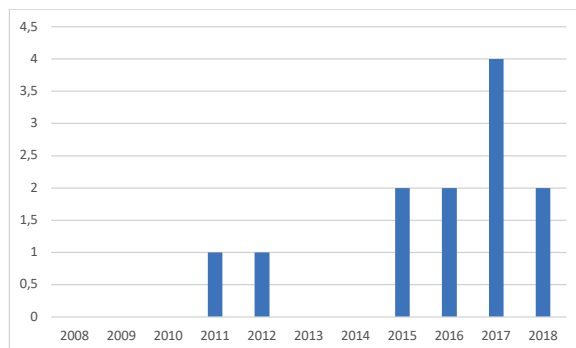
³⁷² La sentencia constitucional emitida por la CCE fue: 037-18-SIS-CC.

de 2008 como el ex amparo constitucional, no solo mediante resoluciones dictadas por el ex TC o por una de las salas de la CCE cuando conocen de la apelación de garantías jurisdiccionales no resueltas por el ex TC, sino que incluso ha resuelto en consideración a sentencias de amparo dictadas por jueces de primera instancia.

Conforme se ha revisado en líneas anteriores, el art. 436, num. 9 de la Constitución no faculta expresamente a la CCE el conocer de resoluciones de amparo dictadas dentro de procesos judiciales de primera instancia, *máxime* si aquella garantía jurisdiccional desapareció con la vigencia de la actual Constitución de la República.

No obstante, los derechos de las personas y su reparación integral no podían quedar soslayados, en aquel sentido jurisprudencialmente, se permitió que este tipo de decisiones también fueran objeto de una acción de incumplimiento, como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Figura 9. Incumplimiento de resoluciones de amparo



Fuente y elaboración propia.

Existe un número reducido de sentencias dictadas por incumplimiento de resoluciones de amparo dictadas por juzgados de primera instancia, pues durante el período 2008-2018 la CCE emitió 12 sentencias. Así, en los años 2008, 2009, 2010, 2013 y 2014 no se emitieron sentencias de este tipo; en los años 2011³⁷³ y 2012³⁷⁴ se emitieron en cada año una sentencia; en los años 2015³⁷⁵ y 2016³⁷⁶ se dictaron 2 sentencias, respectivamente; en 2017 se emitieron 4 deci-

373 La sentencia constitucional emitida por la CCE fue: 004-11-SIS-CC.

374 La sentencia constitucional emitida por la CCE fue: 007-12-SIS-CC.

375 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 049-15-SIS-CC, 058-15-SIS-CC.

376 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 027-16-SIS-CC, 037-16-SIS-CC.

siones,³⁷⁷ y finalmente, en el año 2018 se dictaron 2 sentencias,³⁷⁸ lo cual denota que un limitado número de resoluciones de amparo han buscado su tutela mediante IS. Sin embargo, para los fines de la presente investigación aquello denota que incluso las decisiones constitucionales de los juzgados de instancia respecto al ex amparo constitucional propio de la anterior Constitución han encontrado protección mediante la acción de incumplimiento, haciendo la CCE extensiva esta garantía también a este tipo de decisiones.

Sentencias dictadas por decisiones judiciales de instancia en garantías jurisdiccionales a partir de 2008

La lectura de las competencias de la CCE, establecidas en el texto de la Carta Suprema ecuatoriana, invitaría a pensar que la facultad de conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales sería en referencia exclusiva a las decisiones de la CCE, toda vez que de la lectura del art. 86, nums. 3 y 4 de la Constitución se establece que dentro de las garantías jurisdiccionales puestas a su conocimiento la jueza o juez resolverá la misma mediante sentencia, debiendo emprender en todas las acciones tendientes a que se cumpla su decisión.

Esto motivó a que en algunos casos los jueces constitucionales de instancia emitieran decisiones en donde sancionaban a autoridades públicas por el incumplimiento de sentencias constitucionales;³⁷⁹ sin embargo, la CCE inicialmente mediante la sentencia n.º 0076-10-SEP-CC, dentro del caso n.º 1114-10-EP estableció con claridad:

Conforme lo determina la Constitución de la República en su artículo 93 y numerales 5 y 9 del artículo 436 la Corte Constitucional es la única competente para conocer y resolver las acciones por (sic) incumplimiento, así como para iniciar un proceso de destitución, aquello guarda relación con las disposiciones contenidas en el artículo 163 de la LOGJCC.

Este criterio luego fue recogido con carácter *erga omnes* en la jurisprudencia vinculante dentro del caso n.º 001-10-PJO-CC, caso n.º 0999-09-JP, en donde la CCE estableció:

3.3. La Corte Constitucional, tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores, determina que los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces

377 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 002-17-SIS-CC, 015-17-SIS-CC, 022-17-SIS-CC, 029-17-SIS-CC.

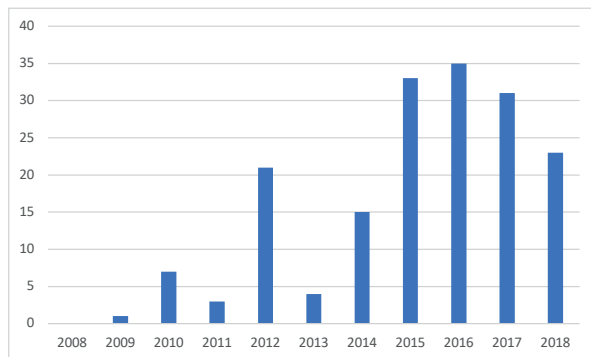
378 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-18-SIS-CC, 019-18-SIS-CC.

379 Un ejemplo de aquello lo analizó la CCE en el caso n.º 1114-10-EP, Acción Extraordinaria de Protección presentada por el licenciado Luis Felipe Pacheco Luque, quien fuera destituido del cargo de rector de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas, mediante la providencia dictada con fecha 28 de junio de 2010, a las 17:59, por la jueza Segunda de lo Civil de Esmeraldas, dentro de la acción de protección 170-2010.

del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de las causas, sea la Corte Constitucional.

En aquel sentido, se determina que el único órgano encargado de ejercitar la sanción frente al incumplimiento de sentencias constitucionales es la CCE, mutando el contenido del art. 86, num. 4 de la CRE. Conforme lo expuesto, la acción de incumplimiento vía hermenéutica también se ha hecho extensiva a las sentencias emitidas dentro de procesos constitucionales por los juzgados de instancia en procesos de garantías jurisdiccionales de acuerdo a la Constitución de 2008, cabe destacar que mediante esta garantía jurisdiccional se puede impugnar las decisiones provenientes de las sentencias de primera instancia así como las sentencias provenientes de las cortes provinciales mediante la sentencia de apelación respectiva como se observa en el siguiente gráfico:

Figura 10. IS sentencias de juzgados de instancia



Fuente y elaboración propia.

El resultado refleja que mayoritariamente las sentencias de acción de incumplimiento versan sobre el no cumplimiento de sentencias dictas por jueces de instancia y cortes provinciales dentro de procesos de garantías jurisdiccionales, las mismas que alcanzan a 163 sentencias, siendo estas las que mayor número de sentencias vía acción de incumplimiento han merecido revisión por parte de la CCE.

El detalle es el siguiente: en el año 2008 (0 sentencias), 2009 (1 sentencia),³⁸⁰ 2010 (7 sentencias),³⁸¹ 2011 (3 sentencias),³⁸² 2012 (21 sentencias),³⁸³ 2013 (4 sentencias),³⁸⁴ 2014 (15 sentencias),³⁸⁵ 2015 (33 sentencias),³⁸⁶ 2016 (35 sentencias),³⁸⁷ 2017 (31 sentencias),³⁸⁸ y 2018 (23 sentencias),³⁸⁹ cifras que evidencian que la mutación emprendida por la CCE en relación con la IS ha servido en gran medida para precautelar los derechos provenientes de decisiones de jueces constitucionales de primera y segunda instancia, denotándose que en la realidad ecuatoriana son las decisiones de estos operadores jurídicos las que más se incumplen.

380 La sentencia constitucional emitida por la CCE fue: 009-09-SIS-CC.

381 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 010-10-SIS-CC, 022-10-SIS-CC, 012-10-SIS-CC, 023-10-SIS-CC, 020-10-SIS-CC, 025-10-SIS-CC, 021-10-SIS-CC.

382 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-11-SIS-CC, 005-11-SIS-CC, 006-11-SIS-CC.

383 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 004-12-SIS-CC, 015-12-SIS-CC, 027-12-SIS-CC, 005-12-SIS-CC, 017-12-SIS-CC, 030-12-SIS-CC, 006-12-SIS-CC, 022-12-SIS-CC, 034-12-SIS-CC, 008-12-SIS-CC, 023-12-SIS-CC, 035-12-SIS-CC, 011-12-SIS-CC, 024-12-SIS-CC, 037-12-SIS-CC, 013-12-SIS-CC, 025-12-SIS-CC, 039-12-SIS-CC, 014-12-SIS-CC, 026-12-SIS-CC, 040-12-SIS-CC.

384 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-13-SIS-CC, 002-13-SIS-CC, 005-13-SIS-CC, 006-13-SIS-CC.

385 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 003-14-SIS-CC, 020-14-SIS-CC, 004-14-SIS-CC, 021-14-SIS-CC, 007-14-SIS-CC, 022-14-SIS-CC, 009-14-SIS-CC, 023-14-SIS-CC, 011-14-SIS-CC, 024-14-SIS-CC, 012-14-SIS-CC, 026-14-SIS-CC, 016-14-SIS-CC, 028-14-SIS-CC, 019-14-SIS-CC.

386 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-15-SIS-CC, 024-15-SIS-CC, 042-15-SIS-CC, 002-15-SIS-CC, 025-15-SIS-CC, 044-15-SIS-CC, 003-15-SIS-CC, 026-15-SIS-CC, 045-15-SIS-CC, 004-15-SIS-CC, 027-15-SIS-CC, 047-15-SIS-CC, 005-15-SIS-CC, 028-15-SIS-CC, 051-15-SIS-CC, 007-15-SIS-CC, 029-15-SIS-CC, 052-15-SIS-CC, 009-15-SIS-CC, 030-15-SIS-CC, 054-15-SIS-CC, 010-15-SIS-CC, 033-15-SIS-CC, 055-15-SIS-CC, 013-15-SIS-CC, 034-15-SIS-CC, 056-15-SIS-CC, 017-15-SIS-CC, 035-15-SIS-CC, 057-15-SIS-CC, 023-15-SIS-CC, 041-15-SIS-CC, 061-15-SIS-CC.

387 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 005-16-SIS-CC, 038-16-SIS-CC, 059-16-SIS-CC, 007-16-SIS-CC, 039-16-SIS-CC, 060-16-SIS-CC, 008-16-SIS-CC, 042-16-SIS-CC, 061-16-SIS-CC, 009-16-SIS-CC, 044-16-SIS-CC, 062-16-SIS-CC, 012-16-SIS-CC, 047-16-SIS-CC, 068-16-SIS-CC, 013-16-SIS-CC, 048-16-SIS-CC, 069-16-SIS-CC, 016-16-SIS-CC, 050-16-SIS-CC, 070-16-SIS-CC, 020-16-SIS-CC, 053-16-SIS-CC, 071-16-SIS-CC, 023-16-SIS-CC, 054-16-SIS-CC, 072-16-SIS-CC, 025-16-SIS-CC, 055-16-SIS-CC, 074-16-SIS-CC, 029-16-SIS-CC, 056-16-SIS-CC, 077-16-SIS-CC, 030-16-SIS-CC, 058-16-SIS-CC.

388 CCE, sentencias n.º: 001-17-SIS-CC, 021-17-SIS-CC, 043-17-SIS-CC, 004-17-SIS-CC, 023-17-SIS-CC, 044-17-SIS-CC, 005-17-SIS-CC, 024-17-SIS-CC, 046-17-SIS-CC, 008-17-SIS-CC, 026-17-SIS-CC, 047-17-SIS-CC, 010-17-SIS-CC, 030-17-SIS-CC, 048-17-SIS-CC, 011-17-SIS-CC, 031-17-SIS-CC, 053-17-SIS-CC, 012-17-SIS-CC, 032-17-SIS-CC, 056-17-SIS-CC, 013-17-SIS-CC, 033-17-SIS-CC, 014-17-SIS-CC, 036-17-SIS-CC, 016-17-SIS-CC, 038-17-SIS-CC, 018-17-SIS-CC, 040-17-SIS-CC, 020-17-SIS-CC, 042-17-SIS-CC.

389 Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 003-18-SIS-CC, 022-18-SIS-CC, 043-18-SIS-CC, 004-18-SIS-CC, 023-18-SIS-CC, 010-18-SIS-CC, 025-18-SIS-CC, 011-18-SIS-CC, 028-18-SIS-CC, 012-18-SIS-CC, 029-18-SIS-CC, 013-18-SIS-CC, 031-18-SIS-CC, 015-18-SIS-CC, 033-18-SIS-CC, 016-18-SIS-CC, 036-18-SIS-CC, 017-18-SIS-CC, 039-18-SIS-CC, 018-18-SIS-CC, 040-18-SIS-CC, 021-18-SIS-CC, 042-18-SIS-CC.

Auto indemnizatorio

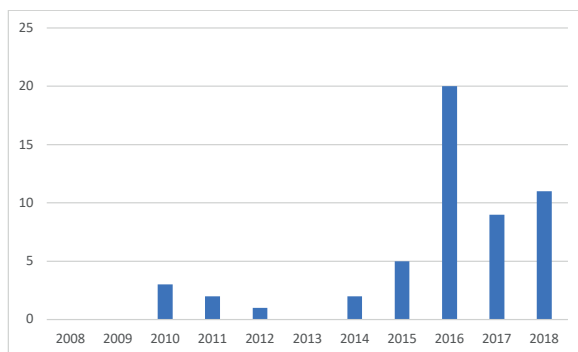
Como se había señalado en líneas anteriores, los procesos constitucionales también pueden concluir mediante autos definitivos, siendo uno de ellos el auto indemnizatorio, el cual eventualmente también puede ser incumplido, una muestra de aquello se lo ve reflejado en la sentencia 017-16-SIS-CC,³⁹⁰ respecto a un auto indemnizatorio dentro de una AP de derechos, lo cual denota que el alcance de la IS se hace extensivo a todo tipo de decisión jurisdiccional emitida en procesos constitucionales, y no exclusivamente a sentencias y dictámenes como señala expresamente la norma jurídica.

Sentencias dictadas por el Pleno de la CCE

Finalmente, dentro de un análisis integral de las sentencias emitidas por la CCE en acciones de incumplimiento, tenemos las dictadas por la CCE frente al incumplimiento de sus propias decisiones; aquello revela una vez más la necesidad de la creación de esta garantía, pues incluso las propias decisiones de la CCE no están siendo cumplidas, siendo necesaria la activación de esta acción constitucional.

En el presente gráfico se puede visualizar la periodicidad en la emisión de sentencias de incumplimiento con respecto a decisiones emitidas por el Pleno de la propia CCE.

Figura 11. IS respecto a sentencias del pleno CCE



Fuente y elaboración propia.

³⁹⁰ La sentencia n.º 017-16-SIS-CC, dentro del caso n.º 0054-11-IS, tiene como origen la demanda presentada por Jean Daniel Valverde Guevara en calidad de Director Nacional de Rehabilitación Social, quien interpuso acción de incumplimiento de sentencia constitucional en contra del juez segundo de lo civil de Cañar, en razón de no haberse cumplido el auto de medida alternativa de indemnización económica dentro de la causa de acción de protección n.º 03302-2010-0125.

Conforme el análisis realizado de la jurisprudencia emitida por la CCE con relación a las sentencias de incumplimiento de decisiones provenientes del Pleno de este organismo, se observa que de 2008 a 2018 se emitieron 53 sentencias, que denotan la siguiente periodicidad: años 2008, 2009 y 2013 (0 sentencias), 2010 (3 sentencias),³⁹¹ 2011 (2 sentencias),³⁹² 2012 (1 sentencia),³⁹³ 2014 (2 sentencias),³⁹⁴ 2015 (5 sentencias),³⁹⁵ 2016 (20 sentencias),³⁹⁶ 2017 (9 sentencias),³⁹⁷ y 2018 (11 sentencias),³⁹⁸ observándose que las propias decisiones emitidas por la CCE son incumplidas por parte de los sujetos obligados lo cual justifica la creación de esta garantía jurisdiccional.

Para complementar el análisis cuantitativo y estadístico de las sentencias emitidas por parte de la CCE con relación a acciones de incumplimiento, a continuación, se exponen los siguientes cuadros comparativos:

Tabla 3. Decisiones objeto de IS

AÑO	EX TC	SALAS CCE	AMPARO 1RA INSTANCIA	GARANTÍAS JURISDICCIONALES INSTANCIAS	AUTO INDEMNIZATORIO	SENTENCIAS DICTADAS POR EL PLENO DE LA CCE	TOTAL
2008	0	0	0	0	0	0	0
2009	11	6	0	1	0	0	18
2010	9	9	0	7	0	3	28
2011	5	0	1	3	0	2	11

³⁹¹ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-10-SIS-CC, 002-10-SIS-CC, 029-10-SIS-CC.

³⁹² Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 009-11-SIS-CC, 011-11-SIS-CC

³⁹³ La sentencia constitucional emitida por la CCE fue: 031-12-SIS-CC.

³⁹⁴ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-14-SIS-CC, 030-14-SIS-CC.

³⁹⁵ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 015-15-SIS-CC, 018-15-SIS-CC, 032-15-SIS-CC, 039-15-SIS-CC, 060-15-SIS-CC.

³⁹⁶ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 001-16-SIS-CC, 034-16-SIS-CC, 002-16-SIS-CC, 040-16-SIS-CC, 004-16-SIS-CC, 041-16-SIS-CC, 014-16-SIS-CC, 043-16-SIS-CC, 021-16-SIS-CC, 045-16-SIS-CC, 022-16-SIS-CC, 046-16-SIS-CC, 024-16-SIS-CC, 049-16-SIS-CC, 031-16-SIS-CC, 051-16-SIS-CC, 032-16-SIS-CC, 073-16-SIS-CC, 033-16-SIS-CC, 075-16-SIS-CC.

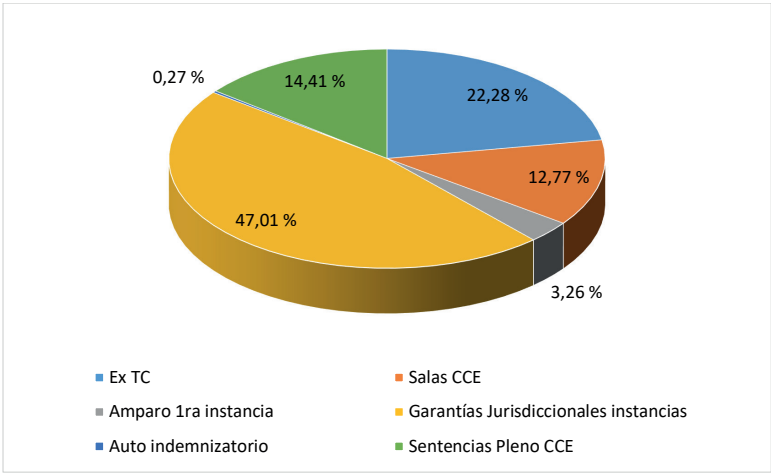
³⁹⁷ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 009-17-SIS-CC, 017-17-SIS-CC, 019-17-SIS-CC, 034-17-SIS-CC, 035-17-SIS-CC, 039-17-SIS-CC, 050-17-SIS-CC, 051-17-SIS-CC, 052-17-SIS-CC.

³⁹⁸ Las sentencias constitucionales emitidas por la CCE son: 002-18-SIS-CC, 006-18-SIS-CC, 007-18-SIS-CC, 026-18-SIS-CC, 027-18-SIS-CC, 030-18-SIS-CC, 034-18-SIS-CC, 035-18-SIS-CC, 038-18-SIS-CC, 041-18-SIS-CC, 044-18-SIS-CC.

2012	13	3	1	21	0	1	39
2013	1	1	0	4	0	0	6
2014	8	6	0	15	0	2	31
2015	12	8	2	33	0	5	60
2016	9	8	2	35	1	20	75
2017	7	5	4	31	0	9	56
2018	7	1	2	23	0	11	44
Total	82	47	12	173	1	53	368
Porcentaje	22,28 %	12,77 %	3,26 %	47,01 %	0,27 %	14,41 %	100 %

Fuente y elaboración propia.

Figura 12. Decisiones objeto de IS (2008-2018)



Fuente y elaboración propia.

Conforme se puede observar las decisiones objeto de IS vía hermenéutica se ha hecho extensiva a un mayor número de decisiones aunque no se traten de decisiones emitidas por la CCE, sino a todo tipo de decisiones constitucionales inclusive respecto a resoluciones del ex TC, o del ex TGJ, a los amparos de jueces de instancias y las apelaciones conocidas por las Salas de la CCE, existiendo inclusive una sentencia de incumplimiento de un auto indemnizatorio que también fue objeto de esta garantía jurisdiccional, a más de las sentencias y dictámenes emitidos por la propia CCE.

Un dato interesante que arroja el resultado cuantitativo es que el mayor número de decisiones que han obtenido sentencia en acciones de incumplimiento son las emitidas por los juzgados de instancia y Cortes Provinciales dentro de procesos de garantías jurisdiccionales con un (47,01 %), seguido por las decisiones del ex TC y ex TGJ con el 22,28 %, lo cual denota que este tipo de decisiones son las que más problemas enfrentan a la hora de su cumplimiento.

En el caso de las decisiones emitidas por el ex TC o ex TGC, o frente a resoluciones de amparo constitucional al desaparecer estos organismos e institución jurídica, el cumplimiento de sus resoluciones no podía quedar desatendido, ante lo cual consideramos que la mutación vía hermenéutica que ha emprendido la CCE al hacer extensiva esta garantía a todo tipo de decisiones constitucionales es favorable a la tutela de derechos constitucionales, por lo tanto aquella mutación deviene en constitucional y necesaria.

Tercera mutación: proceso de seguimiento y verificación de cumplimiento de sentencias constitucionales

La competencia de la CCE no solo se circunscribe a la tramitación de una IS, sino que adicionalmente puede emplear el mecanismo de seguimiento y verificación del cumplimiento de las sentencias y dictámenes emitidos tanto dentro de procesos de garantías jurisdiccionales como de control constitucional por ella dictados; de ahí que, la Corte tiene la obligación de dar seguimiento al cumplimiento de sus decisiones, la cual puede activarse de oficio o a petición de parte.

Ahora bien, en la realidad ecuatoriana el proceso de seguimiento y verificación de sentencias y dictámenes constitucionales se encuentra determinado en el art. 100 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos y Competencias de la Corte Constitucional (RSPCC), debiendo este organismo activar de oficio o a petición de parte una fase de seguimiento de sus propias sentencias, dictámenes, acuerdos reparatorios y resoluciones, pudiendo el Pleno de la CCE, expedir todos los autos conducentes a la ejecución integral de estas decisiones.

Cabe indicar que, pese a que esta facultad recién aparece de manera expresa en 2015 cuando se realizaron reformas al entonces RSPCC de la CCPT, con anterioridad ya se habían iniciado varios procesos de seguimiento de sentencias constitucionales (año 2013). Sin embargo, es a partir del año 2015 que, como producto de la Codificación del RSPCC,³⁹⁹ el proceso se institucionaliza como una práctica permanente por este organismo,

³⁹⁹ Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015.

disponiéndose en el mentado art. 100 que el órgano competente para activar la fase de seguimiento es el Pleno del Organismo.⁴⁰⁰

En cuanto al objeto de la fase de seguimiento aquella se adecua exclusivamente a las decisiones emitidas por la CCE, siendo este uno de los elementos diferenciadores de este proceso de seguimiento y verificación de cumplimiento de sentencias constitucionales en relación con la IS, pues la fase de seguimiento se hace extensiva exclusivamente a decisiones emitidas por la CCE, dejando de lado las decisiones que pudiesen emitir los jueces constitucionales de instancia.

Dentro de esta fase de seguimiento el órgano que se encarga de ejecutar lo dispuesto por el Pleno del Organismo es la Secretaría Técnica Jurisdiccional, quien a través del Departamento de Seguimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales elaborará informes conforme al cumplimiento de las medidas de reparación dispuestas en una sentencia o dictamen emitido por la CCE.

Estos informes serán puestos a consideración y aprobación del Pleno del Organismo, pudiendo este organismo expedir todos los autos conducentes a lograr la ejecución integral de las decisiones, y pudiendo de igual forma emprender en diversas medidas tendientes a lograr dicho objetivo.

Este proceso conforme se expresó con anterioridad es activado por el Pleno de la CCE de oficio o a petición de parte, y procede exclusivamente a partir de sus decisiones, pues solo una vez que el Pleno compruebe la ejecución integral de sus decisiones y de las medidas de reparación en ellas dispuestas podrá ordenar el archivo de la causa. Adicionalmente, se destaca que el Pleno podrá activar esta fase de seguimiento una vez que hubiese fenecido el término concedido en la sentencia, dictamen, resolución y/o acuerdo reparatorio para su ejecución, en aquellas decisiones en donde se establezca un determinado tiempo para el cumplimiento.⁴⁰¹

400 Art. 100.- Naturaleza y efectos de la fase de seguimiento.- Corresponde al Pleno de la Corte Constitucional, de oficio o a petición de parte, proceder con la fase de seguimiento de sus propias sentencias, dictámenes, acuerdos reparatorios y resoluciones expedidas por el máximo órgano de la justicia constitucional; dentro de esta fase, el Pleno de la Corte Constitucional podrá expedir todos los autos conducentes a la ejecución integral de estas decisiones. Solo una vez que el Pleno de la Corte Constitucional compruebe la ejecución integral de sus sentencias, dictámenes, resoluciones, acuerdos reparatorios y demás disposiciones relacionadas, podrá archivar la causa constitucional, conforme lo previsto en el art. 86, num. 3 de la CRE. Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015, art. 100.

401 Art. 101 RSPCC.- *Activación de la fase de seguimiento*.- “La fase de seguimiento se activará mediante la disposición del Pleno de la Corte Constitucional, a petición de parte, o una vez que hubiere fenecido el término concedido en la sentencia, dictamen, resolución y/o acuerdo reparatorio para su ejecución”. Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015, art. 101.

Dentro de la sustanciación de esta fase de seguimiento,⁴⁰² el Pleno del Organismo podrá realizar el requerimiento de información, e incluso convocar a audiencia de verificación, realizar peritajes, realizar visitas *in situ*, para lo cual puede requerir la presencia de las partes procesales, terceros con interés, autoridades públicas y/o particulares relacionados con la ejecución de las medidas de reparación dispuestas en una sentencia constitucional, y en caso de requerir información las personas o entidades a quien se la requiere deberá remitirla obligatoriamente.

Además, el Pleno de la CCE podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación integral en las personas afectadas y sus familiares, así como analizar un escenario de imposibilidad de su ejecución ya sea por causas fácticas o jurídicas; de comprobarse que las medidas dispuestas son inejecutables o el alto impacto en la víctima o sus familiares excepcionalmente el Pleno puede modificar las medidas de reparación dispuestas dictando medidas de reparación equivalentes.

Finalmente, el Pleno de la CCE puede disponer sanciones en contra de las autoridades públicas que hayan incumplido con las medidas de reparación dispuestas en sus sentencias constitucionales, pudiendo inclusive ordenar la destitución de dicha autoridad, conforme lo previsto en el art. 86, num. 4 de la CRE, y cuando el que incumpla fuere un particular se procederá conforme la ley.⁴⁰³

Análisis cuantitativo del proceso de verificación de cumplimiento de sentencias

Ahora bien, continuando con el análisis de la fase de seguimiento en la CCE, cabe indicar que dentro de la misma el Pleno de la CCE actúa

402 Artículo 102 RSPCC.- *De la fase de seguimiento de sentencias y dictámenes emitidos por la Corte Constitucional.*- “Una vez activada la fase de seguimiento, el Pleno de la Corte Constitucional realizará el requerimiento de información pertinente a las partes procesales, terceros interesados, autoridades públicas y particulares relacionados con la ejecución. No procederá la invocación de reserva respecto a la información referente a la ejecución de disposiciones emitidas por la Corte Constitucional. Frente a la inejecución de la disposición de remisión de información, el Pleno de la Corte Constitucional tiene competencia para emplear todos los medios adecuados y pertinentes tendientes a ejecutar sus disposiciones, tales como convocar a audiencias de seguimiento, ordenar la práctica de peritajes, solicitar la intervención de la fuerza pública, realizar visitas *in situ*, entre otros...” Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015, art. 102.

403 Art. 282 del COIP: “Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. - La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años [...]”. Ecuador, *COIP*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 282.

mediante la expedición de autos de verificación de cumplimiento de sentencias, en donde se disponen ciertas actuaciones procesales como la remisión de información, la convocatoria a audiencias públicas, la adopción de nuevas medidas de cumplimiento, la determinación de plazos y términos para el cumplimiento de las obligaciones, la manifestación de conformidad o inconformidad con la reparación realizada por parte del sujeto obligado o el auto de archivo en caso de verificar el cumplimiento integral de las decisiones constitucionales y que haya operado la reparación integral de los derechos de las víctimas.

Estos procesos de seguimiento y verificación de cumplimiento de las sentencias de la CCE inicialmente fueron una competencia adscrita a la Secretaría General de la CCE, iniciaron su labor en el año 2013, emitían informes que se pusieron en consideración y aprobación del Pleno del Organismo, en donde ya se dictaron autos de verificación de cumplimiento de determinadas sentencias constitucionales. Sin embargo, el proceso se institucionalizó con la expedición de la Codificación del RSPCC en el año 2015, en donde el órgano interno encargado de realizar el seguimiento de las sentencias por disposición del Pleno de la CCE es la Secretaría Técnica Jurisdiccional.

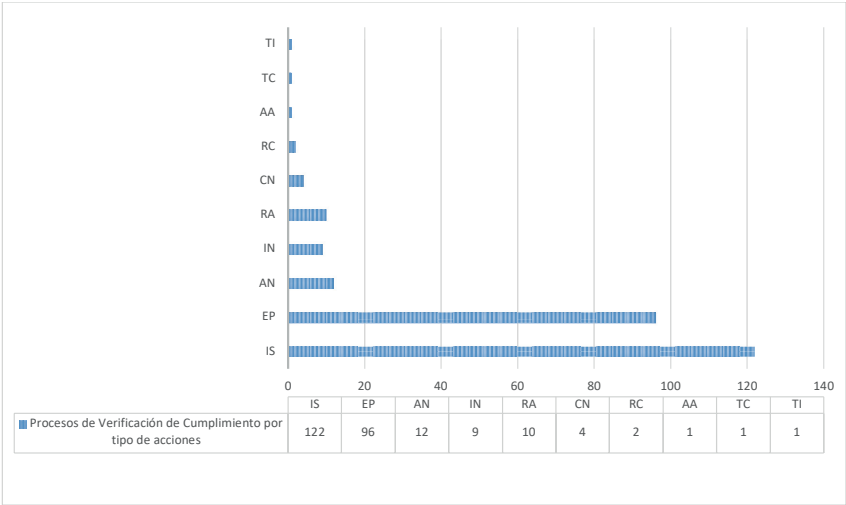
En aquel sentido, a continuación, se expondrán cuantitativamente las causas en donde se han emitido autos de verificación de cumplimiento por el Pleno de la CCE desde 2013 hasta 2018 durante el proceso de seguimiento.

Destaca que existen 258 procesos constitucionales desde 2013 hasta 2018 en los cuales se activó la fase de seguimiento, expidiéndose dentro de los mismos varios autos de verificación, cabe indicar que en un mismo proceso se pueden emitir varios autos de verificación.

En cuanto a las acciones más recurrentes en donde se han emitido autos de verificación tenemos que dentro de decisiones de IS se han emitido 122 autos, en sentencias de acciones extraordinarias de protección se han emitido 96 autos de verificación, en acciones por incumplimiento de norma 12 autos de verificación,⁴⁰⁴ en sentencias de AN de actos administrativos un auto de verificación, en resoluciones de amparo constitucional conocidos por la CCE vía apelación 10 autos, en consultas de norma 4 autos, en inconstitucionalidades 9 autos, en resoluciones de reforma constitucional 2, en decisiones del ex TC un auto de verificación, y 1 auto en tratado internacional.

404 Existe un auto en donde se pronuncia según dos acciones 0001-09-IS y 0018-09-AN; es por ello que para fines estadísticos solo se ha contado como una causa.

Figura 13. Procesos de verificación de cumplimiento por tipo de acciones



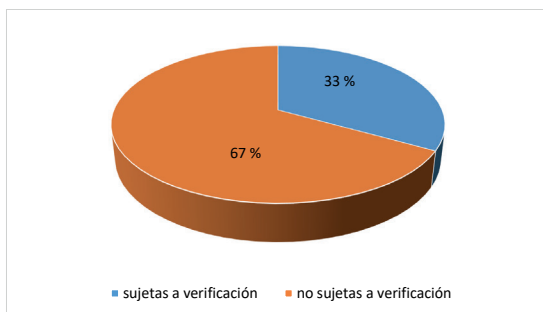
Fuente y elaboración propia.

La figura 13 muestra el total de acciones sujetas a seguimiento y verificación de cumplimiento. A continuación, se realizará un análisis exclusivamente de las causas que provienen de sentencias dictadas en IS.

Sentencias emitidas por la Corte Constitucional en acciones de incumplimiento que se encuentran en proceso de seguimiento y verificación

Atendiendo al objeto de análisis del presente capítulo relacionado con la mutación del cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales se ha establecido una relación entre las sentencias emitidas por la CCE en acciones de incumplimiento, y la activación del proceso de seguimiento y verificación del cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, encontrándonos que del total de sentencias emitidas desde 2008 hasta 2018 por la CCE existen 368 decisiones de IS equivalentes al 100 % de la muestra en estudio, de las cuales 122 se encuentran en un proceso de seguimiento.

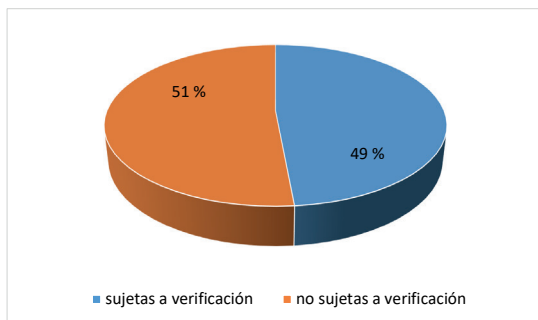
Figura 14. Sentencias de IS sujetas a verificación



Fuente y elaboración propia.

En cuanto a la variable de decisiones aceptadas emitidas en IS del total de 188 sentencias aceptadas, en 122 se activó el proceso de seguimiento y verificación de su cumplimiento equivalente al 64,89 %, lo cual denota que *prima facie* prácticamente más de la mitad de las decisiones emitidas por la CCE en este tipo de acciones no se están cumpliendo inmediatamente, o de manera integral, justificándose y tornándose necesaria la incorporación de una fase de seguimiento adicional a la expedición de la sentencia.

Figura 15. Verificación de sentencias de IS aceptadas



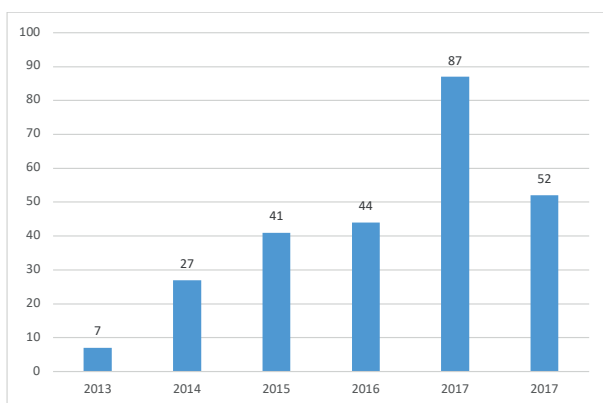
Fuente y elaboración propia.

De igual forma, cabe destacar otra variable vinculada con la tendencia a incrementar los procesos de seguimiento y verificación desde 2013 hasta 2018, a excepción de 2018 debido a la cesación de los jueces de la CCE, considerando que dentro los procesos de verificación no solo han sido activadas producto de sentencias de acciones de incumplimiento, sino que se ha hecho extensiva a todo tipo de decisiones emitidas por

la CCE y el ex Tribunal Constitucional del Ecuador (TCE) revelando un total de 258 procesos.⁴⁰⁵

Así, en cuanto al total de procesos de verificación del universo de 258 procesos de seguimiento que incluyen todo tipo de sentencias emitidas por la CCE, 7 procesos corresponden a 2013, 27 causas a 2014, 41 casos a 2015, 44 procesos a 2016, 87 causas a 2017, y 52 causas a 2018. De manera gráfica se puede observar el desarrollo del proceso de verificación por años:

Figura 16. Tendencia de incremento de procesos de verificación por años



Elaboración propia.

Finalmente, cabe destacar que 99 causas ya han concluido luego del proceso de verificación de cumplimiento de sentencias; es decir, de los 258 procesos de seguimiento iniciados el 38,37 % han sido archivados en esta fase luego de la verificación del cumplimiento integral de las medidas de reparación dispuestas en sentencia, lo cual denota una vez más la necesidad de la implementación de esta institución y justifica la mutación del propio proceso de cumplimiento de sentencias constitucionales.

Conforme se ha expuesto a lo largo de este capítulo el incumplimiento de sentencias constitucionales ha sufrido permanentes cambios dentro de la realidad constitucional ecuatoriana; del análisis realizado se puede observar

⁴⁰⁵ Desde 2013, año en que inició el proceso de seguimiento hasta 2018 se activaron 258 procesos en donde se incluyen 112 sentencias de acciones de incumplimiento; 96 sentencias de AEP; doce de acciones por incumplimiento; nueve de inconstitucionalidades de norma; diez de resoluciones de amparo emitidas por las Salas de la CCE; 4 de CN; dos de dictámenes constitucionales de reforma constitucional; una sentencia de inconstitucionalidad de acto administrativo; 1 resolución del ex TC; y, un dictamen producto de tratado internacional.

que la CCE a través de su jurisprudencia le ha ido dando un enfoque distinto a la normativa que regula el incumplimiento en la antedicha Constitución, observándose que uno de dichos cambios implícitos (mutación constitucional) comporta el establecimiento de la IS como una verdadera garantía jurisdiccional, incorporando una nueva garantía dentro de nuestro sistema constitucional aunque nuestro constituyente no la haya previsto de manera expresa.

Posteriormente, a través de la jurisprudencia se experimenta una nueva mutación asociada con el tipo de decisiones sobre las cuales la CCE puede conocer y sancionar el incumplimiento, pues además de las decisiones provenientes de este organismo, la IS se hace extensiva a las resoluciones provenientes del ex TC e incluso del ex TGC, lo cual revela que la CCE vía hermenéutica amplió su competencia establecida en el art. 436, num. 9 del texto constitucional a diversos tipos de decisiones constitucionales. Este fenómeno luego se vio extendido a decisiones de Salas de la CCE, decisiones judiciales en materia constitucional de jueces de instancia, e incluso a decisiones de jueces de primera instancia en procesos constitucionales que ya no forman parte de nuestro ordenamiento jurídico como las resoluciones de amparo constitucional.

Una tercera mutación se ve reflejada en el establecimiento vía hermenéutica en inicio y luego incorporada normativamente en la Codificación de RSPCC, de un nuevo procedimiento para hacer un seguimiento y verificación del cumplimiento de sentencias y dictámenes emitidos por la CCE. Cabe indicar que esta facultad no se encuentra taxativamente establecida dentro de las competencias que se le otorga a este organismo la CRE, no obstante, es una práctica habitual que conforme el análisis realizado tiende a incrementarse en los últimos años.

Todo lo expuesto, permite señalar que la CCE mediante la incorporación de la IS como una garantía jurisdiccional que tiende a garantizar el cumplimiento de todo tipo de decisiones judiciales de raigambre constitucional ha realizado una mutación válida de la CRE, pues a través de la incorporación de estas modificaciones constitucionales se ha permitido garantizar los derechos de las víctimas.

Una vez que se ha analizado la institución jurídica de la mutación constitucional, y descendida aquella institución jurídica a la realidad ecuatoriana mediante el estudio de diversas acciones en donde a nuestro criterio la CCE ha actuado como constituyente permanente, realizando prácticas mutativas al contenido de la CRE nos permitimos direccionar todo lo aprehendido hacia una propuesta teórica que permita la aplicación de la mutación acorde al paradigma constitucional ecuatoriano dadas las particularidades de nuestro modelo de Estado vigente, estableciendo límites a esta institución jurídica y garantizando la legitimidad democrática del cambio constitucional.

Capítulo 4

LÍMITES A LA MUTACIÓN EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

La Constitución debe dejar abiertas las puertas o caminos para que sus normas, en todo o en parte, sean actualizadas, completadas, derogadas o sustituidas cuando surja la necesidad de hacerlo.

Julio César Trujillo⁴⁰⁶

En este capítulo se pretende sistematizar el análisis realizado en líneas precedentes y descenderlas hacia un estudio de la mutación constitucional acorde con la realidad ecuatoriana, dadas las características propias de un modelo paradigmático como es el Estado constitucional de derechos y justicia.

Dentro de aquella propuesta se plantea la revalorización de la jurisprudencia de la CCE como fuente de creación de derecho constitucional, contrastándola con un mecanismo de modificación tácito como es la mutación de la Constitución de la República. También, para que dichos cambios hermenéuticos sean válidos se requerirá el establecimiento de límites a las prácticas mutativas, así como contar con mecanismos que garanticen la legitimidad democrática de los cambios constitucionales.

Límites a la mutación constitucional atendiendo a la realidad ecuatoriana

En el ámbito de la teoría democrática de la Constitución, estos instrumentos normativos tienen un fin primigenio, el mismo que está determinado por la limitación al poder, tanto del ente estatal a través de sus distintas instituciones —poderes constituidos— como frente a los particulares, debiendo garantizarse la voluntad popular tanto para la aprobación de textos constitucionales, así como para su modificación.

406 Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 75.

Según Ferrajoli,⁴⁰⁷ todas las personas e instituciones en el marco de un Estado constitucional se encuentran sometidas a límites y vínculos emanados de las respectivas cartas fundamentales o a su vez de los instrumentos internacionales de DD. HH incorporados a las mismas mediante el bloque de constitucionalidad.

De ahí que, las instituciones estatales, como órganos del poder constituyente derivado, así como los procesos de modificación del contenido de una Constitución como expresión de dicho poder, deben estar sometidas a limitaciones como un mecanismo que permite garantizar el orden democrático de un país;⁴⁰⁸ conforme lo expresa Gonzalo Ramírez Cleves “el derecho actúa como límite garantía que da la posibilidad de cambios o modificaciones sin llamamientos constantes al poder constituyente, que con su elemento democrático plantea un mayor riesgo de manipulación”.⁴⁰⁹

En aquel sentido, desde la doctrina se ha tornado imperiosa la tarea de delimitar el ejercicio de reforma o modificación de las constituciones otorgada a órganos constituidos, así Pedro de Vega frente a la realidad española señala:

[L]a configuración del poder de reforma como un poder jurídico descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente, por el cual decide, en el ejercicio de sus omnímodas y supremas atribuciones, conferir a un órgano constituido la actuación de sus facultades y derechos soberanos. De este modo al igual que en la Constitución se regulan y ordenan los distintos poderes del Estado, aparecerá también, establecido y regulado por ella, el poder de revisión, cuya misión no es otra que la de operar jurídicamente, cuando las circunstancias lo requieran, el cambio constitucional.⁴¹⁰

Aquella definición se hace extensiva a la restricción de la modificación del contenido constitucional, mediante el establecimiento de límites a los órganos constituidos, existiendo varias formas por las cuales operan estas restricciones, emprendiendo la doctrina en diferenciaciones en cuanto a la naturaleza y alcance de aquellas limitaciones.

Autores como Konrad Hesse y Pedro de Vega han destacado que el principal problema de la aceptación de una teoría de la mutación constitucional deviene en el establecimiento de sus límites,⁴¹¹ el cual puede ser abordado de

407 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999).

408 Emanuel Sieyès ya plantaba una diferenciación entre el poder constituyente ilimitado y el poder constatado que se encuentra limitado y regulado. Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente* (Bogotá: UEC, 2003), 47.

409 *Ibíd.*, 45.

410 Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 71.

411 Ruipérez, “De la Reforma Constitucional: Consideraciones sobre su concepto y funciones”, en *La reforma constitucional sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, coords., Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torres (Ciudad de México: Porrúa, 2010), 96.

manera esquemática en dos grandes componentes: 1. en cuanto al objeto de la mutación, y, 2. en cuanto al sujeto que puede realizar dichas mutaciones.

En cuanto a los sujetos, esta facultad de mutar vía hermenéutica la Constitución quedará exclusivamente destinada solo a los jueces constitucionales. De ahí que, dependiendo el sistema de control constitucional —difuso o concretado— cada sistema determinará el órgano competente para emprender en dicha mutación.

En la realidad ecuatoriana se ha establecido por parte de la CCE que el sistema de control constitucional es concentrado ante lo cual se establece un primer límite a la mutación constitucional en cuanto al sujeto que opera dicha modificación, encontrándose el mismo en manos de la CCE, siendo aquel organismo el constitucionalmente autorizado para emprender en mutaciones constitucionales.

Uno de los tratadistas que con mayor énfasis ha desarrollado esta temática es Pedro de Vega, quien establece los siguientes tipos de límites a las modificaciones constitucionales: límites superiores e inferiores, formales y sustanciales, textuales y no textuales, implícitos y explícitos, temporales y no temporales, absolutos y relativos, heterónomos y autónomos, etc.⁴¹²

Los límites superiores son aquellos, en donde el constituyente originario ha plasmado de manera expresa la imposibilidad manifiesta de emprender en cualquier modificación constitucional, un ejemplo de aquella limitación está dado en el mantenimiento de la democracia como forma de gobierno en un país, toda vez que el advenimiento de una Constitución es la máxima expresión de un régimen democrático, por ende no se podría concebir una modificación constitucional que alterase ese elemento democrático.

Por el contrario los límites inferiores se encuentran determinados por cláusulas en donde debido a su ambigüedad la limitación expresada en el texto constitucional permite mediante un ejercicio interpretativo realizar ligeras modificaciones al contenido de las constituciones, un ejemplo de aquello lo vemos reflejado en el artículo 171 de la CRE, el mismo que al regular la autonomía de la jurisdicción indígena, establece una limitación en cuanto al respeto a la dignidad humana, remitiendo esta facultad a un desarrollo normativo posterior mediante ley, lo cual generó conforme hemos analizado en capítulos precedentes que se haya mutado el contenido de dicho artículo vía hermenéutica por la CCE.

También, se determinan límites formales y materiales, en cuanto a los formales aquellos están directamente relacionados al respeto de formas procedimentales establecidas previamente en el marco constitucional, por

412 Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 240.

ejemplo el propio proceso de reforma a una Constitución no podría ser objeto de cambio vía hermenéutica pues aquello atentaría la seguridad jurídica de un país, y la propia supremacía constitucional; en cuanto a, los límites materiales aquellos están vinculados a los elementos centrales que configuran un Estado, por ejemplo, en el caso ecuatoriano la forma de gobierno republicano, la legitimidad democrática, división de poderes, y sobre todo el respeto de los derechos y garantías constitucionales.

Se entiende por límites explícitos, también denominados cláusulas de intangibilidad, aquellos que se encuentran claros, previos y de manera expresa determinados en el texto constitucional, mientras que se entiende por límites implícitos, aquellos que no se encuentran expresamente establecidos en la Constitución y que pueden ser deducidos indirectamente. Son límites absolutos los que no pueden bajo ningún concepto ser superados, es decir, existen cláusulas pétreas e inmodificables dentro de una Constitución; en cambio los límites relativos son susceptibles de ser superados con ciertos procedimientos especiales.

Se señala que, son límites autónomos cuando los mismos provienen del propio ordenamiento constitucional, por el contrario se constituyen en límites heterónomos,⁴¹³ aquellos que proceden de fuentes distintas al texto constitucional, por ejemplo, los que provendrían de principios del derecho natural.

Otras clasificaciones de los límites a los procesos de modificación constitucional están dadas por el tiempo, es decir, existen ciertos sistemas constitucionales que no permiten emprender en modificaciones al contenido constitucional sino después de fenecido un determinado tiempo, aquello era propio de constituciones decimonónicas en donde se pretendía dar cierta duración a la obra del constituyente.

Sin embargo, aquello generaba problemas en cuanto al principio democrático, coartando la posibilidad del pueblo de activar un proceso constituyente, y también un conflicto entre la realidad y la normatividad, lo cual puede generar una ruptura del marco constitucional por no estar sus destinatarios de acuerdo a las normas que la rigen y al verse imposibilitados de cambiarlas. Por eso en la actualidad cada vez son menos las constituciones que establecen este tipo de cláusulas de intangibilidad temporal de su normativa.⁴¹⁴

413 Autores como Mortati cuestionan esta clasificación, señalando que aquello más bien se circunscribe a un escenario teórico, pues los límites heterónomos son perfectamente reconducibles al ordenamiento jurídico estatal. Ver Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 242.

414 Ejemplos de estos tipos de limitaciones en el siglo XX estuvieron en la Constitución Griega de 1927 que preveía una inmodificabilidad absoluta por cinco años; la Constitución nicaragüense de 1911, que preveía diez años, y en nuestro contexto la Constitución ecuatoriana de 1929 establecía en su art. 164 un límite de cuatro años en donde no se podían realizar modificaciones constitucionales.

Por otro lado, tenemos los límites circunstanciales, en donde por acontecimientos eventuales como catástrofes naturales, estados de excepción, conmoción social o guerra, los textos constitucionales no podrían ser objeto de modificación. Un ejemplo de aquello se encuentra en la Constitución española cuyo art. 139 determina que: “No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de algunos de los estados previstos en el art. 116”.

Otra forma de limitación son las de carácter lógico, esta noción es desarrollada por Alf Ross, quien sostiene que al existir procedimientos previa y claramente establecidos para su reforma y modificación no se podría inobservar dichas reglas para modificar la Constitución;⁴¹⁵ para este autor, “el poder de reforma no implica un poder constituyente, y las cláusulas de reforma constitucional están investidas de un carácter lógico dentro del sistema que las hace inmodificables”;⁴¹⁶ es decir, no se podría emprender en una mutación constitucional que se relacione con el procedimiento de reforma constitucional ya que aquello atentaría la esencia de todas las constituciones democráticas como es la posibilidad de poder reformarlas por parte del pueblo.

Finalmente, tenemos los límites axiológicos vinculados con los derechos constitucionales, los cuales conforme la doctrina pueden ser extrínsecos-textuales o intrínsecos. Así como límites extrínsecos tenemos aquellos que mediante cláusulas de intangibilidad se encuentran positivizados expresamente dentro de los textos constitucionales, impidiendo la revisión de determinadas normas vinculadas con derechos constitucionales; al contrario los límites intrínsecos pese a no encontrarse expresamente determinados en la Constitución se presentan como garantías al sistema de un Estado democrático de derecho.⁴¹⁷

Entre los límites axiológicos textuales, contenidos en las denominadas cláusulas de intangibilidad, se señala que surgen a partir de crear protección al propio régimen, así surge en primer lugar cláusulas que protegen el principio de Estado democrático, luego las que protegen derechos fundamentales, y otras relacionadas con la organización del Estado.⁴¹⁸ Cabe destacar que, esta limitación se hace extensiva exclusivamente a la restricción de dichos derechos, pues si por el contrario se desarrollan los mismos de manera más progresiva la mutación será completamente válida.

415 Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos* (Ciudad de México: Fontamara, 1991), 51-3.

416 *Ibíd.*, 81.

417 Se señala que los límites implícitos serían aquellos “inclusos en la norma fundamental, pero sin que ella lo exprese como límite”. Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente*, 82.

418 *Ibíd.*, 71.

De ahí que, todas las instituciones estatales y personas particulares tienen un *coto vedado*⁴¹⁹ en donde no se pueden realizar modificaciones, bajo la amenaza de que sus actuaciones devengan en inconstitucionales. En aquel sentido, una de las primeras expresiones de estas limitaciones se ven inmersas dentro del propio texto de la Constitución la cual contiene cláusulas intangibles que no serían objeto de modificación.

Dentro de aquella acometida, los órganos constituidos, y en la especie la CCE no se encuentra exenta de aquella limitación, toda vez que al constituirse en el máximo intérprete de la norma constitucional y al poder emprender en procesos de modificación al contenido de la Constitución es imperativo que se limite su actuación, *maxime* cuando en procesos no reglados como la mutación constitucional, su actuación si no se sometiere a dichas limitaciones podría devenir en arbitraria.

De ahí que, al ser la mutación constitucional un procedimiento tácito de modificación al contenido de una Constitución y al evidenciarse en la realidad ecuatoriana a la CCE como el órgano de cierre del sistema de administración de justicia constitucional del país, es menester generar una autolimitación⁴²⁰ por parte de este órgano, evitando de esta forma incurrir en arbitrariedades que tornen a dicha mutación en inconstitucional y ahonde la crisis de legitimidad por la que atraviesa este organismo en la realidad ecuatoriana; por lo que se plantea a continuación algunos de los elementos de estarían vedados de ser modificados vía mutación en el ejercicio hermenéutico por parte de este organismo.

419 Ernesto Garzón Valdés parte de la tesis de que “la democracia entendida como la regla de la mayoría, basada en el principio ‘una persona un voto’ no es auto justificable. Por ello, para su justificación, la democracia, necesita un apoyo externo, es decir una especie de ‘muletas morales que permitan actuar al sistema sin caer en la tentación de imponer el ‘dominio de la mayoría’. Las constituciones imponen restricciones institucionales externas que son inmunes a las aptitudes o motivaciones subjetivas del ‘homo suffragans’ [...]”. Ernesto Garzón Valdés, “Representación y democracia”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, n.º 6 (1989), 156-8.

420 Jon Elster en su obra *Ulises y las sirenas* ejemplifica esta autolimitación en la que incurren ciertos órganos o personas. Cabe destacar que conforme la historia descrita en la *Odissea* de Homero, el personaje central Ulises en su retorno a Ítaca para evitar que el canto de las sirenas lo conquisten determina que su tripulación lo ate al mástil de la embarcación ordenando que no lo desaten bajo ningún concepto. Parafraseando a Elster lo mismo sucedería con un órgano como la CCE, el cual tiene la potestad de emprender en cambios tanto formales como informales de la Constitución de la República, siendo el máximo órgano de control e interpretación constitucional en el país, por lo que sus actuaciones deben correr una suerte de autolimitación tendiente a garantizar el espíritu del modelo constitucional vigente. Jon Elster, *Ulises y las sirenas* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989).

Acerca de los derechos y garantías constitucionales

Luigi Ferrajoli al abordar su teoría de la democracia sustancial, establece que existen categorías de lo no decidible, por parte de los poderes constituidos de un Estado, quienes deben limitar su poder y sus actuaciones al respeto de estas cláusulas que se tornan intangibles, ubicando dentro de aquel componente a los derechos constitucionales.

Ferrajoli desde el garantismo constitucional señala:

Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de las libertades y los demás derechos fundamentales. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia [...].⁴²¹

Dentro del sistema constitucional ecuatoriano, nuestro modelo estatal propende hacia constituirse en un “Estado de derechos”, lo cual implica que el objetivo primigenio del ente estatal es la protección de los derechos de las personas y de la naturaleza.

En aquel sentido, al convertirse los derechos constitucionales en la razón de ser del modelo estatal imperante, aquellos se encuentran protegidos por la Constitución de la República, garantizándose que los mismos no puedan ser restringidos por ningún acto posterior, blindando incluso de procesos de modificación formal vía enmienda o reforma parcial del texto constitucional, e incluso en el eventual caso de producirse una modificación vía asamblea constituyente, debido a los principios de progresividad y no regresividad de los derechos, aquellos no podrían verse mermados por cambios posteriores a la normativa constitucional.

Para Gonzalo Ramírez Cleves, “los derechos fundamentales, como elemento inherente del Estado de derecho democrático, se constituyen en el paradigma de la garantía-límite de dicho poder”.⁴²² Si aquello lo trasladamos a la institución de la mutación constitucional, podríamos colegir que si la restricción de derechos y garantías constitucionales está vedado para los procesos de reforma constitucional, aquella limitación también se hace extensiva a la institución de la mutación, más aún considerando que la CCE tiene en sus manos la protección y tutela de los derechos constitucionales, por lo que mal podría realizar interpretaciones mutativas que vayan en detrimento de aquellos derechos *so pena* de ser considerada dicha interpretación como inconstitucional e inválida.

⁴²¹ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 51.

⁴²² Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente*, 115.

Siguiendo este lineamiento, Julio César Trujillo, en relación con la realidad ecuatoriana destaca:

Somos del parecer que la CRE de 2008 prevé que los derechos y garantías en ella reconocidos y garantizados no pueden ser restringidos o suprimidos en futuras reformas, aunque sí mejorados o ampliados con nuevos tipos de derechos y especies de garantías, no solo porque en el art. 11.8 estatuye el principio de progresividad, sino también porque los arts. 441 y 442 prohíben la “enmienda” o “reforma” parcial para restringir los derechos y garantías constitucionales y el art. 84 ratifica la prohibición de restringirlos mediante “reformas”.⁴²³

Queda claro que ninguna actuación de los poderes constituidos, y en la especie de la CCE podría atentar los principios de progresividad y no regresividad de los derechos, estando vedado que opere dicha modificación incluso a través de los mecanismos formales de cambio constitucional, y más aún aquella limitación encuentra asidero en la mutación constitucional, pues como se destacó *ut supra* es mediante sus actuaciones que la jurisdicción constitucional se legitima ante la sociedad, por lo que está impedida formal y materialmente de realizar cambios restrictivos de derechos y garantías jurisdiccionales.

Acerca del régimen democrático, la estructura del Estado, sus elementos constitutivos y división de poderes

Además, de la parte dogmática, las constituciones de los Estados tienen una estructura orgánica que debe ser respetada por parte de los órganos constituidos y que resultan inmodificables frente a un proceso de reforma constitucional posterior, debido a que en estos componentes radica la esencia misma de un determinado modelo estatal.

Desde las primeras expresiones del constitucionalismo contemporáneo esta estructura fundamental, y la división de poderes han sido abordados como componentes imprescindibles de las constituciones, así, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su art. 16 proclamaba que: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no se encuentre asegurada, ni la separación de poderes determinada no tiene Constitución”. En aquel sentido, desde el constitucionalismo francés podemos observar la intrínseca relación entre la parte dogmática y la orgánica de las constituciones, los cuales forman los componentes sustanciales de todo Estado de derecho.

423 Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo*, 77.

Es así como, se han establecido “cláusulas pétreas” tendientes a mantener la estructura fundamental del Estado, y sus elementos constitutivos, lo cual se ha visto irradiado a la institución de la modificación constitucional, es decir, a la reforma constitucional y entre aquellas a los mecanismos no formales de dicho cambio como la mutación constitucional.

En cuanto a la estructura fundamental del Estado,⁴²⁴ en el ámbito doctrinario se ha señalado que aquella se refiere a la manera en que se encuentra conformado el cuerpo social jurídicamente organizado llamado Estado.⁴²⁵ Es decir, aquella se encuentra vinculada con los elementos fundamentales que integran un determinado Estado de derecho, entre los cuales es imperativa la presencia de una institucionalidad,⁴²⁶ sin los cuales no se produciría la configuración del ente estatal.

Siguiendo este lineamiento, existe doctrinariamente la conceptualización del Estado a partir de la identificación del ente estatal con sus elementos constitutivos, así Jellinek señala su estrecha vinculación ya que configuran la existencia real y tangible del ente abstracto Estado, estableciendo que estos elementos son “tierra, pueblo y señor dominador o soberano”,⁴²⁷ aquello se lo puede vincular con los actuales elementos constitutivos, como el territorio, el pueblo, la nacionalidad, el poder público y la soberanía.

El propio Jellinek define al Estado de derecho como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o para aplicar un término muy en uso, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”.⁴²⁸ De ahí que, se puede identificar la propia conceptualización del ente estatal vinculado con sus elementos constitutivos.

Este criterio en la realidad ecuatoriana es recogido por Julio César Trujillo quien al expresar un concepto dominante de Estado en Ecuador señala: “prevalece en nuestro medio la concepción del Estado como una

424 Gabriel Ruiz Zorrilla, *Estructura del Estado* (Punta del Este: Instituto Universitario de Punta del Este, 2004), 2. Accedido 6 de junio de 2018, http://webs.ucm.es/info/eurotheo/e_books/grzcaballeri/ESTRUCTURAESTADO_ebook.pdf.

425 *Ibid.*, 2.

426 En relación con la estructura fundamental del Estado, la CCE en su dictamen n.º 001-DRC-CC, caso n.º 0001-11-RC, ha señalado: “Sobre la estructura fundamental del Estado, nuestro país básicamente se encuentra dividido en cinco funciones [...] Así también, el numeral 1 del artículo 225 de la Constitución de la República dispone: ‘El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social’...”. Cfr. dictámenes n.º 001-11-DRC-CC, caso n.º 0001-11-RC; 001-16-DRC-CC, caso 0002-14-RC; 002-16-DRC-CC, caso 0001-16-RC de la CCE, en donde se ha mantenido el mismo concepto respecto a la estructura fundamental del Estado.

427 Georg Jellinek, *Teoría general del Estado* (Buenos Aires: Editorial Albatros, 1974), 106.

428 *Ibid.*, 135.

comunidad de personas, asentada en un espacio físico claro y totalmente delimitado, intrínsecamente dotada de poder suficiente para organizarse y organizar la vida de todos sus elementos, proveerse de los medios necesarios para subsistir con independencia de todo poder extraño".⁴²⁹ De ahí que, vincula directamente la propia existencia del ente estatal con los elementos constitutivos que lo conforman.

Con relación a los elementos constitutivos del Estado ecuatoriano conforme se ha expresado anteriormente, la CCE en su jurisprudencia ha señalado que los mismos se encuentran contenidos del art. 1 al 9 de la Constitución,⁴³⁰ en aquel sentido, corresponde realizar un breve análisis de dicho articulado con el objeto de establecer la limitación a la cual estaría sujeta la modificación constitucional vía mutación.

Ahora bien, cabe destacar que el art. 1 de la carta fundamental ecuatoriana, describe las características del modelo estatal de nuestro país, manifestando:

Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

El primer inciso del mencionado artículo establece el modelo de Estado vigente en Ecuador, al definirlo como un Estado constitucional de derechos y justicia. A lo largo de esta investigación se ha resaltado el advenimiento de esta nueva forma de organización estatal, mencionándose que aquel modelo propende hacia la revalorización de la norma constitucional propendiendo hacia una supremacía material de la Constitución, garantizándose además como fin primigenio del Estado los derechos y garantías constitucionales, y redimensionando a la justicia como eje central para garantizar los derechos de las personas y de la naturaleza.

En aquel sentido, si se pretendiere realizar modificaciones constitucionales posteriores vía mutación constitucional, que pusieren en riesgo la configuración de este modelo estatal, aquello estaría *prima facie* impedido, ya que tan alto nivel de modificación como es la esencia misma del tipo

429 Julio César Trujillo Vásquez, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 2.ª ed. (Quito: UASB-E / CEN, 2006), 53.

430 Cfr. dictámenes n.º 001-11-DRC-CC, caso n.º 0001-11-RC; n.º 001-16-DRC-CC, caso n.º 0002-14-RC; n.º 002-16-DRC-CC, caso n.º 0001-16-RC de la CCE.

de Estado deberá contar con la mayor legitimación democrática posible, el mismo que solo podrá ser canalizado a través de mecanismos formales contemplados en la propia Constitución ecuatoriana como son la reforma parcial, o la asamblea constituyente, no pudiendo incluso el mismo ser viabilizado a través de enmienda constitucional.

En cuanto a la cláusula de Estado social,⁴³¹ también aquella se encontraría impedida de ser modificada mediante un ejercicio hermenéutico vía mutación constitucional, ya que a través de esta cláusula en Ecuador se están garantizando derechos de índole social para sus habitantes, lo cual se ve complementado con toda una institucionalidad que tiende hacia aquella protección.

Por eso los derechos de índole social en la realidad ecuatoriana están directamente vinculados con su modelo estatal, por lo que no se podría ir en detrimento de aquellos avances de índole social emprendidos por parte del Estado ecuatoriano, *maxime* cuando Ecuador ha emprendido en una protección integral de los derechos tendientes a conseguir el *sumak kawsay* o buen vivir. Es por ello que, la cláusula social tampoco es susceptible de una modificación posterior vía hermenéutica ya que se atentaría la esencia de nuestro modelo estatal.

Con relación a la cláusula democrática, entendida como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo,⁴³² la mayoría de Estados en el mundo han asumido formas de gobierno democráticas, en donde la voluntad soberana del pueblo es la fuente y el origen del poder estatal, es por ello que el concepto de democracia está directamente vinculado con el concepto de Constitución, ante lo cual mediante una mutación constitucional no se puede suprimir ni cambiar el régimen democrático de un país, y si lo hiciere aquella mutación será considerada nula.

Este principio democrático deviene a su vez en la existencia de órganos previamente establecidos que son los únicos que eventualmente podrían realizar mutaciones constitucionales, siempre que cuenten luego con una aprobación popular vía *referendo*, en nuestro caso en estudio las cortes y tribunales constitucionales, los cuales siendo órganos constituidos

431 Julio César Trujillo, con relación al advenimiento del Estado social, destaca: "Las soluciones propuestas se dividieron entre las que preveían la desaparición final del Estado y las que atribuían al Estado el papel de agente del cambio mediante la corrección de los efectos perniciosos del capitalismo y la adopción de instituciones llamadas a hacer realidad la justicia social". Ver Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 102.

432 "El gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo" fue la frase con la que el entonces presidente de EE. UU. Abraham Lincoln definió a la democracia en la famosa batalla de Gettysburg el 19 de noviembre de 1863.

se encuentran sometidos a la voluntad del soberano y por ende se encuentran sujetos a límites expuestos en la propia Constitución.

Cabe indicar que,

desde el nacimiento del fenómeno constitucional, el principio democrático se convierte en el elemento básico sustentador de la nueva forma de organización de la sociedad, frente a los absolutismos y las monarquías presentes hasta esa época que carecían de dicho elemento.⁴³³

La Constitución ecuatoriana consagra esta cláusula democrática vinculada con la participación ciudadana,⁴³⁴ en donde convergen varios tipos de democracia —representativa,⁴³⁵ directa⁴³⁶ y comunitaria—. ⁴³⁷

De acuerdo con la teoría democrática de la Constitución que sustenta el modelo de Estado ecuatoriano además el principio democrático está determinado en la participación del pueblo al momento de la expedición de un texto constitucional, así como al aprobar las modificaciones a la Carta Suprema, en aquel sentido, cualquier modificación vía hermenéutica que se realice debe contar con este elemento de legitimidad democrática siendo indispensable la aprobación popular mediante referendo aprobatorio.

La configuración del Estado ecuatoriano como independiente es otro de los elementos no susceptibles de modificación constitucional, toda vez que refleja la capacidad del Estado para autodeterminarse, sin que pueda existir injerencia externa en la toma de sus decisiones.

433 Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente*, 72.

434 Artículo 204 CRE.- “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación [...]”. Ecuador, *CRE de 2008*, art. 204.

435 “La Constitución conserva la concepción del Estado como persona jurídica que introdujera la doctrina y el derecho alemanes y que, entre nosotros, se inicia en la Constitución de 1945; en consecuencia, está provisto de órganos que realizan actividades tendientes a garantizar efectivamente los derechos de la persona y estas actividades, como ya está dicho, son funciones, y como tales están denominadas y reguladas las tres clásicas: Legislativa, Ejecutiva y Judicial”. Julio César Trujillo, “Sociedad Civil, Estado y Participación, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: UASB-E / CEN, 2009), 33-4.

436 Arts. 103, 104 y 105 de la CRE. Trujillo destaca: “Ya en 1996 se incorporaron a la Constitución ecuatoriana instituciones de la democracia directa que en 1998 se afinaron un tanto, aunque no lo suficiente como para que reemplazaran a la presión ciudadana a través de movilizaciones y conatos de insurrección que hicieron efectivo el derecho del pueblo a la rebelión. La Constitución de Montecristi ratifica esas instituciones, y aunque en algunas ocasiones las extiende y mejora, no lo hace suficiente como para que faciliten realmente su ejercicio”. Ver Trujillo, “Sociedad Civil, Estado y Participación”, 35.

437 Para Ramiro Ávila, “en la democracia comunitaria se toman las decisiones a partir de ideales que identifican y mantienen unidos a un grupo. En la democracia monolítica se niega el valor del individuo y de las comunidades por el del Estado, en la comunitaria se reconoce y valora a todos los individuos, minorías y comunidades políticas excluidas”. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 178.

Ecuador es un Estado unitario⁴³⁸ como forma de organización, en aquel sentido nuestro país es uno solo, siendo inalienable su territorio, y encontrándose vedado cualquier intento de segregación territorial, o la configuración de otro tipo de organización estatal.

En cuanto a la interculturalidad como elemento constitutivo del Estado ecuatoriano, aquello refleja una lucha histórica en donde se ve plasmada la diversidad de culturas existentes en Ecuador, producto de luchas y conquistas sociales de determinados grupos sociales invisibilizados históricamente.

En aquel sentido, la interculturalidad es entendida como ese diálogo epistémico y reconocimiento de los otros internos y externos dentro del Estado ecuatoriano, en donde convergen diversas culturas y conocimientos de los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montuvios, así como los pueblos no contactados, de reciente contacto y la población extranjera residente en el país, quienes en su interrelación social forman la esencia de un Estado garantista. Al respecto, Julio César Trujillo, señala:

En contra del proyecto consciente o inconsciente que, en el pasado, perseguía homogeneizar a todos los ecuatorianos por vía de la asimilación o de la integración de los indígenas y negros o afro ecuatorianos a la mayoría mestiza, la Constitución Política vigente, en el preámbulo se hace eco de las demandas de los indígenas y negros para que se respete su identidad y que la unidad se construya con el respeto a la diversidad. Consecuentes con esta declaración, el artículo 1 define al Ecuador como Estado multiétnico y pluricultural, en tanto que el artículo 83 les reconoce a las colectividades indígenas el derecho a autodenominarse nacionalidades y como tales los artículos 84, 85 y otros hacen mención de los derechos colectivos que, en cuanto colectividades, les corresponden además de los que se les reconoce en instrumentos internacionales de los que el Ecuador es parte y, sin perjuicio de los derechos individuales de sus miembros que valen tanto ante el Estado como ante la misma colectividad.⁴³⁹

Ramiro Ávila Santamaría siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, destaca que “la construcción del Estado plurinacional exige, al decir de Santos, cinco condiciones: reconocimiento recíproco, continuidad y justicia histórica, sociedades descentralizadas, consentimiento, convivencia democrática y, no menos importante, pensar fuerte y mucha creatividad”.⁴⁴⁰

438 Juan Ferrando Badía, siguiendo a Prelót define al Estado unitario de la siguiente manera: “Cuando un Estado posee sólo un centro de impulsión política y un conjunto único de instituciones de gobierno, constituye un Estado simple o unitario. Un buen número de estructuras políticas actuales responden a esta forma, en la que el poder pertenece, en la totalidad de sus atributos y funciones, a un titular que es la persona jurídica estatal. Todos los individuos colocados bajo su soberanía obedecen a un solo Poder, viven bajo el mismo régimen constitucional y están sujetos a un orden jurídico común”. Ver Juan Ferrando Badía, *Estado unitario, el federal y el Estado regional* (Madrid: Editorial Tecnos, 1978), 4.

439 Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 61.

440 Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 207-08.

Cabe decir que, el reconocimiento de la interculturalidad y la pluri-nacionalidad es un gran avance en la configuración de una nación diversa como la ecuatoriana, en donde se reconoce y garantiza la diferencia sin que aquello pueda ser modificado vía hermenéutica ya que atentaría el *ethnos* de la nación ecuatoriana.

Ecuador es un Estado laico, toda vez que nuestro modelo estatal proclama una separación ideológica entre la Iglesia y el Estado, expresando mecanismos para proteger la libertad de conciencia y culto religiosos, y respetando el pensar distinto en cuanto a las concepciones religiosas de los miembros de la sociedad ecuatoriana. Esta conquista constitucional se ha irradiado también al ámbito jurídico desde una perspectiva de la moral y el derecho, en donde las concepciones ideológicas conservadoras deben ser superadas por una “era de los derechos” parafraseando a Norberto Bobbio,⁴⁴¹ con el objeto de que aquellos se garanticen más allá de cualquier clivaje ideológico o moral.

La forma de gobierno mediante República tampoco puede ser alterada ni modificada. El republicanismo implica que la soberanía de un Estado radica en el pueblo que lo integra, y es precisamente este pueblo como detentador del poder quien mediante ejercicios democráticos toma decisiones para la correcta administración del ente estatal. A esto hay que sumar el gobierno representativo, así como la democracia participativa.

Mediante estos componentes se garantiza la cláusula democrática en las constituciones,⁴⁴² misma que prevé que la soberanía radica en el pueblo, esta ha sido una gran conquista del constitucionalismo, y se encuentra también recogida en la carta Suprema ecuatoriana: “Artículo 1.- La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. En aquel sentido, cualquier modificación que se realice a las constituciones deberá respetar esta forma de gobierno.

Otro de los elementos constitutivos del Estado es el gobierno descentralizado el cual es entendido como una forma de gobierno en donde el Estado central transfiere a otros niveles de gobierno determinadas facultades y competencias, con el objeto de mejorar la administración pública.

441 *L'età dei diritti*, o su traducción al español, *La era de los derechos*, es el título del libro de Norberto Bobbio, publicado en 1990.

442 Rafael Enrique Aguilera Portales destaca que: “El Estado constitucional se fundamenta en dos pilares básicos: por un lado, el principio político democrático; por otro, el principio jurídico de supremacía constitucional. De acuerdo con el primero, con respecto al principio político, democrático implica que es al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, al que compete el ejercicio indiscutible del poder constituyente [...]”. Aguilera Portales, *Constitución y democracia*, 13.

Al respecto José Suing Nagua brinda el siguiente concepto de descentralización:

La descentralización es una herramienta, utilizada especialmente en los Estados unitarios, como mecanismo que procura la transferencia del poder público desde el nivel central a los niveles subnacionales de gobierno (seccionales o autónomos) para acercar la toma de decisiones a la gente. Tiene como propósitos primordiales: mejorar la gestión de servicios y actividades públicas, redistribuir la riqueza en el territorio, impulsar el desarrollo territorial, fortalecer la institucionalidad local y nacional, promover la participación social y optimizar la representación política.⁴⁴³

Nuestro sistema constitucional prevé, conforme se expresó anteriormente, que exista un modelo de Estado unitario, empero para lograr una administración pública de manera eficaz, y para garantizar las necesidades ciudadanas en todos los rincones de la patria, se ha establecido una forma de gobierno descentralizada.

Respecto al modelo unitario de Estado, Julio César Trujillo manifiesta que,

el Ecuador es un Estado Unitario pero de administración descentralizada, lo cual significa que retiene para el poder central las funciones legislativa, judicial y ejecutiva, pero respecto de la función administrativa se la distribuye entre el poder central y los poderes provinciales, cantonales y parroquiales mediante la delegación a estos de determinadas competencias, esto es, de determinadas materias, dotándoles, a la vez, de recursos financieros suficientes, y de facultades o atribuciones adecuadas para que las manejen por funcionarios elegidos por los habitantes de la respectiva circunscripción territorial; esta distribución puede llevarse a cabo por ley o por acuerdo del Ejecutivo Central con el Gobierno local.⁴⁴⁴

Aquello implica, que la administración descentralizada contemplada en el marco constitucional vigente tampoco sería susceptible de una modificación constitucional vía mutación de la CRE por parte de la CCE.

La CRE determina una cláusula relacionada con la inalienabilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de los recursos naturales no renovables del territorio ecuatoriano,⁴⁴⁵ en aquel sentido, estos recursos pertenecen a todos los integrantes de la sociedad ecuatoriana, por lo que me-

443 José Suing Nagua, *Gobiernos autónomos descentralizados* (Loja: Editorial UTPL, 2010), 65.

444 Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 81.

445 Artículo 317.- "Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico".

diante una mutación constitucional vía hermenéutica no se podría atentar esta disposición.

Dichas cláusulas de intangibilidad vía mutación constitucional también se harían extensivas a los símbolos patrios,⁴⁴⁶ el idioma oficial, los idiomas de relación intercultural,⁴⁴⁷ el territorio ecuatoriano y la capital de la república,⁴⁴⁸ los cuales no pueden ser modificados mediante este mecanismo de cambio constitucional.

Finalmente, otro de los elementos que conforman la estructura fundamental del Estado es la división de poderes. Desde el advenimiento del Estado democrático se tiende a establecer limitaciones al poder, en aquel sentido, el poder que se encontraba en un inicio concentrado en una sola autoridad —Estado absolutista— requirió ser delimitado, frente a lo cual surge en el ámbito doctrinario la división tripartita de poderes del Estado, como un mecanismo de frenos y contrapesos⁴⁴⁹ para garantizar la vigencia de un Estado democrático.

Siguiendo la idea de Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*,⁴⁵⁰ aquella división tripartita permitía que las funciones ejecutiva, legislativa y judicial a través de sus diversos órganos e instituciones se controlen recíprocamente, siendo necesaria su existencia para evitar excesos por parte de autoridades públicas y particulares.

Al respecto, la CCE ha destacado: “Sobre la estructura fundamental del Estado, nuestro país básicamente se encuentra dividido en cinco

446 Artículo 2.- “La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria”.

447 Artículo 2.- “El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso”.

448 Artículo 4.- “El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este territorio comprende el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio suprayacente continental, insular y marítimo. Sus límites son los determinados por los tratados vigentes. El territorio del Ecuador es inalienable, irreductible e inviolable. Nadie atentarán contra la unidad territorial ni fomentará la secesión. La capital del Ecuador es Quito. El Estado ecuatoriano ejercerá derechos sobre los segmentos correspondientes de la órbita sincrónica geoestacionaria, los espacios marítimos y la Antártida”.

449 Gabriel Bouzat, “El control constitucional un estudio comparativo”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (Madrid: CEPC, 1991), 287-8.

450 Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu, en su obra símbolo *De l'esprit des lois*, 1748, consagra el principio de separación de poderes del Estado, mediante la división tripartita en ejecutivo, legislativo y judicial.

funciones".⁴⁵¹ Y en la sentencia interpretativa n.º 002-10-SIC-CC, dentro del caso n.º 0020-09-IC, señala que,

la división de poderes no es más que la garantía de la libertad; la división es, al mismo tiempo, interdependencia de poderes, de tal modo que se garantice que unos pueden controlar a los otros; la base sustentadora del Estado es el equilibrio constitucional del sistema de gobierno; además del control del pueblo sobre el gobierno es preciso asegurar los controles de los distintos poderes entre sí.⁴⁵²

En ese orden de ideas, mediante una eventual mutación constitucional vía hermenéutica la CCE no podría modificar la división de poderes existente en Ecuador, no pudiendo suprimir alguna de las cinco funciones del Estado, ya que de hacerlo alteraría la propia estructura del ente estatal.

Acerca del proceso de reforma constitucional

Conforme se ha expresado a lo largo de la presente investigación, la adecuación de la normativa constitucional a la realidad histórica de una sociedad es un imperativo, por lo tanto, la reforma de la Constitución es un mecanismo idóneo que permite la validez de dicho instrumento jurídico. En palabras de Rafael Enrique Aguilera, "la posibilidad de que una Constitución pueda ser reformada es una de las mejores pruebas contundentes y fiables de su legitimidad democrática".⁴⁵³

En aquel sentido, al establecerse procedimientos agravados y expresos para realizar dicho cambio constitucional vía reforma constitucional, la Constitución adquiere una supremacía formal conforme con otras disposiciones normativas infraconstitucionales que tienen un procedimiento más sencillo para su modificación. Es por ello que autores como Xavier Pérez Royo hablan del *paralelismo de las formas* como una expresión del principio democrático que permite un cambio constitucional; empero dicha modificación dados los particularismos de la realidad ecuatoriana exige que al igual que la Constitución fue aprobada por el pueblo las modificaciones expresas o implícitas a la misma deben contar también con esta legitimidad popular.

Existen procedimientos que condicionan una modificación al texto constitucional, lo cual dota a las cartas constitucionales de una rigidez que imposibilita que mayorías móviles o impulsos políticos puedan fácilmente modificarlas. Sin embargo, atendiendo al derecho de reformar la

451 Ecuador Corte Constitucional, "Dictamen n.º 001-DRC-CC", en Caso n.º 0001-11-RC.

452 Esta concepción la CCE a su vez la obtiene de una cita de Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, 27.

453 Aguilera Portales, *Constitución y democracia*, 4. El mismo criterio lo mantiene Aragón Reyes, en *Constitución y control de poder*.

Constitución por parte del pueblo se establecen procedimientos de reforma constitucional, los cuales están sujetos a reglas claras, previas y públicas para llevar adelante estas modificaciones, mecanismos que requieren la aprobación popular posterior.

En la realidad ecuatoriana, los procedimientos de modificación del texto constitucional establecen tres mecanismos —enmienda constitucional, reforma y asamblea constituyente—, cada uno de ellos con requisitos expresos, todos sujetos a un control de constitucionalidad previo, debiendo ser ratificados por el pueblo mediante *referéndum*.

Frente a este proceso complejo se encuentra la mutación constitucional, el mismo que se caracteriza por no estar sujeta a mayores requisitos y por ser ejercido directamente por un organismo constituido como es la CCE, la que eventualmente puede emprender en modificaciones tácitas al contenido de la Constitución, sin embargo, dicha potestad no podría implicar una modificación vía hermenéutica que alteren los procesos de reforma a la Constitución, pues aquello generaría un debilitamiento del propio principio de supremacía constitucional y eventualmente la descendería al rango de una norma infraconstitucional.

Acerca de la limitación de la modificación del proceso de reforma constitucional vía mutación se refleja como un resultado que garantiza la supremacía y rigidez de la norma constitucional, *maxime* cuando quienes emprenden en dicha modificación son poderes constituidos que se someten *prima facie* a dichas normas constitucionales como expresión de un poder constituyente originario. Alf Ross sostiene que, “los procedimientos de reforma constitucional positivizados, no pueden ser reformados por la misma autoridad que se somete a esas reglas [...]”.⁴⁵⁴

Caso contrario estaríamos no solo atentando el principio de seguridad jurídica, sino también alterando la esencia misma de la reforma constitucional al relativizarlo, pues se lo sometería a constantes cambios acordes a la interpretación de quien realice la respectiva modificación vía mutación constitucional.

Por eso en el sistema constitucional ecuatoriano esta posibilidad de modificación del procedimiento de reforma ha sido vetado para el cambio vía enmienda y reforma parcial de la Constitución, estableciéndose cláusulas pétreas que imposibilitan aquello por esos mecanismos, siendo dicha modificación susceptible exclusivamente mediante el mecanismo de asamblea constituyente, la cual deberá además contar con una legitimación popular directa mediante referendo aprobatorio.

454 Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, 53.

En ese orden de ideas, si la posibilidad de modificación del proceso de reforma constitucional solo puede canalizarse por el mecanismo más gravado como es la asamblea constituyente, el cual además implica un pronunciamiento del pueblo ecuatoriano a través de referendo aprobatorio posterior, la posibilidad de modificar estos procedimientos a través de mutación constitucional se torna imposible.

Vale acotar la reflexión final que Gonzalo Ramírez Cleves expone ante esta problemática:

El dilema nos recuerda también hasta donde pueden ir los poderes constituidos, y se concluye que lo que no puede hacer es destruir la elaboración política-normativa constituyéndose ellos mismos en poderes constituyentes en el evento en que pretendieran por intermedio de la modificación de los procedimientos de reforma otorgarse tales poderes.⁴⁵⁵

Los poderes constituidos deben respetar estos límites y no pueden arrogarse competencias para modificar los procesos de reforma constitucional, pues de esa manera se genera un atentado a la seguridad jurídica y al principio democrático, no pudiendo mediante una modificación del procedimiento de reforma constitucional otorgarse los poderes como si se tratasen de constituyentes, precisamente por ello, es necesario que se sienta de manera expresa que dicha limitación se hace extensiva a los cambios formales expresos de enmienda, reforma parcial de la Constitución, y también a través de mecanismos de modificación tácitos como la mutación constitucional.

Acerca de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado ecuatoriano

Otra de las limitaciones que tendría la mutación constitucional vía hermenéutica es el respeto a los compromisos internacionales previos adquiridos por el Estado ecuatoriano lo cual se enmarca dentro de los principios que rigen las relaciones internacionales. Para Humberto Noguera Alcalá, dentro de los límites heterónomos⁴⁵⁶ existentes en relación con las modificaciones constitucionales se encuentra el respeto a los compromisos

⁴⁵⁵ Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías*, 68.

⁴⁵⁶ Para Humberto Noguera Alcalá, “los límites heterónomos son los que derivan de un ordenamiento jurídico ajeno al derecho interno, pudiendo provenir del derecho internacional o del derecho supranacional, incidiendo y obligando al derecho interno a respetar y hacer respetar dichos límites”. Humberto Noguera Alcalá, “Poder constituyente y reforma constitucional: Enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno”, en *La reforma constitucional sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, coords. Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torres (Ciudad de México: Porrúa, 2010), 341.

internacionales asumidos por parte de los Estados; en aquel sentido, las normas provenientes de instrumentos internacionales que adquieren una connotación de supranacionales, no pueden ser objeto de modificación vía mutación constitucional.

Humberto Noguera Alcalá, destaca:

El poder constituyente originario de un Estado solo tiene potestad omnímoda respecto de normas internas preconstitucionales, pero no puede alterar las normas internacionales que condicionan la acción válida y legítima del poder constituyente, como son por ejemplo, las normas de *ius cogens* o las normas de tratados internacionales, las fronteras de Estado o las del Derecho Internacional convencional, incorporadas válidamente al derecho interno y que no son susceptibles de denuncia o revisión.⁴⁵⁷

Conforme lo expuesto, esta limitación se hace extensiva incluso al poder constituyente originario, en cuyo caso los asambleístas constituyentes deben observar y garantizar los compromisos previos adquiridos por el Estado ecuatoriano, y aún más por los órganos constituidos, quienes no pueden inobservar dicho contenido normativo *so pena* de incurrir en sanciones al Estado por inobservancia del derecho internacional, ya que existen principios internacionales a los cuales nuestro país se encuentra vinculado.

La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969 establece el principio de buena fe internacional⁴⁵⁸ y la prohibición de alegación de normas de derecho interno para incumplir un compromiso internacional.

Se debe destacar que, nuestro país parte de una corriente constitucionalista en el ámbito del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales,⁴⁵⁹ en aquel sentido, ha de entenderse que el principio de buena fe internacional aplica respecto a normas constitucionales anteriores a la conclusión de una ratificación de un instrumento internacional, por lo que una vez que ha sido superado un control constitucional por parte del Estado y por ende si el instrumento internacional ha sido debidamente ratificado, vía hermenéutica posteriormente no se puede generar una mutación constitucional que atente la aplicación de dicho instrumento internacional.

⁴⁵⁷ Noguera Alcalá, "Poder constituyente y reforma constitucional: Enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno", 346.

⁴⁵⁸ Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, art. 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁴⁵⁹ Para Arbuet-Vignali "El sistema constitucional de cada país es el que fija los límites a cada gobierno en relación con si puede o no comprometer a su Estado en un proceso de integración a realizar con otros y cuales puede ser la profundidad del mismo; lo que legitima o no el compartir competencias y jurisdicciones y el desplazar o no a órganos supranacionales poderes de gobiernos". Heber Arbuet-Vignali, *Las claves jurídicas de la integración* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzone Editores, 2004), 228.

En el ámbito de los instrumentos internacionales en la realidad ecuatoriana Julio César Trujillo⁴⁶⁰ establece tres tipologías, diferenciando los instrumentos internacionales sobre DD. HH., los instrumentos de integración, y finalmente los otros tratados o convenios internacionales.⁴⁶¹

Sobre los instrumentos internacionales de DD. HH., Trujillo señala:

Las normas sobre los derechos y garantías reconocidos en los instrumentos internacionales cualquiera que sea la denominación, y cualquiera que sea la fuerza vinculante en el derecho internacional siempre que de ellos sea parte el Ecuador, se suman a los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos, con el mismo rango de estos, porque así lo mandan los artículos 11.3 y 424.⁴⁶²

Los mencionados artículos a su vez hacen referencia a los deberes primordiales del Estado ecuatoriano, dentro de los cuales se consagra que su deber fundamental es “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”, y determina una supremacía de la normativa internacional de DD. HH. en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, señalándose que las mismas adquieren rango constitucional y prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.⁴⁶³

Conforme se determinó *ut supra*, los instrumentos internacionales de DD. HH. adquieren un rango de norma constitucional debido a la cláusula abierta⁴⁶⁴ que le otorga la Constitución ecuatoriana permitiendo que el bloque de constitucionalidad sea incorporado como norma interna dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siendo esta normativa internacional de DD. HH. de directa e inmediata aplicación,⁴⁶⁵ y al ser favorables en la

460 Julio César Trujillo señala: “Los instrumentos internacionales sobre los derechos y garantías de la persona revisten diversas modalidades, como son declaraciones, convenciones, convenios, pactos o tratados, protocolos, cartas, etc.”. Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo*, 110.

461 *Ibíd.*, 109.

462 *Ibíd.*, 110.

463 Artículo 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

464 Artículo 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

465 Artículo 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales

tutela de derechos no sería susceptible establecer una modificación constitucional que atente contra su esencia, siendo inválida una eventual modificación constitucional.

En el ámbito del derecho de la integración,⁴⁶⁶ y en la especie del derecho comunitario,⁴⁶⁷ tampoco se podría emprender en cambios constitucionales vía hermenéutica que vulneren el espíritu de aquellos procesos contenidos en normas comunitarias, en donde el Estado cede su soberanía⁴⁶⁸ en el ámbito jurídico a una institucionalidad supranacional.

César Montaña Galarza realiza un profundo análisis sobre las características e importancia de las normas de derecho comunitario, señala que:

la pertenencia del Estado a una comunidad comporta para aquel, la aceptación de una estructura institucional nueva y distinta a la estatal. Esa novel disposición de órganos e instituciones que detenta poder, se expresa dinámicamente sobre múltiples dimensiones, entre ellas, la jurídica, puesto que la comunidad

de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

466 En palabras de Alberto Zelada Castedo; “la integración es un fenómeno que se da en el escenario del sistema internacional. Sus actores son los mismos que protagonizan el múltiple juego de interacciones en el que conste dicho sistema, o sea las comunidades políticas Estados y los grupos sociales y políticos situados en el ámbito jurisdiccional de los Estados. En estricto sentido, la integración sería una de las formas de interacción de dichos actores, basada en el impulso originario en el desarrollo inherentes de estos y orientado históricamente hacia la formación progresiva de una verdadera sociedad internacional [...]”. Alberto Zelada Castedo, “La integración regional y derecho de la integración”, en *Derecho de la integración económica regional* (Buenos Aires: INTAL / BID / Editorial De Palma, 2001), 1.

467 Para César Montaña Galarza, “[E]l ordenamiento jurídico comunitario es el conjunto de disposiciones contenidas en los tratados, convenios, acuerdos, protocolos, etc., de integración suscritos por países, y aquellos propios emanados por los órganos e instituciones de la comunidad, encaminadas a reforzar la cooperación e integración entre Estados, y eventualmente a concretar la unificación económica, social y política, de un área geográfica determinada. También puede ser definido como aquel derivado de tratados de integración que han creado organismos e instituciones comunes o comunitarios supranacionales”. César Montaña Galarza, “Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 1 (2003): 211; Isaac Guy, define al derecho comunitario como un “conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que dispone: a) fuentes propias, b) órganos de producción normativa también propios, sujetos a procedimientos y esquemas de relaciones reglados y c) un sistema judicial de garantía de su aplicación e interpretación uniforme”; Isaac Guy, *Manual de derecho comunitario general* (Barcelona: Editorial Ariel, 1991), 111.

468 Pérez Tremps ha sostenido que: “la integración supranacional supone lisa y llanamente una cesión de poder, una cesión de soberanía que el Estado hace a favor de un ente, la organización supranacional, para que sea ese ente quien gestione esas parcelas de poder cedidas”. Pablo Pérez Tremps, “Constitución e Integración”, en *Integración política y Constitución*, coord. Pablo Pérez Tremps (Quito: CEN / Universidad Carlos III de Madrid, 2004), 145-6.

es en estos términos fuente generadora de un nuevo sistema jurídico que ostenta naturaleza y principios exclusivos, con pretensión de dominar todo el espectro jurídico estatal.⁴⁶⁹

En aquel sentido, los procesos de integración profundos implican una libertad de circulación de personas, bienes y capitales, y dentro de aquella dinámica se ve inmerso también el componente jurídico, por lo que el derecho supranacional expresado mediante el “derecho comunitario” implica la cesión por parte de un Estado de determinadas competencias, ante lo cual los Estados que integran ese proceso comunitario posteriormente se verán limitados a emprender modificaciones constitucionales que afectasen dichos procesos.

En cuanto al componente normativo del derecho comunitario se debe destacar que aquellos parten de los principios de primacía,⁴⁷⁰ y efecto directo⁴⁷¹ por lo que estas normas comunitarias adquieren una connotación supranacional que supera una eventual revisión por parte de órganos constituidos de los Estados miembros de un proceso de integración comunitario.

El derecho comunitario en el contexto andino se ha visto reflejado por intermedio de la Comunidad Andina (CAN), que ha dotado de una interesante institucionalidad y normativa que debe ser observada y conservada por parte de los Estados que la integran, no pudiendo vía mutación constitucional alterarse dicha institucionalidad así como la normativa supranacional por ella generada, *maxime* cuando el país cede aquella competencia a los órganos de la comunidad.

Siguiendo a Julio César Trujillo, “los tratados de integración, una vez que son aprobados con arreglo a la Constitución, son fuentes de derecho en el interior de los países miembros de la CAN y tienen su propio orden

469 César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración* (Ciudad de México: UASB-E / Porrúa, 2013), 119.

470 Montaña Galarza destaca: “Sobre la primacía o preeminencia del Derecho comunitario el TJAC manifestó en el Proceso n.º 1-IP87, lo siguiente: “En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del derecho comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista”. César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración*, 116.

471 “La aplicación directa del derecho comunitario europeo se estableció tempranamente por parte del Tribunal, por medio de la famosa Sentencia Van Gend & Loos. La idea es que el carácter objetivo de los tratados fundacionales permite que sean aplicados directamente, imponiéndose a los Estados miembros, a las propias instituciones de la comunidad y hasta a los particulares. Los tratados, por tanto, permiten deducir obligaciones y derechos en favor de los particulares, que las jurisdicciones nacionales han de proteger, incluso en algunos supuestos mediante una abstención de actuar, impuesta por la comunidad. De esa manera, cabría reconocer a ésta como una organización de pueblos y no solo de Estados...”. Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración*, 127.

jerárquico y sus propios mecanismos de control".⁴⁷² De igual forma, el derecho comunitario al verse revestido de los principios de primacía, y efecto directo, sus normas comunitarias tampoco serían susceptibles de una modificación a través de una mutación constitucional.

Adicionalmente, existen los otros instrumentos internacionales en donde los Estados tienen la facultad de realizar un control previo y vinculante de constitucionalidad de su contenido; este control es anterior al proceso de ratificación por parte de los órganos competentes, por lo que se concibe que al realizarse dicho control y al haberse emitido un dictamen favorable por parte de las cortes y/o tribunales constitucionales, con posterioridad estos órganos constituidos no podrían emprender en modificaciones a dichos instrumentos, ya que los mismos se habrían pronunciado previamente respecto a su constitucionalidad.

Finalmente, este respeto también se hace extensivo a otro tipo de fuentes dentro del ámbito del derecho internacional, como son las decisiones emanadas de órganos supranacionales o comunitarios de administración de justicia.

Humberto Noguera Alcalá respecto a las normas de derecho convencional señala:

El derecho internacional, hoy, establece limitaciones al poder constituyente en materia de derechos humanos a través del reconocimiento de la potestad jurisdiccional vinculante de tribunales internacionales y supranacionales. Dichas limitaciones vienen dadas en forma importante por el Derecho Convencional Internacional, tratándose de obligaciones libre y voluntariamente consentidas por los propios Estados, que ponen límites a su propia potestad estatal. Aquí destacan los actos internacionales con vocación universal, como las convenciones regionales en materia de derechos humanos, donde destacan la Convención Europea y la Convención Americana, la Corte Penal Internacional, entre otros cuyas sentencias son vinculantes para los Estados, y que han logrado uniformar el derecho vigente en el ámbito tanto europeo como latinoamericano, estableciendo un núcleo común de valores y principios indisponibles, posibilitando algún margen de apreciación por las jurisdicciones nacionales, las cuales deben seguir, en todo caso, la jurisprudencia de la Cortes de DD. HH. regionales, las que han construido un cuerpo jurisprudencial sólido sobre el alcance y contenido de los derechos determinados en los respectivos Convenios.⁴⁷³

En aquel sentido, al haberse sometido los Estados a la competencia jurisdiccional de estos organismos supranacionales de administración de justicia, sus decisiones se constituyen también en una fuente normativa que

472 *Ibíd.*

473 Noguera Alcalá, "Poder constituyente y reforma constitucional: Enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno", 348.

no puede ser objeto de inobservancia, por lo tanto, no se podría emprender en una modificación constitucional vía mutación para incumplir e inobservar dicha jurisprudencia internacional, bajo la pena de ser sancionado el Estado por parte de la comunidad internacional.

¿Cuándo sería legítima una mutación constitucional en Ecuador?

Con base en lo expuesto en líneas anteriores, en esta investigación se pretende determinar en qué circunstancias sería viable una mutación constitucional por parte de la CCE, partiendo de la premisa de que dicha actividad está operando permanentemente en la realidad jurídica ecuatoriana.

Es así como, frente al fenómeno de la mutación constitucional, tenemos siguiendo a Pedro de Vega tres posibilidades, la primera es la primacía de lo fáctico sobre lo jurídico lo cual implicaría un eminente peligro para la seguridad jurídica del país, y debilitaría ostensiblemente la rigidez y supremacía constitucional, ya que viviríamos un proceso permanente y constante de modificaciones constitucionales no formales. Por lo que, consideramos como una posición inválida; la segunda sería una adaptación de la normatividad a la facticidad introducida previamente por una mutación constitucional; es decir, que una vez que la CCE haya emprendido en una mutación constitucional, mediante sentencia moduladora⁴⁷⁴ se lleve a efecto un proceso de reforma expresa de la Constitución, es decir, canalizar vía reforma constitucional, los cambios operados previamente vía mutación; y la tercera opción es formular una nueva teoría de la modificación constitucional en donde se reconozcan los cambios implícitos de la Constitución pero estableciendo límites a dichas modificaciones realizadas vía hermenéutica y dotándoles de legitimidad democrática.

Conforme los argumentos expuestos en esta investigación nosotros somos partícipes de la última de las premisas. Es decir, una mutación constitucional vía hermenéutica sujeta a estrictos límites, y un posterior proceso de legitimación por parte del pueblo a través de *referéndum*.

Para Javier Ruipérez, “el juez constitucional puede, en función de su capacidad interpretadora, hacer innecesaria la enmienda formal para que

⁴⁷⁴ Roberto Gargarella plantea como posibilidad de legitimidad democrática jurisdiccional, el establecimiento de fórmulas de reenvío, de decisiones judiciales a órganos democráticos: “Tentativamente, pensaría que sí es posible pensar en alternativas preferibles al control judicial, que pudieren ir desde formas de ‘reenvío’ judicial a los órganos democráticos, a instancias de control más sensibles a la discusión pública, o recortes estrictos en cuanto a los alcances o al ámbito posible de la decisión judicial”. Ver Gargarella, *Las amenazas del constitucionalismo*, 16.

se realice una modificación constitucional".⁴⁷⁵ Es por ello que, en primer lugar se debe señalar que desde nuestro punto de vista la mutación de la Constitución ecuatoriana, pese a ser un mecanismo tácito de cambio constitucional puede adquirir una legitimación de ejercicio siempre que no genere una afectación a los límites determinados anteriormente: derechos y garantías constitucionales, estructura fundamental y elementos constitutivos del Estado, división de poderes, procedimientos de reforma constitucional, respeto a compromisos internacionales, y para estar acorde con la teoría dogmática imperante en el constitucionalismo ecuatoriano, deberán dichas mutaciones ser sometidas a un referendo aprobatorio.

Si se llevase de ese modo la mutación constitucional se convertiría en una importante herramienta que permite la adecuación de la normativa constitucional a la realidad social por la que atraviesa una sociedad democrática, en aquel sentido, frente a un posible bloqueo político de mayorías legislativas, del poder ejecutivo, o ante la apatía ciudadana de emprender en iniciativas de reforma constitucional, un órgano constituido como es la CCE puede eventualmente vía hermenéutica ir adaptando el contenido de la Constitución a la realidad social vigente.

Aquello obliga a que la CCE establezca mediante una carga argumentativa fuerte a la necesidad de emprender en dicha mutación, debido a las circunstancias emergentes por las que se encuentre atravesando la sociedad ecuatoriana, y evidencia el rol contramayoritario de este organismo como garante de los derechos de las personas y de la naturaleza.

La mutación constitucional operará de manera subsidiaria a los procedimientos de modificaciones expresas de la CRE, es por ello que, en el caso de que vía hermenéutica se haya producido una modificación tácita de la Constitución, aquello no imposibilita que se activen procesos formales de reforma constitucional, en donde se modifique el contenido de la Constitución expresado en su texto positivizado.

Se debe señalar que la posibilidad de una mutación total al contenido de la Constitución en la actualidad resulta imposible, toda vez que las diversas constituciones del orbe contienen cláusulas de intangibilidad que deben ser observadas obligatoriamente por los órganos constituidos que quisieren emprender en modificaciones constitucionales. Pedro de Vega ha sido uno de los principales autores que objetan la posibilidad de una reforma total de la Constitución, señalando que admitirlo sería "equiparar el poder constituyente con el poder constituido".⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Ruipérez, "De la reforma constitucional", 97.

⁴⁷⁶ Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 235.

De esa manera, para que la mutación sea válida se requiere que la misma contenga progresividad en el ámbito de protección de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de DD. HH., y que no extravasen los límites que han sido expuestos anteriormente. De igual forma y siguiendo un criterio teleológico, las mutaciones constitucionales, no pueden ser empleadas como un mecanismo que legitime posibles inconstitucionalidades, *so pena* de ser consideradas aquellas modificaciones como nulas ya que se generaría un falseamiento de la Constitución.

Así, la doctrina francesa denominó *faussement de la Constitution* (falseamiento constitucional) cuando se otorga a los preceptos constitucionales un significado y sentido distinto e incompatible con lo que realmente tienen, lo cual devendría en auténticas transgresiones al texto constitucional —*Verfassungsuberschreitung*—, no siendo posibles dichas mutaciones constitucionales, por lo que es necesario conforme se expresó *ut supra* límites materiales a dichas modificaciones.⁴⁷⁷

Uno de los mayores riesgos que afronta la institución de la mutación constitucional es que mediante aquella se produzca el fenómeno de la “politización de la justicia constitucional”,⁴⁷⁸ ya que conforme se ha señalado anteriormente al ser los procedimientos de reforma constitucional altamente gravados, en donde se deben cumplir con varios requisitos y controles para que el mismo opere, la posibilidad de una mutación hermenéutica en manos de jueces constitucionales puede ser apetecido por órganos o personajes políticos que esquivando los procedimientos formales de cambio a la Constitución, pueden buscar en la mutación una salida sin un desgaste popular, y exento de un control de constitucionalidad previo.

De ahí que, la tarea que el constituyente ecuatoriano ha entregado a los integrantes de la CCE se vuelve trascendental ya que en sus actuaciones no solo versan los derechos de las partes dentro de un conflicto constitucional, sino que descansa la esencia misma del Estado Constitucional de derechos y justicia, así como la supremacía de la norma constitucional.

⁴⁷⁷ Ruipérez, “De la reforma constitucional”, 99.

⁴⁷⁸ Para Gustavo Zagrebelsky, “No hay que desconocer, con todo, que la materia sobre la que trabaja la Corte o tribunal, u órgano jurisdiccional, es una norma más que cualquiera otra, esencialmente política y los efectos de sus sentencias son otra forma de crear o recrear las normas jurídicas, tarea similar a la de los órganos políticos y no se reducen a aplicar la ley [...] cuando a los tribunales se les otorga el poder de resolver conflictos de competencia entre las máximas instituciones políticas, estos autores afirman que se produce la peligrosa ‘judicialización de la política’ que conduce casi inevitablemente a la ‘politización de la justicia’ [...]”. Ver Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia* (Barcelona: Editorial Ariel, 1996), 47.

Julio César Trujillo realizando un análisis de la realidad ecuatoriana señala:

A veces, los tribunales o cortes constitucionales se convierten en el espacio en donde los partidos políticos tratan de resolver los conflictos que no han podido resolver en el legislativo; pero igual es el riesgo de las reformas constitucionales cuando se convierte en el recurso fácil y ordinario para acomodar la Constitución no solo a los cambios experimentados por la sociedad, sino a los intereses de las mayorías precarias e incluso a los caprichos de las minorías gobernantes, hábiles y/o corruptoras, cuando no corruptas.⁴⁷⁹

El momento de emprender en una mutación constitucional la CCE, debe observar todo el andamiaje y la cultura constitucional existente de manera previa, debiendo ser dichos cambios hermenéuticos una herramienta excepcional y de *ultima ratio* con la que cuente este organismo en casos en donde se haya producido un bloqueo para solucionar una necesidad apremiante de la sociedad, y debiendo para ello observar los límites intangibles que no pueden ser objeto de modificación, permitiendo de esta forma que sus actuaciones se vean revestidas de una legitimidad en cuanto al ejercicio de sus funciones como máximo interprete constitucional y guardián de la constitucionalidad del país.

A lo largo de este trabajo se ha logrado demostrar que la mutación de la Constitución es una institución que está operando permanentemente a través de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. La CCE ha emprendido en prácticas mutativas sustentada en su competencia al ser máximo intérprete de la norma suprema; sin embargo, dichas modificaciones no han estado exentas de serios cuestionamientos al considerarlas atentatorias a un modelo de Estado garantista como el ecuatoriano.

¿Quién controla al controlador?: una propuesta de legitimidad a las mutaciones emprendidas por la CCE

Dentro del álgido debate acerca de la legitimidad de la justicia constitucional, así como en la posibilidad de que aquella emprenda en mutaciones a la Constitución, y una vez que se ha determinado que la misma no solo que teóricamente es viable, sino que en la realidad ecuatoriana está operando, cabe formularse de manera imperativa la interrogante *¿quis custodiet ipsos custodes?*, es decir, *¿quién controla al controlador?*, lo cual se ve reflejado ante la amenaza de una práctica mutativa sin controles por parte de la CCE.

⁴⁷⁹ Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo*, 81.

En realidades como la ecuatoriana, al ser la CCE el órgano de cierre en la administración de justicia constitucional, revela un problema pragmático, pues sus decisiones quedan exentas de un control posterior e incluso están impedidas de ser revisadas por otro órgano o sujetas a fiscalización vía juicio político,⁴⁸⁰ pudiendo las actuaciones de sus miembros solo ser sometidas a una censura por parte del Pleno del propio organismo,⁴⁸¹ debiendo por lo tanto, establecerse mecanismos que limiten sus actividades, con el objeto de no caer en excesos por parte de dicho órgano constitucional.

Aquella preocupación revela adicionalmente el problema de una eventual politización de la justicia constitucional, en la medida en la cual las cortes y tribunales constitucionales solucionan conflictos en donde están inmersos intereses estatales, y exigencias mayoritarias apetecidas por los órganos políticos.⁴⁸² En aquel sentido, surge la interrogante de cómo un órgano cuya génesis es eminentemente política, puede estar exento del peligro de una injerencia política en su posterior desempeño. En palabras de Lautaro Ríos “el peligro letal que acecha siempre al TC, es el de su politización”.⁴⁸³

Conforme se ha expuesto, si bien la legitimidad de ejercicio se otorgará en mayor o menor medida con fundamento en las actuaciones que dichos órganos jurisdiccionales emprendan, y dentro de un modelo garantista como el ecuatoriano, aquello debe ir de la mano con la protección del régimen democrático y la tutela de derechos constitucionales, es decir, la legitimidad para poder mutar el contenido de la Constitución vía hermenéutica por parte de órganos jurisdiccionales solo se verían justificados en la medida en que aquellos cambios permitan una mayor protección de los derechos y garantías constitucionales, evidenciándose que mientras se enmarquen en aquella acometida las modificaciones tácitas serán *a priori* válidas; empero, la Corte al igual que acontece con los procesos formales de reforma constitucional no puede en dichas mutaciones prescindir de una aprobación posterior por parte del pueblo.

En aquel sentido, consideramos que al presentarse serios cuestionamientos al rol que cumple la CCE como órgano carente de una legitimidad democrática de origen, y que sus actuaciones *prima facie* no han permitido una legitimación democrática en cuanto al ejercicio de sus funciones, es necesario establecer un mecanismo que viabilice las mutaciones

480 Ecuador, CRE de 2008, art. 431.

481 Resolución de la Corte Constitucional n.º 3, publicada en Registro Oficial Suplemento 372 de 27 de enero de 2011.

482 Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites* (Lima: Editorial Grijley, 2009), 44.

483 Lautaro Ríos Álvarez, “La generación del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Ciudad de México-Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004), 83.

constitucionales en las que ha emprendido este organismo garantizando por un lado seguridad jurídica según los casos ya resueltos, y por otro lado, la legitimación democrática de sus actuaciones.

Creemos que una salida viable es establecer en primer lugar un mecanismo en donde se agrupen las decisiones en las que la CCE haya emprendido en mutaciones constitucionales, aquello se lo puede realizar mediante las sentencias unificadoras,⁴⁸⁴ tendientes a convertirse luego en jurisprudencia vinculante previo un informe de las salas de revisión que deberán cada seis meses determinar las líneas jurisprudenciales y las eventuales mutaciones emprendidas por parte de la CCE.

Posteriormente, deberán someterse dichas reglas jurisprudenciales en donde se mute el contenido de la Constitución a un proceso de legitimación a través de un referendo aprobatorio. Mientras aquello se produzca las reglas jurisprudenciales tendrán validez y vigencia, adicionalmente, se deberá publicar dicha jurisprudencia para que lo conozca todo el conglomerado social, ya que en el ámbito democrático será el mismo pueblo quien decida si está de acuerdo con dichos cambios constitucionales.

Cabe indicar que, con aquello no estamos relativizando el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho constitucional, sino más bien se plantea como una propuesta válida debido a la carencia de legitimidad democrática de ejercicio por la que atraviesa en los momentos de realización de este trabajo la CCE, y además es acorde con la teoría democrática de la Constitución, que se constituye en el fundamento dogmático del modelo de Estado ecuatoriano.

A lo largo de este trabajo se ha logrado demostrar que la mutación de la Constitución es una institución que está operando permanentemente a través de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. La CCE ha emprendido en prácticas mutativas sustentada en su competencia al ser máximo intérprete de la norma suprema; sin embargo, dichas modificaciones no han estado exentas de serios cuestionamientos al considerarlas atentatorias a un modelo de Estado garantista como el ecuatoriano, así como al déficit democrático de dichos cambios. De ahí que, el aporte de esta investigación radica en formular propuestas que contengan parámetros claros y límites expresos que deben ser observados por la magistratura constitucional al momento de emprender en mutaciones constitucionales.

⁴⁸⁴ López Medina, expresa: “En efecto, la Corte construye un sistema de precedentes basado en principios y derechos constitucionales tales como el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica, el principio de buena fe y confianza legítima y, finalmente, en la autoridad entregada a las altas cortes como unificadoras de la jurisprudencia nacional”. Diego López Medina, *Interpretación constitucional*, 2.ª ed. (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura / Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla / Universidad Nacional de Colombia, 2006), 126.

Conclusiones

Conforme lo expuesto en los diversos capítulos que componen esta obra, el análisis de la institución de la mutación constitucional no está exento de álgidos debates respecto a su aplicación y operatividad como mecanismo válido de modificación de la normativa constitucional.

Existen diversas posiciones doctrinarias que tienden a decantarse por la aplicación de esta institución jurídica, así como detractores que se resisten a su empleo, frente a lo cual, el contenido de esta investigación revela una propuesta tendiente a la construcción de una teoría de la mutación constitucional acorde al paradigma constitucional ecuatoriano, conjugando elementos dogmáticos y análisis de casos en donde ha operado esta institución jurídica, con la finalidad de justificar la existencia y la necesidad de emprender en aquellas modificaciones tácitas como un mecanismo de adecuación de la norma constitucional con la realidad imperante en la sociedad sin la necesidad de acudir a los procedimientos agravados de reforma constitucional, pero garantizando su legitimidad democrática.

Una vez culminada esta labor a continuación, se exponen algunas conclusiones a las que se ha arribado en este estudio:

Al ser el derecho una construcción social, no puede estar exento de atender a la realidad imperante en una colectividad, de ahí que las normas jurídicas deben responder a las necesidades del conglomerado en un determinado momento histórico. La *norma normarum* será válida en la medida en la que dé respuesta a los problemas jurídicos que surgen a partir de la convivencia social, por lo tanto, la Constitución no puede permanecer inmutable, siendo necesaria su modificación como un elemento que permitirá su subsistencia en el tiempo. Ahora bien, las modificaciones constitucionales pueden manifestarse mediante procedimientos en donde el cambio se ve reflejado de manera expresa (reforma constitucional), empero, se lo puede realizar mediante cambios tácitos en relación con la forma en que ha de entenderse y aplicarse una determinada norma constitucional, en este segundo escenario nos encontramos frente a la institución de la mutación constitucional.

En cuanto al concepto de mutación constitucional, desde una perspectiva dogmática, esta institución jurídica ha sido definida como un mecanismo

de cambio informal de la Constitución, denotando que para que se produzca aquella modificación se emprende en procedimientos que se encuentran al margen del proceso formal de reforma constitucional, el mismo que tradicionalmente ha sido otorgado a órganos plebiscitarios (ejecutivo y/o legislativo) como expresión de un poder constituyente derivado. Sin embargo, dentro de la evolución del derecho constitucional, en la actualidad se redimensiona el rol que los operadores jurídicos adquieren con relación a la interpretación y control constitucional, evidenciándose que las cortes y/o tribunales constitucionales a través de su jurisprudencia pueden también emprender en modificaciones al contenido de una Constitución.

El debate que se genera a partir de la mutación constitucional gira en torno a si esta atentaría los procesos expresos de reforma a la Constitución, cuestionándose por sus detractores el déficit democrático de los tribunales o cortes constitucionales para emprender en dicha modificación tácita; sin embargo, aquella crítica dentro del nuevo constitucionalismo democrático también se hace presente ante los procesos de reforma constitucional, lo cual es superado mediante la legitimación popular mediante referendo; es así como, desde nuestra perspectiva, en un Estado constitucional de derechos y justicia la mutación y la reforma lejos de ser mecanismos excluyentes, más bien son complementarios, toda vez que pueden coexistir dentro del sistema constitucional; así, la posibilidad de emprender en mutaciones constitucionales no imposibilita que se lleven a efecto procesos de reforma a la Constitución mediante modificaciones expresas. De ahí que, colegimos que si empleamos la categoría reforma constitucional como la modificación de la Constitución en sentido amplio, la mutación constitucional sería uno de los mecanismos para emprender en dicha modificación de manera tácita, lo cual nos permite indicar que en realidades como la ecuatoriana es factible modificar la Constitución por medio de instituciones como la enmienda, la reforma parcial, la asamblea constituyente o la mutación constitucional.

Dentro del desarrollo jurisprudencial ecuatoriano se puede observar una mutación de la institución de la IO legislativa absoluta, toda vez que la Primera Disposición Transitoria de la Constitución establece plazos máximos (120 y 360 días) para que el parlamento emita una serie de leyes que permitan la aplicación y desarrollo de los derechos consagrados en la Constitución, tiempos que no fueron cumplidos por la Asamblea Nacional; sin embargo, la CCE mediante la sentencia n.º 0001-09-SIC-CC, con efecto *erga omnes* determinó que las atribuciones del legislador ecuatoriano no se extinguen por el paso del tiempo, y por lo tanto aquel puede expedir las normas determinadas en la disposición transitoria cuando lo considere pertinente; evidenciándose de esta forma una modificación tácita a la

institución de la IO absoluta, otorgando vía libre para que el legislador emita las leyes que imperativamente establece la Constitución en cualquier tiempo sin que medie plazo alguno para su expedición, aquel criterio además ha sido ratificado por la posterior jurisprudencia constitucional que aborda la temática de IO absoluta.

Conforme se ha expuesto a lo largo de este estudio consideramos que mediante esta modificación tácita vía jurisprudencia la CCE relativiza a la institución de la IO absoluta, generando una afectación a la seguridad jurídica, pues invita a que el legislador inobserve los plazos y términos perentorios que la propia norma constitucional le establece para la producción normativa.

Con relación al control concreto de constitucionalidad —CN—, se ha demostrado que la CCE mutó el sentido del art. 426 de la CRE, en cuanto a la aplicación directa de la norma constitucional por parte de los operadores de justicia en el país, estableciendo a través de su jurisprudencia que el único sistema de control constitucional existente en Ecuador es el concentrado, e impidiendo que los jueces de instancia en los casos puestos a su conocimiento puedan inaplicar una norma que sea contraria a la Constitución o a instrumentos internacionales de DD. HH., aun cuando tuvieren la certeza de una evidente inconstitucionalidad, bajo las prevenciones de ser destituidos de sus cargos si no suspenden el proceso y remiten en consulta el caso a la CCE.

Aquello denota lo que a nuestro criterio sería una mutación inválida, toda vez que atenta el espíritu del modelo garantista ecuatoriano y, a la vez, contradice principios básicos de la administración de justicia como son la tutela judicial efectiva y la celeridad, obligando a los jueces a suspender el proceso a la espera de que la CCE se pronuncie en el plazo máximo de 45 días, circunstancia que en procesos de garantías jurisdiccionales se torna en un serio atentado a los derechos de las partes procesales dada la naturaleza ágil, informal y expedita de este tipo de acciones. Auguramos que en un futuro se modifique esta línea jurisprudencial de la Corte, garantizándose un verdadero activismo judicial.

En cuanto a la EP, esta garantía jurisdiccional conforme el mandato constitucional prevé que opere respecto a sentencias, autos definitivos, y resoluciones con fuerza de sentencia que se encuentren firmes y ejecutorios. Ahora bien, la CCE vía hermenéutica ha modificado las resoluciones judiciales que pueden ser objeto de esta garantía, y mediante una línea jurisprudencial permanentemente ha permitido la presentación de acciones extraordinarias de protección con relación a decisiones judiciales que no se constituyen en definitivas.

El caso más polémico de mutación constitucional emprendido por la CCE, se lo vio reflejado en la EI, en el “Caso La Cocha 2”, toda vez que en la sentencia n.º 113-14-SEP-CC se modifica de manera tácita el art. 171 de la Constitución ecuatoriana, el cual reconoce de manera amplia a la administración de justicia indígena como un sistema que permite la solución de conflictos entre sus miembros, ejerciendo sus autoridades funciones jurisdiccionales, mediante la aplicación de normas y procedimientos propios para la solución de sus problemas internos.

Sin embargo, en la mencionada sentencia la CCE excluye de la administración de justicia indígena a los delitos contra la vida de las personas, determinándose mediante una regla jurisprudencial con efecto *erga omnes*. En nuestro criterio, mediante esta mutación constitucional la CCE no solo que modifica tácitamente la norma constitucional, sino que relativiza la potestad jurisdiccional de las autoridades indígenas, atentando de esta forma derechos colectivos de estas organizaciones sociales.

En la AN también se observa una mutación por parte de la CCE ya que el contenido del art. 93 de la Constitución que contempla a esta garantía jurisdiccional está dirigido a normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en el ámbito externo a sentencias emitidas por organismos internacionales de protección de derechos, no obstante, mediante la sentencia n.º 004-13-SAN-CC la CCE vía hermenéutica hace extensiva esta garantía a todo tipo de disposiciones normativas que contengan una obligación de hacer o no hacer clara expresa y exigible, dentro de las cuales pueden encontrarse instrumentos internacionales pese a que textualmente no lo señala la carta fundamental ecuatoriana, permitiendo que este instituto opere no solo con relación a normas que regulan la situación jurídica del Estado ecuatoriano, sino que generan obligaciones con otros sujetos del derecho internacional.

Un caso que merece ser analizado con detenimiento es la práctica mutativa que ha emprendido la CCE para lograr el cumplimiento de las decisiones constitucionales, creándose vía hermenéutica la IS, ya que esta garantía jurisdiccional tiene un origen eminentemente jurisprudencial cuando en 2008 se activó este tipo de acciones pese a que no se encontraba contemplada de manera expresa dentro del catálogo de garantías elaboradas por el constituyente de Montecristi.

El origen hermenéutico de esta garantía jurisdiccional —IS— ha propiciado que esta institución sea la que más ha mutado a lo largo de los más de diez años de vigencia de la Constitución ecuatoriana, evidenciándose de forma cronológica las siguientes modificaciones a través de la jurisprudencia: IS como proceso constitucional autónomo; la IS como garantía

jurisdiccional; la acción se hace extensiva a distintos tipos de decisiones constitucionales (sentencias y dictámenes de la CCE, decisiones de jueces constitucionales de instancia, resoluciones del TC, resoluciones del TGJ, sentencias emitidas por las Salas de la CCE, resoluciones de amparo emitidas por jueces de instancia antes de la vigencia de la Constitución de 2008).

Del análisis cuantitativo de la jurisprudencia de la CCE en sentencias de IS se observa el desarrollo progresivo de la IS en dos momentos históricos, así de 2008 a 2012 la tendencia de la CCPT se decantaba hacia la negativa de la acción, sin embargo, desde 2013 hasta 2018, la tendencia de la CCE, más bien se decanta hacia la aceptación de la garantía, lo cual denota que la implementación de esta acción vía hermenéutica está justificada ante el constante incumplimiento de decisiones constitucionales.

Cabe indicar que la institución del cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales sigue siendo objeto de modificaciones, un ejemplo de aquello lo revela el proceso de seguimiento y verificación de cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales emitidos, tanto dentro de procesos de garantías jurisdiccionales como de control constitucional, adaptando a la realidad ecuatoriana un procedimiento que a nivel regional ha sido incorporado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Diferenciándose de la IS en cuanto al objeto de la fase de seguimiento, pues esta última se circunscribe exclusivamente a las decisiones emitidas por la CCE, dejando de lado las decisiones que pudiesen emitir los jueces constitucionales de instancia.

Se torna necesaria la delimitación de las atribuciones de la CCE en cuanto a su ejercicio mutativo, de ahí que acorde a nuestro modelo estatal garantista se propone que cuando se emprenda en aquellas modificaciones tácitas no podrá atentar contra los derechos reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de DD. HH., aquello va de la mano con los principios de progresividad y no regresividad de los derechos y garantías constitucionales, y además es coherente con el modelo de Estado vigente en Ecuador.

Otra de las limitaciones de la CCE cuando emprenda en prácticas mutativas consiste en que vía mutación no se puede modificar el régimen democrático, la estructura del Estado, sus elementos constitutivos y la división de poderes. Toda vez que para emprender en modificaciones que impliquen un cambio tan radical se deberá contar con la mayor legitimación democrática posible; cabe indicar que las modificaciones constitucionales que versen sobre la división de poderes del Estado o de la configuración de sus órganos no pueden canalizarse a través de mutación ni por enmienda constitucional, y solo sería viable a través de una reforma parcial de

la Constitución, la cual debe ser sometida luego a referendo aprobatorio del pueblo.

Tampoco se podría mediante mutación constitucional modificar el propio proceso de reforma constitucional, es decir, mediante un mecanismo tácito de modificación no se puede modificar los procedimientos expresos de reforma constitucional. Debe existir un respeto de las formas procedimentales en cuanto a las instituciones de modificación constitucional, garantizándose de esta forma la seguridad jurídica y el principio democrático.

Una mutación constitucional también, debe observar los compromisos internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano, lo cual se hace extensivo a normas supranacionales, o comunitarias, ya que al gozar estas últimas de los principios de primacía, efecto directo y aplicación inmediata respecto a la legislación, ninguna mutación puede relativizarlas.

Las mutaciones constitucionales presentan eventuales desventajas toda vez que pueden ser mal utilizadas como mecanismos políticos que tiendan hacia una intromisión y captación política de la justicia constitucional, generando el fenómeno de la politización de la justicia constitucional, ya que vía hermenéutica las sentencias de la CCE pueden constituirse en un mecanismo más rápido y sin que medie un desgaste político para que opere un cambio de la Constitución, desnaturalizando la esencia de una mutación constitucional como mecanismo que propende hacia la adecuación de la normativa constitucional con la realidad de una sociedad en un determinado momento histórico.

Otra desventaja es que la CCE podría excederse en las prácticas mutativas abusando en su empleo, lo que iría en detrimento de la institución de la reforma constitucional, así como podría incurrir en una discrecionalidad judicial generando mutaciones controvertidas que eventualmente afectasen derechos constitucionales y principios democráticos, esto ante la falta de límites claros que regulen el uso de esta institución jurídica.

Por lo tanto, para que la mutación sea considerada válida se requiere que el cambio generado contenga una progresividad en la protección de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de DD. HH., sujetándose a límites previamente establecidos. Pues, las mutaciones constitucionales no pueden ser empleadas como mecanismo que legitime posibles inconstitucionalidades, *so pena* de ser consideradas como nulas ya que se generaría un falseamiento de la Constitución.

Nuestra propuesta para que las modificaciones tácitas emprendidas por la CCE ecuatoriana gocen de legitimidad es que una mutación constitucional vía hermenéutica debe estar sujeta a estrictos límites, garantizar

la progresividad de los derechos, y ser puestas con posterioridad a consideración del pueblo para su aprobación.

La mutación constitucional vía hermenéutica es una realidad que no puede ser inobservada en el constitucionalismo ecuatoriano ya que la misma está ocurriendo permanentemente, es por ello que para evitar una eventual discrecionalidad jurisdiccional se requiere en primer lugar identificar las sentencias en donde la CCE ha emprendido en estas prácticas mutativas, para lo cual este organismo deberá publicitar las decisiones en donde se modifique vía hermenéutica el texto de la Constitución.

Consideramos que una salida viable a la crisis de legitimidad que afronta la CCE, es el establecer en primer lugar un mecanismo en donde se agrupen las decisiones en las que haya emprendido en mutaciones constitucionales, aquello se lo puede realizar mediante las denominadas sentencias unificadoras, tendientes a convertirse luego en jurisprudencia vinculante previo un informe de las salas de revisión que deberán cada seis meses determinar las líneas jurisprudenciales y las eventuales mutaciones emprendidas por parte de la CCE, esto podría regularse mediante una reforma al RSPCC.

Otra posibilidad es que las reglas jurisprudenciales en donde se mute el contenido de la Constitución puedan ser sometidas a un proceso de legitimación a través del órgano parlamentario, quien viabilizaría una propuesta de reforma constitucional. Mientras aquello se produce, las reglas jurisprudenciales tendrán validez y vigencia; será imperativo que se publique y difunda dicha jurisprudencia para que la conozca el conglomerado social, para que en caso de ser viable una reforma constitucional sea el mismo pueblo quien decida si está de acuerdo con dichos cambios constitucionales mediante un referendo aprobatorio.

Y la tercera posibilidad es que la CCE unifique su jurisprudencia en donde haya emprendido en mutaciones constitucionales y someta dichos cambios constitucionales a la aprobación del pueblo, mientras se produce dicho referendo popular las reglas emitidas por la Corte se consideran válidas y generarán efectos jurídicos amplios y obligatorios.

Cabe indicar que, la mutación constitucional debe ser entendida como de *ultima rattoo*, por lo que el momento de emprender en una mutación constitucional la CCE debe justificar la imperiosa necesidad de generar dicha modificación como mecanismo para solucionar un problema apremiante de la sociedad, debiendo para ello observar límites intangibles que no pueden ser objeto de modificación, permitiendo de esta forma que sus actuaciones se vean revestidas de una legitimidad en cuanto al ejercicio de sus funciones como máximo intérprete constitucional, y al mismo tiempo guardián de la norma fundamental.

A lo largo de esta investigación se ha demostrado que la mutación constitucional puede constituirse en una institución válida que permite modificar el contenido de la Constitución de forma tácita. A partir de aquello, se ha comprobado que en la realidad ecuatoriana la CCE a través de su jurisprudencia ha asumido el rol de constituyente permanente mediante el empleo de prácticas mutativas, siendo necesario regular aquel proceso de modificación constitucional mediante parámetros claros y límites expresos a la labor interpretativa de la Corte. Auguramos que el presente trabajo se constituya en un aporte a ser observado por los jueces de la CCE cuando emprendan en modificaciones constitucionales vía hermenéutica.

Bibliografía

- Abad Yupanqui, Samuel. “¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?”. En *Lecturas sobre temas constitucionales 2*, 21-40. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998.
- Aguilera Portales, Rafael Enrique. “Constitución y democracia: Fundamentos políticos del poder constituyente”. En *La reforma constitucional: Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, 3-40, coordinado por Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torres. Ciudad de México: Porrúa, 2010.
- . *Constitución y democracia: Fundamentos políticos del Estado de derecho*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2011.
- Aguirre Castro, Pamela. “Consulta de norma: Garantía de la tutela judicial efectiva”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coordinado por Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, 294-318. Quito: Corte Constitucional del Ecuador (CCE) / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2013.
- Aguirre Guzmán, Vanesa. *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador — UASB-E — / Ediciones Legales, 2012.
- Alarcón Peña, Pablo. *Una metodología comparada crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano*. Quito: UASB-E / Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2018.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2001.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: UEC, 1999.
- . *Estudios de derecho constitucional*, 3.^a ed. Madrid: CEPC, 2013.
- Arbuet-Vignali, Heber. *Las claves jurídicas de la integración*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzone Editores, 2004.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. En *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, 89-110. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH) / Tribunal Constitucional del Ecuador (TCE), 2008.
- . *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2011.
- . *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT) / CEDEC, 2011.
- . *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: UASB-E / Huaponi Ediciones, 2016.

- . “Cárcel, política criminal y justicia indígena”. En *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*, editado por Claudia Storini, 283-318. Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional (CEN), 2017.
- Benítez, Vicente. “Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia”. *Revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá*, n.º 122 (2011): 303-34.
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Nueva Haven: Yale University Press, 1986.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo y Stefan Rozmarin. *La Constitution Comme Loi Fondamentale dans les États de L’Europe Occidentale et dans les États Socialiste*. t. VI. Turín: L’Institut Universitaire D’Études Européennes de Turín, 1966.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2006.
- Böckenförde, Ernst. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Traducido por Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- Bouzat, Gabriel. “El control constitucional un estudio comparativo”. En *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, 273-85. Madrid: CEPC, 1991.
- Bryce, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. 2.ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- Calzada Conde, Rogelia. “Reflexiones en torno a la reforma constitucional”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fabriqué Furió Ceriol*, n.º 5 (1993): 49-67.
- Carbonell, Miguel. *Sobre la Constitución viviente*. Talca: Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, 2002.
- Carpizo, Enrique. *Del Estado legal al constitucional de derecho: Rasgos esenciales*. Ciudad de México: Porrúa, 2015.
- Carpizo, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: Editorial Grijley, 2009.
- Castro Padilla, Fernando. “El derecho internacional de los derechos humanos como factor condicionante de la reforma y mutación constitucional”. Tesis doctoral, Universidad de Castilla, 2016. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/9771>.
- Chaname Orbe, Raúl. *Derecho Constitucional General*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2003.
- Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Cueva, Mario de la. *Teoría de la Constitución*. Ciudad de México: Porrúa, 2008.
- Dau-Lin, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducido por Pablo Lucas Verdú y Christian Föster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- . *Die Verfassungswandlung*. Berlín: Walter de Gruyter & Co, 1932.
- Devis Echandía, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Aguilar, 1966.
- Díaz Ricci, Sergio. *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- Elster, Jon. *Ulises y las sirenas*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Engels, Federico. *El Anti-Dühring. La revolución de la ciencia por el señor Eugen Dühring*. Madrid: Fundación Federico Engels, 2014.

- Escobar García, Claudia, ed. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: MJDH, 2010.
- Fernández Rodríguez, José Julio. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión". En *Inconstitucionalidad por omisión*, coordinado por Víctor Bazán, 123-52. Bogotá: Temis, 1997.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- . "La democracia constitucional". En *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, compilado por Christian Courtis, 255-73. Buenos Aires: EUDEBA, 2001.
- . *Derecho y razón*. Buenos Aires: BJA-Biblioteca Jurídica Argentina, 2002.
- . *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2009.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- García-Atance, María Victoria. *Reforma y permanencia constitucional*. Madrid: CEPC, 2002.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Thomson Civitas, 2006.
- Gargarella, Roberto. *Las amenazas del constitucionalismo: Constitucionalismo, derechos y democracia*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2001.
- . "La dificultad de defender el control judicial de las leyes". En *Interpretación jurídica y decisión judicial*, compilado por Rodolfo Vásquez, 215-36. Ciudad de México: Fontamara, 2006.
- Garzón Valdés, Ernesto. "Representación y democracia". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 6 (1989):143-64.
- Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito constitucional*, 4.^a ed. Coibra: Livraria Almedina, 1987.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- . "La acción extraordinaria de protección". En *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, editado por Claudia Escobar García, 655-76. Quito: MJDH, 2010.
- . "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional". En *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, 257-78. Quito: MJDH / TCE, 2008.
- Guastini, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.
- Guy, Isaac. *Manual de derecho comunitario general*. Barcelona: Editorial Ariel, 1991.
- Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Traducido por Héctor Fix-Fierro. Ciudad de México-Lima: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) / Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- . *Verfassung Öffentlicher Prozeß*. Berlín: Duncker & Humblot, 1978.
- Heller, Herman. *Teoría del Estado*. Traducido por Luis Tobio. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Hesse, Konrad. "Concepto y cualidad de la Constitución". En *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducido por Pedro Cruz Villalón, 17-51. Madrid: CEPC, 1983.
- Hernández Valle, Rubén. *Derecho procesal constitucional*. San José de Costa Rica: Editorial Juricentro, 1995.

- Jellinek, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Berlín: Walter de Gruyter & Co., 1906.
- . *Teoría general del Estado*. Buenos Aires, Editorial Albatros, 1974.
 - . *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducido por Christian Förster. Madrid: CEPC, 1991.
- Laband, Paúl. "Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung". En *Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresden*, 571-82. Berlín: Bahn & Zaenfeh, 1895.
- Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Buenos Aires: El Aleph editores, 1999.
- Legarre, Santiago y Julio César Rivera. "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'". *Revista Chilena de Derecho* 33, n.º 1 (2006): 109-10.
- Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Ariel, 1982.
- López Cadena, Carlos. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: UEC, 2015.
- López Medina, Diego. *Interpretación constitucional*, segunda edición. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura / Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla / Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- . *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2008.
- Masapanta, Christian. *Jueces y control difuso de constitucionalidad: Análisis de la realidad ecuatoriana*. Quito: UASB-E / CEN, 2012.
- . "Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena: Garantía eficaz dentro del pluralismo jurídico u ordinalización de la justicia indígena en el Ecuador". *Revista Jurisprudencia Argentina del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional*, número especial (2014): 137-41.
 - . *Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*. Quito: CEP, 2015.
 - . "Interpretación intercultural desde la jurisprudencia constitucional ecuatoriana". En *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos: Construcciones desde las diversidades*, editado por Claudia Storini, 255-76. Quito: UASB-E / CEN, 2017.
- Mogrovejo, Diego. *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección. El control de juez en el neoconstitucionalismo garantista*. Quito: UASB-E / CEN, 2014.
- Montaño Galarza, César. *Problemas constitucionales de la integración*. Ciudad de México: UASB-E / Porrúa, 2013.
- . "Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario". *Foro: Revista de Derecho*, n.º 1 (2003): 203-38.
- Mortati, Constantino. "Costituzione dello Stato". En *Enciclopedia del Diritto*, 3-6. Milano: Giuffrè, 1962.
- Müller, Friedrich. "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídica". Traducido por Luis Villacorta. *Revista Española de Derecho Constitucional* 9, n.º 27 (septiembre-diciembre de 1989): 111-26.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "Poder constituyente y reforma constitucional: Enfoque teórico y concreción practica al caso chileno". En *La reforma constitucional sus*

- implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, coordinado por Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torres, 327-58. Ciudad de México: Porrúa, 2010.
- Paoli Bolio, Francisco. *Constitucionalismo en el siglo XXI: A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917*. Ciudad de México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- Pérez Tremps, Pablo. "Constitución e Integración". En *Integración Política y Constitución*, coordinado por Pablo Pérez Tremps 113-35. Quito: CEN / Universidad Carlos III de Madrid, 2004.
- . *El tribunal constitucional: Composición y organización*, en *Manuales de Derecho Constitucional*, 9.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pierandrei, Franco. *Scritti di Diritto Costituzionale*, vol. I. Torino: CEDAM, 1965.
- Porras, Angélica, y Romero Johanna. *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana*. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 2.^a ed. Madrid: Trotta, 2007.
- Ramírez Cleves, Gonzalo. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente*. Bogotá: UEC, 2003.
- Ríos Álvarez, Lautaro. "La generación del Tribunal Constitucional". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 75-84. Ciudad de México, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.
- Romero Larco, Johana. "La acción por incumplimiento: Garantía de la seguridad jurídica". En *Apuntes de derecho procesal constitucional: Aspectos generales*, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, 223-50. t. II. Quito: CCPT / CEDEC, 2011.
- Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Ciudad de México: Fontamara, 1991.
- Ruipérez, Javier. "De la Reforma Constitucional: Consideraciones sobre su concepto y funciones". En *La Reforma Constitucional sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, coordinado por Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torrez, 41-196. Ciudad de México: Porrúa, 2010.
- Ruiz Zorrilla, Gabriel. *Estructura del Estado*. Punta del Este: Instituto Universitario de Punta del Este, 2004. Accedido 6 de junio de 2018. http://webs.ucm.es/info/eurotheo/e_books/grzcaballeri/ESTRUCTURAEESTADO_ebook.pdf.
- Sagués, Néstor Pedro. "Justicia constitucional y control de la ley en América Latina". En *La justicia constitucional en la actualidad*, coordinado por Luis López Guerra, 169-201. Quito: CEN, 2002.
- . "El congreso como intérprete de la Constitución". En *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, coordinado por Diego Valadés y Antonio María Hernández, 102-8. Ciudad de México: UNAM, 2003.
- Sánchez Urrutia, Ana. "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto". *Revista española de Derecho Constitucional* 20, n.º 58 (2000): 105-35.
- Santos, Boaventura de Sousa. "Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e*

- interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, 13-50. Quito: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- Sant'Ana Pedra, Adriano. "Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución". *Estudios Constitucionales: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile* 10, n.º 2 (2012): 369-90.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- Sieyès, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado?*, 5.ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- Silva, José Alfonso da. "Mutaciones constitucionales". *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 1 (1999). <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>.
- Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Traducido por José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Traducción parcial del t. I por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: CEPC, 1987.
- Storini, Claudia. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008". En *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 287-312. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- Suing Nagua, José. *Gobiernos autónomos descentralizados*. Loja: Editorial UTPL, 2010.
- Torres, Pedro Rubén, y Michael Núñez Torres, coords. *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas en el contexto comparado*. Ciudad de México: Porrúa, 2010.
- Tosi, Silvano. *Modificazioni Tacite della Costituzione Attraverso il Diritto Parlamentare*. Milano: Dott. A. Giufrè, 1959.
- Treves, Renato. "La doctrina del Estado de Hermann Heller". *Revista de la Facultad de Derecho de México* (1957): 341-64.
- Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. 2.ª ed. Quito: UASB-E / CEN, 2006.
- . "Sociedad Civil, Estado y Participación". En *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 21-44. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- . *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: CEN, 2013.
- Vega, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1991.
- Verdú, Pablo Lucas. "Lugar de la teoría de la Constitución en el marco del derecho político". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 188 (1973): 5-20.
- Viciano, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano". En *Política, justicia y Constitución*, editado por Luis Fernando Ávila Linzán, 157-88. Quito: CCPT / CEDEC, 2011.
- . "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal". *DIALNET: Revista General del Derecho Público Comparado*, n.º 8 (2011): 1-24.

- Vigo, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Grupo Editorial Ibañez, 2012.
- Zagrebel'sky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- . *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Editorial Mínima Trotta, 2008.
- . *El derecho dúctil*, 9.º ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Zambrano Zimball, Mario Rafael. *Los principios constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales*. 2.ª ed. Quito: Arco Iris Producción Gráfica, 2011.
- Zelada Castedo, Alberto. "La integración regional y derecho de la integración. En *Derecho de la integración económica regional: Lecturas seleccionadas*, 5-16. Buenos Aires: INTAL / BID / Editorial De Palma, 2001.
- Zúñiga Urbina, Francisco. "Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional". *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 2, n.º 1 (2004): 209-25.

Leyes

- Ecuador *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- Ecuador. *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015.
- Ecuador. *Tribunal Constitucional del Ecuador*. "Resolución n.º 002-2005-TC". Registro Oficial 382, Suplemento, 23 de octubre de 2006.

Normas jurídicas

- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Sentencias nacionales

- Ecuador Corte Constitucional para el Período de Transición, "Sentencia n.º 0001-09-SIS-CC". En *Caso n.º 0003-08-IS*, 19 de mayo de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia n.º 0001-09-SIC-CC". En *Caso n.º 0019-09-IC*, 25 de febrero de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia n.º 0001-09-SIC-CC". En *Caso n.º 0019-09-IC*, 25 de febrero de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia n.º 001-11-SIO-CC". En *Caso n.º 0005-10-IO*, 26 de enero de 2011.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia n.º 001-13-SIO-CC". En *Caso n.º 0001-11-IO acumulados*, 28 de febrero de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia n.º 004-14-SCN-CC". En *Caso n.º 0072-14-CN*, 6 de agosto de 2014.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia n.º 113-14-SEP-CC". En *Caso n.º 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Dictamen n.º 001-11-DRC-CC". En *Caso n.º 0001-11-RC*. 15 de febrero de 2011.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Dictamen n.º 001-14-DRC-CC". En *Caso n.º 0001-14-RC*. 31 de octubre de 2014.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Dictamen n.º 001-16-DRC-CC". En *Caso n.º 0002-14-RC*. 24 de febrero de 2016.

Normas jurídicas internacionales

Colombia. *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional 114, 4 de julio de 1991, art. 379.

España. *Constitución española*. Boletín Oficial 311, 29 de diciembre de 1978.

Francia. *Constitución francesa*. 21 de junio de 1793.



La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.



Derecho y Sociedad

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ▪ Corporación de Estudios y Publicaciones

TÍTULOS PUBLICADOS

- 1 *Crisis bancaria, impunidad y verdad*
Jhoel Escudero Soliz
- 2 *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*
María Elena Jara Vásquez
- 3 *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano*
Pablo Alarcón Peña
- 4 *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*
Sebastián López Hidalgo
- 5 *Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano*
Catalina Mendoza Eskola
- 6 *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*
Pamela Juliana Aguirre Castro
- 7 *Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano*
Eduardo Calero Jaramillo
- 8 *Derecho uniforme del comercio electrónico en la Comunidad Andina*
Hugo Polanco López
- 9 *El conocimiento tradicional bajo la sombra constitucional*
Marco Rodríguez Ruiz
- 10 *La contratación pública como sistema*
Jorge Luis González Tamayo
- 11 *El derecho tributario penal ecuatoriano: El ilícito tributario y su sanción*
Maritza Tatiana Pérez Valencia
- 12 *Mutación de la Constitución en Ecuador: ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?*
Christian Masapanta Gallegos

