

INFORME

**UNA MIRADA ACTUAL SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL
Y EL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO EN LA CORTE
CONSTITUCIONAL ECUATORIANA ***

*A CURRENT LOOK AT JUDICIAL REVIEW AND THE COUNTERMAJORITARIAN
PROBLEM IN THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL COURT*

por **Sebastián López Hidalgo**

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay (Ecuador)

Cómo citar este artículo / Citation:

López Hidalgo, Sebastián (2021):

Una mirada actual sobre la revisión judicial y el problema
contramayoritario en la corte constitucional ecuatoriana, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.

DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0107>



RESUMEN

El presente artículo, pretende mostrar los perfiles actuales en torno al debate de la dificultad contramayoritaria y la revisión judicial en el caso de la Corte Constitucional del Ecuador. Se trata de un problema que ha pasado inadvertido en el constitucionalismo ecuatoriano a pesar de contar con Constitución renovada y una apuesta por una revisión judicial robusta. Aportación empírica permitirá evidenciar qué tan lejos puede ser extendida la preocupación contramayoritaria en su versión tradicional, toda vez que el órgano de control constitucional en el Ecuador ha sido deferente, desde sus inicios, con el poder al cual estaba llamado a controlar, principalmente, el ejecutivo, diluyendo la crítica que soporta de la anunciada dificultad. Finalmente, con especial atención en ciertos casos controvertidos y, como una puesta al día sobre el debate, éste estudio concluirá que, a partir de la integración de la nueva Corte Constitucional, el problema contramayoritario parece haber tomado otros perfiles, recuperando y orientando la discusión en una nueva dirección.

Palabras Clave: Ecuador, revisión judicial, dificultad contramayoritaria, corte constitucional, legitimidad democrática.

ABSTRACT

This article aims to show the current profiles around the debate of the counter-majoritarian difficulty and the judicial review in the case of the Constitutional Court of Ecuador. This is a problem that has gone unnoticed in Ecuadorian constitutionalism despite having a renewed Constitution and a commitment to a robust judicial review. Empirical contribution will make it possible to show how far the counter-majoritarian concern can be extended in its traditional version, since the Constitutional Court has been deferential, from its inception, with the power to which it was called to control, mainly, the executive, diluting the criticism he supports of the announced difficulty. Finally, with special attention to certain controversial cases and, as an update on the debate, this study will conclude that, after the integration of the new Constitutional Court, the counter-majoritarian problem seems to have taken on other profiles, recovering the discussion in a new direction.

Keywords: Ecuador, judicial review, counter-majority difficulty, constitutional court, democratic legitimacy

I. INTRODUCCIÓN

Si bien la discusión contramayoritaria¹ ha penetrado intensamente algunos debates contemporáneos, en el contexto ecuatoriano actual, contando con una apuesta hacia una opción judicial robusta a partir de la Constitución de 2008,² el problema ha pasado inadvertido en razón del asumido carácter de “guardián natural” de su máximo intérprete (Corte Constitucional ecuatoriana). En ese marco, la presente propuesta, luego de tomar una nota breve sobre algunas cuestiones relativas a la objeción contramayoritaria, pretende indagar cómo ha impactado las decisiones de la Corte en el marco de dicha problemática; pero, sobre todo, dar cuenta de los nuevos caminos y discusiones que se puede estar abriendo la práctica jurisdiccional más reciente de la Corte a la luz de la anunciada dificultad.

Para ello, se revisará algunas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador en el marco del control abstracto de norma, poniendo a prueba una posible tensión entre el Parlamento, la Corte y el Ejecutivo, como los principales actores del juego democrático.³ Posteriormente, y como aporte central de ésta propuesta, se hará una mención a algunas decisiones recientes de la Corte Constitucional, evidenciando cuál es el discurso del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función asignada, e indagando si la temida dificultad contramayoritaria es una realidad o no dentro del sistema ecuatoriano. Ello permitirá arribar a algunas reflexiones finales con las que cierra el presente artículo mostrando que, a diferencia de los criterios que advierten los peligros de la revisión judicial en su posición más radical, dicha evidencia –al menos en un primer momento de vigencia de la Corte-, no parece ser una nota de la cual temer en el caso de la justicia constitucional ecuatoriana; al contrario, el máximo órgano de control, apareció típicamente deferente con el poder al cual estaba llamado a controlar, diluyendo la crítica en sus términos clásicos.

Sin embargo, hoy en día la discusión parece haber dado un nuevo giro, reorientando el debate a nuevos horizontes, marcados por algunas decisiones del órgano de control que pueden ser apreciadas como fallos progresistas en detrimento de otros órganos con credenciales democráticas dentro del Estado, orientando la discusión en otros frentes.

II. UNA APROXIMACIÓN AL CARÁCTER CONTRAMAYORITARIO Y LA REVISIÓN JUDICIAL EN ECUADOR

A raíz del debate suscitado en tiempos de Weimar a cerca de la vigencia de la justicia constitucional,⁴ los problemas sobre la legitimidad de la revisión judicial no han desaparecido y han estado latentes de tiempo en tiempo, con diferente intensidad, en razón del papel activista *-judicial activism-*, o de una autolimitación o restricción judicial *-judicial self-restraint-* asumido por las Cortes o Tribunales.⁵ Y es que, desde Bickel, quien acuñó con indudable éxito la expresión *dificultad contramayoritaria*, -para poner en cuestión desde una teoría democrática, la vigencia de órganos de

1. Véase Bickel, (1986).

2. Se entenderá por opción judicial robusta, un sistema de supremacía fuerte o protagonismo judicial fuerte en el marco de la revisión judicial de la ley, así como, en el marco de delimitación y configuración del contorno de los derechos fundamentales, sin que los parlamentos democráticos se encuentren forzosamente autorizados a poner en marcha algún tipo de respuesta legislativa que les permita reaccionar ante una determinada orientación jurisprudencial.

3. Basabe (2011), p. 91.

4. Al respecto puede verse las obras de (Schmitt (1983); Kelsen (1995)).

5. García De Enterría (2006), p. 167.

revisión judicial con escasas credenciales democráticas-, hasta hoy, las discusiones se han extendido notablemente dependiendo el contexto en el que se inscriben.⁶

En esas coordenadas resulta de trascendental importancia discutir quién debe tener la “última palabra” cuando lo que se interpreta es la Constitución en una democracia; o, qué es lo que justifica que un grupo de personas no elegidas por el pueblo puedan ejercer una revisión judicial de la ley como la más alta expresión de la voluntad popular. Ciertamente, cuando se conservaba intacto el mito de que el juez se limitaba a aplicar la ley o la Constitución sin tener que valorarla, la falta de legitimidad democrática de los órganos de revisión judicial parecía irrelevante puesto que la actividad judicial se concebía como una actividad meramente intelectual y no valorativa.⁷ Precisamente, el problema de la dificultad u objeción contramayoritaria⁸ parece cobrar mayor envergadura cuando se advierte que muchas de las cláusulas constitucionales están generalmente expresadas en términos altamente vagos y abstractos con un fuerte contenido valorativo. Ahora, ¿Significa esto rendirse a los argumentos de la crítica que llevan, en definitiva, al rechazo del control judicial, acentuando el carácter elitista y antidemocrático de la función de revisión?

Constantemente, los defensores del principio democrático mayoritario han sostenido que el establecer una carta atrincherada de derechos o confiar la guarda de la supremacía constitucional a órganos elitistas no democráticos (Cortes o Tribunales Constitucionales), permitiéndoles conservar la última palabra en temas constitucionales, constituye una afrenta y una limitación injustificada al legislador democrático que afecta a las bases mismas de una sociedad democrática.⁹

De otro lado, hay quienes sostienen con destacados argumentos que la razón de ser de la justicia constitucional es su función anti-mayoría, preservando, justamente, los límites democráticos frente a las veleidades de las mayorías. Es decir, se acepta que la justicia constitucional no forma parte “natural” de la democracia, pero sirve a la democracia de forma sustancial.¹⁰

En efecto, si se reconoce como está claro, que “el catálogo de derechos que encontramos en la mayoría de constituciones recoge principios abstractos de moralidad política, cuya interpretación es controvertida”,¹¹ se dificulta una defensa objetiva de una voluntad constituyente, y se coloca a los defensores de la revisión judicial de la constitucionalidad en la tesitura de ajustar sus argumentos, capaces de cerrar la

6. Alexander Bickel ha utilizado esta expresión para negar la validez de los argumentos que intentan justificar la revisión judicial por antidemocrática. Véase, Bickel (1986).

7. Nino (1992), p. 683.

8. La crítica contramayoritaria sostendría que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador electo democráticamente, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcance de una ley implicaría privar a los ciudadanos del derecho a reflexionar libremente mediante sus representantes a través del contenido y alcance de dichas normas. Es extensa la literatura que ha abordado el tema sobre la revisión judicial –defensores y críticos–; sin embargo, es fundamental la referencia a algunos autores. En el ámbito anglosajón marcaron un punto importante Bickel (1986); Waldron (2005); Ely (1997); Dworkin (1996); Ackerman (1991); Tushnet, (2012); Kramer, (2004), por citar algunos de los más destacados. Aun cuando las referencias son inabarcables, para el ámbito hispanoamericano es indispensable la consulta de obras importantes y destacados artículos como: Ferreres Comella (2012); Nino (1997); Gargarella (1996); Bayon (2004), entre otros, así como innumerables artículos y demás publicaciones.

9. López Hidalgo (2018).

10. Moreso (2003), p. 397, sostiene que el control judicial de constitucionalidad es un instrumento que puede ser adecuado para proteger los derechos constitucionales, aunque no sea un mecanismo estrictamente necesario para la existencia de una democracia constitucional.

11. Ferreres Comella (2010), pp. 356-80.

denominada “brecha interpretativa”.¹² Y si esto se admite, -que las Constituciones incorporan valores abstractos y factores de exclusión respecto de su adopción-, hay buenas razones para tomarse en serio la objeción en contra de la revisión judicial, más aún, en sistemas como el ecuatoriano en donde los jueces constitucionales tiene de hecho la última palabra; el grado de rigidez constitucional es mucho mayor¹³ y, la constitución se presenta con un amplio catálogo de derechos formulados en términos abstractos.

En esencia, la verdadera dimensión del problema se advierte al considerar que democracia y mayoritarismo, constitucionalismo y democracia, por una parte, se contraponen,¹⁴ pero, por otra, se complementan¹⁵ como dos caras de una misma moneda, dado que la democracia no puede concebirse en términos puramente formales para identificarse, sin más, como un simple procedimiento de toma de decisiones mayoritarias.¹⁶

No es posible, en efecto, predicar un concepto de democracia basado en el dominio absoluto e irrestricto de la mayoría. La democracia implica no solo un gobierno de la mayoría, sino también el respeto de unas minorías y uno de los medios para asegurar ese cometido es la propia normatividad de la Constitución con unos límites a la actuación mayoritaria.¹⁷ De ahí que la tensión entre constitucionalismo y democracia ha llevado a que se pueda hablar incluso de modelos intermedios de constitucionalismo, de un *constitucionalismo débil* como una variable del constitucionalismo democrático o de una respuesta democrático-constitucional a medio camino.¹⁸ Dado que, muy probablemente, una aproximación intuitiva en favor del control judicial de constitucionalidad esté asociada con situaciones en las cuales ciertas condiciones de la democracia no son satisfechas y, consecuentemente, lo político -llámese “democrático” o no- no es epistémicamente superior al proceso judicial;¹⁹ y, a pesar de que las Cortes o Tribunales Constitucionales no son el mejor ejemplo de lo que representa un órgano con legitimación democrática directa, dadas las credenciales democráticas que ostentan otros órganos dentro del Estado, significativamente, el legislador; sus decisiones pueden estimarse legítimas en determinados contextos, capaz de justificar el accionar de una “casta judicial” muchas veces de extracción aristocrática. Solamente

12. Roberto Gargarella ha definido que muchas de las críticas contramayoritarias se filtran a través de la denominada brecha interpretativa, es decir, en la amplitud y vaguedad a la que se puede prestar la interpretación constitucional. Véase, Gargarella (1996), p. 59.

13. Alfonso Ruiz Miguel manifiesta que: “...con independencia de la supremacía constitucional, el control judicial en sí mismo no tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria si no va acompañado de una cierta rigidez de la Constitución y, más aún, tal objeción, de estar justificada, tendrá más fuerza cuanto más alto sea el grado de rigidez” Véase, Ruiz Miguel (2004), pp. 62-63.

14. Uprimny (2013), p. 173, indica que, en su versión radical, las categorías democracia y Estado de Derecho entran en tensión y pueden ser consideradas opuestas, pues la democracia, en la medida en la que se funda en la soberanía popular, aspira al gobierno ilimitado del pueblo, mientras que el Estado de Derecho está asociado a la idea de gobierno dividido, limitado y reglado. Sin embargo, el autor también habla de una complementariedad.

15. En efecto, como lo anotado Jorge Roa, de manera textual, las fórmulas constitucionalismo fuerte-democracia débil y constitucionalismo débil-democracia fuerte, son solamente fórmulas explicativas con rasgos de prevalencia y no de anulación, puesto que, constitucionalismo no se opone o excluye la idea de la democracia ni ésta rechaza al constitucionalismo. Véase Roa (2015).

16. Véase, Ferrajoli (2009), pp. 431-48; Gargarella (2008), pp. 23-42; Aragón Reyes (1995), p. 56; Uprimny (2013), p. 173, al tiempo que hablan de una tensión, sin embargo, rescatan la complementariedad de los términos.

17. Sin embargo, en este punto habrá que tener presente la advertencia de Roberto Gargarella sobre la revisión judicial, y es que, “...del hecho de que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no significa que los mismos representen (o, más bien, tengan una motivación especial para defender) a la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad...”. Véase, Gargarella (1997), p. 26.

18. Véase, Schmitt (2002), pp. 254-62. Sobre un *constitucionalismo débil* puede verse Bayon (2004), pp. 234-235.

19. Nino (1997), p. 272.

de esa forma aparecerá el juicio de revisión judicial como un ejercicio razonable de argumentación en el marco de una motivación controlable, así como, de una teoría deliberativa de la democracia²⁰ y de una teoría de la interpretación plausible que involucre prácticas dialógicas y no, actitudes discrecionales o arbitrarias carentes de sustento, posibilitando e insistiendo en la participación de ciertas minorías aisladas,²¹ o sirviendo sustancialmente a la democracia con el fin para corregir las distorsiones de un sistema representativo excluyente.

Bien es verdad que es en el ámbito de las “sociedades bien ordenadas”²² donde, en principio, la objeción al control judicial podría tener mayor relevancia por el riesgo que se deriva sobre el marco de competencias del legislador democrático. De hecho, autores como Waldron y su teoría del *-core of the case-* considera inadmisibles que los desacuerdos sociales sobre derechos sean resueltos en sede judicial en este tipo de sociedades.²³

Ahora bien, más allá de las dudas que despierta la revisión judicial para la democracia, si se acepta la premisa de la consolidación y expansión de la revisión judicial y su defensa contextual ¿cuál es el coste que está dispuesta a asumir una sociedad que se estima democrática con el fin de soportar dicha revisión frente a todas las dudas que la aquejan? A pesar de la vitalidad del debate que ha sido bastante prolijo así como abundante en la teoría, -imposible de poder ser abarcado con toda su amplitud en estas pocas líneas-, inicialmente, parecería contraintuitivo pensar que para el caso ecuatoriano, la justicia constitucional pueda aparecer como un órgano antidemocrático capaz de torcer la voluntad popular a pretexto de interpretar la Constitución,²⁴ debido a la necesidad de un guardián supremo de la norma suprema, así como del “carácter garantista”²⁵ que subyace a la carta constitucional vigente en el marco de un “renovado” o “nuevo” constitucionalismo latinoamericano,²⁶ que, en teoría, irrumpe con la ortodoxia constitucional y consolida a un órgano de control natural de revisión en la cúspide del sistema.

Aún más, puede sostenerse que el debate es intrascendente en el modelo ecuatoriano por cuanto la institución de la revisión judicial tiene una fuente democrática en su

20. A pesar de que se puede hablar de un primer período de gestación de la democracia deliberativa y uno de consolidación posterior, una consulta sobre el origen y evolución del modelo deliberativo, así como un concepto de democracia deliberativa, puede consultarse en Martí (2006). Igualmente, puede verse Nino (1997); Habermas (2008), en lo referente a la práctica deliberativa.

21. Ely (1997).

22. Diego Rodríguez se refiere a este tipo de sociedades como aquellas que cumplen algunos presupuestos, entre ellos: a) una legislatura que funcione de modo razonablemente aceptable de conformidad con los valores democráticos; b) un poder judicial en buena forma; c) una cultura política capaz de sostener un consenso relativamente extendido en torno a la idea de los derechos fundamentales; y, d) un trasfondo de desacuerdos profundos que dividan a los ciudadanos en torno a distintas concepciones sobre los derechos. Véase Rodríguez (2011), p. 31.

23. Waldron (2005).

24. López Hidalgo (2018).

25. Sobre el garantismo puede consultarse la obra de Ferrajoli (2008), pp. 61-62.

26. A este respecto, Roberto Gargarella indica la conveniencia de revisar el calificativo de “nuevo” constitucionalismo, puesto que, en su opinión, el mismo no introduce variables relevantes en relación con el “viejo” constitucionalismo. El autor argentino indica que “las Constituciones de América Latina son, en su gran mayoría, estructuras consolidadas con más de dos siglos sobre sus espaldas, que en todo caso han incorporado algunos pocos cambios en los últimos tiempos (el primero, habitualmente, relacionado con la reelección presidencial) sobre una base que permanece intacta, idéntica a sí misma. Esa base tiene entonces dos partes: una organización de poderes que es tributaria del siglo XIX; y una organización de derechos que se modificó esencialmente a comienzos del siglo XX, y que desde entonces no ha variado de modo extraordinario”. Véase al respecto, Gargarella “El ‘nuevo’ constitucionalismo latinoamericano”, *El País* (Madrid), 20 de agosto de 2014. <http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html>. También Gargarella, R. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral, vol. 48, nro.1, 2015.

origen, como es su inclusión en una norma fundamental aprobada democráticamente de forma reciente (Constitución 2008). Dos cuestiones al respecto: Primero, del hecho de que el modelo de revisión haya sido adoptado en la Constitución vigente en cabeza de la Corte, no se colige que pueda seguirse calificando indubitadamente como legítimo, si, en la práctica, la revisión judicial no se ajusta a unas exigencias verdaderamente democráticas compatibles con el ideal del constitucionalismo;²⁷ segundo, es necesario hacerse cargo y asumir el debate en cuestión a raíz del modelo adoptado más allá de asunciones apriorísticas. Por lo demás, conviene aclarar que el problema no sólo es el de la existencia misma de un órgano de revisión carente de legitimidad, sino, y aún más difícil de justificar, el de la supremacía de la revisión con el carácter de última palabra.²⁸

Para Ecuador el péndulo parece haber oscilado en términos extremos, desde una confianza acrítica del modelo en favor de una Corte Constitucional extendida en sus atribuciones y, en consecuencia, su aceptación o aprobación natural a partir del pacto constituyente de 2008, a una fuerte desconfianza y consecuente rechazo,²⁹ -y esto a partir de algunas últimas decisiones de la Corte-, obviando la relevancia del debate que oriente la toma de una posición sólida a la luz de algunos datos verificables.

De ahí que, lo que interesa es evidenciar si la Corte Constitucional ecuatoriana es un órgano contramayoritario; qué tan lejos puede ser extendida la preocupación contramayoritaria en el caso de la Corte ecuatoriana; y, cuáles son los giros que viene tomando el debate a partir de algunas decisiones recientes de la Corte. Y es que, a pesar de que se ha advertido con especial acento que los enclaves autoritarios que pesan sobre el constitucionalismo latinoamericano dificultan una tarea transformadora en manos de las Cortes y en favor de un constitucionalismo dialógico,³⁰ la idea es poner a prueba dicha afirmación teórica a partir de algunos datos obtenidos en la práctica judicial de la Corte ecuatoriana.

III. EL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO Y LA DEFERENCIA CON EL PODER: EL CASO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

Con el fin de poder abordar el tema de la anunciada dificultad contra-mayoritaria en el caso del Ecuador, se dividirá el análisis en tres fases o periodos desde el momento en el que, al amparo de la Constitución de la República de 2008 se definió el modelo de Estado como Constitucional de Derechos y Justicia³¹ y se instituyó como órgano supremo de control de constitucionalidad a la Corte Constitucional.³² Primero, la

27. Como explica Víctor Ferreres Comella, una cosa es que una institución sea o no compatible con la democracia –que es lo que hace falta discutir- y otra que su existencia sea el producto de una decisión democrática. Véase, Ferreres Comella (2012), p. 47.

28. Bello Hutt (2017).

29. López Hidalgo (2018).

30. Gargarella (2019).

31. Véase, el artículo 1 de la Constitución del Ecuador que textualmente, indica: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano...”.

32. Esto no quiere decir que en la experiencia ecuatoriana, el control de constitucionalidad haya nacido a partir de la Constitución de 2008 en cabeza de la Corte Constitucional. De hecho, el control de constitucionalidad en el Ecuador fue contemplado en la Carta Política de 1851 y, recogido especialmente en la Constitución de 1906 y en la de 1929. A pesar de ello, el control de constitucionalidad se ejercía conjuntamente con un control de legalidad a cargo del Consejo de Estado. A partir de 1945 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales con una duración efímera ya que en 1946, con la nueva Constitución, se volvió a reestructurar, por última vez, el Consejo de Estado. Luego, la Constitución de 1967 retomó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales. Posteriormente, con la reforma de 1998 se creó el denominado Tribunal Constitucional y con la vigencia de la Constitución de 2008 la denominada Corte Constitucional. Véase Salgado (1997), p. 577.

autodenominada Corte de Transición o Corte para el Período de Transición –CCT-, que va desde el 22 de octubre de 2008 momento en el que entró en vigencia la nueva carta fundamental, al 5 de noviembre de 2012. Un segundo período que constituye la Primera Corte Constitucional –CCE-, que comprende desde el 6 de noviembre de 2012 hasta al 31 de diciembre de 2015; y, finalmente, un tercer período, –luego de un lapso de tiempo en donde el país careció de una Corte Constitucional-, marcado por el ejercicio de la Corte Constitucional actual cuyo nombramiento data del 5 de febrero de 2019 y que obedeció a un período de reestructuración y reconfiguración de designación de autoridades, articuladas a la denominada Función de Transparencia y Control Social como una institución vigente a partir del diseño constitucional de 2008.

Tal como se indicó, el principal objeto de este apartado se relaciona con una revisión general de algunas decisiones dictadas en procesos sobre control abstracto de normas emitidas tanto en la CCT como en la primera CC³³ en el marco de la tensión contramayoritaria. Además, con el fin de delinear el alcance de la crítica, se hará una especial mención al rol de la Corte que, durante este período, vía jurisprudencia, adelantaron el camino para implementar procesos de reformas (in) constitucionales en favor de la reelección presidencial indefinida.

Finalmente, a manera de contraste, en una última sección se pasará revista a algunos casos paradigmáticos recientemente resueltos por la actual Corte, aportando con nuevos elementos al debate en torno a la cuestión central propuesta, mostrando como la revisión judicial robusta, puede acrecentar una crítica contramayoritaria pero al mismo tiempo, ser garante de los derechos fundamentales.

1. Corte Constitucional de Transición y su deferencia con el poder

En este período, la Corte parece consciente del anunciado problema contramayoritario. De hecho, el órgano jurisdiccional, de alguna manera abordó la cuestión en la sentencia 019-12-SIN-CC, de forma poco satisfactoria. En dicho proceso, con fundamento en el principio de supremacía de la Constitución en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, la Corte afirmó que “...los jueces en el Ecuador tienen la última palabra sobre los derechos en prácticamente cualquier cuestión que se plantee la sociedad, “desplazando adecuadamente”, a los órganos que participan en el debate democrático”.³⁴ Así, a criterio de la Corte, los jueces “lejos de oponerse a la voluntad de la mayoría, dan efecto a la voluntad mayoritaria en efecto superior que expresa la Constitución. La Constitución posee aún mayor legitimidad democrática que la ley, y los jueces que hacen prevalecer ésta última no están imponiendo su propia autoridad y capacidad epistemológica, sino la que la Constitución refleja”.³⁵

A partir de esta argumentación, el órgano jurisdiccional pretendió dejar sentando de forma terminante sin posibilidad de diálogo, que éste es el órgano que posee la última palabra en cualquier cuestión constitucional. No obstante, el argumento que le sirvió de sustento dista de ser pacífico, encubriendo algunas prácticas elitistas de la revisión judicial.³⁶ De esta manera, la Corte olvidó que el argumento que subyace a la llamada

33. Nos referimos por control abstracto de normas a aquel tipo de control destinado a asegurar la supremacía constitucional, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico (artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador –LOGJCC-) que se ejerce sobre cuerpos normativos. Un contraste de normas que realiza la Corte Constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 436, numerales 2 y 4 de la Constitución Ecuatoriana de 2008.

34. Véase, la sentencia de la Corte 019-12-SIN-CC, pág. 10, de fecha 26/04/2012.

35. *Ibid.*, p. 11.

36. López Hidalgo (2017), p. 188.

“obviedad de las cláusulas constitucionales” en materia interpretativa, aunque siendo atractivo en la medida en la que los jueces intervendrían solamente para vivificar la voluntad popular declarada en la forma objetivada por la Constitución, afronta algunas críticas justificadas.³⁷ Dicho argumento de la CCT, según el cual los jueces no están imponiendo su propia autoridad sino la que la Constitución refleja, evidencia la falta de atención oportuna a algunos cuestionamientos sobre la refutada claridad constitucional y su “única objetividad”. Esta posición que pretende asegurar a la Corte un espacio dentro del orden democrático capaz de sortear la crítica, desatiende los cuestionamientos básicos que se han esgrimido en esa dirección. En efecto, la “última palabra” a la que aludido la Corte ecuatoriana no puede ser utilizada para reemplazar al legislador, si, en la práctica, lo que se demuestra es un ejercicio poco consistente del derecho, sus instituciones y en perjuicio de la propia democracia.³⁸ Ese “desplazamiento adecuado” al cual ha hecho referencia la Corte en su sentencia resultaría tolerable, únicamente, en la medida en que el marco de justificación y argumentación resulte racional y controlable a efectos de corregir exclusivamente algunas patologías del sistema democrático y luego de diálogo previo. A pesar de ello, la práctica de la Corte ecuatoriana ha dado la razón a quienes critican la falta de legitimidad democrática de la justicia, cuando aducen que el orden democrático tiene todo que perder si ese desplazamiento del legislador por unos órganos elitistas es efectuado mediante una práctica poco permeable al debate en términos deliberativos, cerrando el diálogo ciudadano e institucional.

Como dato cuantitativo a tener presente, conviene destacar que en los casos en que la Corte conoció de acciones tendientes a dejar sin efecto actos normativos provenientes del Ejecutivo, aquélla no procedió a declarar la inconstitucionalidad de ninguna de las normas impugnadas.³⁹ Solamente, en un caso se procedió a declarar la inconstitucionalidad diferida mediante una sentencia modulativa.⁴⁰ Por el contrario, en los casos en que el Presidente ejerció la legitimación activa ante la Corte, procedió siempre a estimar favorablemente la demanda propuesta.⁴¹

Por otro lado, en este período de la Corte, de las 23 sentencias relativas a normas impugnadas ante la Corte de Transición respecto de actos provenientes del Legislador, en el 43% de ellas la Corte aceptó la acción y declaró la inconstitucionalidad del acto normativo. Solo en una de ellas se declaró la inconstitucionalidad reductora; otra aceptó la impugnación parcialmente y, en otras ocasiones, se dictó una sentencia modulativa interpretativa. En el resto, 57% (13 sentencias), la Corte rechazó las demandas propuestas.⁴²

Bajo este escenario de la Corte de Transición, una primera lectura es que la anunciada dificultad contramayoritaria no parece un problema con el que deba lidiar el debate constitucional ecuatoriano, o, quizá, al revés, sea un debate que merece ser profundizado cuando lo que se alcanza a evidenciar son prácticas deferentes del órgano de revisión judicial en favor de los poderes públicos a los cuales está llamado a controlar, dejando por fuera cualquier posibilidad de diálogo constructivo para el sistema democrático.

37. *Ibíd.*

38. *Ibíd.*, p. 189.

39. Véanse las sentencias de la Corte 005-09-SIN-CC, de fecha 03/09/2009; 005-10-SIN-CC, de fecha 10/06/2010; 005-11-SIN-CC, de fecha 12/10/2011 (en éste caso el voto salvado aceptaba la acción propuesta); 014-12-SIN-CC, de fecha 19/04/2012; 021-12-SIN-CC, de fecha 07/06/2012; 025-12-SIN-CC, de fecha 21/06/2012; 001-10-SIA-CC, de fecha 16/12/2010.

40. Véase, la sentencia de la Corte 009-10-SIN-CC, de fecha 09/09/2010.

41. Véase, las sentencias de la Corte 001-12-SIN-CC, de fecha 06/03/2012 y 016-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012.

42. López Hidalgo (2018), p. 228.

Una segunda lectura es que ésta actuación de la Corte, al preservar las normas emanadas del legislador sin declarar su inconstitucionalidad, podría mirarse como un acto de deferencia y “diálogo respetuoso” de la Corte para con el cuerpo parlamentario y sus credenciales democráticas bajo el principio *in dubio pro legislatore* morigerando los rasgos de un sistema fuerte de revisión judicial, hacia los márgenes de un constitucionalismo débil.⁴³ No obstante, esa feliz consecuencia parece lejana cuando las condiciones que debieron haber hecho posible una actuación en términos dialógicos, estuvieron marcadas por un parlamento con escasa deliberación y atención al debate público y ciudadano, susceptible, únicamente, a las demandas y peticiones que tenían como origen un ejecutivo poderoso que a su vez, cooptó mayoritariamente dicha asamblea parlamentaria. Es decir, una fachada de deferencia democrática, que encubría una defensa en el orden judicial para el propio poder de turno.

Como se ve, los jueces de la Corte en este período fueron conscientes del problema contramayoritario, no obstante, prefirieron escudarse en la supremacía sin más, del órgano que representan, denostando la posibilidad de diálogo y ratificando de cualquier modo, las normas de origen parlamentario a las cuales estaban llamados a controlar. Una deferencia complaciente con el poder de turno que anuló cualquier posibilidad de discusión relativa al tema contramayoritario.

2. Primera Corte Constitucional y su deferencia con el poder

Al igual que lo que sucedió con la Corte de Transición, la primera Corte también consciente de la problemática que se vierte sobre un ejercicio de su actividad; sin embargo, los resultados serían los mismos: una deferencia funcional y complaciente respecto del órgano controlado. Así, la Corte manifestó que “...cada nueva legislatura debe entenderse desde la perspectiva de la voluntad democrática diferente...”,⁴⁴ con lo cual, se reafirma la cláusula general de configuración legislativa y el respeto al principio mayoritario.⁴⁵ No obstante, ésta inicial auto advertencia de contención de la Corte para con el legislador democrático, tomo otros giros en casos de especial relevancia que ponen en evidencia la tensión Corte-legislador y que, además, cuentan con un ingrediente especial, la intervención del Presidente de la República.⁴⁶ De hecho esto es lo que ocurrió por ejemplo en la sentencia 009-13-SIN-CC relacionado a la impugnación hecha por el Presidente de la República a la Ley Orgánica de la Función Legislativa.⁴⁷

A pesar de que, según la Corte, con una declaratoria de inconstitucionalidad sustitutiva emitida en este caso se habría incentivado el diálogo abierto y democrático⁴⁸ entre el Ejecutivo y el Legislativo, -lo cual es llamativo-, lo cierto es que no existe en éste período de la Corte, una práctica deliberativa clara y consolidada que en el marco de un constitucionalismo dialógico incentive una práctica de colaboración armónica del

43. Roa (2015).

44. Véase, la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC de fecha 17/09/2014.

45. Casos en donde la Corte Constitucional reconoce el margen de configuración legislativa son, entre otros: 007-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013, 008-13-SIN-CC, de fecha 13/06/2013; 010-13-SIN-CC, de fecha 25/09/2013; 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014; 005-15-SIN-CC, de fecha 18/03/2015.

46. Véase, la sentencia de la Corte 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013.

47. López Hidalgo (2018) p. 256-257.

48. Véase, la sentencia de la Corte 009-13-SIN-CC, pág. 12, de fecha 14/08/2013, cuando indica: “...Al respecto se considera que la facultad de sanción y objeción (veto) presidencial, otorgada al Ejecutivo por la Constitución, no debe entenderse como un mecanismo de oposición, al contrario supone un medio para garantizar el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*), por medio del cual se busca establecer una colaboración mutua ente el Ejecutivo y el legislativo, con el objeto de alcanzar los fines del Estado, además de prevenir una invasión del legislativo en la actuación y administración del poder Ejecutivo, logrando alcanzar un verdadero equilibrio de poderes”.

ejercicio del poder público.⁴⁹ De hecho, el desbalance constitucional –advertido por Gargarella para el constitucionalismo latinoamericano–, en favor de un presidencialismo acentuado como el ecuatoriano⁵⁰ parece confirmarse también en las sentencias que fueron emitidas por la Corte en éste período y que fueron favorables al Ejecutivo.⁵¹

Aun cuando los márgenes de intervención del órgano jurisdiccional en materia de control abstracto respecto de normas provenientes del legislador no ha sido elevada más allá de algunas pocas declaratorias de inconstitucionalidad, la evidencia llega a resultar alarmante en aquellas acciones en las que quien acudió como legitimado activo a la Corte, fue el Ejecutivo.⁵² Si bien en el período analizado son pocos los casos propuestos por el Presidente de la República como legitimado activo, orientados a dejar sin efectos leyes del parlamento –órgano en el cual existió además una mayoría oficialista, la Corte aceptó todas las demandas presentadas por aquél, declarando la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.⁵³ De otro lado, cuando fueron otros los legitimados activos que presentaron acciones contra normas provenientes del Presidente, salvo en una ocasión, en la que se aceptó parcialmente la demanda,⁵⁴ no se registraron declaratorias de inconstitucionalidad por parte de la Primera Corte Constitucional.⁵⁵

Como dato, más allá de aquellos casos donde se han presentado *amicus curiae*,⁵⁶ con miras a atenuar los rasgos más elitistas de la función, –los cuáles no han tenido mayor trascendencia en las decisiones de la Corte–,⁵⁷ o se ha dispuesto la publicación de la demanda de inconstitucionalidad para que cualquier interesado en la causa pueda comparecer al proceso constitucional, la Corte no ha destacado como un órgano que haya promovido con especial relevancia dentro del sistema constitucional, una participación deliberativa en el marco de un constitucionalismo dialógico. Y es que, como suele ocurrir, propuestas e iniciativas que aparecen como novedosas respecto de la participación institucional, son aprovechadas en su prestigio para presentar como soluciones dialógicas, prácticas que solo pretenden justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas.⁵⁸ Ahora, es posible que el problema se deba a la dificultad que todavía existe para definir con precisión los contornos de las soluciones dialógicas, frente a lo que se consideran

49. López Hidalgo (2017), p. 191.

50. Sobre el hiper presidencialismo en el caso ecuatoriano puede consultarse Salgado (2015), pp. 399-423.

51. Un criterio compartido, esta vez en relación con la Corte de Transición puede consultarse en Salgado (2013).

52. López Hidalgo (2017), p. 192.

53. Véase las sentencias de la Corte 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013; 009-15-SIN-CC, de fecha 31/03/2015; 011-15-SIN-CC, de fecha 08/04/2015.

54. Véase, la sentencia de la Corte 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014.

55. Véanse las sentencias de la Corte 003-13-SIN-CC, de fecha 04/04/2013; 006-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013; 001-14-SIN-CC, de fecha 21/05/2014; 012-15-SIN-CC, de fecha 22/04/2015; 013-15-SIN-CC, de fecha 29/04/2015 y 018-15-SIN-CC, de fecha 03/06/2015.

56. Véase, por ejemplo, las sentencias de la Corte 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014 y 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014. Por su parte la LOGJCC en su artículo 12 manifiesta: “Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado”.

57. Aun así, Roberto Gargarella destaca el especial papel que los *amicus curiae* pueden tener en las decisiones de la Corte. Se trataría –dice el autor– de una práctica muy difundida en Estados Unidos, consistente en la presentación de alegatos muchas veces redactados por personalidades o grupos de conocida trayectoria que complementan a los ya presentados por las partes y que generalmente suelen tener un peso importante en los fallos, contribuyendo a atenuar la crítica contramayoritaria. Véase, Gargarella (1996), p. 107.

58. Un ejemplo de lo dicho son las denominadas audiencias públicas que la Corte Constitucional llevó a cabo dentro del control de constitucionalidad sobre el pliego de preguntas que fueron propuestas por el Presidente de la República en ese período, las mismas sólo sirvieron para presentar como prácticas dialógicas una decisión judicial controvertida. Véase al respecto, el dictamen de la Corte Constitucional ecuatoriana 001-11-DRC-CC, de fecha 15/02/2011.

remedios de prácticas deliberativas donde la última palabra de la Corte termina siendo siempre, en la práctica, la única palabra, sin la posibilidad de una revisión posterior y sin diálogo democrático.⁵⁹ Con tales antecedentes, y frente a las escasas evidencias de prácticas deliberativas o dialógicas, la crítica al ejercicio jurisdiccional de la Corte tiende a acentuarse, pero, no dentro de los términos de la clásica dificultad contramayoritaria, sino, más bien, porque pone de relieve prácticas llamativas de deferencia funcional a favor de ciertas ramas del poder público, instrumentalizando la práctica jurídica en favor del poder político de turno que somete a sus designios a los más altos órganos de justicia.

Lo dicho se ha vuelto más patente en casos en donde la Corte (001-14-DRC-CC) habilitó vía jurisprudencia la posibilidad de que el Ejecutivo adelantara una reforma (in)constitucional que permitiese la reelección indefinida bajo el escandaloso argumento de que una decisión de esta naturaleza no restringe derechos sino que los amplía, configurando en términos de Landau y Dixon, un constitucionalismo abusivo.⁶⁰ En fin, estas notas parecen indicar que, aunque el diseño constitucional ecuatoriano parece contramayoritario en su origen por ser partidario de una opción judicialista robustecida con una Corte que detenta “la última palabra”, en la práctica, este temor inicial tiende a diluirse en diseños institucionales en donde la Corte parece más bien deferente con un Ejecutivo reforzado⁶¹ disfrazando de diálogo institucional varias decisiones controvertidas en apoyo a un legislador todo poderoso. Al parecer el antídoto constitucional vigente –Corte Constitucional con amplias facultades– frente al constitucionalismo más tradicional que se impone desde el propio momento constituyente,⁶² subordina una práctica judicial que se espera emancipadora y, al mismo tiempo, marca la idea de una justicia desencajada en el engranaje de un constitucionalismo que es presa de unos poderes de turno.⁶³

3. Corte Constitucional de 2019: ¿Rasgos de una Corte contra-mayoritaria?

Luego de que por varios meses el Ecuador no contara con una Corte Constitucional –lo cual abre algunos escenarios de discusión–, a raíz de procesos de reformas constitucionales implementados para la evaluación y nueva designación de varias autoridades del Estado a cargo de la denominada Función de Transparencia y Control Social y su Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio como el órgano más visible de dicha función⁶⁴ y, con unas nuevas reglas de juego institucionales,

59. Por ello, más allá de la amplitud con que la que la ciudadanía pueda y deba participar realmente en la tarea de revisión judicial, lo cual supone una arista de diálogo democrático (cortes-ciudadanos), una segunda arista de diálogo democrático, esta vez en la dimensión corte-legislador, sólo es posible si la decisión judicial de anular una ley puede generar en el parlamento una reacción positiva para incorporar al nuevo debate legislativo condiciones que hayan sido puestas de relieve en la decisión judicial y que en un inicio no fueran consideradas en la esfera legislativa. Así, la Corte podría haber forzado un tema que el órgano legislativo habría preferido no tratar en su agenda y, por supuesto, los términos precisos de cualquier ley nueva se verían poderosamente influenciados por la decisión de la Corte. Véase, al respecto, Hogg y Bushell (2014), p. 19.

60. Dixon y Landau (2019).

61. Conviene aclarar que, también el Tribunal Constitucional en su momento –según Agustín Grijalva– funcionó con extrema deferencia al Congreso de los Diputados, produciéndose una instrumentalización o manipulación del Derecho en favor del juego político-partidista. Véase, Grijalva (2011), pp. 199-200.

62. Como en efecto ha indicado el profesor Gargarella, el sistema institucional en sus inicios fue pensado y desarrollado con pobres concepciones democráticas, cuando no fueron diseñados de forma directa en contra de un verdadero ideal democrático. Véase, Gargarella (2002).

63. Gargarella “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”. Disponible en [http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf].

64. La denominada Función de Transparencia y Control Social como una nueva función del Estado en el diseño institucional de la Constitución ecuatoriana y, su órgano más visible, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, ha sido ampliamente cuestionado desde una teoría democrática por cuanto, concentra excesivas atribuciones que favorecen un diseño constitucional reforzado en favor del Ejecutivo. Véase al respecto los artículos 204, 205, 206, 207 y 208 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

se integraría la última Corte Constitucional en funciones hasta la actualidad. Dicha Corte inició sus actividades en febrero de 2019 y ha estado marcada por el pasado cercano de sus antecesoras así como por una expectativa importante en términos de consolidar algunos espacios de protección de los derechos que destacan en el proyecto constitucional de 2008.

Si bien es temprano para una evaluación de mayor alcance respecto del accionar de ésta última Corte, algunos rasgos recientes muestran un giro positivo e importante que puede estar adoptando la justicia constitucional en el juego democrático ecuatoriano. El reconocimiento del denominado matrimonio igualitario vía jurisprudencia (sentencia 10-18-CN-19, y 11-18-CN-19) como un paso adelante en la protección de los derechos, puede ser una muestra. Sin duda, una decisión de la Corte mucho más activista-progresista, comprometida con unas minorías aisladas, lo cual vuelve a poner en la mesa de discusión el especial papel de la justicia en una democracia.

Lo dicho no supone una aceptación favorable sin más respecto del accionar de la Corte, al contrario, fuertes críticas podrían hacerse respecto de la argumentación dada en el caso concreto del matrimonio igualitario, pero, sin duda, marcan un nuevo momento en el ejercicio del control.⁶⁵ Ciertamente, la decisión ha encendido el debate constitucional en torno a la crítica contramayoritaria, rol de la Corte y su accionar en términos de los procesos interpretativos que lleva a cabo, técnicas de argumentación y de justificación válida de una decisión que se estima razonable,⁶⁶ -lo cual fue denunciado en el voto salvado-, no obstante, un giro contramayoritario de carácter progresista puede estar marcando el ideario de la nueva Corte. Y con ello, nuevamente, la pregunta ¿Cuál es el coste o beneficio que esto tiene para una democracia?

Incluso, casos muy recientes como la sentencia de 28 de abril de 2021 que despenalizó el aborto como consecuencia de violación a través de un juicio de ponderación constitucional, (sentencia 34-19-IN/21 y acumulados) constituye otra muestra más de que los debates se han trasladado nuevamente hacia la actividad Corte y la función que desempeña.

Una primera aproximación podría sugerir que la última Corte ha venido a ocupar un espacio en el que la política ha dejado ausente en términos de discusión democrática, a minorías aisladas o grupos sociales históricamente discriminados, desplazando los debates centrales de los derechos del Parlamento hacia la Corte con miras a “corregir” en algún modo la inercia legislativa y el déficit de discusión y deliberación. Aunque interesante, se trata de una hipótesis también preocupante puesto que el legislador habría liberado espacios de discusión en favor del órgano de control, evitando discusiones constitucionales de derechos, quizá, por razones de conveniencia política⁶⁷ tal como habría sucedido en el debate parlamentario sobre la despenalización del aborto años atrás que no encontró el eco y la discusión necesaria en la Asamblea Nacional.

Por otro lado, convendría indagar si la designación de los jueces constitucionales actuales a través de un proceso público de méritos, ha sido una variable que ha incidido de forma positiva tanto en la “calidad” de los jueces que integran la nueva Corte, así como, en el accionar de la misma, tendiendo presente que en las Cortes que le antecedieron

65. Un análisis de la decisión puede verse en López Hidalgo y Correa Vazquez (2020).

66. Me refiero particularmente a la puesta en práctica de un dudoso juicio de ponderación, proporcionalidad constitucional o *balancing test* llevado a cabo dentro del dictamen de la Corte Constitucional, como base central de su razonamiento jurídico. (casos 11-18-CN y 10-18-CN).

67. Tushnet (1999).

a la de 2019, el proceso de designación de los jueces estuvo muy ligado a los poderes de turno, especialmente, al ejecutivo, socavando de esta forma las bases del sistema democrático de control.

De bueno, insistir en que al menos en uno de los casos resueltos sobre el tema del matrimonio igualitario, -puesto que se trató de dos procesos de consulta de norma con similares características-,⁶⁸ la Corte ha reenviado al órgano democrático para que sea éste el que regule la situación concreta al amparo de los límites fijados por el órgano jurisdiccional. No obstante, y como un dato a señalar, el parlamento nacional, a pesar del exhorto de la Corte no ha dado paso a ninguna relación al respecto, desatendiendo el mandato judicial de la Corte y diluyendo la esperanza democrática de diálogo y discusión nacional en los márgenes fijados por la decisión de la Corte.

Por otro lado, especial atención merece en la insistencia que ha hecho la Corte actual sobre el especial rol de la discusión y deliberación democrática que debe encabezar el parlamento. En varias decisiones la Corte ha insistido sobre la potestad de libre configuración legislativa que detenta el legislador y la necesaria intervención dialógica que debe guiar la discusión parlamentaria. Paradójicamente, y como para tener en cuenta, al interior de la misma Corte, algunos votos salvados han echado de menos una práctica deliberativa y dialógicas que condensan las decisiones más trascendentales del órgano de control⁶⁹ exhortando una necesidad de dialogo y discusión nacional más amplia en torno a cuestiones centrales sobre derechos.

Así, si como queda indicado, la Corte como institución del control en sus inicios aparecía como guardián de los poderes públicos y no de los derechos, lejana a una preocupación original de la crítica contramayoritaria en su versión clásica; hoy, al menos en apariencia, parece interesada en un papel más activo en la protección de los derechos; no obstante, el coste deliberativo y democrático sigue estando presente. Habrá que esperar a ver cuál es el desarrollo jurisprudencial posterior en momentos de especial preocupación para la democracia actual y los derechos sociales (tiempos de Covid-19), en donde el ejecutivo ha echado mano de forma recurrente de los denominados estados de excepción; y, la Corte, en un ejercicio de contención de los poderes excepcionales, embestido de un rol contramayoritario y en tutela de los derechos fundamentales, ha dejado claro cuál es el alcance de la excepcionalidad.

Aun así, y con las advertencias realizadas respecto del actuar de la Corte, sumado a los profundos desacuerdos que puedan existir en una sociedad democracia, se vuelve tanto o más importante insistir de qué modo el debate público desalentado, puede ser recuperado como la esencia de una ciudadanía activa;⁷⁰ no solamente en las arenas judiciales, sino, en un sentido verdaderamente democrático popular, sin tener que esperar, -necesariamente y como último mecanismo de contención y protección-, de un órgano de control con la última palabra a través del cual se filtran varias preocupaciones sociales.

68. La consulta de norma, o consulta de constitucionalidad en el caso ecuatoriano, es una institución que se articula dentro del control de constitucionalidad y que tiene como finalidad garantizar la coherencia de las normas que integran el sistema jurídico, al tiempo de asegurar la supremacía constitucional. Es en ese contexto del control en donde se suscitaron los casos 11-18-CN y 10-18-CN, en los cuales el máximo órgano de control e interpretación constitucional en el Ecuador resolvió dos consultas relacionadas con el matrimonio igualitario, a partir de la disposición contenida en el artículo 67 de la Constitución de la República

69. De hecho el voto salvado de la Jueza Nuques en el caso de la despenalización del aborto es una muestra. (Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados)

70. Waldron (2015 a)), p. 348.

De hecho podría suceder que un giro progresista para los derechos, no sea una cuestión alentadora o de largo alcance puesto que, se corre el riesgo que interpretaciones y argumentaciones que aparecen como garantistas-progresistas en un momento, pero que carecen de justificación de mayor calado, puedan ser utilizadas bajo los mismos criterios para momentos de restricción y desconocimiento de los derechos. Dicho en otras palabras, un activismo conservador podría valerse de una interpretación progresista para frustrar algunas reivindicaciones de los derechos. Eso sólo evidenciará un desgaste apresurado de la legitimidad de la justicia constitucional.

Para concluir baste decir que se puede hablar de un optimismo constitucional cauteloso y estratégico de las cortes en favor de los derechos, así como de una especial posición de contención frente a sistemas autoritarios,⁷¹ no parece que esta idea pueda llegar a consolidarse en el largo plazo en el caso ecuatoriano más allá de lagunas muestras aisladas de activismo judicial progresista, ya que los diseños institucionales en donde los jueces se desenvuelven, no presentan mayores incentivos para una actuación transformadora de largo alcance. Lo dicho confirmaría la tesis de Roberto Gargarella y su visión escéptica del rol de la justicia en el sistema democrático latinoamericano, desalentado por pactos constitucionales que son hostiles a las mayorías populares.⁷²

IV. REFLEXIONES FINALES.

A pesar de que la obsesión del debate contramayoritario continúa latente en la tradición norteamericana, incluso frente al resto del mundo democrático que asumió un modelo de cortes o tribunales encargados de la guarda constitucional, el debate para el caso ecuatoriano ha sido inexistente, en un modelo en donde la Corte ha asumido el carácter de guardián natural del pacto fundamental.

En ese contexto, aunque resulte necesaria la revisión judicial por su compatibilidad con los ideales más nobles del constitucionalismo, su aceptación se encuentra más allá de simples estipulaciones terminológicas o asunciones apriorísticas. Más aun, en el sistema ecuatoriano en donde se mira con especial preocupación por una apuesta fuerte en favor de una opción judicialista robusta con el carácter de última palabra adoptado a partir de la Constitución de 2008. De ahí que una reflexión que se apoya en una verificación empírica en relación al ejercicio de la anunciada legitimidad democrática de la revisión judicial, resulta necesario. De otra manera, todas las inquietudes que ha suscitado la crítica contramayoritaria reaparecen con especial contundencia en contra de la Corte, pero, aún más, vuelven injustificables las prácticas judiciales de deferencia funcional en favor de los poderes públicos cuando no se alcanza a evidenciar una carga de argumentación racional y controlable.

A pesar de lo dicho y de la importancia del debate contramayoritario, el “problema” de un activismo judicial, minando unas competencias del legislador, no parece existir en el ideario de las primeras Cortes ecuatorianas. Al contrario, en los dos primeras experiencias de Corte Constitucional a partir de la Constitución de 2008, lo que se evidencia es un exceso de autocontención; o, dicho de manera clara, de deferencia funcional con el Ejecutivo y, por extensión, a un Legislativo de mayoría oficialista, sin que el órgano de revisión haya utilizado de manera decisiva todas sus atribuciones constitucionales hasta llegar a convertirse en un órgano contra-mayoritario.

71. Pou Gimenez (2019).

72. Gargarella (2019).

En efecto, aunque el diseño constitucional ecuatoriano parece contramayoritario en su origen, otorgando un gran poder a los jueces en el marco de una Constitución que se estima garantista, en la práctica, la temida dificultad tiende a diluirse en su versión original cuando la Corte parece más bien complaciente con un modelo hiperpresidencial y con un poder al cual está llamado a controlar, auspiciando los más caros caprichos del poder de turno como puede ser la reelección presidencial indefinida, acentuada por un diseño institucional desbalanceado.

Solamente a partir de la vigencia y ejercicio de la reciente Corte Constitucional de 2019 y de algunos casos paradigmáticos que han sido resueltos como: el matrimonio igualitario; la despenalización del aborto en casos de violación; o, declaratorias de inconstitucionalidad de estados de excepción, a reaparecido con inusitado interés el debate de la crítica contramayoritaria en el Ecuador.

Finalmente, el mismo diseño constitucional de los derechos con una Corte fuerte, robusta, pero independiente, puede hacer aparecer rostros más activos, progresistas y comprometidos del actuar jurisdiccional al punto de convertirla en un agente central del juego democrático. No obstante, el costo democrático que ello supone no habría desaparecido por completo, obligando a ajustar los diseños institucionales tanto en las arenas judiciales como parlamentarias, pero, fundamentalmente, recuperando la última palabra para el pueblo como una preocupación igualitaria de largo alcance.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1991): *We the People: Foundations* (Cambridge, Harvard University Press).
- ALEXY, Robert (2003): “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta).
- ARAGÓN REYES, Manuel (1995): *Constitución y control de poder* (Buenos Aires, Ciudad Argentina).
- BASABE, Santiago (2011): *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)* (Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador).
- BAYON, Juan Carlos (2004): “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Jerónimo Betegón y Francisco J. Laporta, *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid, CEPC).
- BELLO HUTT, Donald. (2017): “Revisión judicial y democracia deliberativa en términos de teoría departamental y constitucionalismo popular”, en *Bajo Palabra-Revista de filosofía*, (Nro. 17).
- BICKEL, Alexander (1986): *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (Nueva Haven, Yale University Press).
- DIXON, Rosalind y LANDAU, David (2019): “El constitucionalismo transnacional y una limitada doctrina de enmienda constitucional inconstitucional”, en Roberto Niembro y Sergio Verdugo (editores), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, (Icons México- Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- DWORKIN, Ronald (1996): *Freedom’s Law. The moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Harvard University Press).
- ELY, John (1997): *Democracia y Desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)* (Bogotá, Universidad de los Andes / Siglo del Hombre).
- FERRAJOLI, Luigi (2009): “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada* (Buenos Aires, Eudeba).
- FERRAJOLI, Luigi (2008): *Democracia y garantismo* (Madrid, Trotta).
- FERRERES COMELLA, Víctor (2010): “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional* (Madrid, Trotta).
- FERRERES COMELLA, Víctor (2012): *Justicia; Justicia constitucional y democracia*, (Madrid, CEPC).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el tribunal constitucional* (4ta. ed., Madrid, Civitas).
- GARGARELLA, Roberto (1997): “Del reino de los jueces al reino de los políticos”, *Jueces para la democracia* (No. 28).
- GARGARELLA, Roberto (2014): “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Roberto Gargarella, comp., *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (Buenos Aires, Siglo XXI).
- GARGARELLA, Roberto (2014): “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *El País* (Madrid), 20 de agosto de 2014. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html].

- GARGARELLA, Roberto “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”. Disponible en [http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf.]
- GARGARELLA, Roberto (2015): “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral (vol. 48, nro.1).
- GARGARELLA, Roberto (2019): “La revisión judicial para las democracias latinoamericanas”, en Roberto Niembro y Sergio Verdugo (editores), La justicia constitucional en tiempos de cambio, (Icons Mexico- Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- GARGARELLA, Roberto (2002): Crisis de la representación política (México DF, Fontamará).
- GARGARELLA, Roberto (1996): La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial (Barcelona, Ariel).
- GARGARELLA, Roberto (2008) “Constitucionalismo vs. Democracia” en Roberto Gargarella, coord., Teoría y crítica del derecho constitucional (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- GRIJALVA, Agustín (2011): “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador”, en Constitucionalismo en Ecuador (Quito, CEDEC / CCPT).
- HOGG, Peter y BUSHELL, Allison (2014): “El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas” en Gargarella, comp., Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática (Buenos Aires, Siglo XXI editores).
- KELSEN, Hans (1995): ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Madrid, Tecnos).
- KRAMER, Larry (2004): The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review (Nueva York, Oxford University Press).
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián (2017): “Dificultad contramayoritaria y la corte constitucional ecuatoriana” en Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana (Quito, Universidad de Cuenca)
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián (2018): Reflexiones acerca de le legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador (vol. 4, Quito, Serie Derecho y Sociedad-Universidad Andina Simón Bolívar).
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián y CORREA VÁZQUEZ, Alexandra (2020): Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana, en Anuario de Derecho Constitucional Latinomaericano (Bogotá. Fundación Konrad Adenauer Stiftung).
- MARTÍ, José Luis (2006): La república deliberativa: Una teoría de la democracia, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MORESO, José Juan (2003): “Derechos y justicia procesal imperfecta”. En Francisco Laporta, edit., Constitución: Problemas filosóficos (Madrid, CEPC).
- NINO, Carlos Santiago (1992): Fundamentos de derecho constitucional (Buenos Aires, Astrea).
- NINO, Carlos Santiago (1997): La Constitución de la democracia deliberativa, (Barcelona, Gedisa).
- PEÑA FREIRE, Manuel (1997): La garantía en el Estado Constitucional de derecho (Madrid, Trotta).

- POU GIMÉNEZ, Francisca (2019): “Las cortes latinoamericanas en contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico”, en Roberto Niembro y Sergio Verdugo (editores), *La justicia constitucional en tiempos de cambio* (Icons Mexico- Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- ROA ROA, Jorge (2015): *El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia* (Universidad Externado de Colombia, Serie Documentos de Trabajo, nro. 40).
- RODRÍGUEZ, Diego (2011): *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: Una perspectiva crítica* (Madrid, CEPC).
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2004): “Constitucionalismo y democracia”, en *Isonomía*, (No. 21).
- SALGADO PESANTES, Hernán (2013): “¿Guardianes o sepultureros de la Constitución de 2008?: Primer balance de la Corte Constitucional en transición”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Madrid, CEPC).
- SALGADO PESANTES, Hernán (2015): “Estado de Derecho e hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano” en *Derecho Constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle* (San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A).
- SALGADO PESANTES, Hernán (1997): “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”, en Fernández Segado y García Belaunde, coord., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Dykinson).
- SCHMITT, Annette (2002): “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?”, en Pablo Navarro y Cristina Redondo, comp., *La relevancia del derecho* (Barcelona, Gedisa).
- SCHMITT, Carl (1983): *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos.
- TUSHNET, Mark (2012): *¿Por qué la Constitución importa?* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- TUSHNET, Mark (1999): *Takin the Constitution Away from de Courts* (Princeton University Press).
- UPRIMNY, Rodrigo (2013): “Estado de derecho”, en *Eunomía Revista en Cultura de legalidad*, (No. 5).
- WALDRON, Jeremy (2005 a.): *Derecho y desacuerdos, (Law and Disagreement)*, (Madrid, Marcial Pons)
- WALDRON, Jeremy (2005): *The core of the case againsts judicial review*, en *Yale Law Journal*, (Nro. 115).

Fuente Normativa

- Constitución de la República del Ecuador de 2008. (RO 449: 20-oct-2008).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador. (RO-2S 52: 22-oct-2009).

Fuente Jurisprudencial

- Dictamen 001-11-DRC-CC, de fecha 15/02/2011
- Sentencia 001-10-SIA-CC, de fecha 16/12/2010
- Sentencia 001-12-SIN-CC, de fecha 06/03/2012
- Sentencia 001-14-SIN-CC, de fecha 21/05/2014
- Sentencia 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014
- Sentencia 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014
- Sentencia 003-13-SIN-CC, de fecha 04/04/2013
- Sentencia 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014
- Sentencia 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014
- Sentencia 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014
- Sentencia 005-09-SIN-CC, de fecha 03/09/2009
- Sentencia 005-10-SIN-CC, de fecha 10/06/2010
- Sentencia 005-11-SIN-CC, de fecha 12/10/2011
- Sentencia 005-15-SIN-CC, de fecha 18/03/2015
- Sentencia 006-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013
- Sentencia 007-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013
- Sentencia 008-13-SIN-CC, de fecha 13/06/2013
- Sentencia 009-10-SIN-CC, de fecha 09/09/2010
- Sentencia 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013
- Sentencia 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013
- Sentencia 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013
- Sentencia 009-15-SIN-CC, de fecha 31/03/2015
- Sentencia 010-13-SIN-CC, de fecha 25/09/2013
- Sentencia 011-15-SIN-CC, de fecha 08/04/2015
- Sentencia 012-15-SIN-CC, de fecha 22/04/2015
- Sentencia 013-15-SIN-CC, de fecha 29/04/2015
- Sentencia 014-12-SIN-CC, de fecha 19/04/2012
- Sentencia 016-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012
- Sentencia 018-15-SIN-CC, de fecha 03/06/2015
- Sentencia 019-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012
- Sentencia 021-12-SIN-CC, de fecha 07/06/2012
- Sentencia 025-12-SIN-CC, de fecha 21/06/2012
- Sentencia consulta de norma 10-18-CN
- Sentencia consulta de norma 11-18-CN ■