



Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)\*

## Proceso constituyente y transición en el Ecuador

### RESUMEN

La Asamblea Constituyente convocada en el Ecuador para expedir una nueva Carta constitucional ha llevado adelante un proceso en el que surgen muchas inquietudes, principalmente ¿qué valor normativo tiene la Constitución que guió el proceso, antes de ser derogada por la nueva? Una vez promulgada la nueva Constitución, el Ecuador ha emprendido el camino de la transición, que va presentándose complicado, particularmente en los ámbitos de la justicia ordinaria y de la justicia constitucional. Mientras se reemplaza a la Corte Suprema por una Corte Nacional —con menores atribuciones y jerarquía—, los guardianes de la Constitución han iniciado la transición con exceso de discrecionalidad (inaugurando una forma de hermenéutica constitucional).

**Palabras clave:** proceso constitucional, Constitución política, tribunales constitucionales, competencia de tribunales, Ecuador.

### ZUSAMMENFASSUNG

Das Vorgehen der in Ecuador mit der Ausarbeitung einer neuen Verfassung betrauten Verfassungsgebenden Versammlung wirft zahlreiche Fragen auf, vor allem nach der normativen Bedeutung der Verfassung, auf deren Grundlage sich der gesamte Prozess vollzog, bevor sie durch die neue Verfassung ersetzt wurde. Nach deren Verkündung befindet sich Ecuador jetzt in einer Übergangsphase, die sich gerade im Bereich der ordentlichen und der Verfassungsgerichtsbarkeit schwierig gestaltet. Während der oberste Gerichtshof durch einen – von seiner Stellung her niedriger eingestuft und mit geringeren Befugnissen ausgestatteten – nationalen Gerichtshof ersetzt wird, haben die Verfassungshüter die Übergangsphase mit einem Übermass an Ermessen begonnen (und damit eine eigene Verfassungshermeneutik eingeleitet).

**Schlagwörter:** Verfassungsgerichtsprozess, Verfassung, Verfassungsgerichte, Zuständigkeit der Gerichte, Ecuador.

---

\* Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad *Panthéon Sorbonne* de París. Profesor principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ex decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex magistrado del Tribunal Constitucional. Ex presidente y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex magistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008). [hsalgadop@uio.satnet.net](mailto:hsalgadop@uio.satnet.net)

## ABSTRACT

The Constituent Assembly called in Ecuador to draw up a new Constitution has carried out a process in which many questions arise, mainly: What is the regulatory value of the Constitution driving the process, before being superseded by the new one? The new Constitution once enacted, Ecuador has taken the road of transition, that looks complicated, particularly in the field of ordinary justice and constitutional justice. While a National Court substitutes the Supreme Court – with less competence and hierarchy – the guardians of the Constitution have started the transition with an excess of discretionality (thus launching a form of constitutional hermeneutics).

**Keywords:** constitutional process, political constitution, constitutional courts, competent jurisdiction of courts, Ecuador.

## 1. El proceso constituyente ecuatoriano

El Ecuador, ansioso de introducir cambios en su ordenamiento jurídico fundamental, aceptó mayoritariamente convocar a una Asamblea Constituyente para que reorganizara las instituciones políticas y expidiera una nueva Carta constitucional.

En este proceso constituyente no han faltado las paradojas y contradicciones. Así, por ejemplo, no obstante los “plenos poderes” asumidos por el órgano constituyente, en su etapa final de trabajo queda al descubierto la existencia de un *buró político*, encabezado por el presidente de la República —poder constituido—, que está por encima de la Asamblea y dirige a la mayoría oficialista.<sup>1</sup>

Se debe también señalar que con la eliminación del Congreso Nacional, que fue declarado en receso (un “receso” definitivo), y con fundamento en los “plenos poderes”, la Constituyente tomó para sí la tarea de legislar dictando leyes y “mandatos” para que el Gobierno pueda disponer de un marco jurídico adecuado, que haga viable la acción pública con el esquema gubernamental ideológico.

Esta tarea legislativa que emprendió la Constituyente fue muy discutida, pues se entendía que primero debía elaborar la Carta Política con los principios y regulaciones básicas, para después dictar —si fuera del caso— las principales leyes orgánicas.

Naturalmente, el tiempo que la Asamblea ocupó en legislar no pudo ser recuperado y los constituyentes de mayoría tuvieron que acelerar la aprobación de los textos para la nueva Carta Magna, punto que ha generado reparos respecto de la calidad del trabajo. Incluso, algunos asambleístas acusaron el cambio de textos que fueron aprobados por el pleno y la introducción de otros que no lo fueron, hechos que se produjeron en los días finales de la Constituyente.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Este hecho, que ya había sido señalado, se patentizó dramáticamente cuando el presidente de la Asamblea, Alberto Acosta, renunció a la presidencia por pedido del “buró político”.

<sup>2</sup> La Asamblea Constituyente inició sus labores el 30 de noviembre de 2007 y las culminó, entregando la Carta Magna, el 25 de julio de 2008. Para cumplir con el lapso establecido en el respectivo Estatuto hubo que luchar contra el tiempo, lo que podría explicar que la Constitución

## 2. La Constitución en vigor y el proceso constituyente

Este proceso constituyente ha dejado una inquietud: ¿cuál es el valor normativo de la Constitución —que se encontraba en vigor— mientras dura el periodo constituyente? Y, secundariamente, durante este periodo, ¿qué papel debe desempeñar un órgano de control constitucional, en nuestro caso el Tribunal Constitucional?

En el caso ecuatoriano, la Constitución que estuvo en vigor para la fecha y reguló los inicios del proceso constituyente no pudo mantener su eficacia —o eficiencia— normativa. Si bien la Constituyente no se pronunció oficialmente al respecto, los asambleístas actuaron con mucha ambigüedad y según las circunstancias. Igual ocurrió con el titular del Ejecutivo, cuya acción vimos fortalecida en lugar de sufrir la *capitis deminutio* que afectó a los poderes constituidos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional —guardián privilegiado de la Constitución— fue incapaz de defenderla jurisdiccionalmente. El órgano de control constitucional quedó relegado para resolver únicamente cuestiones menores, de rutina, pues los asambleístas tuvieron cuidado de disponer que ningún juez o autoridad podrá impugnar las decisiones que adopte la Constituyente, decisión que se inserta en la concepción de los “plenos poderes”.

Hubo casos en que el Tribunal Constitucional pudo jugar un papel relevante y dar orientaciones jurídico-constitucionales al país, pero la mayoría de sus nueve miembros se inclinaron a secundar la acción del Ejecutivo, favoreciendo sus demandas de inconstitucionalidad o bien declarando improcedentes aquellas que interponían quienes cuestionaban los “mandatos” (suerte de leyes) de la Constituyente.

¿Es que en un proceso constituyente debe también declararse en “receso” a la propia Ley Fundamental? Las experiencias de Venezuela, Bolivia y Ecuador dejan en claro que un proceso constituyente es incompatible con la Constitución que existe en el momento; esta queda prácticamente derogada, con las graves consecuencias que de ello se derivan.

En suma, el principal riesgo de una Asamblea Constituyente cuando existe un orden democrático frágil es que, además de elaborar la Ley de leyes, se quiera utilizar sus atribuciones o poderes superiores en actos de gobierno. Cuestión que significará alterar el orden constituido —el estado de derecho existente— y propiciará discordia y pugna de poderes.

Además, como lo expresado ocurre antes de que entre a regir la nueva Constitución, sus mandatos difícilmente serán acatados en un ambiente social y político de enfrentamiento y lucha; para superar la anarquía se utilizará la fuerza, el orden se privilegiará en desmedro de la libertad, con lo cual entramos en el círculo del autoritarismo. Es sabido que la Constitución —acorde con su naturaleza y fin— debe iniciar una transformación ordenada y gradual de las instituciones políticas, valiéndose, en su caso, de las disposiciones transitorias.

---

tenga algunas deficiencias. Una interesante reseña cronológica la hizo un ex asambleísta: Pablo Lucio-Paredes: *En busca de la Constitución perdida*, Quito: Trama, 2008.

Me atrevería a decir que esta es la lección del proceso constituyente ecuatoriano, sobre todo cuando existe una institucionalidad débil a causa de la inestabilidad política e incluso jurídica. Y querer reconstruir la institucionalidad a partir de cero es una tarea imposible. Por otro lado, no es aceptable que la clase política de turno ofrezca grandes beneficios para el país con el mero cambio de la Constitución.<sup>3</sup>

### 3. La nueva Constitución del Ecuador

El proceso constituyente ecuatoriano, después de dictar “mandatos” y leyes, dio como resultado una densa Carta Magna de 444 artículos, la más extensa de la historia constitucional ecuatoriana y de Latinoamérica.<sup>4</sup> Esta Carta Política fue sometida a un referéndum y aprobada (28 de septiembre del 2008); una vez promulgada y publicada entró a regir el 20 de octubre del 2008. A partir de ese momento hubo criterios contrapuestos alrededor de la aplicación inmediata de la normativa constitucional, tema que fue exagerado y que respondía a intenciones políticas.

Nadie puso en duda que la Constitución en materia de derechos humanos tiene aplicación directa e inmediata, pero respecto de la organización y el funcionamiento de las instituciones políticas del Estado la aplicación debía ser gradual, conforme lo establecen las propias disposiciones transitorias, que son elaboradas con este fin. Resultaba obvio que —para muchas situaciones— era indispensable expedir nuevas leyes; la propia Constitución así lo prescribe. Incluso las leyes que se dicten despejarán las dudas que hay sobre diversas cuestiones no reguladas por el texto constitucional.<sup>5</sup>

En este punto, vale destacar la importancia que tienen las normas que regulan la transición. Tomaré dos ejemplos. Las disposiciones transitorias que trae la Constitución de Brasil, no obstante su extensión (son 74 largos artículos), se observa que fueron redactadas de manera cuidadosa y con conocimiento de causa; igual se podría afirmar de los artículos transitorios (en número de 60) que acompañan a la Constitución colombiana. De las transitorias del texto ecuatoriano no se puede decir lo mismo. Hay dos clases de transitorias: las primeras siguen al texto normativo, contenidas en 30 disposiciones; después se insertan otras 30, bajo el epígrafe de “Régimen de transición”, aquí se destacan las regulaciones sobre elecciones y sobre la transición institucional. Esta última ha sido la más cuestionada.

Las disposiciones transitorias, que debieron conducir al cambio institucional de manera ordenada y gradual, fueron insuficientes por varias razones; por ejemplo: por

<sup>3</sup> Los actuales dirigentes políticos —encabezados por el presidente Correa— han ofrecido una Constitución “que dure cien años”, ¡qué ingenuidad!, que raya en lo tragicómico si se piensa en el país y se recuerda su accidentada historia política. Es tanto como pensar en los mil años del Tercer Reich...

<sup>4</sup> La Constitución de Colombia con sus 380 artículos era de las más extensas.

<sup>5</sup> Así, en el ámbito de la justicia, por ejemplo, la propia Constitución dispone que se expidan leyes para: la estructura, funciones y competencias de la función judicial (artículo 177); funciones del Consejo de la Judicatura (artículo 181); funciones de la Corte Nacional de Justicia (artículo 184); atribuciones de la Fiscalía General del Estado (artículo 195 in fine); la organización, funcionamiento y procedimientos de la Corte Constitucional (artículo 430).

dar soluciones inadecuadas (caso de la Corte Suprema de Justicia); a causa de ambigüedades (caso del Tribunal Constitucional); por sus vacíos, argumento esgrimido por muchos para dar soluciones opuestas al espíritu de la nueva Constitución.

Así, el “Régimen de transición” constitucional ha sido objeto de interminables críticas por las deficiencias que contiene; a lo cual se ha agregado una seria acusación: las normas del régimen de transición fueron incluidas *a posteriori*, cuando los constituyentes ya habían aprobado el texto de la Constitución.<sup>6</sup>

Me referiré resumidamente a la transición que han tenido tres instituciones del ámbito jurisdiccional: la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura.

#### 4. La Corte Suprema de Justicia y el “Régimen de transición”<sup>7</sup>

En primer lugar, hay que anotar que la nueva Constitución elimina a la Corte Suprema de Justicia para dar paso a una Corte Nacional. No se trata de un simple cambio de denominación, es una configuración diferente de la función judicial, donde surge con mayores atribuciones el Consejo de la Judicatura en detrimento de la nueva Corte Nacional (que reemplaza a la Suprema).

Una de las atribuciones del Consejo de la Judicatura es la designación de los jueces de la Corte Nacional, su evaluación y sanción —como sucede con los demás jueces (artículo 181, número 3)—. La anterior Constitución de 1998 recogió el principio de la cooptación para la Corte Suprema, como principio que fortalece la independencia del órgano mayor de la función judicial, lo cual ahora se elimina. La última Corte Suprema realizó la cooptación —en repetidas ocasiones— con base en un concurso público de méritos.<sup>8</sup>

Según el artículo 22 del “Régimen de transición”, una vez que se expida “la ley que regule la conformación y funcionamiento del Consejo de la Judicatura, este organismo conformará la Corte Nacional de Justicia”, igual que designará a los demás jueces.

Este debilitamiento institucional de la Corte, que había sido el máximo órgano del Poder Judicial, toma una nueva dimensión cuando la Constitución establece la acción extraordinaria de protección (amparo) contra las sentencias dictadas en casación por

<sup>6</sup> El asambleísta León Roldós, político de larga trayectoria y ex candidato presidencial, hizo serios reparos en este sentido y presentó una demanda ante el Tribunal Constitucional, que no ha sido debidamente tramitada.

<sup>7</sup> Es ético indicar que el autor de este trabajo fue miembro de la extinguida Corte Suprema, para que sus criterios se tomen con el debido inventario.

<sup>8</sup> Justamente, el mandato constitucional de la cooptación sirvió de argumento para quienes sostuvieron que la designación mediante concurso de méritos —dispuesto por una ley en el 2005— de los magistrados de la Corte Suprema era inconstitucional. La respuesta fue que cómo podía haber cooptación si todos los magistrados fueron destituidos el 8 de diciembre del 2004 por una mayoría atrabiliaria del Congreso, aliada con el gobierno autoritario del coronel (r) Lucio Gutiérrez. No quedaba ningún titular para tal evento y la Constitución, obviamente, no previó una situación de esta naturaleza. Hubo que esperar casi un año para reinstitucionalizar la Corte Suprema (30 de noviembre del 2005). Hecho que, en otras circunstancias, vuelve a repetirlo nuestro proceso constituyente.

la antigua Corte Suprema y por la actual, acción que podrá ser planteada ante la nueva Corte Constitucional, como se analizará al final de este artículo.

Los constituyentes adictos al gobierno buscaron un cambio rápido de la Corte Suprema, muy diferente a lo que se dispuso respecto de otras instituciones. Como se explica en la nota 8 (*supra*), los miembros de la última Corte Suprema fueron elegidos mediante un concurso de méritos, reconocido a nivel internacional, con observadores de las Naciones Unidas, de la OEA, la Comunidad Andina, la Comunidad Europea, de gobiernos amigos (como Chile, España).<sup>9</sup> En Ecuador se integró una *Veeduría Ciudadana de la Red de Justicia* (con 47 organizaciones) para la observación directa y diaria del proceso, que es sin duda el mayor logro en este campo.<sup>10</sup>

Previamente, el Congreso Nacional dictó la *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial* (18 de mayo de 2005), en la cual se fijan requisitos exigentes para los futuros magistrados, se dan reglas para la conformación de un Comité de Calificación “en vista de la ausencia definitiva de la totalidad de los magistrados de la Corte Suprema” (que fueron destituidos) y se dispone que el Comité elabore un Reglamento de Concurso en el que “se establecerán con claridad los pasos a seguirse, los criterios de calificación y los puntajes que deberán aplicarse a los postulantes según sus conocimientos [...]”.<sup>11</sup>

En este concurso intervinieron 311 juristas para elegir a 31 magistrados; cuestiones importantes fueron la publicidad y las impugnaciones, que podían presentarse en su momento. El proceso duró alrededor de seis meses. A la posesión acudieron los presidentes de la República (Dr. Alfredo Palacio) y del Congreso (Dr. Wilfredo Lucero). Esta Corte se mantuvo trabajando por casi tres años. No es del caso analizar las razones que llevaron a los constituyentes del Gobierno a cambiar la integración de dicha Corte, pero no se quiso dar lugar a una transición gradual y ordenada, consistente en dar la nueva ley, realizar los concursos y designar a los jueces para que tomaran posesión.

El artículo 21 del “Régimen de transición” dispuso:

A los diez (10) días de proclamados los resultados del Referéndum Aprobatorio terminan los períodos de las treinta y uno (31) magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Así, los diez días se cuentan a partir de que el órgano electoral proclame los resultados del referéndum constitucional; no se espera a que la nueva Constitución sea

<sup>9</sup> Un papel importante tuvieron los señores José Miguel Insulza (secretario de la OEA), Leandro Despouy (relator sobre la Justicia de Naciones Unidas), Sonia Picado (presidenta del IIDH), Carlos Ayala (presidente de la Comisión Andina de Juristas) y el senador de Chile Vieira Gallo (actual ministro de la Presidencia), entre otras distinguidas personalidades que acompañaron el concurso y la designación final.

<sup>10</sup> Un relato preciso y documentado de todos estos hechos consta en el libro: *Una Corte de Justicia con la participación ciudadana*, Quito: Red de Justicia, Amelia Ribadeneira, Secretaría Técnica, Fundación Esquel, 2006.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, Anexo 1, pp. 132 ss. En los anexos constan reglamentos, instructivos y otros documentos.

promulgada. Transcurrido este lapso, dice la transitoria, “terminan los períodos”, expresión ambigua que fue tomada en el sentido de concluir las funciones. Lo que los constituyentes de mayoría oficialista no advirtieron es que al terminar los períodos, estos jueces pierden la potestad de juzgar, pues carecen de jurisdicción y competencia.

Cabe señalar que por mandato constitucional (recogido de una consulta popular realizada en 1997) los magistrados de la Corte Suprema no tenían período fijo para su duración, por lo que no era adecuado hablar de terminación de períodos. Algún funcionario buscó interpretar la disposición en el sentido de dar por concluido el carácter vitalicio de estos jueces; por tanto, seguían como tales (con jurisdicción y competencia).

Un segundo inciso del artículo 21 dispuso que, como continuación de la terminación de los períodos, a los diez días de proclamados los resultados se organizara un sorteo entre los treinta y un magistrados para escoger a veintiuno, “a quienes se les encarga las funciones y responsabilidades de la Corte Nacional de Justicia hasta que se designe a los titulares”, conforme dispone la nueva Constitución.

Esta disposición trajo dos problemas: 1) la mayoría de los magistrados pidieron a la Constituyente no ser objeto de sorteos, pues el cargo había sido obtenido por concurso y en buena lid; 2) la reducción del número de jueces (que implicaba una eliminación de salas) no podía darse mientras no se dictara una ley; igual sucedía con las funciones, que debían estar acordes con la nueva estructura fijada en la Constitución. La Ley anterior que organizaba una función judicial con Corte Suprema, con cooptación y atribuciones diferentes, fue derogada —igual que otras leyes— por mandato constitucional.

La primera cuestión no fue oída y la segunda pasó desapercibida. ¿Y la potestad de juzgar? ¿Será que el “encargo de funciones” devuelve la jurisdicción y competencia propias de los jueces?

Una vez aprobada la Constitución, el ministro de Justicia señaló que había que cumplir el régimen transitorio y proceder al sorteo; así se hizo y cuando se pidió retirar el nombramiento solo un juez acudió (de los 21 favorecidos). Los demás se excusaron por razones de dignidad y ante la carencia de una ley reguladora, que incluso devuelva la competencia para juzgar.

En una reunión con las autoridades encargadas de solucionar la *impasse*, los ex magistrados de la Suprema consideraron que la Comisión Legislativa (que sustituyó a la Asamblea Constituyente) debía dictar una ley que al tiempo de prorrogar las funciones de los 31 ex magistrados —hasta ser reemplazados— les confiriera jurisdicción y competencia. El ministro de Justicia y el oficialismo encontraron otra solución: consultar a la autoproclamada “Corte Constitucional”. A esta consulta se agregaron otras, como la del Consejo de la Judicatura.

Con base en esa decisión de la “Corte Constitucional” se resolvió esta crisis de la Justicia; el dictamen decía que, a falta de los titulares sorteados (que habían integrado la antigua Corte Suprema), se podía “llamar” a quienes no habían sido favorecidos en el sorteo y también a los conjueces y, a falta de estos, a los presidentes de las cortes superiores más antiguos. De este modo se reunieron los 21 jueces que deben conformar la transitoria Corte Nacional, minimizada en sus atribuciones y jerarquía.

## 5. Transformación del Tribunal Constitucional en Corte

Mucha polémica y repudio ha ocasionado la autoproclamación del Tribunal Constitucional en Corte Constitucional, lo cual significa que sus miembros asumen las atribuciones conferidas por la nueva Constitución a dicha Corte, y así lo han puesto en práctica. El “Régimen de transición” constitucional, varias veces mencionado, en su artículo 25 dice, en lo principal:

Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional.

Cada función propondrá al menos nueve (9) candidatos.

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

A la luz de esta disposición se observa que el Tribunal Constitucional se arroga funciones no previstas —bajo ninguna consideración— en el artículo 25 del “Régimen de transición”. Esta disposición se refiere de modo expreso a una “primera Corte Constitucional” que será integrada por las designaciones que haga una comisión calificadora, la cual —a su vez— será conformada por “las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social”.

Es decir, es indispensable la conformación de estas tres funciones: la Legislativa, denominada ahora Asamblea Nacional, que será elegida en abril del 2009; igual el titular del Ejecutivo (presidente de la República), que no puede ser el actual, por eso la disposición habla de “nuevas funciones”. Y más complicado es instituir a la función de Transparencia y Control Social, porque según la norma constitucional ella es el resultado de varias entidades (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Contraloría y superintendencias), cuyos titulares conforman “una instancia de coordinación” (artículos 204 y 206 de la Constitución).

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

Por su parte, el artículo 27 *ibidem*, relativo a aspectos de la transición, menciona expresamente al Tribunal Constitucional (junto con el Consejo Nacional de la Judicatura y el Tribunal Supremo Electoral) para señalar que sus integrantes —se entiende los actuales— “terminarán sus períodos cuando se posesionen los [...] miembros de la Corte Constitucional”. En el marco de esta disposición, los vocales del antiguo Tribunal Constitucional no pueden transformarse en miembros de la Corte Constitucional, y cuando estos vengán ya habrán terminado sus períodos.

En este punto las disposiciones de la transición (artículos 25 y 27) guardan coherencia y claridad. La objeción hecha por el Tribunal Constitucional de que la Constitución omite referirse a que ellos continúan en funciones prorrogadas y que no se podrán despachar los amparos no justifica en modo alguno una violación flagrante a la Ley de leyes. Al permitir el “Régimen de transición” que los miembros del Tribunal Constitucional sigan al frente de la institución hasta que se posesionen los miembros de la Corte Constitucional (conforme dice el artículo 27), les prorroga también las funciones, cuestión que, por otra parte, es principio general. Muy diferente es cuando la norma de transición da por terminados los períodos o funciones, como en el caso de la Corte Suprema.

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

Los hechos acaecidos hacen pensar que el oficialismo requería de modo urgente un organismo que interpretara la Constitución, de acuerdo con el “interés general” que representa el Gobierno. No fortalecen el optimismo estos actos jurídicos realizados, sin el más mínimo pudor, en el plano constitucional, pero sí revelan la calidad ética y jurídica de quienes pretenden ser guardianes de la Constitución que implementará los cambios de la revolución ciudadana.

## 6. La Corte Constitucional como órgano de consulta

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

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

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

Para hacer posible resolver las consultas la autoproclamada Corte Constitucional dictó una especie de instructivo denominado “Reglas de procedimiento” que establece

una nueva atribución, la de ser un “órgano consultivo”, y regula el procedimiento que debe seguirse. Lo grave del asunto es que la misma Constitución en su artículo 430 dispone, respecto de la Corte Constitucional: “La Ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones”.

¿Cómo es posible pasar por alto este mandato constitucional? Un instructivo o reglamento no puede cambiar lo dispuesto ni siquiera por una ley, y menos por la Ley Suprema. De nada sirven los argumentos sobre la aplicación inmediata de la Constitución o del interés general, o del principio de ponderación en la interpretación. Si la Carta Fundamental prescribe que debe dictarse una ley para que un órgano pueda organizarse, funcionar y regular sus procedimientos, nada suple a esa ley. Me temo que los guardianes de nuestra Constitución están incurriendo en una discrecionalidad propia de las doctrinas políticas de los *-ismos*.

En consecuencia, la llamada Corte Constitucional no puede absolver consultas; simplemente es inconstitucional. Respecto de la facultad de interpretar, esta atribución está reservada a la Corte Constitucional cuando sea legítimamente constituida. Y esa atribución deberá ser utilizada en caso de dudas, ambigüedades u oscuridades que haya en el texto constitucional; no puede utilizarse la interpretación para agregar cuestiones o decir cosas que la Constitución no lo hizo u omitió hacer. Si no se quiere ir a una reforma constitucional se puede buscar la solución mediante una ley.

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

Para el caso judicial, las disposiciones que orientan el “Régimen de transición” no han podido prever las diversas situaciones propias de la transición, existen vacíos o lagunas que deben ser llenados. Frente a este hecho procede dictar una ley que integre el orden jurídico de transición; una mera interpretación no es posible porque no se trata de aclarar contenidos, es una real carencia de disposiciones.

Si el órgano encargado de legislar no lo hace, lo que está demostrando es una grave confusión acerca de su competencia; por ello demanda la aquiescencia de otro órgano. Lo lamentable, y que complica el caso, es que el órgano consultado carece de legitimidad y que sus pronunciamientos jurídicos no tendrán validez.

## **7. El Consejo de la Judicatura y su transición**

El Consejo Nacional de la Judicatura fue instaurado en el Ecuador en las reformas constitucionales de 1992, aunque pasaron algunos años hasta que el órgano se integrara y se dictara su ley (1998); siguiendo a la doctrina se estableció que el Consejo tuviera carácter administrativo y disciplinario. Es decir, que tendría un papel activo con miras a alcanzar una administración de justicia honesta, eficiente y confiable. Destaco este

punto porque en el Ecuador, en general, estos nobles objetivos eran exigidos a la suprimida Corte Suprema, seguramente por el peso de la tradición histórica.

Sin embargo, el funcionamiento del Consejo Nacional de la Judicatura ha dejado mucho que desear. La nueva Constitución lo denomina simplemente *Consejo de la Judicatura* y, como se dijo, aumentó sus atribuciones mientras disminuyó las de la Corte Nacional de Justicia. Parece que la mayoría de nuestros constituyentes tuvieron la visión del Consejo General del Poder Judicial de España, y en este como en otros puntos siguieron el modelo español.

Como el Consejo de la Judicatura estaba conformado por siete miembros y la nueva Constitución establece que deben ser nueve, los vocales decidieron “consultar” a la “Corte Constitucional”, aprovechando la coyuntura de las consultas. La respuesta dada en la “sentencia interpretativa” del organismo de control constitucional fue que podían designar a los dos miembros faltantes para estar de acuerdo con la Constitución.

Este asunto implica otra violación flagrante de la Ley Suprema, que en el artículo 180, en la parte final, se refiere a la designación de los vocales del Consejo de la Judicatura y dispone: “Se elegirán seis vocales profesionales en Derecho y tres profesionales en las áreas de administración, economía, gestión y otras afines”.

Esta norma no fue observada. A los siete vocales ya existentes se agregaron otros dos profesionales en derecho. No es suficiente que, como sucede en nuestro medio, los abogados, especialmente docentes, incursionen en otras áreas y se consideren especializados en ellas.

Naturalmente, tampoco se observó lo señalado en el artículo 20 del “Régimen de transición”, donde se dice: “En un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días se organizará el Consejo de la Judicatura; sus integrantes se designarán por el procedimiento establecido en la Constitución”.

La inquietud que brota en estos casos es ¿por qué tanta prisa en buscar la transformación? ¿Por qué tanta prisa en dejar de ser los antiguos órganos para convertirse en los nuevos, saltando incluso las etapas de una transición racional? No cabe duda de que aquí estamos en presencia del significado de la actividad política: la obtención del poder.

## **8. Amparo contra sentencias definitivas**

Bajo la denominación de “Acción extraordinaria de protección” se establece el amparo contra sentencias y autos judiciales ejecutoriados. En los círculos judiciales y de abogados se ha comentado que se trata de establecer una cuarta instancia (la tercera, que no lo es, sería el recurso de casación ante la Corte Suprema). Esto significará tiempo, mucho tiempo, para que los juicios sean resueltos y un trabajo que terminará estrangulando a la nueva Corte Constitucional.

La justicia ecuatoriana, por muchas y complejas razones, es demasiado lenta; además, se abusa en exceso del recurso de casación (utilizándolo como si fuera tercera instancia). Buena parte de estos recursos han sido desechados por las Salas de la Corte Suprema, pero el trabajo ya fue hecho, mientras los expedientes se hacían perjudicando a quienes esperan que su causa sea despachada. En este contexto, en el

que también se abusa del amparo, los constituyentes de mayoría han dispuesto, finalmente, el siguiente precepto:<sup>12</sup>

Artículo 437. 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 [Constitucional] 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.

Aunque los constituyentes agregaron, al final de sus sesiones, el requisito de que se hayan agotado los recursos y que las decisiones judiciales estén ejecutoriadas o firmes, esto no atenúa el problema. Lo grave es que queda abierto el requisito de violación del debido proceso o de otros derechos constitucionales. No se ha buscado precisar, concretarlo. Será fácil para todos los recurrentes de esta acción argumentar tales violaciones. Esto ha ocurrido con la acción de amparo (llamada ahora *de protección*), cuyo abuso sigue a la orden del día, congestionando de trabajo a los jueces.

Las consecuencias serán, como se dijo: una acumulación enorme de juicios, mucho mayor de la que existe actualmente; malestar social por los conflictos que permanecen insolubles; crecimiento de la inseguridad jurídica. El argumento de que en otros países existe el amparo contra sentencias (casos de España, Colombia, Perú) no es correcto, porque no se ha considerado el sistema de amparo que tienen aquellos países, que es de carácter residual o subsidiario. En cambio, el Ecuador tiene una acción de amparo demasiado amplia y no se ha cambiado el sistema.

En España, por ejemplo,<sup>13</sup> el Tribunal Constitucional conoce el amparo cuando hay “violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2” del texto constitucional (artículo 161.1.b). Los derechos y libertades protegidos por el amparo son aquellos que constan en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo de la Constitución. En este caso se acude ante los tribunales ordinarios (“por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”, artículo 53.2) y luego se puede interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Es decir que los derechos que protege el amparo no son todos los que establece la Carta constitucional, sino un grupo expresamente establecido por la propia Ley

<sup>12</sup> La Corte Suprema de Justicia acudió algunas veces a la Constituyente para explicar todas las consecuencias de esta nueva atribución, que no tiene relación con nuestro medio ni con la acción de amparo que existe en el Ecuador, diferente a la situación que viven otros países (incluso Colombia y Perú).

<sup>13</sup> En los tres ejemplos tomados de España, Colombia y Perú se realiza un somero análisis que no agota la complejidad de estos temas. Lejos de mi intención y de este trabajo adentrarme en cuestiones de carácter procesal.

Suprema española. Y para acudir al amparo —ante el Tribunal Constitucional— deben haberse agotado previamente los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

Algo similar existe en Colombia con la acción de tutela (amparo). El artículo 86 (tercer inciso) dice: “Esta acción solo procederá cuando el afectado *no disponga de otro medio de defensa judicial*, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (énfasis agregado).

El caso peruano también tiene sus características muy peculiares. En Perú, en diciembre del 2003, se aprobó el Código Procesal Constitucional que entró a regir en el 2004. Allí, con una interpretación contrario sensu de la Ley Suprema peruana, se estableció la procedencia del amparo “respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...]” (artículo 4).

Al respecto se debe tener claro lo siguiente. En primer lugar, que el propio Código peruano hace un esfuerzo por precisar —de modo objetivo— lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva (artículo 4, tercer inciso). Luego, el amparo peruano viene a ser de carácter subsidiario o residual, pues no procede cuando “existan vías procedimentales específicas [...]”, dice el número 2 del artículo 5, lo que se complementa con la disposición de que se hayan “agotado las vías previas”, con pocas excepciones (número 4 del artículo 5), cuestión que se precisa en los artículos 45 y 46 del referido Código.

Por último, existe un plazo para interponer la demanda de amparo, pues este “prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación [...]” (artículo 44 *ibídem*). Tampoco el Código Procesal Constitucional deja de lado el cuidado de señalar expresamente (como lo hace la Constitución española, pero con más amplitud) los derechos que están protegidos por el amparo (artículo 37).

Todo lo dicho lleva a concluir que, si se quiere que en el Ecuador opere adecuadamente la acción de amparo (o protección) contra sentencias judiciales, hay que rediseñar el sistema del amparo, imponiéndole determinados límites. ¿Podrá la ley pertinente asumir esta tarea?

## 9. Una reflexión final

Al influjo de lo que el Gobierno llama la *revolución ciudadana*, lo que se quiere es cambios profundos, que transformen al país. Estando de acuerdo con este punto, creo sin embargo que tales cambios deben operarse no solo en el texto constitucional, sino sobre todo en la realidad concreta del país, si no se quiere caer en la demagogia. Además, estoy convencido de que en el orden institucional la transformación profunda está en relación directa con la forma de actuar de sus miembros, con su ética, eficiencia y responsabilidad.

Espero que no ocurra con la justicia constitucional ecuatoriana lo que muchas veces sucede en nuestro medio con la Constitución, que es de aquellas llamadas *nominales* o *semánticas*; Constitución *de papel* en lenguaje común, simple fachada que sirve de camuflaje para un gobierno autoritario. En este contexto —como ya lo he dicho— la

justicia constitucional no podrá desempeñar ninguna función que no sea, igualmente, de mera fachada.<sup>14</sup>

Por lo expresado es que miro con desconfianza lo que prescribe el artículo 1 de nuestra flamante Constitución: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia [...]”. En nuestra época, inicios del siglo XXI, después de lo que el mundo ha vivido a lo largo del siglo XX, ya no es suficiente que un Estado se proclame *constitucional*, pues bien puede el gobierno del III Reich, que tuvo a constitucionalistas de la talla de Carl Schmitt, proclamarse como un Estado constitucional. Para mí —como jurista— sigue teniendo un contenido mucho más profundo el Estado democrático de derecho, concepto que gradualmente ha sido enriquecido con nuevas perspectivas humanas y políticas.

---

<sup>14</sup> Cf. Hernán Salgado Pesantes: *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito: Corporación Editora Nacional, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, n.º 5, 2004.