

ANÁLISIS

Nueva
constitución



Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales

laTendencia
—revista de análisis político—

2008 Primera edición ILDIS
Impreso en el Ecuador

Coordinación: ILDIS - Revista La Tendencia

Comité Editorial: Francisco Muñoz
Juan José Paz y Miño
María Arboleda
Agustín Grijalva
Franklin Ramírez

Edición: Raúl Borja

Diseño: Verónica Ávila
Activa Diseño Editorial

Diseño portada: Antonio Mena

Impresión: Gráficas Araujo

Tiraje: 1000 ejemplares

Las opiniones vertidas en este texto no necesariamente coinciden con las de las instituciones que lo auspician. Se autoriza a citar o reproducir el contenido de esta publicación siempre y cuando se mencione la fuente.

ISBN:
Quito-Ecuador

8 PRESENTACIÓN
Michael Langer

12 INTRODUCCIÓN
Francisco Muñoz Jaramillo

la **historia** y la **coyuntura**

26 EL PROCESO CONSTITUYENTE DESDE
UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA
Juan J. Paz y Miño y Diego Pazmiño

46 PROCESO CONSTITUYENTE Y TRÁNSITO
HEGEMÓNICO
Franklin Ramírez Gallegos

la **carta** de **derechos** y **garantías**

68 LOS DERECHOS EN EL PROYECTO
DE CONSTITUCIÓN
Julio César Trujillo y Ramiro Ávila

86 IGUALDAD Y DIVERSIDAD EN LA
FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS
Silvia Vega Ugalde

102 LA PLURINACIONALIDAD EN
LA NUEVA CONSTITUCIÓN
Floresmilo Simbaña

118 LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL
FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS
Agustín Grijalva

el **modelo** de **desarrollo**

136 EL BUEN VIVIR: OBJETIVO
Y CAMINO PARA OTRO MODELO
Magdalena León T.

152 LO SOCIAL EN LA NUEVA
CONSTITUCIÓN
Carlos Castro Riera

el **régimen político**

168 EL RÉGIMEN POLÍTICO EN EL PROYECTO
DE CONSTITUCIÓN
Luis Verdesoto

196 AVANCES EN EL RÉGIMEN POLÍTICO EN
LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI
Alfredo Ruiz Guzmán

descentralización y **autonomía**

214 LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA
ORGANIZACIÓN TERRITORIAL
Santiago Ortiz C.

226 DESCENTRALIZACIÓN, AUTONOMÍA Y
REGIONALIZACIÓN
Rafael Guerrero

soberanía, defensa e **integración**

244 LA SEGURIDAD Y LA DEFENSA
EN UNA NUEVA PERSPECTIVA
Pablo Celi

264 LAS RELACIONES INTERNACIONALES
EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN
Grace Jaramillo



LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS

Agustín Grijalva

Doctor en Jurisprudencia, PUCE, Quito;
Máster en Ciencias Políticas, University
of Kansas, Lawrence; estudios doctorales,
University of Pittsburgh.

LA PROPUESTA DE FORTALECER AL ACTUAL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MEDIANTE UNA CORTE CONSTITUCIONAL CON NUEVA INTEGRACIÓN, PERIODO Y ATRIBUCIONES HA SIDO UNO DE LOS TEMAS DE DEBATE DURANTE EL PROCESO CONSTITUYENTE.¹ EN MUCHOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN HAN PREDOMINADO LAS OPINIONES Y EVALUACIONES NEGATIVAS, QUE VEN EN LA PROPUESTA DE CORTE CONSTITUCIONAL UN PELIGROSO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN POLÍTICA EN LA JUSTICIA ORDINARIA, UNA NUEVA INSTANCIA PROCESAL ATENTATORIA A LA SEGURIDAD JURÍDICA, Y UNA SUPERPOSICIÓN DE UN NUEVO PODER SOBRE LA ACTUAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, E INCLUSO SOBRE EL PODER LEGISLATIVO.² ESTAS CRÍTICAS, SIN EMBARGO, HAN CONSISTIDO MÁS EN AFIRMACIONES GENERALES QUE EN ARGUMENTACIONES O ESTUDIOS ELABORADOS. PESE A ELLO, ALGUNAS DE ESTAS CRÍTICAS APUNTAN, COMO VEREMOS, RIESGOS POSIBLES QUE DEBEN SER ANALIZADOS.

El fortalecimiento del Tribunal o Corte Constitucional³ y de las facultades de control constitucional de los jueces no es un proceso aislado del fortalecimiento de las garantías constitucionales, esto es, de los diversos medios que los ciudadanos tienen para hacer valer sus derechos. Los jueces constitucionales definen su rol y ejercen sus atribuciones en buena parte, aunque no

¹ Las denominaciones de *Tribunal Constitucional* o *Corte Constitucional* son prácticamente equivalentes. El proyecto constituyente adopta la denominación de Corte para enfatizar los cambios estructurales que introduce, entre los que destaca el fortalecimiento del carácter jurisdiccional del actual Tribunal Constitucional.

² La Corte Suprema de Justicia ha tenido un rol protagónico en la formulación de estas críticas y en el señalamiento de los riesgos que plantea la Corte Constitucional.

³ Ambas denominaciones son perfectamente equivalentes.

exclusivamente⁴, sobre la base del alcance y funcionamiento de estas garantías.

La Corte Constitucional y las garantías constitucionales en tanto funcionen adecuadamente no pueden sino limitar, orientar y canalizar el poder de las diversas funciones del Estado a efectos de contribuir a integrar lo que ha venido a denominarse una *democracia constitucional*⁵, es decir, un sistema político en el que la mayoría respeta tanto los procedimientos constitucionales democráticos como los derechos constitucionales de los individuos y de las minorías.

Consecuentemente, en este ensayo vincularemos la propuesta de la Corte Constitucional con el fortalecimiento de las garantías constitucionales. Primero analizamos las críticas más razonables y recurrentes respecto al proyecto constituyente de la Corte Constitucional; y luego relacionaremos este proyecto con el fortalecimiento de las garantías constitucionales que se incluye en la propuesta de nueva Constitución.

LA CORTE CONSTITUCIONAL ¿UN SUPERPODER?

Una de las objeciones más frecuentes contra la propuesta de Corte Constitucional dice que constituiría un superpoder por encima de todas las demás funciones y órganos del Estado, un superpoder que no respondería por nada ni ante nadie. Como elementos que evidencian este excesivo poder se aluden las atribuciones de la institución, su periodo y la eliminación del juicio político, lo cual analizaremos más adelante.

En este punto conviene primeramente destacar que el fortalecimiento de los Tribunales o Cortes Constitucionales y de Justicia Constitucional en general, no es en absoluto un proceso local y reciente, sino que prácticamente es un

fenómeno mundial⁶. Es un proceso global iniciado en los años de la posguerra en Europa Occidental⁷ y en los años ochenta y noventa del siglo veinte, paralelamente a los procesos de democratización, en regiones tan diversas como Asia, América Latina⁸ y Europa Oriental. Este proceso responde a la necesidad de que se asegure jurídicamente mediante jueces especializados, procedimientos y normas, la supremacía de la Constitución, es decir, el predominio de los derechos humanos y de los procedimientos democráticos, incluso por sobre la voluntad coyuntural de las mayorías políticas.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano existen antecedentes de un Tribunal o Corte Constitucional desde el año 1945, cuando se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales. Pese a estos remotos orígenes y a cierto progreso a partir de 1998, el Tribunal Constitucional no ha obtenido hasta hoy la legitimidad, nivel profesional e independencia que deberían caracterizarle. En balance, es una institución controlada por partidos políticos, gremios y asociaciones, afectada por la corrupción, y en los últimos años sujeta a la permanente remoción de sus vocales por parte del Congreso. La propuesta de una Corte Constitucional parte de esa realidad para formular un proyecto de cambio.

En segundo lugar, la crítica de que la Corte Constitucional constituye un superpoder es inexacta puesto que las atribuciones de la Corte Constitucional, como las de cualquier órgano público, se hallan explícitamente establecidas principalmente en el artículo 436 del proyecto de Constitución. Es cierto que estas atribuciones se fortalecen respecto a las que tiene el actual Tribunal Constitucional en la Carta Política de 1998, pero todas las nuevas competencias son propias de las cortes constitucionales a nivel comparado, comenzando por el control constitucional de decisiones judiciales, que analizamos más adelante, la inconstitucionalidad por omisión o la generación de una jurisprudencia obligatoria.

⁴ Funciones como el control abstracto de inconstitucionalidad y la solución de conflictos de competencias constitucionales tienen también, en el caso de la Corte Constitucional, una trascendental importancia.

⁵ La noción de Democracia Constitucional es desarrollada cuidadosamente por Luigi Ferrajoli en varias de sus obras, entre ellas: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías: La Ley del Más Débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2001. Una respuesta a las críticas sobre este planteamiento en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2006

⁶ En algunos países el control constitucional se ha fortalecido en manos de la Corte Suprema, por ejemplo en Argentina, México o Costa Rica.

⁷ Una obra que demuestra como tal proceso se inscribe en un verdadero cambio de paradigma jurídico, especialmente en Europa Occidental es Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

⁸ Para una visión general del desarrollo de la justicia constitucional en Latinoamérica y en relación a otras regiones del mundo véase Héctor Fix Zamudio, "Justicia Constitucional y Derechos Humanos en Latinoamérica" En: López Guerra, Luis. *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.



En tercer lugar, los magistrados de la Corte Constitucional *si responden por sus actos*, según lo establece el artículo 431, pudiendo ser acusados por el Fiscal General, enjuiciados por la Corte Nacional de Justicia y destituidos por el pleno de la propia Corte Constitucional. No responden ante los órganos políticos que los nombran, ni pueden ser removidos ni reelegidos por ellos, e incluso duran periodos más extensos que sus nominadores, pues lo que se busca es que la Corte sea independiente.⁹ Ciertamente, esta independencia depende no solo de las normas de la Constitución sino de una definida voluntad política, como analizamos al final del presente ensayo.

En conclusión, una Corte Constitucional tiene y requiere límites a su poder. Este órgano como cualquier otro puede verse deformado por una extralimitación en el ejercicio de sus competencias. Sin embargo, hay factores jurídicos y políticos que la limitan, tales como la enunciación explícita de sus atribuciones en la Constitución y en la ley, la posibilidad de que el Congreso ante un desacuerdo con sus interpretaciones reforme la Constitución, la necesidad de consistencia de la propia jurisprudencia constitucional, y el que sus sentencias sean obedecidas, así como la incidencia de la opinión pública sobre la legitimidad de la Corte e incluso la posibilidad de que sentencias arbitrarias sean revisadas por Cortes Internacionales de derechos humanos. Por estas y otras razones, cuando una Corte Constitucional se integra con profesionales idóneos e independientes es frecuente el ejercicio de una prudente auto limitación en el ejercicio de sus funciones.

EL RIESGO DE UNA NUEVA INSTANCIA

El proyecto de nueva Constitución (Art. 439) faculta a la Corte Constitucional a conocer acciones extraordinarias de protección —es decir lo que antes se denominaba amparo— contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, firmes o ejecutoriados, cuando aquellos violan el debido proceso u otros derechos fundamentales. Esta ha sido una de las innovaciones más criticadas por cuanto se ve en ella una innecesaria y peligrosa

⁹ Para una revisión histórica de la dependencia política del Tribunal Constitucional respecto al Congreso y el corporativismo en el Ecuador pueden verse mis artículos: Grijalva, Agustín. “Constitucionalidad, Institucionalidad y Derecho en el Ecuador” en Ecuador Debate 71 – Derecho, Reforma Política y Estado, Quito, CAAP, 2007. Así como Grijalva, Agustín. “¿Constitución sin constitucionalismo?: Urgencia de un Tribunal Constitucional Independiente”, en Revista de Derecho Foro 7, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007

prolongación de los procesos judiciales mediante una nueva instancia, que supuestamente no encuentra paralelo en el Derecho Comparado.

Esa es una innovación innecesaria, afirman los críticos, pues son o deben ser los propios jueces los que resguardan en el trámite de las causas el debido proceso. Es peligrosa porque abre la posibilidad de que muchos abogados recurran a este amparo extraordinario para dilatar aun más los procesos judiciales, atacando incluso la cosa juzgada de las sentencias y por tanto la seguridad jurídica, se afirma.

Los riesgos, según estos críticos, van más allá, puesto que al ser la Corte Constitucional una institución politizada, con esta facultad se convierte en un instrumento de intervención política directa en la justicia ordinaria. En tal sentido, incluso la Corte Suprema —la Corte Nacional de Justicia en la Constitución propuesta— pierde su carácter de tribunal máximo de la justicia ordinaria y queda subordinada a estos designios políticos, afirman sus críticos.

Respecto a estas críticas hay que señalar primero que la institución de *control constitucional de decisiones judiciales* no es, como algunos han dicho, una novelería o extravagancia. Por el contrario, la institución existe en muchos países con sistemas jurídicos similares al nuestro. Existe con mayor o menor amplitud en todos los demás países de la Comunidad Andina, así como en Chile, España o Alemania por citar algunos casos. A nivel del Derecho Comparado, lo extraño más bien es la prohibición absoluta que establece la Constitución ecuatoriana de 1998, como lo expresa la Comisión Andina de Juristas: “De los países de la región, Ecuador es el único que contiene una restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial”¹⁰

En efecto, la creciente difusión internacional del control constitucional de decisiones judiciales responde a una lógica incontestable y a una necesidad estructural. Si en un país regido por una Constitución, el Tribunal o Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación y control constitucional, para cumplir esta función debe tener también la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los actos del poder judicial. Para tal objetivo

¹⁰ Comisión Andina de Juristas, *Los Procesos de Amparo y Habeas Corpus: un análisis comparado*, Lima, 2000



debe actuar estrictamente cuando hay realmente un problema constitucional, como la violación al debido proceso, pues de otra manera violaría el principio de independencia judicial y se arrogaría funciones de la justicia ordinaria.

No obstante, algunos ministros de la actual Corte Suprema de Justicia han esgrimido el argumento de que en el caso de los jueces, son ellos mismos los que controlan el debido proceso y protegen los derechos fundamentales en las causas que conocen. Ciertamente eso es lo que *debe suceder* pero no lo que *siempre sucede*. Y es justamente para la segunda situación que existe el control constitucional de decisiones judiciales y otros actos de autoridad pública.

Los jueces ordinarios no solamente que están obligados a actuar en el marco de la Constitución, como lo está cualquier autoridad pública, sino que cumplen funciones de protección de la Carta Fundamental mediante instituciones como las garantías jurisdiccionales (Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data, etc.) y el examen de la constitucionalidad de las normas legales e infralegales que aplican en el proceso. Esta sujeción de todas las funciones, órganos y autoridades públicas a la Constitución es lo que define al Estado Constitucional moderno.¹¹ Por supuesto, se podría esperar de los jueces, por sus propios conocimientos y experiencia, un autocontrol constitucional más estricto, más eficiente, pero no perfecto.

Ahora bien, incluso bajo el supuesto que los jueces ordinarios cumplan siempre con el debido proceso, bien pueden surgir diferencias entre ellos respecto a la interpretación constitucional de ciertos principios o ciertos derechos. ¿Quién puede unificar criterios en estos casos? Una posibilidad sería que lo haga la Corte Suprema de Justicia o la Corte Nacional de Justicia. Pero en ese caso surgirían inevitablemente contradicciones con la interpretación y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En un sistema de control constitucional mixto como el nuestro, donde hay elementos de control concentrado, es necesario que un único tribunal actúe como órgano de cierre del sistema y supere esas diferencias interpretativas mediante una jurisprudencia única y obligatoria. La falta de unidad y claridad en la interpretación de los derechos fundamentales es claramente una

¹¹ Un interesante libro que muestra sistemáticamente la necesidad lógica y política de esta sujeción es el de Manuel Antonio Peña Freire, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997

situación atentatoria a la seguridad jurídica de los ciudadanos, y es por ello que se requiere esta labor unificadora de la Corte Constitucional.¹²

Son razonables las críticas en el sentido de que una atribución de este tipo crearía una nueva instancia y dilataría los procesos, pero lo son únicamente bajo el supuesto de una inadecuada regulación legal de tal atribución y un verdadero abuso de aquella por parte de la Corte Constitucional. Por el contrario, si la Corte Constitucional se limita estrictamente a examinar las violaciones al debido proceso constitucional, u otras evidentes violaciones al contenido esencial de los derechos fundamentales, tal control contribuye antes que dificulta el correcto funcionamiento de la justicia ordinaria.

En efecto, la propuesta constituyente apunta a una estricta regulación de tal atribución, y la Corte Constitucional regularía adicionalmente esta facultad mediante su propia jurisprudencia. Según el proyecto de nueva Constitución, esta atribución de la Corte Constitucional se ejerce *solo cuando los autos y sentencias sean definitivos y se hayan agotado todos 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 del titular del derecho constitucional violado. (Art. 95)

A estas regulaciones habrá que agregar las que desarrolle la nueva Ley Orgánica de Control Constitucional en relación con plazos y otros requisitos que posibiliten un razonable y adecuado funcionamiento de la institución. En definitiva, esta atribución de la Corte Constitucional no es absoluta o incondicionada, sino que tendrá un carácter reglado y excepcional.

De hecho, la estricta regulación legal y jurisprudencial de este tipo de control –y no su exclusión– ha sido la solución que se ha implementado en países como Colombia, Perú o España.

Es cierto también que una facultad de este tipo en manos de una Corte Constitucional manipulada políticamente o corrupta implica grandes riesgos, puesto que convertiría a la Corte en un instrumento de ilegítima intervención en la justicia ordinaria. Pero la solución a tal problema no es atrofiar el

¹² Esta necesidad ha sido bastante debatida en el caso colombiano. Véase Catalina Botero y otros, Tutela contra Sentencias: Documentos para el Debate: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad <http://dejusticia.org/>

desarrollo de la justicia constitucional en el país sino luchar por una Corte Constitucional independiente y profesional.

No es aceptable atrofiar el desarrollo de las instituciones que el país necesita para defender los derechos de sus ciudadanos bajo el argumento de que tales instituciones han funcionado mal o que pueden ser manipuladas por el gobierno de turno, o por los partidos y movimientos políticos. Si tal fuera el caso, habría que eliminar también otras atribuciones de la Corte Constitucional igual de importantes respecto al control constitucional sobre normas generales o actos de autoridad pública. Es más, en esa misma lógica, otras funciones o instituciones deficientes como el Congreso, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía o la propia Corte Suprema deberían, para subsistir o mejorar, ser privadas de funciones que le son propias.

El control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales lo que exige es un serio compromiso político con el Estado Constitucional, y por tanto con la independencia y profesionalismo de la Corte Constitucional.¹³ Es esta decisión y compromiso político –y no la eliminación o debilitamiento de la Corte– lo que puede fortalecer el Estado Constitucional de Derecho en el Ecuador. En todo caso, más adelante volveremos sobre las condiciones políticas de la propuesta.

LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

Otras críticas a la propuesta de Corte Constitucional provinieron incluso de algunos asambleístas de Alianza País durante los debates y hacían relación a la relación de la Corte con la Función Legislativa. La preocupación fundamental es que la Corte al actuar como intérprete máximo de la Constitución coarte, disminuya o desplace la discusión y definiciones democráticas que deben tener lugar en el legislativo.

Este es un viejo y permanente debate que persigue a las cortes

¹³ He examinado estas condiciones políticas en mi artículo “Independencia, Acceso y Legitimidad de la Corte Constitucional”, publicado en *Un Cambio Ineludible, La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.

constitucionales alrededor del mundo. El problema radica en la amenaza de aristocracia judicial que supone un Tribunal Constitucional no elegido popularmente y que puede imponerse a la voluntad de los representantes votados por los electores. No tenemos aquí espacio para reproducir los fuertes argumentos a favor y en contra de las cortes constitucionales a este respecto.¹⁴ Pero si puede afirmarse que va desarrollándose un creciente consenso que plantea que en el Estado constitucional moderno la función legislativa y el control constitucional son dos realidades en tensión pero complementarias.

En efecto, sin un control constitucional que resguarde los procedimientos, los derechos y límites inherentes al proceso democrático, la actuación legislativa puede derivar en un autoritarismo mayoritario que diluya el propio marco constitucional. Inversamente, una Corte Constitucional extremadamente formalista e insensible a las tendencias políticas democráticas prevalentes en un momento dado puede convertirse en un grave obstáculo a los cambios legítimos y necesarios. Un Estado constitucional requiere entonces, pese a las inevitables tensiones, un trabajo de cooperación y complementariedad entre la Función Legislativa y la Corte Constitucional.

FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El proyecto de nueva Constitución no solo fortalece a la Corte Constitucional sino que complementariamente, y en comparación con la Constitución de 1998, fortalece también las garantías constitucionales. Esta consolidación está dada tanto por la *ampliación del tipo de garantías* como por el *desarrollo de las actuales garantías jurisdiccionales* incluidas en la Constitución de 1998, esto es, el Amparo, el Habeas Corpus, el Habeas Data, y la Defensoría del Pueblo.

En efecto, no es posible una Corte Constitucional defensora de los derechos humanos sin una adecuada gama de garantías, puesto que son éstas las

¹⁴ Puede examinarse al respecto Roberto Gargarella, “Las Amenazas del Constitucionalismo, Derechos y Democracia”, en: Marcelo Alegre, et. al. *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003. Una moderna defensa del constitucionalismo se encuentra en Luigi Ferrajoli, *La Democracia Constitucional*, en Curtis Christian, comp., *Desde Otra Mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.



que permiten a los ciudadanos concurrir ante los jueces o ante las instancias políticas para exigir tales derechos. En relación con el tipo de garantías, la propuesta de nueva Constitución, en línea con la doctrina constitucional más moderna¹⁵, amplía e incluye nuevas modalidades más allá de las establecidas en la Constitución de 1998.

Las *nuevas garantías* según el proyecto de Constitución son las de carácter normativo, las políticas públicas, y las garantías políticas o de participación ciudadana. El principio central que guía su inclusión es el de que existen múltiples mecanismos, a más de las garantías jurisdiccionales, que obligan a las instituciones y autoridades estatales a respetar y desarrollar los derechos humanos. Así por ejemplo, las *garantías normativas* (Art. 85) establecen la obligación de los legisladores de regular los derechos fundamentales exclusivamente mediante ley (reserva de ley), y la de no atentar contra el núcleo de tales derechos. Por otra parte, las políticas públicas (Art. 86) son concebidas también como medios o garantías de los derechos fundamentales. Finalmente, las *garantías políticas* destacan la participación ciudadana como un mecanismo de exigibilidad de estos derechos.

Esta *ampliación de la noción de garantía constitucional* subraya el hecho de que son todas las funciones del Estado, todas las autoridades públicas y en ocasiones los particulares, y no solo los jueces, los obligados a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales que establece la Constitución. Constituye por tanto una visión del poder estatal a su vez limitado por y al servicio de estos derechos.

En relación con las *garantías jurisdiccionales* también hay importantes avances respecto al texto de 1998. El proyecto de nueva Constitución en unos casos des-formaliza estas garantías, en otros las constitucionaliza o amplía su objeto, así como las posibilidades de quienes pueden ejercerlas. Por ejemplo, en los casos del Amparo y del Habeas Corpus hay una des-formalización y una ampliación tanto de la legitimación activa como del objeto de cada garantía.

¹⁵ Al respecto, pueden consultarse entre otras las siguientes obras: Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías: La Ley del Más Débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2001. Pisarello, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis. Pérez Luño, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986. Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999. Antonio Manuel Peña, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

En el caso del Habeas Data hay una ampliación, o al menos una descripción más detallada del objeto de la garantía, mientras que la acción de acceso a la información pública se constitucionaliza, pues antes había sido establecida y regulada solo al nivel de la ley. Este fortalecimiento de las garantías se inscribe en la tendencia más global de fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador.

Todas estas garantías ya constan en la Constitución de 1998, pero han sido objeto —especialmente en el caso del Amparo— de una serie de restricciones formalistas que desnaturalizan su función de acciones sencillas, ágiles, sumarias y eficaces para la protección de derechos.

A fin de ir superando este problema se desarrolla una sección común de principios de estas garantías que sirva de contención normativa a las tendencias formalistas y restrictivas de la cultura jurídica tradicional, dominante en el país. Por supuesto, ello no significa que estas acciones no deban ser reguladas mediante la Constitución y la ley, pero esta regulación no debe ser tal que resulte en una restricción indebida de la función principal de estas garantías, cual es la efectiva protección de los derechos constitucionales.

Estos principios comunes a las garantías hacen relación a quienes pueden ejercerlas, la competencia de los jueces que conocen estas acciones, los procedimientos pertinentes incluyendo medidas cautelares, audiencia, pruebas, sentencia y apelación, así como la ejecución de las sentencias, las sanciones por su incumplimiento y su eventual revisión por parte de la Corte Constitucional. En este marco se ha dado especial atención a la *reparación integral* que tiene que dar lugar una sentencia derivada de una acción constitucional cuando se ha violado un derecho establecido en la Carta Fundamental.

Otro cambio crucial viene dado por el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías (Art. 436 núm. 6). Es ineficiente que una Corte decida cientos de veces lo mismo en casos similares (por ejemplo los casos de amparo por parte de policías y militares a quienes se ha dado de baja). Es necesario seleccionar casos tipo y casos difíciles para que las sentencias de la Corte Constitucional dictadas en tales casos sirvan de jurisprudencia constitucional obligatoria para los demás jueces que resuelven garantías y unifiquen la interpretación de derechos fundamentales en todo el sistema judicial.



Un breve examen que hacemos adelante, de cada una de las principales garantías jurisdiccionales evidencia como estas se fortalecen en el proyecto de nueva Constitución:

EL AMPARO O RECURSO DE PROTECCIÓN: en general, se trata de superar las inconstitucionales restricciones al Amparo que habían sido introducidas los últimos años mediante resoluciones de la Corte Suprema, así como mediante reglamentos y jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.¹⁶

Se establecen dos tipos de amparos: (1) La acción ordinaria de protección, y (2) La acción extraordinaria de protección. Ya hemos analizado el alcance del amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección. Respecto a la acción ordinaria, que es la acción de amparo que establece la Constitución de 1998, se amplía su objeto a situaciones en que el agraviado se halla en estado de subordinación, indefensión o discriminación, así como a casos en que la violación del derecho resulta de una inadecuada prestación de los servicios públicos. Se ratifica que el amparo procede contra *cualquier autoridad pública*, exceptuando los jueces contra cuyas decisiones procede la acción extraordinaria de protección. Todos estos cambios buscan que el amparo proteja efectivamente los derechos de los ciudadanos contra cualquier acto de violación de sus derechos, sean actos de autoridad pública o decisiones judiciales.

EL HABEAS CORPUS: En relación con esta acción el cambio fundamental respecto a la Constitución de 1998 está dado también por la ampliación de su objeto. La propuesta –acorde con la jurisprudencia interamericana de derechos humanos– amplía el Habeas Corpus de aquellas situaciones de detención arbitraria por parte de autoridades públicas, a toda forma arbitraria de privación de la libertad. En efecto, esta privación arbitraria puede ser también causada por un particular como, por ejemplo, en el caso de enfermos internados en hospitales, públicos o privados, a quienes los directivos de esos establecimientos arbitrariamente les privan de su libertad u otras situaciones análogas. Esta ampliación del objeto de la acción destaca además que el Habeas Corpus protege la vida e integridad física de quienes están privados de su libertad; estableciéndose al efecto un detallado procedimiento que incluye

¹⁶ La nueva Constitución cambia el nombre del Amparo al de Recurso de Protección, pero en cuanto a su contenido se trata de la misma garantía constitucional.

el inicio de acciones penales a quienes ejecutan actos de tortura, trato cruel, inhumano o degradante. Al constitucionalizar el Habeas Corpus Judicial la propuesta permite interponer la acción incluso si la privación arbitraria de la libertad ha sido dispuesta en el curso de un proceso penal.

EL HABEAS DATA: Se completa y perfecciona el procedimiento de la acción de Habeas Data establecido de forma más general en la Constitución de 1998. De esta forma se busca una protección más efectiva. Para este efecto, se incluye como objeto del Habeas Data los datos genéticos y los archivos de datos personales; se aclara que la acción puede interponerse sin importar si la información se halla en forma electrónica o manual. El titular tiene derecho a conocer la finalidad, propósito, origen y destino de su información personal. Si los datos son sensibles, el titular podrá pedir que se adopten medidas de seguridad adecuadas.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: Puesto que el derecho a la información se prevé como un derecho constitucional, su garantía se incluye directamente en la nueva Constitución. Actualmente ese derecho consta en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), bajo la denominación de “recurso de acceso a la información pública”. La constitucionalización de ese derecho tiene la ventaja de integrar esta acción al sistema general de garantías constitucionales, sujetándola a sus principios procesales generales y protegiéndola de tendencias restrictivas de tipo legal, reglamentario y jurisprudencial.

CREACIÓN DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO: A fin de asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas y de las sentencias se establece esta nueva acción presente en otros ordenamientos jurídicos. La propuesta responde al hecho de que con frecuencia las decisiones judiciales no son acatadas por autoridades, funcionarios administrativos o particulares. Para el efecto se precisan los requisitos que debe cumplir un mandato legal o judicial para ser objeto de la acción.

Respecto a las innovaciones reseñadas arriba, una de las críticas más frecuentes (incluso al interior del bloque de Alianza País) fue que eran excesivamente reglamentaristas para incluirse en la Constitución. Esto es correcto en abstracto, pero en el caso ecuatoriano tal reglamentarismo se vuelve una necesidad considerando que durante los últimos años las garantías jurisdiccionales

han sido inconstitucionalmente restringidas mediante legislación, resoluciones y jurisprudencia. Por ejemplo, mediante resoluciones de la Corte Suprema de Justicia se prohibió inconstitucionalmente el Amparo contra actos de gobierno, mientras el Tribunal Constitucional sistemáticamente ha negado amparos por requisitos formales secundarios y no ha dado suficiente protección mediante la acción de Amparo a derechos sociales, colectivos y difusos. Estas deficiencias de la dimensión constitucional en la cultura jurídica ecuatoriana convierten en necesario lo que en teoría es inconveniente: una regulación constitucional más detallada de las garantías. En todo caso, será la nueva Ley Orgánica de Control Constitucional que tiene que dictarse la que regule estas materias.

LOS OBJETIVOS Y LAS CONDICIONES POLÍTICAS DE LA PROPUESTA

El fortalecimiento de la Corte Constitucional se inscribe en un proceso más amplio de cambio de la justicia constitucional en su conjunto. No se trata de hacer de la Corte un superpoder, sino de conformarla en un órgano verdaderamente jurisdiccional de control e interpretación constitucional. Para el efecto se fortalecen tanto los derechos como las garantías constitucionales. Un funcionamiento adecuado de estas instituciones debería distribuir y limitar el poder antes que concentrarlo. Las críticas a la propuesta de Corte Constitucional han confundido sistemáticamente dos asuntos relacionados pero diversos: una cosa es el diseño normativo de la Corte Constitucional que consta en el proyecto de nueva Constitución, y otro las condiciones políticas para su implementación.

En cuanto al diseño, contrariamente a lo que afirman ciertas críticas desinformadas y poco cuidadosas, en la propuesta de Corte Constitucional no hay algo que sea absurdo, novelaría o infantilismo, para usar algunos calificativos usados con excesiva facilidad en la prensa, especialmente en varios editoriales. Las atribuciones, composición y periodos de la propuesta de Corte Constitucional son comunes en el Derecho Comparado, puesto que son necesarias y coherentes en un Estado Constitucional. El modelo de la Corte Constitucional ha sido duramente atacado por los medios de comunicación y por la oposición, calificándolo como parte de un proyecto autoritario del gobierno

de Rafael Correa, un mecanismo de concentración de poder y de intervención política en el sistema judicial. Empero, los argumentos contra el modelo revelan que la verdadera preocupación de los críticos es respecto a las condiciones políticas en que surge, es decir, a la implementación del mismo.

A este respecto, hay que aclarar que la propuesta del modelo de Corte Constitucional no surge originariamente del gobierno de Rafael Correa, sino de la Comisión de Juristas del CONESUP que preparó un proyecto de Constitución. Tiene por tanto un origen académico y técnico antes que político. La propuesta de Corte Constitucional no es resultado de ninguna novelaría, sino de un proceso de estudio e investigación en el Derecho Comparado y la historia constitucional ecuatoriana, investigación que incluso antecedió a la Constituyente de Montecristi por varios meses. En este proceso también intervino el actual Tribunal Constitucional mediante una propuesta oficial, pero esta propuesta en buena parte siguió las líneas matrices originales del proyecto CONESUP.

La propuesta de despartidización de las cortes, los jueces y los organismos de control del Estado si ha sido un eje esencial de la propuesta de Alianza País, desde la campaña presidencial de Rafael Correa. Este es un compromiso político e histórico del gobierno de Alianza País con el pueblo del Ecuador. En noviembre del 2007 el Presidente Correa expresaba ante un amplio auditorio nacional e internacional:

... el Gobierno propenderá a una Corte Constitucional integrada por los mejores juristas del país, elegidos de preferencia mediante un procedimiento de designación meritocrática, justo y transparente, de acuerdo con rigurosos criterios de selección. Igualmente es necesaria la generación de una nueva estructura para la jurisdicción constitucional a fin de garantizar su independencia, autonomía y plena eficacia en la realización de su función como máximo guardián de la supremacía de la Constitución.¹⁷

Este compromiso político plantea el problema de la forma de nombramiento o designación de los magistrados de la Corte Constitucional. El asunto fue discutido por meses, incluso desde el tiempo de la Comisión del CONESUP. La conclusión fue que el proceso de designación debía complementar

¹⁷ Varios, Un cambio ineludible, La Corte Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional, 2007, Pág. 17

los aspectos meritocráticos y políticos. En primer lugar, esto significa que la designación debe ser política, aunque no partidista, a fin de otorgarle legitimidad a la Corte Constitucional mediante nombramientos realizados por las autoridades electas. En segundo lugar, estas autoridades no pueden ni deben elegir a cualquier persona como magistrado, sino que deben seleccionar solo entre quienes tengan los méritos profesionales y éticos para esta función. La valoración de estos méritos debe hacerse de cara al país, bajo procesos de veeduría e impugnación ciudadana.

En general, todo sistema de designación de cortes constitucionales es imperfecto. Ahora bien, si el Presidente Correa tiene mayoría en la Asamblea Nacional y desarrolla un control directo sobre la Función de Transparencia y Control Social, el sistema de designación propuesto por la nueva Constitución no es el más equilibrado. Sin embargo, el mejor sistema es aquel en que quienes nombran asumen responsablemente esta función y no le toman como un mecanismo de manipulación política.¹⁸ En todo caso, el proyecto de Constitución plantea para los magistrados un periodo largo sin reelección, de renovación por tercios, sin juicio político o posibilidad de remoción por parte de quienes los nombran. Estas condiciones favorecen la independencia de los magistrados, conforme a varios estudios de Derecho Comparado.

Por otra parte, una Corte Constitucional subordinada al Gobierno, integrada por magistrados políticamente serviles, cuestionados ética y profesionalmente, es algo absolutamente contrario a la propuesta o modelo normativo que se viene comentando. La Corte Constitucional tiene como su función inherente la de limitar el poder del Ejecutivo y del Legislativo, mediante la defensa de los derechos fundamentales y la división del poder que el proyecto de Constitución establece. Una orientación autoritaria de cualquier gobierno es consustancialmente contraria y excluyente de una Corte Constitucional sería.

Las fuerzas democráticas deben defender y exigir que la Corte Constitucional sea realmente independiente y profesional, en lugar de atacar la propuesta misma de Corte. La Corte Constitucional puede y debe operar

como un contrapeso legítimo al Ejecutivo y a la Asamblea Nacional (antes el Congreso), un contrapeso orientado no a obstaculizar sino a coordinar y complementar la actividad del Presidente y de los legisladores, de modo que la actividad de estos se halle constitucionalmente canalizada. Se requiere entonces una Corte Constitucional decidida a limitar claramente las violaciones a la Constitución a que se había acostumbrado la clase política en el Ecuador.

¹⁸ Pensemos en sistemas en los que la designación se concentra casi totalmente en el Presidente, como la Corte Suprema de Estados Unidos. Ello muestra que más importante que quien nombra, es a quien se nombra, bajo qué criterios y en qué condiciones se desempeña la magistratura.