

La edición de esta obra y las características gráficas son propiedad de Cevallos® editora jurídica.

Venta y Distribución



Fan page: [@cevalloslibreria](#)
cevalloslibreria@gmail.com

- Jerónimo Carrión N22-14 y José Tamayo
Telefax: (593-2) 290 53 03
(593-2) 600 35 66
- Clemente Ponce 229 y Piedrahita
Teléfono: (593-2) 250 15 32
- Iñaquito N37-168 y UNP
Teléfono: (593-2) 224 01 68

Quito – Ecuador

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico y de tratamiento informático, sin la autorización escrita del editor.

Debate Constitucional con Jurisprudencia

Edición a cargo de
» ***Luis Fernando Torres***

Auspicia:
Fundación Hanns Seidel



www.fhs.ec

CORPORACION
AUTOGOBIERNO
Y DEMOCRACIA



www.cad.org.ec

Quito - Ecuador
2017

El libro es el producto del esfuerzo intelectual de un grupo humano que facilita su materialización.

Fotocopiar el libro va en perjuicio de todos quienes hacen posible esta obra impresa.

Respetar nuestro trabajo quizá tú también en un futuro seas un autor novel o editor connotado.

El contenido intelectual y de investigación de esta obra son de responsabilidad exclusiva de su autor.

Diseño editorial – Diagramación – Diseño de Cubierta

Prophecy
graphic design

Cevallos®

Ing. Roberto Cevallos Añasco
Prophecy® | graphic design
@robcevallosa
cevallosluisroberto@gmail.com

Impresión

FR Ediciones

Edición a cargo de: Luis Fernando Torres
Debate Constitucional con Jurisprudencia 2017

ISBN 13: 978-9978-392-82-9

Edición: Enero 2017
Tirada: 550 ejemplares

ÍNDICE GENERAL

Presentación	7
--------------------	---

« Ensayos y Estudios »

Demanda de inconstitucionalidad de las Enmiendas

<i>Luis Fernando Torres</i>	11
-----------------------------------	----

Justicia Constitucional

<i>Paúl Córdova Vinuesa</i>	61
-----------------------------------	----

Principio de Unidad de la Materia

<i>Alfredo Paz</i>	85
--------------------------	----

Proceso Contencioso Administrativo

<i>Estefani Robles</i>	103
------------------------------	-----

« Legislación »

Ab. María José López Cobo (Sistematización)

1. Ley Alianza Pública Privada	121
2. Ley Gestión Identidad	125
3. Ley Seguro de desempleo	127
4. Ley de Tierras	131
5. Ley de Uso de Suelo	135
6. Ley de Corresponsabilidad Fiscal	139
7. Ley para el equilibrio de las Finanzas Públicas	143
8. Ley de elusión impositiva	147

« Jurisprudencia »

Ab. María José López Cobo (Sistematización)

1. Indemnización por daño civil (Prophar *v.* Merck):
Dos sentencias de la CC con identidad objetiva y subjetiva
..... 153
2. Soberanía autonómica y soberanía nacional: Cataluña *v.* España
..... 157
3. Apelación de laudo *v.* apelación de sentencia de nulidad de laudo
..... 161
4. Resolución judicial sobre asuntos formales y la cosa juzgada
..... 165
5. Informe de Contraloría y elementos de la motivación judicial
..... 169
6. Principios tributarios *v.* límites a potestad tributaria del GAD
..... 173
7. Proporcionalidad de multas de tránsito a taxis 179
8. Contrato de seguro y controversias constitucionales 183
9. Enmienda para derogar enmienda 189
10. Plena jurisdicción, nulidad y principio de legalidad 193
11. Coactivas y vulneración de derechos 197
12. Naturaleza del recurso de revisión penal 201
13. Competencias municipales sobre espacio aéreo 207
14. Trabajadores y servidores en federaciones deportivas 211
15. Derecho al trabajo y supresión de partidas 215

PRESENTACIÓN

Por octavo año consecutivo la Corporación Autogobierno y Democracia (CAD), con el auspicio invaluable de la Fundación Hanns Seidel (FHS) publica el Libro Debate Constitucional.

En la sección de ensayos y estudios, se publican temas relacionados con la demanda de inconstitucionalidad de las Enmiendas a la Constitución, la justicia constitucional construida con debates argumentativos y públicos para las nuevas prácticas del control constitucional y convencional, el principio de unidad de materia, en el proceso de formación de las leyes y los cambios del proceso contencioso administrativo con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos.

En la sección de legislación se difunden comentarios de varias leyes aprobadas por la Asamblea Nacional durante el año 2016.

En la sección de jurisprudencia se incluyen análisis de los analistas de la CAD de sentencias relevantes en el ámbito constitucional nacional.

El presente libro será de utilidad para académicos, intelectuales y estudiantes interesados en comprender la evolución jurídica desde una perspectiva constitucional.

El Editor

« **Ensayos**
y
Estudios »

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS ENMIENDAS

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Yo, LUIS FERNANDO TORRES TORRES, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía No. 1801607480, domiciliado en la ciudad de Ambato, abogado, Asambleísta Provincial de Tungurahua, integrante en la Asamblea de la alianza Tiempo de Cambio-PSC, comparezco, por mis propios derechos, respetuosamente, ante ustedes y, al amparo de lo dispuesto en el artículo 436:2 de la Constitución de la República y en los artículos 74 y 75:1:a de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJYCC), presento la siguiente demanda de inconstitucionalidad, por razones de forma, en contra de las Enmiendas a la Constitución de la República, publicadas en el Registro Oficial No. 653 suplemento de 21 de diciembre de 2015.

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1. Conforme lo disponen los artículos 439 de la Constitución y 77 y 98 de la LOGJYCC, estoy legitimado para presentar esta acción pública de inconstitucionalidad, por mis propios derechos, como Asambleísta Provincial de Tungurahua y ciudadano ecuatoriano, sin que exista prohibición constitucional o legal para hacerlo.

II. DENOMINACIÓN DEL ÓRGANO EMISOR DE LA DISPOSICIÓN JURÍDICA OBJETO DEL PROCESO

2. Con esta demanda acuso la inconstitucionalidad de las Enmiendas a la Constitución de la República, aprobadas por la Asamblea Nacional el 3 de diciembre de 2015 y publicadas en el Registro Oficial Suplemento No. 653, del 21 de diciembre de 2015.
3. Consecuentemente, una vez admitida a trámite mi demanda, deberá correrse traslado con el respectivo auto de admisión a la señora Licenciada Gabriela Rivadeneira Burbano, en su calidad de Presidenta de la Asamblea Nacional, órgano emisor de las disposiciones demandadas, y al doctor Diego García Carrión, en su calidad de Procurador General del Estado.
4. A la señora Presidenta de la Asamblea Nacional, se le citará en sus oficinas ubicadas en el edificio de la Asamblea Nacional, en la Avenida 6 de Diciembre y Piedrahíta, de la ciudad de Quito.
5. Al señor Procurador General del Estado, doctor Diego García Carrión, se le citará en sus oficinas ubicadas en el edificio de la Procuraduría, en la Av. Amazonas N39-123 y Arízaga, de la ciudad de Quito.

III. INDICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES

III.1 DISPOSICIONES ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES POR LA FORMA

6. Las disposiciones cuya inconstitucionalidad demando por la forma, según lo explico, con argumentos, en los aparta-

dos IV.1.2, IV.1.3, IV.1.4 y IV.1.5 de esta demanda, son los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 15; las disposiciones transitorias primera y segunda; la disposición general y la disposición final de las Enmiendas a la Constitución de la República, publicadas en el Registro Oficial Suplemento No. 653 el 21 de diciembre de 2015.

7. Los artículos de las Enmiendas a la Constitución de la República que adolecen de inconstitucionalidad por la forma tratan sobre lo siguiente:

Art. 1.- Modificación al art. 104 de la Constitución incisos tercero y cuarto.

Art. 2.- Modificación al art. 114 de la Constitución

Art. 4.- Modificación al art. 144 inciso segundo de la Constitución

Art. 5.- Modificación al art. 158 inciso segundo de la Constitución

Art. 6.- Modificación al art. 211 de la Constitución

Art. 7.- Modificación al art. 212 numeral 2 de la Constitución

Art. 8.- Supresión del tercer inciso del art. 229 de la Constitución

Art. 9.- Modificación al art. 326 numeral 16 de la Constitución

Art. 10.- Modificación al art. 261 numeral 6 de la Constitución

Art. 11.- Modificación al art. 264 numeral 7 de la Constitución

Art. 12.- Modificación al art. 370 de la Constitución

Art. 14.- Modificación al art. 384 de la Constitución

Art. 15.- Modificación a la disposición transitoria primera numeral 9 de la Constitución

Disposición Transitoria Primera sobre reformas a los artículos 229 y 326:16 de la Constitución

Disposición Transitoria Segunda sobre vigencia de reformas a los artículos 114 y 144 de la Constitución

Disposición General sobre delegación legislativa a la Asamblea.

Disposición Final sobre notificación a la Corte Constitucional y publicación en el Registro Oficial

IV. FUNDAMENTOS

IV.1 CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y ARGUMENTOS SOBRE LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA

IV.1.1 ALCANCE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DE LAS ENMIENDAS A LA CONSTITUCIÓN

8. La LOGJYCC, en su Art. 106:2, reconoce el derecho a demandar la inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales, señaladas en el Art. 441:2 de la Constitución, *“que se tramitan a través de la Asamblea Nacional”, “por vicios de forma y procedimiento en su trámite y aprobación”*. Las enmiendas, establecidas en el numeral 1 de dicho Art. 441, así como las reformas previstas en el Art. 442, que se tramitan mediante referéndum, *“pueden ser demandadas únicamente por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la convocatoria respectiva”*, según el Art. 106:1, de la LOGJYCC, con la aclaración, en el numeral 4 de esta disposición legal, que las reformas tramitadas en la Asamblea, antes del referéndum, *“pueden ser demandadas*

por vicios de procedimiento en su trámite y aprobación”. En el caso de cambios constitucionales realizados a través de una asamblea constituyente, el Art. 106:5 de la LOGJYCC indica que tales cambios (no enmiendas ni reformas) “*pueden ser demandados por vicios de forma y procedimiento, de conformidad con las reglas determinadas por la propia Asamblea*”. Y, por último, en el Art. 106:3, de la LOGJYCC se precisa que “*el examen de los vicios formales incluye el análisis de la competencia para reformar la Constitución*”.

9. La LOGJYCC, en las disposiciones citadas del Art. 106, establece las siguientes precisiones y distinciones: A) inconstitucionalidades por vicios de forma y procedimiento e inconstitucionalidades solamente por vicios de procedimiento; B) únicamente la inconstitucionalidad de las enmiendas del Art. 441:2 y de los cambios del Art. 444 de la Constitución puede demandarse por vicios de forma y procedimiento; C) en los demás casos, esto es, enmiendas y reformas con referéndum (arts. 441:1 y 442 de la Constitución) la inconstitucionalidad únicamente puede ser alegada por vicios de procedimiento; D) los vicios formales comprenden la competencia de la Asamblea para reformar la Constitución, con lo cual el examen de tales vicios, en el caso del Art. 442 de la Constitución, no debería limitarse a los vicios de procedimiento; E) debido a que la enmienda implica una reforma y en el Art. 441:2 de la Constitución inclusive se regula la aprobación de la “reforma” (y no de la enmienda), es lógico que, dentro de los vicios de forma y procedimiento por los que se puede demandar la inconstitucionalidad de una enmienda, esté comprendido el análisis de la competencia de la Asamblea para enmendar o reformar la Constitución; F) existen, en resumen, tres causales para demandar la inconstitucionalidad de las enmiendas tramitadas con base en el Art. 441:2 de la Constitución: vicios formales y vicios de forma y procedimiento; G) el control de la constitucionalidad los

vicios formales y de forma y procedimiento en el “*trámite y aprobación*” de las enmiendas, no puede circunscribirse a lo actuado por la Asamblea en los debates y la aprobación de las enmiendas, pues, el proceso de enmienda no comienza ni se cierra en la etapa de debate y aprobación.

10. La Constitución no establece, en forma explícita, que la Corte Constitucional (en adelante CC) realice el control por la forma de las enmiendas a la Constitución. Sin embargo, le reconoce a la CC, en su Art. 436:2, la competencia para controlar la constitucionalidad, por la forma, de “*actos normativos de carácter general*”. Y, en la parte inicial de esta norma constitucional, le autoriza, en forma general, el ejercicio de las competencias establecidas en las leyes. Con esta remisión a las competencias de orden legal, la propia Constitución amplía el campo de cobertura de la CC hacia el control de la constitucionalidad de las enmiendas.
11. Dado que las enmiendas a la Constitución, por tratarse de modificaciones con efectos generales, no pueden aprobarse sino mediante actos normativos generales y, además, por encontrarse reconocida, a nivel constitucional, la competencia de control atribuida a la CC en los arts. 75:1:a) y 99:3 de la LOGJYCC, no existe obstáculo constitucional para que la CC controle, “en abstracto” y por la forma, la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales, mediante “sentencia de constitucionalidad”.
12. No existen antecedentes, desde que se encuentran en vigencia la Constitución (*R.O. 449 de 20 de octubre de 2008*) y la LOGJYCC (*R.O. 52 Segundo Suplemento de 22 de octubre de 2009*), que la CC se haya pronunciado sobre demandas de inconstitucionalidad, por la forma, en contra de enmiendas a la Constitución o cualquier otro cambio constitucional. Los antecedentes más próximos tienen que ver con sentencias de la CC sobre demandas de inconstitucio-

nalidad, por la forma, de algunas leyes (*Ley Orgánica de Comunicación: Sentencia 003-14-SIN-CC, R.O. 346 (2s) 2-10-2014; Código de la Democracia: Sentencia 028-12-SIN-CC, R.O. 811 (3s) 17-10-2012; Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos: Sentencia 002-11-SIN-CC, R.O. 624 23-01-2012 y Ley Orgánica de la Función Legislativa: Sentencia 0067-11-IN, R.O. (S) de 27-03-2012*). La CC no declaró la inconstitucionalidad por la forma de esas leyes, salvo cuando tuvo que afianzar el poder de veto presidencial en el caso de la LOFL, a pesar que la CC no reconoció que dicha inconstitucionalidad la declaraba por la forma.

13. La CC sostuvo, como parámetro general en el caso de inconstitucionalidades por la forma de las leyes, que el control formal sirve para garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico (*Sentencia 028-12-SIN-CC, Sentencia 011-13-SIN-CC, R.O. 143 (2s) 13-12-2013; Sentencia 003-14-SIN-CC*). También señaló que permite establecer que la ley no ha sido creada en virtud del procedimiento establecido en la Constitución (*Sentencia 007-10-SIN-CC, R.O. 250 (s) 4-08-2010*). Por último, desarrolló las nociones de unidad de la materia (Art. 136 Const.) y publicidad (Art. 137), a fin de perfilar el verdadero sentido de la inconstitucionalidad por la forma de las leyes.
14. La jurisprudencia referida de la CC no es vinculante ni referencial para el tratamiento de demandas de inconstitucionalidad por la forma de enmiendas a la Constitución.
15. En materia de enmiendas el único antecedente es el que se desarrolló, el 2011, en aplicación del Art. 441:1 de la Constitución. En efecto, ese año, se hicieron los primeros cambios constitucionales a la Constitución de 2008, utilizando la figura de la enmienda contemplada en el Art. 441:1 de la Constitución. El 17 de mayo del 2011 el Presidente envió a la CC las preguntas y los textos de cinco enmiendas. También envió cinco preguntas para plebisci-

to, que no comportaban cambios constitucionales sino mandatos al legislador nacional y cantonal para ulteriores reformas legales y normativas seccionales. La CC observó el alcance de dos enmiendas y nada dijo de las tres restantes. En el caso de la enmienda orientada a que la Función Ejecutiva tomara el control de la Función Judicial, la CC hizo varias sugerencias como la de no llamar Comisión Técnica sino Consejo de la Judicatura Temporal a la entidad encargada reestructurar el sistema judicial. En el caso de la enmienda destinada a desvincular la propiedad de los medios de comunicación de otras actividades económicas, especialmente de orden financiero, la CC utilizó indebidamente el test de proporcionalidad para legitimar tal discriminación. De las cinco enmiendas, dos tenían que ver con la prisión preventiva (caducidad y requisitos para dictarla), dos con la Función Judicial (Consejo de la Judicatura y control de la justicia) y una con los medios de comunicación y el sistema financiero.

16. Mediante Dictamen No. 001-DCP-CC-2011 (R.O. 391 (S2) 23-02-2011) la CC dio luz verde al proyecto de convocatoria a referéndum realizado por el Presidente para realizar cinco enmiendas a la Constitución, sobre la base del Art. 441:1 de ésta. No realizó un control material de las preguntas y de los textos sino un control previo de los considerados y de las frases introductorias de las preguntas. Modificó algunas preguntas, con la única finalidad de asegurar que se alcanzaran los objetivos presidenciales.
17. La inconstitucionalidad por la forma se deriva del incumplimiento e inobservancia, por parte del órgano o autoridad del Estado, de las formalidades, procedimientos y formas previstas en la Constitución, en el debate, aprobación y publicación del respectivo acto normativo de carácter general, y, eventualmente, en el pronunciamiento previo con el que la CC habilita el debate, la aprobación y la publicación de tal acto. En este contexto, la CC no está cir-

cunscrita a juzgar la inconstitucionalidad únicamente de lo actuado por la Asamblea Nacional. Debe, si en la demanda se le pide, pronunciarse, inclusive, sobre su dictamen, por tratarse del antecedente habilitador del acto normativo de carácter general debatido y aprobado por la Asamblea, y cualquier otro acto conexo o relacionado con el trámite y aprobación de las enmiendas.

18. La inconstitucionalidad por la forma también puede derivarse de la adopción y aplicación de un trámite, no previsto en la Constitución, para el debate, la aprobación y la publicación de las enmiendas a la Constitución. En otras palabras, si bajo el nombre de enmiendas se tramitaron y aprobaron reformas o cambios constitucionales reservados a una asamblea constituyente o a la decisión final de la ciudadanía en referéndum. En este caso, el dictamen previo de la CC sobre la vía no puede convertirse en un impedimento para que se discuta, una vez en vigencia los cambios, si la Asamblea tenía competencia para realizarlos.
19. Los cambios a la Constitución proceden, según lo indicado en el capítulo tercero, título noveno, de la Constitución (arts. 441 a 444), por enmienda, reforma y asamblea constituyente. Solamente en el caso de la enmienda, prevista en el Art. 441:2, la modificación constitucional se realiza con la exclusiva intervención de la Asamblea Nacional, sin que se requiera de la intervención de la ciudadanía para su aprobación.
20. El procedimiento que la Asamblea Nacional debe seguir para tramitar, debatir, y aprobar las enmiendas a la Constitución se encuentra reglado en el Art. 441:2 de la Constitución.
21. En el Art. 106:2 y 3 de la LOGJYCC, al tratar de la inconstitucionalidad de las enmiendas, se habla de vicios de forma y procedimiento y de vicios formales. En el caso de los vicios formales la LOGJYCC expresamente señala que

el examen de constitucionalidad procede sobre las competencias del órgano encargado de enmendar la Constitución. ¿Es suficiente el dictamen previo de la CC sobre la vía para dejar cerrada la discusión acerca de las competencias de enmienda de la Asamblea? De ninguna manera, a tal punto que la propia LOGJYCC abre la posibilidad de esa discusión una vez publicadas las enmiendas para que se conteste la pregunta sobre “qué” fue lo que se tramitó y aprobó en la Asamblea. En el caso de los vicios de forma y procedimiento no existe ningún desarrollo en la LOGJYCC. No obstante, debería entenderse que la discusión sobre la existencia o no de vicios de forma y procedimiento es útil para contestar la pregunta acerca de “cómo” se debatió, aprobó y publicó la respectiva enmienda.

22. El Art. 441:2 de la Constitución contiene las formas y procedimientos para que se debatan y aprueben las enmiendas. En la parte inicial de ese Art. 441 se encuentran los límites al ejercicio de la competencia de enmienda de la Asamblea, que, al ser sobrepasados por ésta, serían el antecedente para la declaratoria de inconstitucionalidad, por vicios formales.
23. El dictamen de la CC sobre la vía que se debe seguir para modificar la Constitución, establecido en el Art. 443 de la Constitución, es el pronunciamiento de admisibilidad y procedencia del juez constitucional dentro de una especie de etapa inicial e introductoria. Pertenece al ámbito de las formas y procedimientos, aunque vinculado a la noción de vicios formales, esto es, a las competencias de la Asamblea. Sirve para abrir otra etapa, la constitutiva, en la Asamblea, la del debate y la aprobación, que culmina con la publicación de las enmiendas en el Registro Oficial. Tanto lo resuelto en el dictamen de la CC como lo actuado en la Asamblea no están exentos del examen de constitucionalidad. Carece de sentido que solamente pueda ser objeto de análisis lo actuado por la Asamblea.

24. El proceso para las enmiendas es uno solo con dos etapas diferenciadas pero interconectadas: la de admisibilidad y procedencia y la de debate, aprobación y publicación. Dentro de cada etapa existen actos diversos y sucesivos, dependientes unos de otros, por encontrarse íntimamente relacionados entre sí, con la finalidad de garantizar la unidad del proceso. En la etapa de admisibilidad y procedencia existen, al menos, cuatro actos: presentación de la enmienda por los asambleístas, traslado de la propuesta a la CC, dictamen de ésta y notificación a la Asamblea. En la etapa siguiente existen, al menos, ocho actos: conformación de la comisión ocasional de enmiendas, traslado a ésta de la propuesta de enmiendas y del dictamen de la CC, instalación de la comisión, aprobación del informe para primer debate, convocatoria e instalación del Pleno de la Asamblea, primer debate, traslado a la comisión de lo debatido, instalación de la comisión, aprobación en ésta del informe para segundo debate, convocatoria e instalación del Pleno de la Asamblea, segundo debate, votación y aprobación de las enmiendas, envío de los textos al registro oficial para su publicación. La regulación jurídica de tales actos debe entenderse como el procedimiento a observarse en cada caso. En la Constitución, en la LOGJYCC y en la LOFL se encuentran explícitamente indicados los procedimientos. Para el dictamen de la CC el procedimiento se encuentra en la Constitución y en la LOGJYCC. La LOFL solamente señala el procedimiento para la conformación de la comisión ocasional de enmiendas. La Constitución determina el número de votos necesarios para aprobar las enmiendas en el segundo debate, así como el número mínimo de asambleístas con iniciativa para presentar un proyecto de enmiendas. Los demás actos no cuentan con un procedimiento establecido en la Constitución, en la LOGJYCC y en la LOFL.

25. Ante el vacío en cuanto a los procedimientos, el Pleno de la Asamblea debió, antes de que se trasladara la propuesta de Enmiendas a la CC, resolver que se aplicarían, en lo que corresponda, los procedimientos de la LOFL sobre leyes, para los actos concernientes a la Comisión Ocasional de Enmiendas, al primer y segundo debates, a la aprobación y a la publicación. Nunca hubo tal pronunciamiento, por lo que la aplicación de la LOFL fue arbitraria. El hecho que se deban tener en cuenta, dentro del control formal de constitucionalidad, los principios y reglas de la ley que regula la Función Legislativa, como señala el art. 114 de la LOGJCC, no significa que la LOFL, con sus principios y reglas, sea automáticamente aplicable para los actos de la Asamblea en la tramitación, debate y aprobación de las enmiendas.
26. Además, como se verá a continuación, la CC y la dirección de la Asamblea crearon una tercera etapa, dentro del proceso de Enmiendas, la del control preventivo de la CC antes de la publicación, con dos actos carentes de procedimiento alguno: notificación a la CC y Auto de Verificación del Dictamen.

IV.1.2 INEXISTENCIA DE CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

27. Fuera de las dos etapas mencionadas, introductoria y constitutiva, no existe otra en el proceso de Enmiendas correspondientes al Art. 441:2 de la Constitución. Sin embargo, se estableció otra etapa por decisión de quienes dirigen la Asamblea, al haber solicitado, con posterioridad al 3 de diciembre de 2015, fecha en que la Asamblea aprobó las Enmiendas, el pronunciamiento de la CC, antes de disponer su publicación en el Registro Oficial. La respuesta de la CC sobre la procedencia de las enmiendas, con énfasis en las nuevas transitorias, coadyuvó al establecimiento de la tercera etapa.

28. El inexistente trámite previo a la publicación de las enmiendas a la Constitución, en el que intervinieron los representantes de la Asamblea y de la CC, se convirtió en una etapa más, a tal punto que si la CC no se pronunciaba, las Enmiendas no se publicaban en el R.O. La CC ejerció un *sui generis* control preventivo, cuando ni la Constitución ni la LOGJYCC le reconocían tal competencia.
29. El control de la constitucionalidad por la forma de las enmiendas no es preventivo sino posterior. Hubo una violación de forma cuando la CC se pronunció, mediante Auto de Verificación de Cumplimiento del Dictamen 001-14-DRC-CC (R.O. 651 (s) 17-12-2015), sobre la procedencia de las Enmiendas antes de su publicación en el R.O. del Art. 436:9 de la Const. y del Art. 162 y ss de LOGJYCC, la CC extrajo competencias para el inexistente control preventivo, bajo el pretexto que “verificaba” el cumplimiento de su Dictamen. Al final, dictó una espúrea sentencia de constitucionalidad, después de lo cual le será difícil aceptar demandas en contra de las Enmiendas, a menos que esté dispuesta a contradecirse. En el Auto se justificó y legitimó, precipitadamente, todo lo actuado por la mayoría oficialista, sin advertir siquiera el cambio de “pensión jubilar” por “pensión de retiro” en el Art. 12 de las Enmiendas.
30. No existe margen alguno en el Art. 99 de la LOGJYCC para que la CC realice tal pronunciamiento previo a la publicación de las enmiendas. Solamente estaba habilitada para emitir el dictamen de procedimiento, en la primera etapa, y expedir la sentencia de constitucionalidad, una vez aprobadas y publicadas las enmiendas, de mediar una demanda.
31. Ya fue un exceso del Dictamen No. 001-14-DRC-CC, publicado en el R.O. 371 (3s) de 10-11-2014, que, en el numeral 3 de la parte resolutive, la CC haya dispuesto que la

Asamblea le informe “sobre cualquier acto normativo o administrativo con efectos generales adoptados en el marco del cumplimiento de este dictamen”. No podía establecer una exigencia de esa naturaleza, no prevista en la Constitución ni en la LOGJYCC.

32. La CC, al incorporar un elemento no previsto en la Constitución y en la Ley para el debate, la aprobación y la publicación de las enmiendas constitucionales y, después, al autorizar su publicación en el Registro Oficial, violó la Constitución por la forma.
33. Según el Art. 101 de la LOGJYCC, en concordancia con el Art. 443 de la Constitución, la CC debía limitarse a “indicar cuál de los procedimientos previstos en el Capítulo Tercero del Título IX de la Constitución debe seguirse para tramitar el proyecto normativo, y las razones de derecho que justifican esta decisión”.
34. No existe el control constitucional previo de procedencia de las enmiendas. La CC y los representantes de la Asamblea se inventaron este tipo de control, sometiéndole a la Asamblea a tal control, con la consiguiente renuncia al ejercicio pleno de las competencias atribuidas por el Art. 441:2 de la Constitución, al no permitir que se publiquen las Enmiendas mientras esté pendiente el pronunciamiento previo de la CC.
35. La publicación de las Enmiendas en el R.O. tuvo que esperar que la CC emitiera ese pronunciamiento solicitado por la Presidenta de la Asamblea mediante oficio No. PAN-GR-2015-2357, de 4 de diciembre de 2015, como consta en el oficio No. SAN-2015-2378, de 18 de diciembre de 2015, suscrito por la Secretaría de la Asamblea.
36. Los miembros de la CC anticiparon criterio sobre las Enmiendas constitucionales, al pronunciarse sobre su “procedencia” antes que los textos se publicaran en el Registro Oficial.

37. En definitiva, tanto la CC como la Asamblea Nacional, por intermedio de sus representantes legales, violaron, por la forma, los Arts. 441:2, 443 y 436:2 de la Constitución, al haber instaurado un control preventivo de constitucionalidad para las Enmiendas mediante el pronunciamiento previo de la CC acerca de la publicación de las Enmiendas, aprobadas el 3 de diciembre de 2015, en el Registro Oficial.
38. Más aún, la Disposición Final de las Enmiendas no se refiere a ningún Auto de Verificación de la CC. Simplemente señala que se le haga “saber” a la CC el contenido del acto normativo. Nada más. Jamás resolvió la Asamblea que se debía requerir el pronunciamiento previo de la CC para que pudieran publicarse las Enmiendas en el Registro Oficial.
39. Por lo expuesto, la CC debe declarar la inconstitucionalidad por vicios formales, de forma y de procedimiento de las enmiendas aprobadas por la Asamblea el 3 de diciembre de 2015 y publicadas en el R.O. 653 de 21 de diciembre de 2015, por la violación de los arts. 441:2, 443 y 436:2 de la Constitución, que no establecen ningún tipo de control previo o preventivo por parte de la CC, antes de la publicación de las Enmiendas constitucionales en el Registro Oficial, ni la existencia de los dos actos con los que se configuró tal control previo: notificación de las enmiendas a la CC y Auto de Verificación de Cumplimiento del Dictamen de la CC.

IV.1.3 ARBITRARIA MODIFICACIÓN DE TEXTOS E INCORPORACIÓN DE NUEVOS TEXTOS ENTRE EL PRIMERO Y EL SEGUNDO DEBATES DE LAS ENMIENDAS

40. A la CC le presentaron los asambleístas proponentes 17 textos de Enmiendas a la Constitución. La CC no admitió

que uno de los textos se tramitara como enmienda, debido a que comportaba la restricción de una garantía y la vía era la de una asamblea constituyente. La CC se pronunció, mediante Dictamen No. 001-14-DRC-CC, publicado en el R.O. 371 (3s) de 10-11-2014, que 16 textos podían ser tramitados y aprobados como enmiendas por la Asamblea, sobre la base del Art. 441:2 de la Constitución.

41. La CC, en su Dictamen, resolvió que:

“2. Las propuestas de reforma de la Constitución puestas a conocimiento de la Corte Constitucional contenidas en los “artículos”: 2 –Consulta popular–; 3 –Candidatización de autoridades de elección popular que han sido reelectas por una ocasión–; 4 –Requisito de edad para ser candidato a la presidencia de la República–; 5 –Candidatización del presidente de la República que ha sido reelecto por una ocasión–; 6 –Fuerzas Armadas apoyo de la Policía Nacional de conformidad con la ley–; 7 –Competencias de la Contraloría–; 8 –Competencias de la Contraloría–; 9 –División territorial de la Defensoría del Pueblo–; 10, 11 y disposición transitoria única –Modificación del régimen laboral de las obreras y obreros del sector público–; 12 –Competencia del Estado central–; 13 –Competencia de los municipios–; 14 –Pensiones jubilares de la fuerza pública–; 15 –Fondos previsionales–; 16 –Comunicación como servicio público–; y 17 –Conformación de regiones–, procede que sean tramitadas a través de enmienda constitucional, de conformidad con el artículo 441 numeral 2 de la Constitución de la República, por cuanto estos temas no alteran la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, no establecen restricciones a los derechos y garantías, ni modifican el procedimiento de reforma de la Constitución.” [sic]

42. Inclusive, en los antecedentes, señaló que

“(…) Si la Corte Constitucional determina que el procedimiento es aquel previsto en el artículo 441 numeral 2, la Asamblea Nacional deberá tramitar la reforma de la Constitución en los

términos sobre los cuales la Corte Constitucional realizó el control de constitucionalidad en su dictamen”.

43. El pronunciamiento de la CC, sobre la base del antecedente referido, no le dejaba a la Asamblea ningún margen para hacer modificaciones a los textos. En otras palabras, la Asamblea debía aprobar sin cambios. En definitiva, la CC no dejó ningún espacio a la Asamblea para que pudiera cambiar los textos de las enmiendas sobre los que emitió el Dictamen.
44. La Comisión Ocasional de Enmiendas conoció el Dictamen de la CC y aprobó, el 28 de noviembre 2014, el informe de mayoría sobre los 16 textos, sin propuestas de cambio. Con oficio No. 014-CENCO-P-2014, de 28 de noviembre de 2014, suscrito por el Presidente de la Comisión, se presentó a la Presidenta de la Asamblea el informe con los 16 textos de las Enmiendas.
45. En el informe de minoría, elaborado por mi persona para el primer debate, advertí que no era posible que se modificaran los textos que fueron objeto del Dictamen, en los siguientes términos:

“46. La Asamblea no puede incorporar modificaciones a los 16 textos que conlleven alteraciones a la estructura fundamental o al carácter y elementos constitutivos del Estado, establezcan restricciones a los derechos y garantías y modifiquen el procedimiento de reforma a la Constitución. Como consecuencia de tal prohibición, tampoco puede desconocer la ratio decidendi formulada por la CC para cada una de las 16 enmiendas.

47. La Asamblea está, igualmente, impedida de incorporar cambios distintos de los relacionados con la alteración de la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, las restricciones de derechos y garantías y modificaciones del proceso de reforma constitucional. Para hacerlo debería interpretar que tales modificaciones están fuera de los cambios prohibidos. Debido a que tal interpretación no está atribuida a

la Asamblea, se trataría de una interpretación arbitraria que desconocería la fuerza jurídica del control previo realizado por la CC.

48. El Art. 442 de la Constitución, al tratar del procedimiento para las reformas constitucionales, abre la posibilidad para que los textos puedan modificarse durante los debates parlamentarios, antes de ser sometidos a referéndum aprobatorio. Ello no sucede, en cambio, con el Art. 441:2 de la Constitución.

49. La actual discusión sobre la posibilidad que la Asamblea modifique los 16 textos de las enmiendas se origina en la presunción de la existencia de los dos tercios de votos en la Asamblea para aprobar las enmiendas. Si no existiera esa presunción, tal discusión carecería de sentido. En el supuesto que no hubiera votos suficientes, los proponentes, no menos de una tercera parte de los miembros de la Asamblea, tendrían que persuadir a los demás para que se sumen y aprueben, con su voto, los textos de las enmiendas presentados a la CC, sin modificaciones.

50. Si la Asamblea modifica los textos de las 16 enmiendas, los textos enmendados podrán ser objeto de demandas de inconstitucionalidad por la forma, al tenor del Art 106:2,6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJYCC).”.

46. La Asamblea conoció y debatió, en primer debate, los 16 textos, con base en el informe de mayoría de la Comisión Ocasional de Enmiendas, en la Sesión No. 302 celebrada el 1 de diciembre de 2014. En esta Sesión expresé, durante mi intervención, lo siguiente:

“ ... participo en este debate con la mirada no en el ahora sino en el mañana, en el 2016, cuando se voten las enmiendas, en el 2017, cuando se elija un nuevo gobierno y también se conforme la nueva Asamblea, con optimismo, porque sé que la fuerza y la potencia de las ideas que definiendo serán asumidas finalmente por esta ciudadanía que ahora es simple espectadora de un pro-

ceso de cambio constitucional y serán asumidas para abrazar la causa de la libertad, de la democracia y, por supuesto, del cambio frente al continuismo.

Este domingo el pájaro Febres Cordero en su columna dominical hizo un llamado implícito a los legisladores y a los ecuatorianos para que no se dejen pasar las enmiendas con la cabeza baja y rumiando una sensación de impotencia y de derrota. El gran partido de la democracia y de la Constitución se ha iniciado, el pitazo inicial lo dio la Corte Constitucional con su Dictamen espurio, cuestionable, pero, en definitiva, Dictamen que obliga en el territorio ecuatoriano. Un primer tiempo con árbitro propio, la Corte Constitucional.

Equipos que no tienen equilibrio, uno con 11 otro equipo con 3, pero un público en los graderíos atento a cómo se juega ese primer tiempo.

En enero del año 2016 comenzará, con seguridad, el segundo tiempo, cuando se voten las enmiendas, y, ese segundo tiempo, terminará el 2017 cuando hayamos pasado el proceso electoral. En ese segundo tiempo ya no habrá una diferencia de 11 a 4 entre el número de jugadores de cada equipo, probablemente sea 7 a 4, pero lo más importante que el árbitro, la Corte Constitucional ya no jugará ningún papel; será el público, será la ciudadanía la que se convierta en el árbitro final de lo que se haya hecho en el primer tiempo y lo que finalmente se haga en ese segundo tiempo en el que tiene que fortalecerse la democracia ecuatoriana.

El debate entonces que hoy comienza sobre las Enmiendas Constitucionales no puede ser un debate para el lunes, para el martes, o probablemente para el miércoles, el debate tiene que mirar en perspectiva los trece meses que debe esperar la Asamblea para votar las enmiendas, y lo que viene después. Y solamente puede adquirir perspectiva el debate si discutimos y argumentamos sobre la legitimidad de las Enmiendas Constitucionales, ¿por qué se quiere cambiar la Constitución?

Ahora, el 2014, ¿por qué no se lo hizo antes? ¿por qué no se espera para el 2015 o el 2016? Es que las reformas constitucionales responden, como se dice en el informe de minoría, a una estrategia bien pensada para que aquellos que están en el poder, sigan en el poder y para que el modelo estatista autoritario continúe aplicándose en nuestra patria. Las enmiendas, al menos 13 de las 16, están debidamente encadenadas a analizar enmienda por enmienda, no permite que podamos mirar el bosque completo, porque solamente podemos ver algunos de los árboles, solamente, cuando entendamos que es un todo, que tiene como finalidad expresar una estrategia de perpetuación en el poder, de perpetuación de un modelo de corte estatista, logremos hacer una contribución para que la opinión pública finalmente acompañe o no este proceso de enmiendas constitucionales.

La finalidad de las enmiendas, de las 13 enmiendas, no hablo de las 16, de trece enmiendas por lo menos, ¿a qué nos conduce? A que aquellos que están en el poder, cuando las enmiendas se aprueben, tengan más poder, que el Estado, el aparato estatal, pueda incidir más en la sociedad y que los derechos de los que ahora gozamos los ecuatorianos se nos restrinjan.

Que ya no se pueda consultar sobre cualquier asunto porque se cambia el art. 104 supone una restricción, el ciudadano pierde un derecho de participación que ahora tiene, ni siquiera la reforma prevista en el art. 442 sería suficiente para poder materializar este cambio constitucional; se necesitaría de una constituyente. La reelección presidencial, la reelección de otras autoridades, no me asusta, el derecho constitucional comparado, no tiene objeciones a las reelecciones, lo que yo objeto en esta sala es que se quiera incorporar la reelección indefinida por la vía que no corresponde, si se quiere la reelección que sea el pueblo el que se pronuncie, no es suficiente que una mayoría de legisladores tome una decisión y cambie la estructura de la república presidencial ecuatoriana con una reelección presidencial indefinida y consecutiva.

Dado que las enmiendas, los textos no pueden ser modificados en la forma, no hablo del fondo, el debate entonces tiene que circunscribirse a las razones que sustentan este proceso de cambio, preguntaba ¿por qué cambiar la Constitución? Pues la respuesta a esa pregunta será la que marque la tónica del debate nacional. Que la comisión vaya a unos cantones, a una provincia para presentar el proyecto, al menos no modificará en nada lo que en esta Asamblea se vote en enero del año 2016.

Razones, argumentaciones de orden político, es lo que necesitamos en la Asamblea, este debate antes que un debate constitucional y jurídico es un debate eminentemente político y ahí entonces que debemos discutir la legitimidad de las Enmiendas.

En el informe de mayoría se citan a algunos constitucionalistas pero se omite por ejemplo al famoso Luigi Ferrajoli que en el tomo primero de su famosa obra Principia Iuris, página 843 señala cuando se cambia la Constitución, el primer debate tiene que ser sobre la legitimidad de los cambios, nunca se discute la legitimidad de una Constitución, que provienen del poder constituyente, pero los cambios a ella si están sujetos y deben pasar el filtro de la legitimidad. Yo no he escuchado ni al presidente de la Comisión, ni a los legisladores del bloque de gobierno decir por qué quieren cambiar la Constitución desde el punto de vista político, nos han dicho que quieren hacerlo para que haya más escuelas, para que haya más centros de salud, para que la excelente gestión se quede en el tiempo, pero no pasan de ser, esas, falacias, algunos las llaman falacias de la confusión, Manuel Atienza en su Curso de Argumentación Jurídica en la pág. 405 también las llama falacias de la inducción, falacias de la deducción y si uno suma las unas y las otras, resulta que tenemos una gran falacia democrática, porque lo que aquí se discute y lo que aquí finalmente se decida, se lo hace de espaldas al pueblo ecuatoriano.

Cualquier cambio de la magnitud de los cambios de las 13 de las 16 enmiendas tiene que ser hecho con la participación del pueblo. Me dirán, es que la Corte Constitucional señaló la vía, así es, así es desde el punto de vista jurídico, pero si este debate logra proyectarse en el tiempo, ojalá en los 13 meses tengamos la oportunidad de que el pueblo finalmente intervenga, más aún, señora Presidente y señores legisladores cuando el año 2015 el Ecuador estará en el medio de una crisis económica, y no deberemos los legisladores circunscribirnos a un debate sobre lo que queda o lo que va en la Constitución cuando cae el precio del barril de petróleo y las necesidades fiscales serán tan angustiantes que deberán tomarse medidas sumamente difíciles.

Defendamos la democracia, la libertad y el cambio y pidamos siempre la opinión del pueblo.” (Transcripción del respectivo video publicado en la página web de la Asamblea).

47. La Comisión Ocasional de Enmiendas aprobó el informe de mayoría, el 23 de noviembre de 2015, para el segundo debate de las Enmiendas a la Constitución, con propuestas de modificación a los siguientes textos que fueron objeto del Dictamen de la CC y materia del primer debate en el Pleno de la Asamblea, con la aclaración que la numeración corresponde al texto del informe de mayoría para segundo debate, antes de la eliminación del art. 8:

“Artículo 2.- En el artículo 114, suprimase la frase “por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo”. Añádase luego de la palabra “podrán” la frase: “postularse para”.

Artículo 4.- En el artículo 144, en el inciso segundo suprimase la frase “por una sola vez”. Añádase luego de la palabra “podrá” la frase: “postularse para”.

Artículo 5.- En el artículo 158, sustitúyase el segundo inciso por el siguiente: “Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía e integridad territorial y, complementariamente, apoyar en la seguridad integral del

Estado de conformidad con la ley”.

Artículo 7.- En el artículo 212 numeral 2, suprimanse las palabras “y gestiones” y sustitúyase la palabra “sujetas” por “sujetos”.

Artículo 10.- En el artículo 326 numeral 16, luego de las palabras “o profesionales” inclúyanse las palabras “y demás servidores públicos” y sustitúyase la frase: “Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.” por el siguiente texto: “Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado.”

Artículo 11.- En el artículo 261 numeral 6, a continuación del punto (.) inclúyase la siguiente frase: “Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos correspondientes en educación y salud.”

Artículo 16.- En la Disposición Transitoria PRIMERA, numeral 9, a continuación de la frase “regiones autónomas”, sustitúyase el signo de puntuación coma (,) por el signo de punto (.) y suprimase la frase “que en ningún caso excederá de ocho años.”.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

PRIMERA: Las y los obreros del sector público que antes de la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional se encuentren sujetos al Código del Trabajo, mantendrán los derechos individuales y colectivos garantizados por este cuerpo legal.

Una vez en vigencia la presente Enmienda Constitucional, las y los servidores públicos que ingresen al sector público se sujetarán a las disposiciones que regulan al mismo.

El órgano legislativo, en el plazo máximo de ciento ochenta días contados desde la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional, aprobará una ley reformativa a las leyes que rigen al sector público, observando las disposiciones constitucionales enmendadas.

DISPOSICIÓN FINAL

Hágase saber a la Corte Constitucional del contenido de este acto normativo, en cumplimiento del Dictamen 001-14-DRC-CC, que habilitó el tratamiento de las presentes Enmiendas Constitucionales, que entrarán en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las señaladas en la Disposición Transitoria Segunda”.

48. En dicho informe de mayoría también se incorporaron los siguientes nuevos textos, a los ya debatidos en primer debate:

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA: Las enmiendas constitucionales a los artículos 114 y 144 segundo inciso de la Constitución de la República del Ecuador, referidas a los derechos de participación política entrarán en vigencia desde el 24 de mayo de 2017.

DISPOSICIÓN GENERAL

Las enmiendas constitucionales aprobadas por el Pleno de la Asamblea Nacional, deberán ser desarrolladas, armonizadas y adecuadas mediante las normas infraconstitucionales en los respectivos cuerpos normativos, sin perjuicio de la vigencia y aplicación del principio de supremacía constitucional según el artículo 424 de la Constitución.

49. Con oficio No. 174- CENCO-P-2015, de 24 de noviembre de 2015, el Presidente de la Comisión presentó a la Presidenta de la Asamblea, el informe de mayoría con los cambios propuestos y el respectivo proyecto de resolución.

50. En mi informe de minoría para segundo debate hice los siguientes reparos al informe de mayoría en cuanto a las modificaciones de los textos de las enmiendas, conocidas hasta ese momento:

“XVII. INFORME DE MAYORÍA Y CAMBIOS.

109. En el borrador de informe enviado a los comisionados para el debate correspondiente a la sesión de la Comisión Ocasional de Enmiendas de 23 de noviembre de 2015, aparecen siete cambios, que no fueron objeto del dictamen de la CC ni los discutió la Asamblea en primer debate.

110. En materia de reelección inmediata se modifican los textos de las enmiendas correspondientes a los arts. 114 y 144 de la Constitución para eliminar la prohibición de reelección y para que se hable de “postulaciones” al mismo cargo. Además, se incorpora una disposición transitoria para que la reelección inmediata rija, para el Presidente y los asambleístas que han ejercido sus cargos por dos períodos consecutivos, desde el 24 de mayo de 2017 (p. 60).

111. En materia de servidores públicos y trabajadores se cambia el texto de la enmienda correspondiente al Art. 326:16 de la Constitución para que todos los servidores públicos tengan derecho a la sindicalización y a la huelga, pero no a la contratación colectiva, que sólo se aplicaría al sector privado. Se introduce una disposición transitoria para preservar los derechos individuales y colectivos de los obreros del sector público, asegurar el ejercicio de los derechos de los servidores públicos y para que, en 180 días, la Asamblea legisle sobre la materia (p. 109).

112. Se sugiere que no se apruebe la enmienda referida a la Defensoría del Pueblo por no ser parte esta entidad de los órganos jurisdiccionales y por el hecho de que la enmienda del Art. 214 de la Constitución vulneraría el principio de autonomía administrativa y desnaturalizaría la distinción orgánica constitucional (p. 137).

113. *Se incorpora una disposición general obligándole a la Asamblea para que expida la legislación necesaria para desarrollar las enmiendas (p. 144).*

114. *No está claro en el informe si también se propone una modificación al texto de la enmienda correspondiente al Art. 261:6 de la Constitución, en cuanto a las políticas públicas en materia de salud y educación (p. 85).*

115. *Tales cambios a los textos y las nuevas disposiciones transitorias y generales no constituyen modificaciones menores o periféricas. Transforman el núcleo mismo de las enmiendas”.*

51. Durante la Sesión de la Asamblea No. 360, celebrada el 3 de diciembre de 2015, después que, por Secretaría, se dio lectura del informe de mayoría y del proyecto de resolución, el Presidente de la Comisión Ocasional de Enmiendas, inmediatamente antes de la votación, incorporó modificaciones a algunos textos de las enmiendas, así como cambios a las propuestas de modificación realizadas en el informe de mayoría, con la justificación que los últimos cambios habían sido sugeridos en el debate. En su discurso final dijo:

“Durante todo el debate de la mañana y tarde de hoy, hemos estado atentos a las distintas intervenciones con la finalidad de recoger varios temas adicionales que permitan mejorar los contenidos constitucionales. En ese sentido, en este momento estoy haciendo llegar al departamento de gestión documental el texto sobre el cual voy a hacer la propuesta para votar este informe para segundo debate. Básicamente incluimos cuatro cambios, el primero el que guarda relación con la enmienda al artículo 326 numeral 16 relacionada con el derecho de los trabajadores, tal como fue indicado en el debate, proponemos el siguiente texto, en el art. 326 numeral 16 luego de las palabras “o profesionales” , inclúyanse las palabras “ y demás servidores públicos”, la parte que se cambia es aquella que dice: “Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la

defensa de sus derechos, **para** la mejora en la prestación de servicios públicos” de tal forma que quede con mayor precisión esa obligación que tienen como consecuencia de su organización sindical de mejorar la prestación de los servicios públicos.

En segundo lugar aquello que guarda relación con las pensiones que en el informe se llamaron de jubilación, el texto quedará como sigue: “El Estado garantiza el pago de las pensiones de retiro de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.”.

En tercer lugar, recogiendo la puntualización que se hizo sobre la Disposición Transitoria Primera numeral 9 a continuación de la frase “regiones autónomas”, sustitúyase el signo de puntuación coma (,) por el signo de punto (.) y suprimase la frase “que en ningún caso excederá de ocho años.”.

También en el texto de votación contar el título Disposiciones Transitorias en plural, no en singular como se detalla en el articulado para el informe de segundo debate.

Y, finalmente, cambio en la disposición final de la propuesta de enmienda Constitucional. Hemos sido muy respetuosos durante todo este año desde la Asamblea Nacional de cumplir rigurosamente el procedimiento y sobre todo el Dictamen del máximo organismo Constitucional, es por eso que recogemos el siguiente texto “DISPOSICIÓN FINAL Hágase saber a la Corte Constitucional del contenido de este acto normativo, en cumplimiento del Dictamen 001-14-DRC-CC, que habilitó el tratamiento de las presentes Enmiendas Constitucionales, que entrarán en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las señaladas en la Disposición Transitoria Segunda. Con ese antecedente señora Presidenta mociono la aprobación de la enmienda constitucional a los artículos 104, 114, 142, 144 158, 211, 212, 229, 201, 264, 326, 370, 372, 384 y Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República del Ecuador, dos disposiciones transitorias, una disposición general y una disposición final y la no aprobación

de la enmienda constitucional al art. 214 de la Constitución. (...)” (Transcripción del respectivo video publicado en la página web de la Asamblea).

52. En mi intervención en la Sesión No. 360 del Pleno de la Asamblea, realizada el 3 de diciembre de 2015, señalé lo siguiente:

“Gracias Señora Presidente, señores asambleístas. Estoy aquí dando la batalla democrática que los ecuatorianos esperan que libremos los que consideramos que estas enmiendas son ilegítimas. He participado en el primer debate, he participado en la Comisión Ocasional de Enmiendas constitucionales, he presentado un informe de minoría debidamente razonado; hubiera sido una irresponsabilidad, una incoherencia con mis electores y hasta un acto de cobardía abandonar esta mañana esta trinchera parlamentaria, desde la cual condeno estas enmiendas por ilegítimas; estoy dando la batalla donde me corresponde, en el lugar a donde me han enviado mis electores de la Provincia de Tungurahua y particularmente de la Ciudad de Ambato, pero también estoy dando la batalla en las calles de la capital de la República con miles y miles de ciudadanos libres que se han unido para protestar por la forma como estas enmiendas se están aprobando; bajo el ejemplo de ellos y de los cientos de dirigentes y militantes del Movimiento Tiempo de Cambio de Tungurahua y de la Lista 6, les digo a los ecuatorianos hoy que éstas enmiendas son ilegítimas.

Ustedes señores del oficialismo tienen los votos pero no la legitimidad para aprobar como enmiendas las que son verdaderas reformas a la Constitución; ustedes tienen el dictamen de la obediente Corte Constitucional, pero no tienen la legitimidad para eludir el pronunciamiento del pueblo ecuatoriano, cuando se están transformando derechos y cuando se está cambiando también la estructura de la Constitución; ustedes tienen el poder para imponer las enmiendas, pero no tienen la legitimidad para hacer de ellas eficaces, válidas y aceptadas por la mayoría de ecuatorianos.

Las enmiendas constitucionales están desconectadas de las angustias y sufrimientos de los ecuatorianos, las enmiendas dan más poder al poder, las enmiendas disminuyen derechos de los ciudadanos y ninguna de ellas resuelve la angustia del ciudadano que, día a día, debe enfrentar en los campos y en las ciudades a la delincuencia; ninguna de ellas prende una luz para saber que los ecuatorianos que han perdido su empleo, el día de mañana lo recuperarán; ninguna de las enmiendas resuelve la angustia por la inseguridad económica en el País; ninguna de las enmiendas fortalece y apuntala la dolarización en el Ecuador; son enmiendas desconectadas de la angustia del ecuatoriano de carne y hueso, enmiendas que alegran a quienes tienen poder, gobiernan el País, enmiendas que entristecen a hombres y mujeres que quieren seguridad ciudadana y seguridad económica.

*Los 16 textos que fueron materia del primer debate, se han convertido prácticamente en dieciocho textos para este segundo debate; ¿cuál fue el milagro que llevó a que en el segundo debate aparezcan más textos de aquellos que fueron debatidos en primer debate?, ¿dónde está una sola norma constitucional que le habilite a la Asamblea aumentar textos de enmiendas y modificar algunas de las que fueron debatidas en primera discusión?; no existe norma constitucional, tampoco existe disposición alguna en la Ley Orgánica de la Función Legislativa; han extendido las enmiendas como aquellas deliciosas melcochas que fabrican los artesanos del Cantón Baños, que cambian de sabor poco antes de convertirse en un duro alfeñique; **no podían hacerlo porque no tenían la norma constitucional que les permitiera aumentar textos y modificar también los que fueron debatidos en primera, y, por ello, las enmiendas, además de ser ilegítimas, son también fruto de un acto arbitrario de la Asamblea;** no era necesaria la transitoria sobre la reelección presidencial; aquellos que estamos en la oposición no para combatir a una persona con nombre y apelli-*

do, sino para derrotar a un modelo político y económico estatista y autoritario que ha asfixiado a los ciudadanos de Ecuador, no necesitamos de transitorias porque sabemos que la fuerza de nuestras ideas vencerá al proyecto gobernante el año 2017; la transitoria sobra; con o sin transitoria sabemos que se agota el ciclo político y está por colapsar el modelo económico; a tiempo pueden hacer las maletas; el cambio se aproxima, ese gran cambio por la libertad, por el trabajo, por el empleo y por la seguridad; pueden aprobar sin problemas como enmiendas solamente tres textos, aquella enmienda que reduce la edad de treinta y cinco a treinta años para ostentar la primera magistratura y que constituye indudablemente una positiva señal para la juventud; pueden también tramitar como enmienda el cambio de la palabra provisional por previsional; pueden tramitar como enmienda el postergar la regionalización en el Ecuador, pero los demás cambios constitucionales no pueden ser tramitados como enmiendas; solamente la reforma o la instalación de una constituyente serían las vías idóneas contando siempre con el pronunciamiento del pueblo ecuatoriano. Para cambiar aquello que transforma derechos y afecta a la estructura del Estado, convertir a la comunicación de derecho en potestad pública, en servicio público para que tenga mayor poder regulador el Estado y para que los medios privados y comunitarios presten ese pseudo servicio público mediante delegación, autorización o concesión solo sería posible en una constituyente; reducir el derecho a participar en consultas populares de los ciudadanos solo sería posible con una asamblea constituyente; extender la posibilidad de permanencia a nivel presidencial en los cargos, la reelección presidencial indefinida, solamente podría tramitarse de manera idónea con una reforma en la que el pueblo pueda pronunciarse; igualmente aquellas que reducen las competencias de los municipios para hacer obras en materia de salud y en educación, dejar a la Contraloría General del Estado sin la posibilidad de fiscalizar hasta el último rincón el cumplimiento de los objetivos y tareas de los funcionarios públicos, no puede tramitarse por enmienda, se requiere de una reforma en la que el

resultado de lo que diga la Asamblea finalmente sea objeto de un pronunciamiento del pueblo ecuatoriano. Al tramitar como enmiendas aquellos cambios que son reformas se está cometiendo un fraude a la Constitución, y, lo más grave, es que este gran fraude a la Constitución se lo vaya a cometer con la ayuda de un dictamen írrito de la Corte Constitucional ecuatoriana; enmiendas ilegítimas, enmiendas arbitrarias, enmiendas que no resuelven la angustia del ciudadano ecuatoriano, sino que lo entristecen, son enmiendas que no serán finalmente eficaces ni válidas, pero jamás, jamás lograrán derrotar esa estructura libertaria que anima a la historia de los ecuatorianos que, desde 1830 e inclusive antes, ha llevado a que grandes hombres y mujeres resistan el autoritarismo, resistan el abuso y, sobre todo, les digan a aquellos que gobiernan, que el poder, no con la Constitución en la mano sino con la voluntad omnímoda de hacer lo que quieren, algún día termina y se irán, y llegaremos los que queremos un verdadero cambio con justicia, trabajo, empleo y libertad”.

53. Con 99 votos a favor la Asamblea aprobó las Enmiendas a la Constitución con 10 textos modificados y 2 nuevos textos. De los 16 textos sobre los que CC dictaminó y sobre los que se realizó el primer debate, se pasó a 19 textos, de los cuales 15 textos corresponden a enmiendas directas de artículos de la Constitución, 1 texto a disposición general, 2 textos a disposiciones transitorias y 1 texto a disposición final, según el cuadro comparativo que adjunto (Anexo 1).
54. En el R.O. No. 653 (s) de 21 de diciembre de 2015 se publicaron los textos de las Enmiendas a la Constitución de la República.
55. En el segundo debate se modificaron los textos contenidos en los arts. 2, 4, 5, 7, 9, 10, 12, 15, la disposición transitoria primera y la disposición final de las Enmiendas publicadas en el Registro Oficial No. 653 Suplemento de 21 de diciembre de 2015, relacionados con la postulación para la reelección inmediata, la seguridad integral y Fuerzas Armadas,

las competencias de control de la Contraloría, competencias de salud y educación del Gobierno Central, la situación laboral de los servidores públicos, las pensiones de retiro de los miembros de las FF.AA. y la Policía Nacional, la conformación de regiones, la temporalidad de los derechos de los obreros del sector público y la notificación a la CC. En definitiva, a) se cambió la palabra reelegirse por postularse, en los arts. 114 y 144 de la Constitución; b) se modificó la palabra nacional por territorial dentro del texto sobre el apoyo de las Fuerzas Armadas a la Policía Nacional en la seguridad integral, correspondiente al Art. 158 de la Constitución; c) se sustituyó la palabra “sujetos” por “sujetas” dentro de la modificación al art. 212 numeral 2 de la Constitución; d) se suprimió la expresión “En consecuencia” y al final se añadieron las palabras “en educación y salud” en lo referente a las competencias del Estado Central en el art. 261 numeral 6 de la Constitución; e) se transformaron los derechos de los servidores públicos sobre organización sindical, huelga y contratación colectiva, a pesar que, en el texto inicial, nada se decía de estos derechos ni se excluía a la contratación colectiva del sector público, reservándose la exclusivamente al sector privado, con motivo de la enmienda al Art. 326, numeral 16, de la Constitución; f) se sustituyó en la seguridad social de las FF.AA. y la Policía Nacional, prevista en el Art. 370 de la Constitución, la expresión pensión jubilar por pensión de retiro cuando en el texto inicial se hablaba de pensiones jubilares; g) se añadió la frase “regiones autónomas” en la enmienda de la disposición transitoria primera, numeral 9, de la Constitución; h) se añadió un párrafo en la regulación de los derechos contemplados en los artículos 229 y 326:16, e i) se añadió la obligación de notificar a la CC.

56. Igualmente, en el segundo debate se incorporaron, como nuevos textos a los tratados en primer debate, las disposiciones transitoria segunda y la disposición general, en

relación con los siguientes asuntos: a) la exclusión del proceso electoral del 2017 de ciertos dignatarios de elección popular para que no se les apliquen las enmiendas a los arts. 114 y 144 de la Constitución sobre la reelección indefinida, y b) la delegación legislativa a la Asamblea para que desarrolle y armonice las Enmiendas, con una extraña invocación a la supremacía constitucional. En los textos iniciales de las Enmiendas, debatidos en primer debate, sólo había una transitoria y no habían disposiciones generales.

57. No existe norma constitucional que le atribuya competencias a la Asamblea Nacional, en el segundo debate, para modificar los textos de las Enmiendas que fueron objeto del Dictamen de la CC y del primer debate en el Pleno, e incorporar nuevos textos.
58. De las normas constitucionales en vigencia no se pueden inferir competencias implícitas para que la Asamblea modifique los textos e incorpore nuevos textos.
59. Con las modificaciones realizadas a los textos de las Enmiendas, por adición, supresión y cambio, la Asamblea actuó sin competencia constitucional.
60. Ni siquiera era competente para modificar los textos bajo el argumento que las modificaciones eran secundarias y periféricas y que, por lo tanto, no afectaban el núcleo y el alcance del Dictamen de la CC. No podía enmendar el texto de la enmienda sin un nuevo Dictamen de la CC. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. La enmienda de la enmienda no podía ser asumida por la Asamblea, sin el concurso de la CC.
61. Más grave fue el caso de las modificaciones sustanciales a los textos y la incorporación de nuevos textos, aún bajo el pretexto que no eran sino textos transitorios o generales.

62. Para modificar los textos de las Enmiendas, el Art. 441:2 de la Constitución es insuficiente. Esta norma constitucional está concebida para debatir sobre argumentos de sustentación y de contradicción y votar los textos dictaminados por la CC y sobre los que se realizó el primer debate. El Art. 441:2 no está destinado a normar la tramitación y aprobación de textos modificados. Para tal objeto los constituyentes aprobaron el Art. 442. En el supuesto de esta norma constitucional los asambleístas deben elaborar y aprobar los textos sobre los que deben pronunciarse los ciudadanos en referéndum aprobatorio.
63. El constituyente de Montecristi no le transfirió amplios poderes a la Asamblea Nacional para hacer cambios a la Constitución. Como poder constituyente derivado le reconoció la competencia únicamente para “enmendar” la Constitución, sin necesidad de la intervención final del pueblo. En el caso de la “reforma”, la Asamblea debe someter su resolución a la decisión final de la ciudadanía.
64. Al haber incorporado la Asamblea, en el segundo debate, cambios a los textos de las enmiendas y nuevos textos, violó el procedimiento establecido en el Art. 441:2 de la Constitución, dado que esta norma no le reconoce competencia alguna para introducir cambios y nuevos textos a los debatidos en primer debate. No se discute si los cambios son menores o periféricos ni mayores o centrales. Tampoco está en discusión si las disposiciones transitorias, generales o finales son o no necesarias para la aplicación de las enmiendas. Simplemente se trata de saber si la Asamblea podía modificar los textos e incorporar nuevos textos a los debatidos en primer debate y que fueron objeto del Dictamen de admisibilidad y procedencia de la CC.
65. Por lo expuesto, la CC debe declarar la inconstitucionalidad, por la forma, de los artículos 2, 4, 5, 7, 9, 10, 12 y 15, de las disposiciones transitorias primera y segunda, de la

disposición general y de la disposición final, de las Enmiendas publicadas en el R.O. 653, de 21 de diciembre de 2015, por habérselos modificado y añadido, en el segundo debate, en violación del Art. 441:2 de la Constitución.

IV.1.4 PROCEDIMIENTO INADECUADO PARA EL DEBATE Y APROBACIÓN DE LAS ENMIENDAS

66. Solamente en la Constitución se encuentran las reglas mínimas para tramitar y aprobar las enmiendas constitucionales en la Asamblea.
67. En la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL) no existe norma alguna sobre tramitación de enmiendas constitucionales, salvo la que se refiere a la integración de la Comisión Especializada Ocasional de Enmiendas (Art.73). La Asamblea Nacional no puede inventar procedimientos fuera de la LOFL y la Constitución. Debe tramitar y aprobar las enmiendas constitucionales con las normas existentes. Más aún, cuando el procedimiento para que se instruyeran los cambios constitucionales no es flexible sino rígido.
68. Si se adoptan las normas de la LOFL, sobre tramitación de leyes, para tramitar y aprobar las enmiendas, se incurre en un vicio de inconstitucionalidad formal. Entre las leyes y las enmiendas constitucionales existe una diferencia sustancial. Para aplicar los procedimientos de la LOFL, el Pleno de la Asamblea debió resolverlo así, antes de trasladar a la CC la propuesta de Enmiendas a la Constitución presentada por un grupo de legisladores oficialistas. No lo hizo. Por ello, la aplicación implícita y por analogía de los procedimientos de la LOFL provoca la inconstitucionalidad por vicios de forma y procedimiento.

69. Las enmiendas no se expresan en leyes ni se tramitan ni aprueban como éstas. Se expresan en actos normativos generales, si se utiliza la clasificación del Art. 436:2 de la Constitución sobre los actos que pueden ser objeto de demandas de inconstitucionalidad por la forma, entre los que no se encuentran los actos administrativos con efectos generales. En función de lo estipulado en el Art. 436:2 de la Constitución, se entiende que procede el control por la forma de las enmiendas constitucionales contenidas en actos normativos generales, en correspondencia con lo señalado en los artículos 99:3 y 106:2,6 de la LOGJYCC. La LOFL no establece procedimiento alguno para la tramitación de actos normativos generales que contengan textos de enmiendas constitucionales.
70. Igualmente, la Asamblea incurre en un vicio formal si recurre a la analogía para adoptar procedimientos distintos de los existentes en la Constitución.
71. Debido a que la LOFL resulta inaplicable en cuanto al procedimiento, los 16 textos de las Enmiendas debieron tramitarse y aprobarse sobre la base de lo que dispone el Art. 441, numeral 2, de la Constitución. Esta norma constitucional contiene los siguientes mínimos para la tramitación y aprobación de las enmiendas: dos debates, segundo debate dentro de los siguientes treinta días al año de realizado el primer debate y aprobación con no menos de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea. Para discutir y aprobar las enmiendas no se necesitan más normas que la mencionada. En su Dictamen la CC sostiene que *“el procedimiento que deberá observar la Asamblea Nacional es aquel previsto en el citado Art. 441 inciso segundo”* (p. 28).
72. La Asamblea no se circunscribió a la aplicación del Art. 441:2 de la Constitución para el trámite, debate y aprobación de las Enmiendas constitucionales. Aplicó las normas de la LOFL.

73. Durante el segundo debate de las enmiendas, realizado el 3 de diciembre de 2015, el Presidente de la Comisión Ocasional de Enmiendas Constitucionales recurrió, sin reconocerlo oficialmente, al Art. 61 de la LOFL, que le permite al ponente de una “ley”, no de una enmienda constitucional, incorporar los cambios sugeridos en el Pleno de la Asamblea, para introducir modificaciones a los textos de las Enmiendas relacionados con las pensiones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, las relaciones de los trabajadores en el sector público, la conformación de regiones y cambios formales de denominación de la disposición final.
74. Los textos de los artículos 9, 12, 15 y de la disposición final fueron modificados en virtud de la propuesta del Presidente de la Comisión Ocasional de Enmiendas Constitucionales efectuada antes de la votación del 3 de diciembre de 2015. Los demás cambios realizados en el segundo debate por la Asamblea fueron enunciados en el informe de mayoría para este debate.
75. La Asamblea incurrió en un vicio de procedimiento cuando se utilizaron las normas procedimentales de la LOFL para que el Presidente de la Comisión Ocasional de Enmiendas Constitucionales ejerza las funciones atribuidas a los ponentes de “leyes” en el desarrollo del segundo debate de las leyes.
76. En virtud de lo expuesto, la CC debe declarar la inconstitucionalidad formal de los arts. 9, 12, 15 y de la disposición final, de las Enmiendas publicadas en el R.O. 653 de 21 de diciembre de 2015, modificados e incorporados a pedido del Presidente de la Comisión Ocasional de Enmiendas, inmediatamente antes de la votación, sin perjuicio que se declaren también inconstitucionales por la forma los demás textos, por haberse tramitado y aprobado con base en los procedimientos de la LOFL.

IV.1.5 INCOMPETENCIA DE LA ASAMBLEA PARA ENMENDAR LA CONSTITUCION, ILEGITIMIDAD Y FRAUDE CONSTITUCIONAL

77. Enmendar, en sentido etimológico, significa, básicamente, arreglar o quitar defectos. Y enmienda, según el DRAE, no es otra cosa que la propuesta de variante, adición o reemplazo de un documento o la rectificación perceptible de errores materiales.
78. Las enmiendas, previstas en el Art. 441 de la Constitución, son lo menos que se puede hacer en materia de cambios constitucionales. No tienen el alcance de las reformas establecidas en el Art. 442 ni de las modificaciones a cargo de una asamblea constituyente señaladas en el Art. 444 de la misma Constitución.
79. Los límites indicados en el Art. 441 para las enmiendas son máximos y no mínimos. Por ello, la Asamblea no puede tramitar y aprobar, bajo la denominación de enmienda, cualquier cambio constitucional que, en términos muy generales, no altere la estructura fundamental de la Constitución, el carácter y los elementos constitutivos del Estado, no establezca restricciones a los derechos y garantías ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución.
80. El Dictamen No. 001-14-DRC-CC de la CC (R.O. 371 (3s) de 10/11/2014) que calificó el procedimiento, sobre la base del Art. 443, no cerró el debate sobre la naturaleza y alcance de las Enmiendas, a pesar de haber concluido la CC que éstas no contrariaban las limitaciones establecidas en el Art. 441 de la Constitución.
81. Carece de verdadera fundamentación el Dictamen de la CC No. 001-14-DRC-CC, de 31 de octubre de 2014, dentro del Caso No. 0001-14-RC, publicado en el R.O. No. 371 (3s) 10/11/2014, en cuanto a que las Enmiendas no restringen

derechos constitucionales ni le dan más poder al Estado. Se trata de un pronunciamiento parcializado para encauzar los planteamientos de los promotores de los cambios constitucionales por el camino de las enmiendas y no de las reformas ni de la asamblea constituyente. Por ello, tal Dictamen, si bien está revestido de fuerza jurídica para abrir la etapa de debate y aprobación, no tiene la solidez para convertirse en el eje de la discusión sobre la legitimidad de las Enmiendas.

82. Tan precipitado fue el Dictamen de la CC que ni siquiera advirtió que en el Art. 441:2 de la Constitución se dice que la “reforma” se aprobará con el voto de las dos terceras partes de los asambleístas, cuando debería decir la “enmienda”. Con un exceso de formalismo se podría sostener que ni siquiera existe norma constitucional para aprobar “las enmiendas”, no “las reformas”, en segundo debate, por la imprecisión de esa norma constitucional.
83. Dado que los textos de algunas Enmiendas fueron modificados por la Asamblea en el segundo debate y, además, se incorporaron disposiciones transitorias, generales y finales, la CC no puede eludir pronunciarse sobre la constitucionalidad de los textos modificados y de los nuevos textos para definir si el procedimiento seguido por la Asamblea, para la tramitación y aprobación de los cambios constitucionales, era el que correspondía a cada texto modificado y nuevo.
84. En el Dictamen No. 001-14-DRC-CC, la CC no se pronunció sobre los textos modificados y nuevos. Si lo hecho por la Asamblea, al modificar textos y crear nuevos, sólo podía tramitarse y aprobarse por un procedimiento distinto del de la enmienda, tales textos serían inconstitucionales por la forma. Las alteraciones a la estructura de la Constitución no podían tramitarse mediante enmienda.

85. En cuanto a la reelección de autoridades hubo tales cambios, al reemplazar la palabra reelección por postulación, que, inclusive, se incorporó una transitoria para limitar la participación de ciertos dignatarios, no de todos, en las elecciones del 2017. Y con relación a la reelección indefinida del Presidente, después del 2017, se alteró la estructura de la Constitución sobre la temporalidad del mandato presidencial.
86. Sobre la situación de los servidores públicos se realizaron cambios tan profundos, en el texto original, que no solamente se comprometieron derechos laborales de rango constitucional sino que se alteró la estructura de la Constitución acerca de la condición jurídica diferenciada de los servidores públicos. Con la Disposición Transitoria sobre esta materia se alteró aún más la estructura constitucional.
87. La sustitución del concepto de pensión jubilar por pensión de retiro en el caso de los miembros de las FF.AA. y la Policía, no fue un cambio menor, dentro de la garantía general de pago asumida por el Estado, asunto vinculado a la estructura de la Constitución.
88. La inclusión de la Disposición General, confiriéndole a la Asamblea amplias competencias legislativas para desarrollar las enmiendas, constituye una transferencia sui generis de poder que se hizo la misma Asamblea, desdoblándose en sus calidades de poder constituyente derivado y órgano del poder constituido. Tal Disposición afecta la estructura de la Constitución en cuanto a las competencias de la Asamblea, al encargarle a ésta la tarea de diferir los efectos de las enmiendas, condicionándolas a la aprobación de normas y leyes, mediante una Disposición General que no fue materia del dictamen de la CC ni del primer debate.

89. Sobre la notificación a la CC del acto normativo contenido de las Enmiendas, previsto en la Disposición Final. El poder constituyente derivado no está sujeto a controles previos de la CC.
90. Fuera de los textos modificados y nuevos, debidamente mencionados en el Apartado IV.1.3, la CC también está obligada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de los demás textos, que fueron objeto de su Dictamen sobre la vía, en consideración a que la inconstitucionalidad de las enmiendas no sólo se configura por los vicios de procedimiento y forma sino también por vicios formales. Y, en este caso, cuando se trata de vicios formales, el examen de constitucionalidad sirve para evaluar las competencias constitucionales de la Asamblea para hacer cambios constitucionales relacionados con la estructura de la Constitución y los derechos, sin perjuicio de analizar también las modificaciones a los elementos constitutivos del Estado.
91. No hay discusión para que se consideren enmiendas los cambios constitucionales relacionados con la sustitución de la palabra provisional por previsional (Art. 13), la reducción de la edad mínima para ser Presidente de la República (Art. 3) y la postergación de la regionalización (Art. 15).
92. Tampoco existe reparo alguno para que la Asamblea no haya aprobado la enmienda relacionada con la Defensoría del Pueblo, debido a que la Asamblea, de conformidad con el Art. 441:2 de la Constitución, tiene competencia para aprobar o no aprobar los textos. No podía, únicamente, archivar el texto.
93. No está cerrado el debate sobre los demás textos de las enmiendas por la Asamblea, debido a que ellas, a pesar de lo que dijo la CC en su Dictamen, alteran la estructura fundamental de la Constitución y restringen derechos.

94. En efecto, además de las afectaciones señaladas antes, se afectó la estructura de la Constitución con las enmiendas a las competencias de los municipios en materia de educación y salud; a las competencias de control de la Contraloría General del Estado, y a las competencias de las FF.AA. en materia de seguridad integral y ciudadana.
95. Con la enmienda a las competencias en salud y educación, la Asamblea desconoció la estructura de la Constitución en cuanto a la distribución de competencias exclusivas entre el Gobierno central (erróneamente llamado Estado central) y los municipios.
96. Para restarle competencias de control, sobre el cumplimiento de objetivos de las autoridades y entidades públicas, a la Contraloría General del Estado, no hubo la suficiente fundamentación. En el informe de mayoría de la Comisión Ocasional de Enmiendas Constitucionales, que sirvió de base para el segundo debate y la respectiva aprobación, se dijo que no era necesario tal control por cuanto ya existía el sistema nacional de control administrativo dependiente de la Función Ejecutiva. Se afectó la estructura de la Constitución al haber debilitado uno de los pilares de la democracia constitucional ecuatoriana: la rendición de cuentas en función de los objetivos institucionales.
97. La estructura de la Constitución fue afectada con el reconocimiento a las FF.AA. de la nueva competencia para intervenir, complementariamente, en tareas reservadas a la Policía Nacional, en materia de orden interno, con la particularidad que, si ello ocurre, habría problemas de subordinación de una fuerza a otra.
98. Además, se restringieron derechos con las enmiendas que impiden que se organicen consultas populares sobre cualquier asunto; desconocen la contratación colectiva en el sector público y limitan el ejercicio de los derechos laborales en el tiempo y en el espacio del sector público. Y se res-

tringieron, aún más, al constitucionalizar a la comunicación como un servicio público.

99. Si bien se podría interpretar que la enmienda al Art. 384 de la Constitución, sobre la comunicación, contenida en el Art. 15 de las Enmiendas, corrige la aberración de la Ley Orgánica de Comunicación (*arts. 5, 71 y 84*) y de la sentencia de la CC 003-14-SIN-CC, publicada en el R.O. 346 (2s) 2-10-2014, al reconocer, a nivel constitucional, que el *sui generis* servicio público de comunicación sí puede ser prestado a través de medios privados y comunitarios, no es menos cierto que transforma el ejercicio de un derecho y, además, modifica la estructura de la Constitución. En efecto, según ésta, los servicios públicos solamente pueden ser prestados por el Estado o sus empresas públicas (Art. 315). En forma excepcional y únicamente por delegación, esto es, mediante contrato de concesión, los medios privados y comunitarios pueden “ejercer” (no “prestar”, en estricto sentido) actividades correspondientes a servicios públicos y sectores estratégicos (Art. 316). Con la enmienda al Art. 384 se matiza el sentido de los arts. 315 y 316 de la Constitución, dado que el servicio público de comunicación no sólo se prestará a través de medios públicos sino también privados y comunitarios.
100. En definitiva, las Enmiendas potencian al poder y afectan derechos. Sobrepan los límites máximos establecidos en el Art. 441 de la Constitución. Con la transformación de la comunicación en servicio público, se amplía el poder regulatorio del Estado. Al recortarle competencias a la Contraloría General del Estado para que realice auditorías sobre el cumplimiento de objetivos, se restringe el derecho de los ciudadanos a contar con información calificada acerca de la gestión pública. Al someter a los municipios a una previa autorización gubernamental para el ejercicio de competencias municipales en materia de salud y educación, el Gobierno central, en nombre del Estado, acumula

más poder. Al otorgar a las Fuerzas Armadas, sin filtros de ninguna naturaleza, competencias en materia de seguridad integral y, especialmente, ciudadana, se les distrae de sus misiones esenciales y se militariza la seguridad ciudadana, con riesgos para los derechos de los ciudadanos. Al garantizar solamente el pago de pensiones de retiro a los miembros de las FF.AA. y de la Policía, se establece una garantía parcial. Al no permitir que los ciudadanos y los municipios promuevan consultas populares sobre cualquier asunto, se les despoja de un derecho del que, actualmente, gozan. Se altera la estructura constitucional en cuanto a la dimensión de la república presidencial, al permitir la reelección inmediata, consecutiva e indefinida de quien ostente la Presidencia de la República, sin perjuicio de la segunda disposición transitoria, pues, se le confiere más poder a una autoridad que no sólo ejerce la jefatura de Estado y de gobierno sino que es, además, la cabeza de la Fuerza Pública y de toda la administración pública. Al transformar las relaciones de los trabajadores en el sector público, se restringen sus derechos.

101. La CC está llamada a examinar el alcance de las Enmiendas con relación al ejercicio de las competencias de cambio constitucional de la Asamblea. Los límites señalados en el Art. 441 de la Constitución no son mínimos sino máximos. No están allí para ser extendidos sino para reducir el ámbito competencial de la Asamblea. El Dictamen de procedimiento y admisibilidad que emitió la CC no cerró el debate sobre las competencias del órgano legislativo, debido a que la LOGJYCC (Art. 106: 2 y 3.) entiende por vicios formales aquellos que tienen que ver con las competencias del órgano encargado de enmendar la Constitución.
102. Al aprobarse, como enmiendas, los cambios constitucionales que solamente podían aprobarse como reformas (Art. 442 de la Constitución) o mediante una asamblea constituyente (Art. 444 de la Constitución), se incurrió en fraude a

la Constitución, convirtiéndoles a las enmiendas en ilegítimas.

103. La Asamblea no podía aprobar como enmiendas, por alterar la estructura fundamental de la Constitución y establecer restricciones a los derechos, los arts. 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, las disposiciones transitorias, la disposición general y la disposición final, de las Enmiendas publicadas en el R.O. 653 de 21 de diciembre de 2015. No tenía competencia para ello en virtud del Art. 441:2 de la Constitución. Tampoco tenía competencia bajo el Art. 120:5 de la Constitución, que consagra las competencias generales de la Asamblea.
104. En virtud de lo expuesto, por ilegítimas, por constituir fraude a la misma Constitución, por haber sido aprobadas por la Asamblea sin que tuviera competencias y por contrarias a lo establecido en los arts. 441:2 y 120:5 de la Constitución, la CC debe declarar la inconstitucionalidad, por vicios formales, de los arts. 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, las disposiciones transitorias, la disposición general y la disposición final, de las Enmiendas publicadas en el R.O. 653 de 21 de diciembre de 2015.

IV.2 CONTENIDO DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

105. Según lo expuesto, las disposiciones constitucionales infringidas por las Enmiendas a la Constitución, por inconstitucionalidad de forma, se encuentran los siguientes artículos de la Constitución:

Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

5. Participar en el proceso de reforma constitucional.

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

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

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

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

IV.3 NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES SOBRE DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ENMIENDAS CONSTITUCIONALES

106. La presente demanda de inconstitucionalidad se fundamenta en los artículos 424, 436:2 y 439, de la Constitución y en los artículos 74, 75:1:a, 76: 6 y 7, 77, 106:6, 79, 113, 114, 117 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Registro Oficial 127, del 10 de febrero de 2010, reformado mediante Resolución de la

CC No. 002-2013-CC, publicada en el Registro Oficial No. 938, Suplemento, de 22 de abril de 2013.

V. PRETENSIÓN

107. Con los antecedentes expuestos, demando la inconstitucionalidad por la forma de los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 15 y de las disposiciones transitorias primera y segunda, así como de la disposición general y de la disposición final, contenidas en las Enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador, publicadas en el Registro Oficial No. 653, Suplemento, de 21 de diciembre de 2015, para que sean declarados inconstitucionales por vicios de forma y procedimiento y por vicios formales, debiendo ustedes, señores jueces, determinar los efectos de la inconstitucionalidad.

VI. AUDIENCIA

108. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la LOGJYCC, solicito ser oído en audiencia pública.

VII. CASILLERO CONSTITUCIONAL Y NOTIFICACIONES

109. Las notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero constitucional No. 224 y en los siguientes correos electrónicos:

lforrest@gmail.com y mjlopezcobo@gmail.com

110. Autorizo a la Ab. María José López Cobo, profesional en libre ejercicio, para que patrocine esta demanda con las más amplias facultades.

VIII. PRUEBAS

111. De conformidad con el artículo 62 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, al disponer la práctica de pruebas, se servirán requerir de la Secretaría General de la Asamblea Nacional los siguientes documentos, debidamente certificados:

VIII.1 Acta de la Sesión No. 302 de la Asamblea Nacional de 1 de diciembre de 2014.

VIII.2 Oficio No. 014-CENCO-P-2014, de 28 de noviembre de 2014, ingresado suscrito por el Presidente de la Comisión Ocasional de Enmiendas.

VIII.3 Acta de la Sesión No. 360 de la Asamblea Nacional de 3 de diciembre de 2015.

VIII.4 Convocatoria a la Sesión No. 302 del 1 de diciembre de 2014 de la Asamblea Nacional.

VIII.5 Convocatoria a la Sesión No. 360 del 3 de diciembre de 2015 de la Asamblea Nacional.

VIII.6 Texto de las Enmiendas de la Constitución de la República del Ecuador adjuntado, el 28 de noviembre de 2014, a la Convocatoria para la Sesión del 1 de diciembre de 2014, el cual fue tratado en primer debate.

VIII.7 Texto de las Enmiendas de la Constitución de la República del Ecuador adjuntado, el 1 de diciembre de 2015, a la Convocatoria para la Sesión del 3 de diciembre de 2015.

VIII.8 Oficio No. 177-CENCO-P-2015, de 3 de diciembre de 2015, ingresado a las 17:14 horas del 3 de diciembre de 2015, suscrito por el Presidente de la Comisión Ocasional de Enmiendas.

VIII.9 Oficio No. PAN-GR-2015-2357, de 4 de diciembre de 2015, con el cual se remite el texto de las Enmiendas Constitucionales a la Corte Constitucional.

VIII.10 Auto de Verificación de la Corte Constitucional sobre las Enmiendas aprobadas por la Asamblea Nacional.

VIII.11 Informes de Mayoría y Minoría para discusión de las Enmiendas en primer debate.

VIII.12 Informes de Mayoría y Minoría para debate y aprobación de las Enmiendas en segundo debate, y, en especial, el proyecto de resolución adjuntado al informe de mayoría.

112. Adicionalmente, se servirán requerir al Director del Registro Oficial del Ecuador lo siguiente:

VIII.13 Texto certificado del Registro Oficial No. 653 Suplemento de 21 de diciembre de 2015.

IX. DOCUMENTOS ADJUNTOS

IX.1 Copia de la cédula de ciudadanía y papeleta de votación del legitimado activo.

IX.2 Copia del documento otorgado por el Consejo Nacional Electoral sobre la elección como Asambleísta por la Provincia de Tungurahua.

IX.3 Cuadro comparativo de modificación de Enmiendas. (ANEXO 1)

Dr. Luis Fernando Torres Torres

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DELIBERATIVA

El derecho de la ciudadanía a la última palabra en el debate argumentativo entre la Corte Constitucional, los poderes estatales y la sociedad civil¹

Paúl Córdova Vinueza^{*2}

Apertura

El artículo examina un marco analítico para plantear un modelo deliberativo que promueva nuevas prácticas de control constitucional y convencional en el diseño jurisdiccional. La propuesta sería la utilización de debates argumentativos y públicos entre la Corte Constitucional, los poderes del Estado y la sociedad civil para buscar otro tipo de constitucionalismo con innovaciones institucionales hacia un propósito democrático fundamental: esquemas procedimentales deliberativos de justicia constitucional y convencional.

1. El presente artículo tiene como referencia inmediata el artículo académico presentado por el mismo autor denominado “Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales” y publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, editado por la organización Konrad Adenauer Stiftung- Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica.
- * Doctor en Jurisprudencia, docente de la Universidad Central del Ecuador, autor de libros e investigaciones sobre constitucionalismo y derechos humanos. Ha sido distinguido con el reconocimiento “Libro de Honor 2016” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Para contactos académicos su correo es: hpaulcordova@yahoo.es

Palabras clave: deliberación constitucional y convencional, jueces constitucionales, sociedad civil y políticas iusfundamentales.

Sumario: 1. ¿Por qué los tribunales y cortes constitucionales pueden impulsar debates argumentativos y públicos con la sociedad y los poderes del Estado en su quehacer jurisdiccional? 2. El debate jurisdiccional con la sociedad civil para un control constitucional y convencional democrático. 3. La función de los jueces y la intervención de la ciudadanía para cuidar su derecho argumentativo a la última palabra. 4. Conclusiones. Políticas deliberativas entre los poderes públicos y la ciudadanía para el control constitucional y convencional.

1. ¿Por qué los tribunales y cortes constitucionales pueden impulsar debates argumentativos y públicos con la sociedad y los poderes del Estado en su quehacer jurisdiccional?

Las máximas cortes y magistraturas requieren una permanente interrelación con la ciudadanía y políticas participativas con otras ramas del poder público para mejorar el desempeño de los procesos constitucionales.

-
2. Conforme el diseño institucional de cada Estado, compete este tipo de control al tribunal o corte constitucional o corte suprema de la función judicial. Lo interesante de discutir este tema, y acercarlo a la naturaleza política de sus actores, radica en reconocer que la configuración de estos organismos puede sobrepasar el poder que poseen las *funciones* del Estado y convertirse en un megapoder, o incluso un poder constituyente permanente. Por consiguiente, es pertinente formular la siguiente pregunta aplicable según las variantes para cada caso: la corte constitucional: ¿un poder con más poder que otros poderes del Estado? La pregunta original fue planteada en los siguientes términos: “La Corte Suprema: ¿un poder con más poder que los otros poderes?”, pertenece a Germán Bidart Campos y consta en su obra *La Corte Suprema*. La utilizo cambiada en esta sección para expresar la racionalidad política de los jueces y enfrentarla a otros contenidos conceptuales y categorías analíticas con relación a los límites del control e interpretación constitucional.

Cuando les corresponde ejercer interpretaciones, controles de constitucionalidad y convencionalidad, para velar por el cumplimiento de procedimientos iusfundamentales, no están desarrollando un rol que no le compete a la ciudadanía. Ella debe ser parte de esos procesos. Pero, eso es posible cuando es capaz de intervenir y participar con argumentos razonados y racionales en la esfera pública para conocer y opinar en la interpretación de la ley fundamental. Para ello, los jueces deben discutir cómo entienden su papel y cómo pueden aportar para reactivarlo con lógicas deliberativas y participativas.

El núcleo de la interpretación constitucional es dinámico. Los argumentos legales-fácticos son confrontados, remodelados y reorganizados para definir la última palabra. El juez ejerce un rol preponderante para crear o reproducir el derecho existente. Y en la búsqueda de sus definiciones, es capaz de trastocar, derribar o desechar fundamentos nuevos o tradicionales para dar espacio a la visión que cree de la constitución. Esta función no está desprovista de politicidad. Su quehacer consiste en hurgar los presupuestos normativos para enlazarlos con las diversidades y realidades sociales que son sujetas a su conocimiento, donde deben encontrar los contrastes o desequilibrios para prever dónde puede estar la salida. En ese ámbito, los jueces combinan una labor jurídico-política porque asumen modos de comprensión y razonamiento legal para la institucionalidad y las relaciones de poder que existen en la sociedad y sus procesos conflictuales, donde deben asumir las subjetividades políticas para encarar los lugares que definen la vida en común: formas organizativas, variadas disputas, costumbres y desarraigos, intereses y sus desplazamientos, es decir cómo afrontan las perspectivas y los dilemas que encierra la vida cotidiana.

Todo aquello que hace el juez (cómo piensa y se comporta) también está construido por su posición con relación al derecho y sus pensamientos dominantes. Esta relación es determinante para entender sus decisiones. Puede ser capaz de rom-

per de forma radical con su pasado –usar razonamientos similares o afines que le asistieron en casos anteriores– o de concretar una salida innovadora y reciente –argumentos y razonamientos nuevos–. Así, en todo momento, apunta a una dirección que marca también una posición con relación al poder.

La capacidad política del juez en su accionar consiste en desafiar los dominios ilimitados del derecho para hacerlo actuar en los problemas cotidianos y prácticos. El operador de justicia es un constructor del contexto político de la justicia y es también su consecuencia. Sus prescripciones se inscriben para reproducir o alterar ese contexto. Por ello, sus métodos y prácticas para entender y actuar con la norma jurídica son también las posturas políticas que emplea para aplicarla. Las contradicciones sociales que se expresan en la sociedad reciben respuestas de los jueces para brindarles mayor seguridad o reformular sus cimientos. El derecho puede desentrañar esas contradicciones o perpetuarlas. Entonces, el juez puede plantear los resultados posibles y dar paso a las consecuencias políticas que generan la vigencia de una norma. Este rol manifiesta modos distintivos de pensamiento a la comprensión (política) del derecho. El juez constitucional genera y propone alternativas para analizar en qué momento se halla el derecho frente a una situación concreta, para sugerir hacia dónde se encamina y qué debe hacerse al respecto. La política y lo político del derecho requieren la intermediación del operador constitucional para revelar las precisiones normativas y fácticas sobre los problemas que enfrentan.

Los sentidos interpretativos de la constitución pueden estancarse o también pueden distorsionarse en la voluntad de los jueces. A posteriori no es complicado detectar varios mensajes interpretativos que preceden a las dificultades mayores derivadas de las tareas de los jueces. Ellos son los responsables de hacer posible un derecho que entienda y facilite la vida de los pueblos, o de retardar las formas de materializar los derechos y el derecho en las comunidades. ¿Puede el derecho ofrecer posibilidades de solución a los problemas actuales de la

gente? Los argumentos y las respuestas a esta pregunta, así como las formas de contestar que tienen los jueces, son cuestiones de acción política y que entrañan un rol político.

El derecho opera a partir de un estado de cosas y también funda ese estado. Los actores de la jurisdicción constitucional actúan en ese contexto para darle un sentido al derecho desde sus concepciones intersubjetivas políticas de la justicia, el orden, la autoridad y la norma, donde establecen su posición en ese estado de cosas. Los jueces también adaptan políticamente ese estado mediante la coerción o el consentimiento para dar forma a los detonantes jurídicos que lo profundizan, y ese quehacer es la continuación del ejercicio para dar vigencia al cómo y al porqué de las proposiciones normativas en cada momento que está sujeto a su determinación.

La adjudicación iusfundamental se sustenta en discusiones políticas y filosóficas sobre los derechos y las garantías para la comunidad. Y esas discusiones no pueden cerrarse ni agotarse en los criterios exclusivos de los operadores de justicia. Por tanto, de lo que se trata es de abrir esas discusiones a la comunidad y que sea la promotora, impulsadora e instancia decisiva en esos debates. Los modelos institucionales latinoamericanos se caracterizan por consagrar procesos donde las definiciones para la interpretación de la división de poderes y la independencia judicial se restringen a la intervención de la actoría institucional, y deja por fuera –generalmente– las innovaciones y diversidades que los actores sociales pueden contribuir en la búsqueda de esas definiciones.

Huelga señalar que ciertos diseños latinoamericanos atraviesan serios fenómenos marcados por la crisis del control de constitucionalidad (revisar los casos de Ecuador, Brasil, Venezuela, Argentina y Bolivia), donde aparecen variados procesos conflictuales como: i) mayores disputas políticas de los jueces constitucionales con los actores político-partidarios; ii) entrecruzamientos permanentes de las decisiones judiciales en

las políticas públicas y en gestión del Ejecutivo; y iii) la ascensión del poder judicial con su intervención constante en las políticas institucionales y sus frágiles límites.

Las cuestiones políticas y el tratamiento judicial para su resolución no pueden agotarse en los votos solitarios de un grupo de jueces. Son cuestiones que merecen ser discutidas en escenarios múltiples: con y para la sociedad. A propósito, la naturaleza actual de los Estados está signada por distintos tipos de intromisiones judiciales en los procesos de formación de la voluntad gubernamental. Los roces y abusos que pueden suscitarse en el quehacer judicial pueden causar trastornos en los procesos constitucionales. Si bien no se trata de cuestionar la trascendencia del papel jurisdiccional en los equilibrios estatales, sí hay que advertir que frente a un excesivo judicialismo, como paradigma de la última palabra constitucional, la reactivación de las voces y protagonismos populares pueden ser instrumentos de democratización para los conflictos políticos.

Las autoridades de elección popular expresan decisiones de la voluntad soberana y los fallos de los jueces no pueden ir más allá de esas decisiones ni alterarlas. Su actuación no puede reivindicar únicamente la impronta de mayorías judiciales como forma de expresión democrática en la adopción de sus fallos por la presencia del voto de los jueces. Frente a ello, los constitucionalismos necesitan intermediaciones dialógicas e instancias deliberativas con la participación social para contener y conectar el quehacer judicial con las agencias estatales mediante las discusiones argumentativas de sus pugnas para mirar cómo dirimir la constitución y ayudar a pensar su destino. La voluntad ciudadana debe estar presente en las instancias judiciales y en los repertorios del Ejecutivo y sus políticas.

Por otra parte, los debates de los jueces sobre los alcances de los derechos reconocidos en la constitución están permeados por decisiones políticas, que no atañen únicamente a los poderes públicos, porque atraviesan e inciden en temas complejos

que implican las formas como una sociedad construye sus derechos. Por citar unos ejemplos, pueden mencionarse la justicia indígena, la plurinacionalidad, los derechos de pueblos y nacionalidades, la interculturalidad, entre otros.

Y es que no está en cuestionamiento que los jueces intervengan en los conflictos políticos –porque su tarea está pensada para ello–, lo indispensable en la propuesta de modelos conversacionales y dialógicos es que su intervención se rija por parámetros argumentativos y deliberativos con los poderes públicos y la sociedad. Por cierto, que esa exigencia responde a que los operadores de justicia constitucional deben defender justamente los principios de la democracia, lo cual, generalmente, implicaría suscitar permanentes disgustos al poder, incomodarlo, ponerlo en evidencia, expurgar sus reales pretensiones; y esto, por una simple razón: el poder democrático debe siempre volver a la sociedad, no enquistarse en el Estado.

2. El debate jurisdiccional con la sociedad civil para un control constitucional y convencional democrático

¿Existe primacía de los poderes políticos del intérprete sobre los límites normativos? Si bien la interpretación final de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos le corresponde al máximo organismo o tribunal de cierre constitucional,³ este es un rol eminentemente político. No obstante, también requiere discutir sobre sus controles y los alcances de

3. Conforme el diseño institucional de cada Estado, compete este tipo de control al tribunal o corte constitucional o corte suprema de la función judicial. Lo interesante de discutir este tema, y acercarlo a la naturaleza política de sus actores, radica en reconocer que la configuración de estos organismos puede sobrepasar el poder que poseen las *funciones* del Estado y convertirse en un megapoder, o incluso un poder constituyente permanente. Por consiguiente, es pertinente formular la siguiente pregunta aplicable según las variantes para cada caso: la corte constitucional: ¿un poder con más poder que otros poderes del Estado? La pregunta original fue planteada en los siguientes términos: “La Corte Suprema:

su independencia con la evaluación de sus conflictos institucionales porque, de lo contrario, estamos frente a escenarios jurisdiccionales con poderes ilimitados.

Puede ser una tragedia vivir bajo este aforismo: “La constitución es lo que los jueces dicen que es”;⁴ sin embargo, lo medular para nuestras democracias constitucionales es asumir que necesitamos instrumentos que puedan contener al poder porque i) existen poderes otorgados que ii) deben funcionar a partir de controles recíprocos. Y el punto central para discutir es que el control de los controles es el control de constitucionalidad.

Pero, para posicionar ese control, el organismo encargado de hacerlo debe cuidar de no caer en ejercer controles descontrolados. Su tarea es defender la supremacía constitucional y, a partir de allí, sus fallos pueden caer en la tentación de defender la supremacía institucional del organismo que los emite frente a la carta máxima, cuando de lo que se trata es de bregar por la defensa del ordenamiento constitucional y no de una institución.

No es pertinente pretender exigir los mismos estándares de independencia judicial que a los jueces de primer nivel, porque el juez constitucional es un actor político que debe elegir, entre diversas opciones hermenéuticas constitucionales, la que más convenga para la plena vigencia de la república democrática. No hay que perder de vista que son políticos porque tienen y usan un poder frente a las expresiones políticas de los demás poderes del Estado.

¿un poder con más poder que los otros poderes?”, pertenece a Germán Bidart Campos y consta en su obra *La Corte Suprema*. La utilizo cambiada en esta sección para expresar la racionalidad política de los jueces y enfrentarla a otros contenidos conceptuales y categorías analíticas con relación a los límites del control e interpretación constitucional.

4. Jorge Bercholz explica dos posiciones sobre la autoría de este aforismo: según G. Bidart Campos, le corresponde a Hughes, mientras que Juan Carlos Hitters la atribuye a Cooley (ver *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 32. Para mayor información ver pie de página 25).

El óbice surge cuando por ser el máximo órgano que concretiza la norma iusfundamental cree estar exento de límites interpretativos, o que estos no deben tener controles por tratarse del más alto instrumento jurídico. El límite trascendental de la interpretación constitucional debe trazarse por el desafío de buscar un constitucionalismo dialógico con otros poderes del Estado, no en imponer su visión político-jurídica frente a aquellos, ni en reemplazarlos en sus funciones.

Otro de los límites interpretativos es que la tarea del máximo tribunal no consiste en entregar, permanentemente, significados modificatorios de la constitución, sino en afianzar su estabilidad normativa. El poder de la corte o tribunal constitucional debe discutirse a partir de reconocer que está sujeto a presiones políticas de otras funciones del Estado, reconocimiento que no debe ser en un sentido peyorativo, sino con la finalidad de asegurar que el control de constitucionalidad no puede convertirse en un poder que les corresponde a otros órganos del Estado.

El control constitucional es un poder que necesita tener concreciones puntuales y restrictivas porque una institución, por más trascendental que sea para la vida constitucional, no puede ser más fuerte que el conjunto de la institucionalidad estatal. ¿Cuáles son los controles independientes que pueden activarse para hacer valer la autorrestricción de los jueces constitucionales?

Hay que empezar porque los jueces constitucionales deben explicitar y transparentar sus posiciones políticas, puesto que eso ayudaría a que la sociedad les exija cuáles son los límites de su poder en los asuntos y procesos que traten.

No es posible discutir su poder a partir de que los jueces constitucionales nieguen o ignoren su actoría política. Deben aceptarlo, precisamente, como una muestra de interés y preocupación para el desarrollo del pluralismo jurídico como una corriente de interpretación que exige la hermenéutica moderna

por una razón cardinal: administrar justicia iusfundamental exige también que tengan un poder para hacer control constitucional, y ese poder no es exclusivamente técnico-jurídico, está más allá (o por fuera) de las luchas políticas. Ese es un poder que actúa sobre/para aquellas.

Si no discutimos la justicia constitucional en términos del aparato político del Estado, las coaliciones gobernantes y las fuerzas apolíticas en disputa en cada momento histórico, no es posible cambiar la forma de cómo funciona esa justicia en la práctica.

Si no debatimos, desde los factores reales de poder de la institucionalidad y sus microfísicas, no es posible desenmarañar sus vínculos políticos porque seguiremos esperando que usen exclusivamente un ropaje institucional que les desborda.

Hay dos retos pendientes para discutir el rol político de los miembros de una corte o tribunal constitucional: i) su designación está en manos del poder político y ii) la autoridad de los jueces de este alto tribunal debe ser políticamente limitada; es decir, cuando se pronuncia en cuestiones constitucionales no puede desestimar o desconocer las perspectivas de otras instituciones (más) democráticas.

Su desafío está en cómo puede construir un diálogo político transparente con ellas y con la sociedad. Lo clave también está en entender que su poder no puede ser mayor que el de la ciudadanía y su constitución. Para ello, el gran consenso debe ser reconocer que no pueden estar por encima de las demás funciones y de la ley suprema. Ser su guardián no supone ubicarse en el mismo nivel o más allá de la supremacía de ella.

El gran tema pendiente es cómo incorporar al sistema de justicia constitucional mecanismos deliberativos abiertos para que los ciudadanos también participen de los procesos interpretativos de la constitución.

Necesitamos actualizar y reformar el diseño institucional vigente para fijar límites oportunos hacia las condiciones del ejercicio interpretativo, así como para los parámetros de habilitación de los jueces en el control constitucional. Estos aspectos indispensables deben promoverse, tanto en la etapa de designación como en el momento de ejercicio de funciones de los miembros del máximo tribunal.

El ejercicio del control de constitucionalidad implica intervenir en los conflictos políticos sin despolitizar el accionar y la argumentación de los jueces, sino a partir de exigirles una deliberación política pública, la cual debemos pedirle que se ubique en uno de los intereses republicanos para servir a los propósitos de los frenos y contrapesos institucionales: no para anularlos.

Las brechas interpretativas entre lo que la constitución dice y lo que los jueces deciden que esta dice, no se cierran desde la negación o el purismo apolítico de los magistrados, sino a partir de su convencimiento de que son actores políticos y jurisdiccionales que deben estar abiertos a discutir políticamente con la sociedad sin vaciar sus fallos de contenidos políticos, sino incorporándolos en la agenda pública con deliberación social y procedimientos dialógicos con la institucionalidad.

Debido a los poderes, capacidades y lugar institucional, los tribunales pueden aportar, según Gargarella, para un diálogo constitucional en los Estados a partir de diferentes iniciativas democráticas como las siguientes: cooperar para que las normas legislativas surjan como producto de un intercambio de razones y no como la simple imposición de un grupo de interés o sector de la sociedad sobre los demás; solicitar a los legisladores que abran al público el proceso de toma de decisiones para reducir la influencia de grupos de interés; requerir a las autoridades políticas que convoquen audiencias públicas para supervisar temas complejos de la aplicación de la ley; exa-

minar los procesos legislativos para garantizar debates genuinos; colaborar en el diseño de las soluciones y políticas frente a violaciones de derechos; convocar a reuniones públicas para promover debates abiertos⁵ para soluciones adecuadas a las violaciones de derechos; revisar las decisiones políticas específicas y determinar si las autoridades políticas cumplieron con sus obligaciones legales en el proceso decisional; entre otras.

3. La función de los jueces y la intervención de la ciudadanía para cuidar su derecho argumentativo a la última palabra

¿Funcionan los límites normativos de la interpretación para los jueces políticos? Toda constitución expresa un proyecto político-ideológico para una sociedad; y los jueces, al convertirse en los defensores de ese designio, llegan a ser también los grandes promotores políticos de su implementación.⁶ Ubicar el carácter político de los jueces constitucionales no reside en señalar un quehacer militante partidario de estos, sino en reconocer que en el cumplimiento de sus funciones existe una naturaleza política irrefutable.⁷

5. Roberto Gargarella, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, pp. 289-2.
6. Los jueces constitucionales desempeñan una gran influencia en las relaciones políticas de la vida estatal y son quienes dan forma a la intervención de la constitución en ellas. Incluso autores como Alfonso García Figueroa ubican esta característica como uno de los requerimientos para alcanzar un proceso de constitucionalización del sistema jurídico y sostiene que “los principios constitucionales con su fuerte impronta moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del Estado y, lo que es más relevante para nuestros fines, permiten así a órganos jurisdiccionales como el tribunal constitucional entrar a examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas” (“La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, p. 164).
7. García Figueroa advierte: “[L]a argumentación jurídica tiende a transformarse en argumentación moral y política, reforzando así la unidad del razonamiento práctico” (*ibid.*, p. 164).

El ejercicio de la tarea interpretativa y del control constitucional corresponde a funciones políticas que representan varios peligros. En palabras de Bercholz serían:

i) la tensión entre la razón de Estado y las pretendidas razones jurídicas, el también llamado “decisionismo político”; ii) el difuso y complejo límite entre su función de control de actos legislativos o de “legislador negativo” pero vedado el campo de actuación como “legislador positivo” por gracia de la división de poderes, que reserva ese ámbito a los otros poderes políticos del Estado; iii) el rol del tribunal más preocupado, o por las garantías individuales o por la consolidación del proceso político democrático como proceso de afianzamiento de las libertades públicas; iv) la función constituyente y legislativa complementaria que debe inexorablemente asumir la Corte dada la imprecisión, ambigüedad y vacíos que presentan los textos constitucionales.⁸

La función del juez estriba entre ampliar y expandir las garantías de los derechos o impulsar y justificar las arbitrariedades. Pero su carácter político se acentúa al máximo cuando se enfrenta al poder político para decirle sí o no; y, en ese escenario, es menester evidenciar si afianza los instrumentos jurídicos que le permitan interpretar la verdad jurídica existente, o si los desnaturaliza para posicionar falacias en procura de cristalizar una verdad política. Por ello, es inviable la división entre política y derecho.

Desacreditar un proceso legal porque aparentemente se hizo político o explicar su realidad a partir de los fenómenos de la politización de la justicia o la judicialización de la política es una visión simplista, donde se desconoce que hacer derecho es una actividad vinculada a la política.⁹ Hay que admitir que los

8. Bercholz, *op. cit.*, pp. 32-33.

9. La naturaleza política del tribunal constitucional no se refiere a la noción tradicional de “hacer política”, sino a la de “hacer derecho”, según César Landa. Este autor explica que “se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento –en última instancia– como vocero del poder constituyente, en la medida que es el intérprete supremo de la cons-

jueces siempre han sido un poder político, y para la consagración de los fines constitucionales es indispensable empezar a tratarlos como tal. Es necesario cuestionar la independencia de la judicatura constitucional para que los propios actores institucionales se legitimen o no con su accionar, demuestren cómo usan la ley suprema y si esta tiene destinatarios especiales, analizar sus fallos en la sociedad y estudiarlos críticamente en las universidades, preguntarles si son partidarios de una república para proteger a la sociedad o si esta es la que debe salir en su defensa para recomponer sus responsabilidades republicanas.

Cuando, por ejemplo, existen casos de operadores constitucionales que salen a favor de “los derechos del Estado” y no de los individuos, es posible precisar cómo están tomando partido. Cuando reducen las garantías jurisdiccionales para desamparar a la ciudadanía, o cuando se convierten en portadores de ecos complacientes al poder en el momento de juzgar, es muy factible vislumbrar los rostros y colores con que pintan a la justicia.

La garantía jurisdiccional es un proceso bidireccional: en un primer sentido es una garantía para la defensa del derecho de la constitución, y en un segundo sentido es la protección y/o

titución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas (*political questions*). Si bien la tensión entre política y derecho es un conflicto universal y permanente, es posible afirmar que el rol jurídico-político del tribunal constitucional cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia causas importantes debido al bajo consenso político entre la oposición y el Gobierno para resolverlas en sede política; generándose una alta presión en la esfera de decisión judicial por parte de los poderes públicos, pero también de los poderes privados y fácticos” (“Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”, en Claudia Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 104-105). Lo interesante en la tesis de este autor es que en realidades políticas conflictivas, el tribunal constitucional que resuelve en forma jurídica los conflictos de contenido político, económico, social o cultural “no puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de las contiendas que él mismo ha de juzgar. Sino que, al estar inmerso en ellas en su rol de tribunal imparcial puede generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda constitución tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional” (*ibid.*, p. 105).

satisfacción de los derechos de las personas. Junto a lo dicho, Ferreyra sugiere lo siguiente sobre el paradigma de la defensa jurisdiccional:

Defensa ‘jurisdiccional’ de la constitución, en contraste con la defensa política de la misma, es probablemente una de las mayores contribuciones que la dogmática ha ensayado y la experiencia demostrado, para proveer a la garantía de intangibilidad de las disposiciones contenidas en el ordenamiento constitucional. Desde tal óptica, defensa jurisdiccional y defensa política marcan, bajo esta referencia, solamente la peculiar naturaleza del órgano al cual se encarga la salvaguarda de la constitución, sea este un órgano eminentemente político [...] o judicial [...] y no la propiedad –principal o accesoria– del acto por el cual se lleva a cabo tal custodia.¹⁰

En función de ese enfoque, la propuesta de Ferreyra no apunta a descifrar las razones del interrogante de si los jueces tienen o no poder político, cuando ejercen el control de constitucionalidad, sino la ubicación en la sistemática constitucional del órgano que lo desempeña, lo cual son aspectos distintos de análisis. Por ello, sugiere:

Es en la jurisdicción constitucional donde con más vigor que en ningún otro sitio se puede observar la aguda tensión entre ‘Derecho’ y ‘Política’. Es que en estos territorios –a veces limítrofes, a veces yuxtapuestos–, se verifica la ‘judicialización’ de la política, ya que los asuntos de esta última filiación se reconducen (o deberían ser reconducidos) hacia soluciones institucionales con parámetros jurídicos constitucionales preestablecidos.¹¹

Sostengo aquí que mientras mayor es la responsabilidad jurisdiccional, mayor puede ser la actoría política. Por lo expuesto, también es indispensable que la ciudadanía impulse

10. Raúl Gustavo Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 218.

11. *Idem*.

iniciativas propias sobre el trabajo de las cortes constitucionales y los perfiles profesionales de los jueces, como las siguientes: exigir siempre que se transparenten sus agendas de trabajo, debatir las estrategias interpretativas utilizadas por los jueces, cuestionar sus fidelidades o deslealtades al derecho, escudriñar cuál fue su tema de tesis profesional en la universidad, investigar cómo plantearon los problemas de investigación, verificar cuáles fueron las conclusiones con las que culminaron sus estudios de especialización, exigirles publicaciones para conocer sus formas de pensar, pedir que presenten investigaciones científicas y doctrinarias para entender cómo hacen justicia de acuerdo con el derecho.

4. Conclusiones. Políticas deliberativas entre los poderes públicos y la ciudadanía para el control constitucional y convencional

El modelo tradicional de los pesos y contrapesos debe estar acompañado de mecanismos institucionales para un modelo jurisdiccional de control constitucional y convencional deliberativo entre la institucionalidad pública y la ciudadanía.

Las cortes no se encargan de definir ni implementar las políticas públicas, pero sí pueden colaborar para activar el debate legislativo a partir del conocimiento y tratamiento de sus causas, así como aportar en el proceso de discusión para la legislación de otro tipo de normativas.

Las tensiones de la jurisdicción constitucional pueden ser procesadas mediante otros instrumentos que permitan concebirlas como funciones cooperativas y colaborativas en constante búsqueda de argumentos públicos para el control constitucional y convencional con la participación de la sociedad civil.

Por tanto, de lo que se trata es de construir mayores mecanismos democráticos para que la vigencia de los derechos y la

constitucionalización del derecho constituyan procesos acompañados y de mayor relación con la voluntad popular y su participación en la toma de decisiones de jueces y legisladores. El control popular permitirá que esos ámbitos puedan estar fortalecidos y profundizados con la finalidad de que la adjudicación constitucional no quede atrapada en la autocomplacencia y la discrecionalidad cerrada de los intérpretes judiciales y legislativos de la norma suprema.

Un proyecto democratizador de la justicia radica en que la sociedad participe en las acciones de discernimiento y argumentación de los contenidos constitucionales y que se constituyan ejercicios de debate público y deliberación social.

El desafío es promover cambios orientados a la construcción de esquemas procedimentales de discusión abierta sobre el cumplimiento de la Constitución y las obligaciones estatales en materia de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, donde a la sociedad le corresponde ejercer el derecho a discutir la última palabra con los poderes públicos y los jueces para la profundización de la democracia constitucional, y, en ese contexto institucional y jurisdiccional, las políticas constitucionales deliberativas y participativas pueden contribuir para fortalecer nuevos proyectos de constitucionalismo social y plural.

Los defensores de la constitución deben adoptar innovaciones institucionales para crear procesos de toma de decisiones con debates judiciales abiertos al público y la difusión de las discusiones a través de diferentes medios de comunicación.

La complejidad de las realidades latinoamericanas y sus problemas de desigualdad y pobreza requieren reconstruir los diseños institucionales jurisdiccionales para proyectar un diálogo permanente y sostenido entre tribunales y legislaturas para responder con otras dinámicas a los conflictos de derechos y sus garantías, con mecanismos incluyentes e inclusivos de deliberación social. Estas innovaciones también contribuirían a

fortalecer los diálogos interjurisdiccionales entre tribunales locales y cortes internacionales en la protección de derechos.

¿Por qué el desarrollo del derecho constitucional latinoamericano no ha innovado para incluir el sentir y saberes de nuestros pueblos en la creación de otros métodos de interpretación constitucional? ¿Cuánto ha logrado la ciencia constitucional para desarrollar su epistemología a partir del *sentipensar* de las distintas comunidades de la región?

El desafío radica en retomar el papel de la sociedad en la interpretación constitucional, no tanto en seguir preguntándonos cómo interpretarla, sino quién debe hacerlo. La vida de nuestros pueblos, culturas y diversidades de lo que somos constituyen fuentes de derecho y derechos. Inventan nuevos referentes para la concreción material de los principios y libertades humanas, que no necesariamente son considerados por la justicia constitucional para la construcción de nuevos paradigmas argumentativos.

Debemos suscitar rupturas epistemológicas para formular otros argumentos en la interpretación, que provengan de la valoración y el reconocimiento de los aportes del devenir histórico de nuestros pueblos y el pluralismo jurídico que estos han logrado construir.

Los derechos cambiantes y las realidades latinoamericanas demandan oportunidades para pensar una nueva ciencia constitucional, donde los principios de la interpretación y de los derechos constitucionales puedan renovarse a partir de miradas prácticas del acumulado cultural y vivencial de los pueblos que integran el hemisferio.

La concreción de los derechos constitucionales debe sustentarse en diversos modelos argumentativos que surjan desde la expansión de razones públicas. Las pugnas que se suscitan en la sociedad por aquellos requieren activar una intermediación de las razones que expresan los individuos, colectivos,

grupos sociales y diferentes nacionalidades que puedan estar en conflicto. No se trata de reivindicar una razón/verdad única, sino de poner atención a los sentidos que puedan aportar los sujetos de derechos para encarar las limitaciones de los modelos argumentativos, los cuales no son capaces de crear nuevas herramientas en los ámbitos de la interpretación para posibilitar otros diálogos en los escenarios jurisdiccionales y suscitar una deliberación entre las cortes y los tribunales encargados de proteger la norma máxima.

La coherencia e intensidad de la producción jurisdiccional demanda paradigmas deliberativos con las razones múltiples que subsisten en la comunidad. No sólo de razones propias, sino mediadas por legítimas razones plurales.

Las razones argumentativas pueden desarrollarse desde el reconocimiento de que nuestras sociedades son pluriculturales y multiétnicas. Sostengo aquí que falta crear esferas públicas de discusión, donde se suscite un intercambio fraterno e incluyente de identidades, de culturas, de saberes, porque esto es lo que hará viable la existencia de sociedades donde se defiendan contenidos de respeto para cada cual y de la responsabilidad solidaria universal de *uno para con el otro*.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGALLO, Paola y Roberto GARGARELLA, "Presentación", en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- BERCHOLC, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl, *Derechos sin poder popular*, Quito, Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.
- _____, "Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales", *Anales: Revista de la Universidad Central del Ecuador*, núm. 371, marzo de 2013, pp. 257-288.
- _____, "La constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas", en Pablo Eduardo SLAVIN, Támara ROGERS y Claudina ORUNESU (comps.), *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.
- _____, "La crisis del control de constitucionalidad", Conferencia, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2015.
- _____, "Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios", Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "El diseño institucional del Estado democrático" en homenaje a Fernando Hinesrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 17 de septiembre de 2015.
- _____, "Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular", Conferencia, XV Jornadas de

- Ciencia, Filosofía y Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 20 de noviembre de 2015.
- _____, “¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional”, *Justicia Electoral y Democracia*, año 2, núm. 3, noviembre de 2015, pp. 21-30.
- _____, “La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano”, en Luis Fernando TORRES (ed.), *Debate constitucional*, Quito, Cevallos, 2016.
- _____, *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- _____, “Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- _____, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARGARELLA, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en Alicia Ely YAMIN y Siri GLOPPEN (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- _____, “Nuevo constitucionalismo 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 Editores, 2014.

HEVIA, Martín, “Examen para candidatos a la Corte”, *El Clarín*, 1 de marzo de 2016.

LANDA, César, “Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”, en Claudia ESCOBAR GARCÍA (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Alfredo Paz

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El Principio de Unidad de Materia; 3. Finalidad del principio; 4. El núcleo temático del proyecto de ley; 5. El principio durante las fases del procedimiento legislativo; 6. El examen de conexidad en el control de unidad de materia; 7. Bibliografía.

1. Introducción

Maurice J. Vile insiste en que los procedimientos reflejan determinados sistemas de valores y que la forma en que se hace las cosas resulta de una enorme importancia¹.

Por otra parte, se dice de las normas del procedimiento legislativo que “[...] no es absoluto algo anecdótico que despierte en el científico una curiosidad baladí. Bien al contrario, su más recto entendimiento nos dará una imagen precisa del verdadero propósito que inspira cada una [...]”².

1. Maurice Vile, *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Trad. Xohana Bastida Calvo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, 2007), 385.
2. Ángel Luis Alonso de Antonio, “Las ponencias en el procedimiento legislativo”, en *V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo 1994*, (Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados, Serie IV: Monografías núm. 38, Coord. José Luis Peñaranda Ramos, 1997), 421.

Por lo dicho, las líneas que siguen tienen como propósito esclarecer cuál es la función de uno de los principios más relevantes durante el proceso de formación de la ley: el principio de unidad de materia (Art. 136 Constitución). Se intentará precisar las funciones que este cumple, establecer su finalidad y cómo se debe proceder durante el control jurisdiccional. Estos son los tópicos que permitirán entender la trascendencia del principio durante el *iter legislativo*, y también su función cuando la ley se encuentra ya en vigencia.

2. Principio de Unidad de Materia

En el mundo de las normas constitucionales encontramos reglas y principios. Una regla se agota con su cumplimiento, puesto que su configuración y lenguaje nos dice con claridad cómo debemos o no actuar, por el contrario, para los principios eso no es aplicable, pues estos emplean un lenguaje ambiguo e indeterminado que seguramente remite alguna tradición histórica o contextos de significado³. No obstante, y aunque un principio no mantenga precisión en su lenguaje, ello no implica que el mismo carezca de eficacia jurídica.

El problema de los principios siempre será el de poder determinar su contenido jurídico, y ello es porque con base en ellos se crean reglas o criterios que sirven para tomar posición ante situaciones concretas⁴. Y es precisamente en el ámbito de esa libertad para interpretarlos, que el operador jurídico debe procurar contener toda interpretación arbitraria o irrazonable, es decir, la tarea del hermeneuta frente a un principio es descu-

3. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (Madrid: Editorial Trotta, trad. Marina Gascón, 10ma edición, 2011), 110.

4. En este sentido véase a Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, 109 - 111. En el mismo sentido P. Sanchís “[...] los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces [...]”, Luis Prieto Sanchís, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional” en *Revista Española Poder Judicial*, (Madrid: Núm. 11, junio, 1984), 84 - 85.

brir y explicar con claridad y motivación el por qué de la regla jurídica que ha extraído como resultado de la interpretación del principio.

Como he mencionado, los principios responden a tradiciones históricas o contextos de significado, por ello, el primer paso para su interpretación es ubicar la finalidad para la que fue creado y a partir de la misma descubrir las reglas o criterios que le sirvan para su aplicación.

La unidad de materia es un principio traído de la experiencia colombiana. En ese país ha merecido una especial atención, y la jurisprudencia constitucional ha construido categorías analíticas para su control. Algunas de ellas son los tipos de conexidades: causal, temático, teleológico o sistemática, las mismas que se dice deben verificarse durante el control jurisdiccional; estas categorías han sido recogidas por la legislación de nuestro país de conformidad con el Art. 116 de la LOGJYCC.

Pero cabe preguntarse, si la mera enunciación de tales categorías da cuenta de la teoría que las explica, y ello puesto que lo necesario es clarificar de qué se trata cada una de esas categorías para poder determinar el alcance y finalidad que tiene el principio y que han sido reveladas por la jurisprudencia colombiana.

3. Finalidad del principio

En primer término, se dice que la unidad de materia representa un asunto de pertinencia legislativa, pues “[...] por mandato constitucional el articulado de toda ley debe conformar un cuerpo normativo organizado de manera coherente y finalística, bajo el entendido de que el mismo debe hallarse referido a uno o varios temas que en su conjunto resulten claramente necesarios al tratamiento de actos, hechos o circunstancias [...]”⁵, ello significa que un proyecto de ley mantiene “[...] un

núcleo rector, alrededor del cual orbitan contenidos que pudiendo ser de diferente índole guardan para con su centro de gravedad relaciones de pertenencia, afinidad y congruencia de carácter trascendente”⁶.

De tal consideración es que surge la necesidad de identificar el núcleo rector o temático⁷ de todo proyecto de ley, el mismo que posteriormente servirá para verificar si “[...] entre ese núcleo temático y los [...] contenidos [del proyecto o ley] se presente una relación de conexidad determinada con un criterio objetivo y razonable”⁸.

4. El núcleo temático del proyecto de ley

La identificación del núcleo temático en un proyecto de ley no es una tarea subordinada a la simple percepción del hermenéuta, por el contrario, su descubrimiento debe estar apoyado en criterios objetivos de valoración.

En este orden de ideas, se puede señalar que el núcleo temático de un proyecto de ley se encuentra delimitado por dos elementos: el título y la exposición de motivos. Los dos son decisivos para identificar ese núcleo, sobre todo la exposición de motivos, pues permite exponer las razones por las cuales se promueve el ejercicio de la función legislativa⁹. Cabe recordar que la LOGJYCC señala que se verificará la unidad de materia teniendo en cuenta que la totalidad del contenido de la ley corresponda con su título (Art. 116.2 LOGJYCC), y que las dis-

5. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-837/01.

6. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-837/01.

7. La Corte Constitucional Colombiana utiliza las expresiones “rector” y “temático” como sinónimos. Considero que lo adecuado sería llamarlo núcleo temático por cuanto este expresa la idea de un conjunto de temas dentro de un asunto general, y esta idea es compatible con la flexibilidad que en algunas ocasiones demanda el control del principio.

8. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-501/01.

9. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-309/02.

posiciones legales que son parte de la ley tengan conexidad con la exposición de motivos (Art. 116.3 LOGJYCC).

Tanto el título como la exposición de motivos tienen un significado e importancia desde el punto de vista jurídico. El primero permite identificar cuáles son las materias que se intervienen al expedir determinada ley. La técnica legislativa atribuye al título un significado jurídico, puesto que el mismo constituye una frase que da identidad a la norma, indicando su jerarquía (orgánica u ordinaria), y proporciona señales para determinar aquello que la norma manda, prohíbe o permite. En síntesis, se puede decir que: el título es la primera señal que tienen los operadores jurídicos al momento de aplicar la ley.

El título puede ser corto o gráfico, pero debe ser ante todo, técnicamente adecuado, y esto significa que no puede evitar tener expresiones propias del sector del área jurídica a legislar y en su redacción se debe procurar sintetizar lo esencial de la regulación¹⁰. Hay que recordar que las normas desordenadas y fragmentadas dificultan su interpretación y aplicación¹¹.

El control de constitucionalidad ha sido consciente de que, el título no basta para dar noticia de todas las disposiciones que integran un proyecto de ley, y por eso, ha establecido que: es suficiente con que el título de la ley haga mención a los asuntos o temas generales que se pretenden regular, no obstante, es imprescindible que coincida, al menos con la materia general de la que se ocupa la ley o el objetivo de la ley¹².

10. En el Ecuador los proyectos de ley presentados por el ejecutivo suelen llevar títulos que impiden al receptor de la norma u operador jurídico deducir cuál es la materia a la que se refieren o el área jurídica intervenida por la ley, por ejemplo: Ley de Fomento Ambiental y optimización de los Ingresos del Estado (publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 583 de 24/nov/2011); Ley Orgánica Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en Hogar (publicada en el Registro Oficial Suplemento 483 de 20/abr/2015).
11. Eliseo Muro Ruiz, *Algunos Elementos de Técnica Legislativa*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1ra ed., 2006), 97 - 98.
12. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-070/94.

Por otra parte, se presenta la exposición de motivos. Esta es un texto de mayor amplitud en contraste con el título. La exposición de motivos implica una cuestión de contenido, pues en la misma se debe aportar una ilustración sobre la motivación¹³ que da origen a la legislación. En ella es preciso encontrar una clara descripción de “[...] la situación que se pretende modificar, las razones por las que no puede alcanzarse por la legislación vigente, las características de la norma, la adecuación a los fines perseguidos y la valoración o determinación de los factores económicos y sociales que concurren en cada caso [...]”¹⁴.

En este orden de ideas, se puede aceptar que la exposición de motivos es: la razón o razones para suponer que un determinado problema jurídico pueda resolverse de una determinada manera¹⁵. Además, mantiene una calidad sustancial y racionalizadora de la función legislativa¹⁶.

13. Sobre la relación existente entre motivación y Estado de Derecho: “No puede negarse, en este sentido, que el deber de motivar ciertos actos administrativos (art. 43 LPA) y las resoluciones judiciales (art. 120. 3 CE, art. 248 LOPJ) denota la sujeción de todos estos actos y de los poderes públicos de que emanan al Derecho, de suerte que cabe su fiscalización precisamente sobre la base de los motivos aducidos en la motivación. Ahora bien, el hecho de que la ley no haya de ser motivada no implica por sí solo que la potestad legislativa -y más en general todas las potestades normativas- constituya uno de los últimos ámbitos de inmunidad del poder en la larga marcha del Estado de Derecho hacia la juridificación del elemento teleológico de los actos jurídico-públicos; y ello, por razón tan elemental como que, si bien es cierto que el deber de motivar pone de manifiesto la relevancia de los motivos, no es necesariamente cierta la afirmación inversa, es decir, que la inexistencia de un deber de motivar determine la irrelevancia de los motivos”. Luis María Díez Picazo y Ponce de León, “Los Preámbulos de las leyes” en *Anuario de Derecho Civil*, (Madrid: BOES, Fasc. 2, 1992), 524. Disponible en: [http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1992_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=2]. Acceso: 11/06/2015.
14. Viver Pi sunyer, *Proyecto de ley*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, (Madrid: Civitas, 1995), 53 - 59. Citado por Alfonso Palacios Torres, *Concepto y Control del Procedimiento legislativo*, (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1ª ed., 2005), 131. Autores como, Díez Picazo, exigen que este documento contenga “[...] memorias justificativas de la oportunidad política y la calidad técnico-jurídica del proyecto [...]” véase, “Los Preámbulos de las leyes”..., 505.
15. Rovira Florez de Quiñones, *Valor y función de las “Exposiciones de motivos” en las normas jurídicas*, (Santiago de Compostela: 1972), 45. Citado por Javier Tajadura Tejada, “Sobre los preámbulos de las leyes” en *Boletín Oficial del Parlamento de Navarra*, (Navarra: núm. 10, 1995), nota al pie nro. 5, 175.

El legislador debe satisfacer aquellos requisitos en la redacción de este documento, pues ello garantiza que este constituya una real y jurídica exposición de motivos. Cualquier otro documento aparejado a un proyecto de ley, aunque tenga tal denominación, no tendrá la virtud de serlo sino cumple con el contenido que se exige.

5. El principio durante las fases del procedimiento legislativo

Ahora bien, volviendo al principio de unidad de materia, la jurisprudencia señala que su origen “[...] se inspira en el propósito de racionalizar y tecnificar el proceso normativo tanto en su fase de discusión como de elaboración de su producto final.”¹⁷ Esto significa que el principio tiene finalidades diferentes según la fase en la que actúe.

Durante la fase de discusión de la ley, el principio contribuye a darle un eje central a los diferentes debates que la iniciativa suscita en el órgano legislativo¹⁸. Es decir, garantiza “[...] la democracia representativa, impidiendo [...] que disposiciones, por completo ajenas al tema general de una ley, pasen inadvertidas por los Congresistas. Esto permite racionalizar la representación política, pues impide que una mayoría apruebe,

16. Díez Picazo explica que: “Las exposiciones de motivos son, en efecto, un instrumento racionalizador, porque, en tanto en cuanto alguien tiene que exponer de forma motivada las causas que le han impulsado a tomar una iniciativa y las características de ésta, cabe esperar un cierto grado de reflexión y la no presentación de proyectos o proposiciones escasamente meditados”. Añade: “Pero, por encima de este autocontrol –inevitablemente un tanto utópico–, las exposiciones de motivos poseen una innegable fuerza racionalizadora a la hora de valorar los proyectos del Gobierno, en especial cuando no se opera con mayorías puramente mecánicas, ya que permiten conocer el sentido de las directrices políticas gubernamentales y la adecuación de los medios propuestos para realizarlas, así como contrastar todo ello con el programa político del propio Gobierno”. Véase, “Los Preámbulos de las leyes”..., 505.

17. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025/93, Fundamento Jurídico. No. 41.

18. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025/93, Fundamento Jurídico. No. 41.

desconociéndola, una disposición contraria a los intereses de la mayoría representada”¹⁹.

En la misma fase, el principio también tiene la finalidad de evitar incongruencias legislativas, que podrían aparecer en forma súbita, inadvertida o incluso anónima, en los proyectos de ley. Normas sin relación directa con la materia específica del proyecto. Tales incongruencias en algunos casos pueden ser el resultado de conductas deliberadas que pretenden evadir el riguroso trámite señalado en la Constitución para presentar y expedir una ley. Pretendiendo disfrazar de enmienda o modificación, algo que en realidad debería de pasar por el trámite de una iniciativa legislativa diferente. Siendo la función de este principio, el eliminar la práctica de introducir en los proyectos de ley disposiciones contrarias o ajenas a la materia que se trata de regular.²⁰ El control de constitucionalidad para poder verificar aquello considera, además del título y la exposición de motivos, las variaciones entre los textos originales y los definitivos (Art. 116.3 LOGJYCC).

Durante la fase de eficacia, que es cuando la ley se encuentra en vigencia, el principio representa una herramienta del intérprete en su labor hermenéutica y de aplicación de las normas. Y esto se logra una vez que la norma elaborada bajo la obediencia del mandato de coherencia interna, permite identificar con mayor facilidad quienes son los “[...] destinatarios potenciales y la precisión de los comportamientos prescritos.”²¹ Esta función se dice que otorga al principio la categoría de elemento esencial para la seguridad jurídica, protege la libertad de las personas y el cumplimiento de las normas²². Lo dicho ha sido expresado por la Corte colombiana en los siguientes términos:

19. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1071/03.

20. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-523/95.

21. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1071/03.

22. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-531/95. Fundamento Jurídico Nro. 5.

A pesar de que esté adecuadamente redactado, el texto de una disposición no contiene por sí mismo, su sentido normativo. Cuando el texto de una disposición se encuentra aislado de un contexto jurídico coherente, que permita darle sentido, su efecto normativo se ve sustancialmente disminuido. Los operadores jurídicos encargados de aplicarla carecerán de un contexto a partir del cual darle sentido, y las diferentes interpretaciones aumentan la incertidumbre jurídica, con todas las consecuencias que esto conlleva. Al ubicarse dentro de una fuente formal que regula una misma materia, el texto de la disposición adquiere un sentido más completo, a partir del contexto jurídico más o menos homogéneo en el que se encuentra, y esto facilita su interpretación, y por lo tanto también su aplicación²³.

Desde tales consideraciones, la jurisprudencia ha señalado que el principio impone al legislador la obligación de mantener la racionalidad en todas las etapas del procedimiento legislativo, debate legislativo, proceso de creación normativa, y en el producto legislativo²⁴.

Una vez apreciada la finalidad del principio y su función en las diferentes etapas del procedimiento se debe identificar las reglas que se pueden extraer del mismo, lo que se logra mediante el análisis de lo que se ha denominado como “examen de conexidad”.

6. El examen de conexidad en el control de unidad de materia

El examen consiste en verificar la relación que tiene, el todo con sus partes, es decir, el artículo impugnado por violación del principio, con todo el proyecto. El punto de partida para este examen será que:

23. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1071/03.

24. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1071/03.

Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley²⁵.

La jurisprudencia ha mencionado que la expresión constitucional “materia” debe entenderse en un sentido amplio, para así dar flexibilidad al examen de conexidad, pues si entendiéramos que la expresión “una sola materia” es el equivalente a exigir una sola rama del derecho, se corre el riesgo de desconocer “[...] la potestad de configuración del legislador [que] contempla tanto la facultad de decidir el contenido específico de las normas, como la facultad de decidir cómo organizarlas y relacionarlas”²⁶.

La rigidez no es compatible con el control de este principio, pues la misma puede llevar al Juez constitucional al extremo, y apreciar al sistema jurídico como un conjunto de compartimientos estancos predeterminados. Así entendido, el principio podría resultar un obstáculo para las reformas jurídicas, que a veces deben responder de forma eficaz a los problemas, necesidades y expectativas de la sociedad que dan lugar a que se proponga proyectos de ley que contienen complejas reformas en varias materias. La ley es un instrumento de gobierno para ejecutar políticas públicas y, por eso requiere que en algunas ocasiones existan estas complejas reformas, y desde esa realidad se justifica la flexibilización del control de unidad de materia en aras de permitir al legislador “[...] reorganizar la normatividad de la manera como consideren conveniente y más acorde con los objetivos de política pública que lo guían, relacionando y uniendo materias que antes se trataban por

25. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025/93.

26. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-618/02.

aparte, o separando aquellos temas que tradicionalmente se consideraban inescindibles”²⁷. Claro está, que la complejidad en las reformas no puede de ninguna manera sobrepasar los límites razonables que se encuentran en el núcleo temático del proyecto, y menos se puede, bajo ese argumento, justificar groseras violaciones del principio con normas que no guardan la más mínima relación de pertenencia con el núcleo temático del proyecto.

Luego de las precisiones realizadas acerca del núcleo temático y sus elementos, así como la flexibilidad del control, es posible ya, explicar cuáles son los criterios analíticos para cada conexidad, los mismos que se encuentran prescritos en el Art. 116.1 de la LOGJYCC:

- a) *Conexidad temática*.- Esta conexidad exige una vinculación objetiva y razonable entre, la materia o asunto general de la ley, así como la materia o el asunto de la disposición contenida en esa ley. La jurisprudencia colombiana ha explicado que la conexidad temática, no significa simplicidad temática, por lo que una ley bien puede referirse a varios asuntos o materias, siempre y cuando entre los mismos exista una relación objetiva y razonable²⁸. Un caso para apreciar un examen de esta conexidad es la impugnación realizada a la Ley 223 de 1995. En ese caso, la Corte Constitucional Colombiana identifica que la temática de la ley es tributaria y que todas sus disposiciones se desarrollan en torno a los tributos, y por ello declara inexecutable el Art. 237 de esa ley que tiene como finalidad regular los monopolios rentísticos de las loterías. La Corte en su examen determina que no es procedente que dentro de un cuerpo normativo en el cual se identifica con toda precisión una materia dominante en su contexto, puedan incluirse regulaciones normativas que hagan alusión a aspectos que conciernen al régimen propio de los monopolios rentísticos²⁹.

27. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-618/02.

28. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400/10.

- b) *Conexidad teleológica*.- Esta conexidad parte de apreciar la ley en su conjunto general, identificar los objetivos perseguidos por ella, y verificar, si cada una de sus disposiciones están dirigidas a alcanzar esos objetivos³⁰. Aquí entonces se debe corroborar la correspondencia entre los efectos que se pretende conseguir con la ley, y las disposiciones que se proponen necesarias para causar tales efectos. Si bien desde esta consideración se puede admitir que una ley puede tener varios objetivos, se debe exigir a la vez que esos objetivos tengan una relación entre sí, puesto que, es posible que introduciendo objetivos de diversa índole en la exposición de motivos se pretenda justificar disposiciones normativas que deberían de pasar por el trámite de una nueva iniciativa. Este examen de conexidad permitirá refrenar ese comportamiento y verificar si los objetivos de la ley guardan correspondencia con el asunto general, materia y objetivo principal del proyecto, los mismos que son aspectos dados en un primer momento por el título de la ley.
- c) *Conexidad Sistemática*.- Esta conexidad implica verificar la relación existente entre todas y cada una de las disposiciones de una ley garantizando que la ley sea un cuerpo ordenado que responde a una racionalidad interna³¹. La conexidad sistemática tiene como punto de partida considerar a la ley como un conjunto de disposiciones que se complementan entre sí, ya que no es posible analizar una disposición normativa de forma aislada. La norma sometida al control constitucional, debe encajar en el contexto en el que se encuentra situada, ser parte del conjunto o sistema de normas en el que está contenida. Esta conexidad tiene una íntima relación con el método de interpretación sistemática, método busca la coherencia del sistema, y por ello será necesario verificar la ubicación de la disposición en el ordenamiento y las conexiones que tiene con las demás normas que hacen parte del proyecto de ley. Una

29. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-149/97.

30. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400/10.

31. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400/10.

conexidad sistemática exige que todas las normas que son parte de la ley deben complementarse mutuamente para juntas cumplir con el fin determinado por el núcleo temático.

Más allá de estas categorías analíticas que el juez constitucional puede utilizar en el control constitucional, se han fijado también estándares de argumentación para quien impugna una norma por violación del principio de unidad de materia. Esos estándares señalan, que existe para quien impugna una norma bajo estos cargos, la doble carga en cuanto a su argumentación, es decir, el legitimado activo debe señalar: 1) Cuál es la materia desarrollada en la ley; y, 2) Identificar las disposiciones que no se relacionan con la misma y los motivos que lo llevan a considerar que su impugnación es correcta. Así toda impugnación que se limite a señalar la materia del proyecto, resultará insuficiente, pues debe en su fundamentación precisar cuáles son las disposiciones de la ley que considera inadmisibles e indicar los motivos que lo llevan a decir que una o varias normas en concreto no guardan relación con la materia o materias de la ley³².

En el Ecuador el principio de unidad de materia es parte del control formal de las leyes (Art. 114. LOGJYCC). En cambio, la Corte Constitucional Colombiana considera que la vulneración de este principio no se trata de un vicio puramente formal, sino que tiene relación con el contenido material de la norma acusada, en palabras de ese órgano constitucional:

Una ley puede haber surtido de un trámite intachable, o sea, formalmente inatacable; pero algunos de sus artículos pueden ser declarados inconstitucionales por violar la regla de unidad de materia en caso de que su contenido normativo no tenga una conexidad razonable con la temática general de la ley. El vicio deriva en que el Congreso no tenía competencia para insertar esos contenidos normativos en esa ley específica, y

32. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-540/01.

por ello son inconstitucionales, a pesar de que el trámite formal de la ley fue ajustado a la Constitución³³.

A diferencia de la Corte, debo decir que el principio de unidad de materia es parte del control formal y una regla de carácter procedimental. Esto se logra determinar al notar que el principio incide en todo el *iter legislativo*, tanto en la fase de iniciativa por el control previo aceptar a trámite el proyecto, como en la fase del debate en donde se debe controlar las variaciones entre los textos originales y los definitivos (Art. 116. 3 LOGJYCC). Las variaciones pueden tener lugar en las comisiones, el pleno o incluso en la etapa del veto. Esa actividad que despliega para limitar la conducta del legislador durante todo el procedimiento legislativo, pone en evidencia el carácter procedimental y formal de este principio³⁴.

Decir que se trata de una falta de competencia del Congreso, como lo sostiene la jurisprudencia colombiana, puede implícitamente interpretarse como una limitación al amplio y flexible margen de actuación del que goza el legislador durante el proceso de formación de la ley. Para evitar aquello es que el principio ha de interpretarse como “un límite constitucional” que impone al legislador, orden en el debate y la producción de normas, y que tiene la finalidad de evitar abusos de la mayoría o minoría, cuando estas, por medio de modificaciones al proyecto, pretendan introducir disposiciones extrañas que en el fondo deberían de pasar por el trámite de una iniciativa legislativa.

En este sentido, el de límite constitucional, es que la jurisprudencia española es categórica, y al decidir en casos sobre la introducción de disposiciones en un proyecto de ley, ha dicho que, sí esas disposiciones en el fondo constituyen una iniciati-

33. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-531/95.

34. [...] las reglas procedimentales penetran todo el campo de la acción. Constituyen la organización del elemento dinámico del sistema [...] las reglas procedimentales son reglas directas de la acción que expresan exigencias necesarias. Gregorio Robles, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1 ed., 1988), 227 - 229.

va diferente, ese acto es inconstitucional, y ello aunque su introducción esté justificada en razón de la urgencia con que se requieren las mismas. El Tribunal Constitucional con gran firmeza y autoridad sostiene que: “[...] es preferible que las funciones del Estado asuman el coste democrático que puede representar el tiempo que toma el procedimiento legislativo, a forzar la Constitución y los límites que esta impone”³⁵.

35. El caso que ocupó al Tribunal Constitucional español refiere al hecho de que mediante la figura de enmienda a un proyecto de ley se inserten reformas al Código Penal cuando ese proyecto originalmente versaba sobre reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Otro de los argumentos del Tribunal es que, la enmienda no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que debe de nacer de una, también, nueva iniciativa. Y que se debe de mantener una conexión material o relación de homogeneidad entre la iniciativa legislativa y la enmienda presentada. Sentencia Tribunal Constitucional Español, STC 119/2011.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso de Antonio, Ángel Luis, en *V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo 1994*, Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados, Serie IV: Monografías núm. 38, Coord. José Luis Peñaranda Ramos, 1997.
- Díez Picazo, Luis María y Ponce de León, “Los Preámbulos de las leyes” en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid: BOES, Fasc. 2, 1992.
- Palacios Torres, Alfonso, *Concepto y Control del Procedimiento legislativo*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1ª ed., 2005.
- Prieto Sanchís, Luis, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional” en *Revista Española Poder Judicial*, Madrid: Núm. 11, junio, 1984.
- Robles, Gregorio, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1 ed., 1988.
- Tajadura Tejada, Javier, “Sobre los preámbulos de las leyes” en *Boletín Oficial del Parlamento de Navarra*, Navarra: núm. 10, 1995.
- Vile, Maurice, *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Trad. Xohana Bastida Calvo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, 2007.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Editorial Trotta, trad. Marina Gascón, 10ma edición, 2011.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025/93.

———, Sentencia C-070/94.

———, Sentencia C-523/95.

———, Sentencia C-531/95.

———, Sentencia C-149/97.

———, Sentencia C-501/01.

———, Sentencia C-540/01.

———, Sentencia C-837/01.

———, Sentencia C-309/02.

———, Sentencia C-618/02.

———, Sentencia C-1071/03.

———, Sentencia C-400/10.

Tribunal Constitucional Español, STC 119/2001.

CAMBIOS AL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL COGEP

Estefani Robles

La reciente implementación del COGEP en el Ecuador, propone la simplificación de procesos de acuerdo a su materia y la estructura de una manera más uniforme y general, con el fin de facilitar el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, mejorando este acceso a través de la oralidad e intermediación como la base de este cambio procesal.

Dentro de este proceso evolutivo hacia la oralidad, la materia contenciosa administrativa ha tenido variaciones tanto en estructura como de fondo.

El procedimiento contencioso administrativo responde principalmente al sistema inquisitivo del Estado a través de la prevalencia del Juez en la conducción del proceso garantizando los principios procesales; este procedimiento nace cuando existe controversias jurídicas en el que una de las partes es una entidad pública o semipública, es decir personas de derecho privado que actúan o ejercen en virtud a una potestad pública que le ha sido otorgada ya sea por delegación o concesión; por ende es el Estado quien litiga contra el particular o administrador. Estos conflictos jurídicos originados a partir de actos o contratos administrativos emanados de una autoridad competente, están sujetos a ser revisados en la vía jurisdiccional contenciosa administrativa, que se encuentra establecida a partir del artículo 326 hasta el 331 del COGEP.

Anteriormente los recursos administrativos en la vía jurisdiccional, daban la viabilidad al administrado para interponerlos frente a la vulneración de sus derechos en el actuar de la administración pública, lo que conlleva la propia esencia de un Estado de Derecho, al poder ventilar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo todas las pretensiones con el fin único de lograr la tutela de los derechos e intereses de los administrados. El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) ha establecido como procesos de conocimiento a los procedimientos contencioso administrativo y contencioso tributario que, dependiendo de la acción, seguirán la vía ordinaria o sumaria. El artículo 300 del COGEP, nos especifica detenidamente el objeto en el que recae la Jurisdicción Contenciosa Administrativa al referirse en los siguientes términos:

“Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contenciosa tributaria o contencioso administrativa. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas.”

Es importante resaltar el carácter constitucional que a través de los años ha adquirido la jurisdicción contenciosa administrativa, y el principio de sumisión de todos los poderes públicos al total ordenamiento jurídico que recoge el artículo 172 de la Constitución de la República que dice: “*Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley*”, lo cual,

conduce inexorablemente a la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Uno de los cambios más importantes que presenta el COGEP es la ampliación de sus recursos o acciones en comparación con la derogada Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en la cual se tenía dos clases de recursos: **–Recurso de plena jurisdicción o subjetivo** que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo: y, **–Recurso de Anulación, objetivo o por exceso de poder**, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.¹

La jurisprudencia ecuatoriana aceptó, cuando estuvo en vigencia la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que el administrado pudiera demandar la ilegalidad del acto administrativo, junto con la nulidad de éste, cuando se daban las circunstancias de nulidad señaladas en el artículo 59 de la LJCA². Dado que el COGEP, al tratar de la legitimación activa en el proceso administrativo y tributario³ utiliza la conjunción disyuntiva “o”, se podría pensar que ya no sería posible que el

1. Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Artículo 3. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.
2. Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Art. 59.- Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo:
 - a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.
 - b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.
3. Código Orgánico General de Procesos. Art. 303.- Legitimación activa. Se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo:
 1. La persona natural o jurídica que tenga interés directo en demandar la nulidad o ilegalidad de los actos administrativos o los actos normativos de la administración pública, ya sea en materia tributaria o administrativa.

administrado demandara conjuntamente la ilegalidad y nulidad del acto administrativo, por tratarse de acciones incompatibles y contradictorias.

Anteriormente, si a un servidor público excluido de su trabajo se le aceptaba su demanda por considerar que el acto administrativo era ilegal, el servidor podía reincorporarse al trabajo, y si, además, se declaraba nulo el acto, tenía derecho a que se le pagara desde la fecha en que fue cancelado.

En el COGEP se contempla una nueva clasificación, basada en cuatro acciones, por lo tanto esta nueva clasificación es más descriptiva y específica que los dos recursos anteriores, determinado de la siguiente forma:

1. **De plena jurisdicción o subjetiva:** ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.
2. **De anulación, objetiva o por exceso de poder:** tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.
3. **De lesividad:** pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona al interés público.
4. **Especiales:** Son acciones especiales:
 - a) La acción por silencio administrativo,
 - b) El pago por consignación cuando el consignador o consignatario sea una de las instituciones comprendidas en la Constitución de la República.
 - c) Responsabilidad objetiva del Estado.

- d) La demanda de nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado de conformidad con la ley.
- e) Las controversias en materia de contratación pública.
- f) Las demás que señale la ley.⁴

Se debe tomar en cuenta que se formularon cambios muy importantes, por ejemplo que ya no se denominarán recursos al de plena jurisdicción o subjetivo y al de anulación, objetivo o por exceso de poder, ahora serán acciones del proceso contencioso administrativo; incluyéndose como tal al de Lesividad, que se encuentra determinado en el art. 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE declarada por la administración e interpuesta ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Esta gama de acciones, más ilustrativas para el administrado pueden resultar acertadas, pero al mismo tiempo se debe precautelar la necesidad de realizar un análisis previo de la situación del Tribunal Contencioso Administrativo en razón de identificar y cuantificar qué tipo de acciones son las más recurrentes y así propender a la agilidad procesal contando con el talento humano adecuado que se requiere en la administración de justicia contenciosa administrativa.

DEL AMPARO ADMINISTRATIVO

El amparo administrativo entendido este como el efecto de suspender la ejecución de un acto administrativo que el administrado considere lesivo a su interés particular, y de ser el caso de un interés general; otorgado a petición de parte, y no de oficio, tiene por objeto evitar un posible daño o perjuicio que tendría lugar ante la ejecución de un acto de la administración, o

4. Código Orgánico General de Procesos. Artículo 390. Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

mientras se procese su impugnación ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En varias legislaciones de la región la suspensión del acto administrativo es parte de las medidas cautelares que permiten suspender un procedimiento o actuación administrativa así como una suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo,⁵ lo cual será analizado por el juzgado quien deberá considerar que de negar dicha medida cautelar, o amparo administrativo de suspensión, los efectos del acto administrativo podría lesionar gravemente un derecho y su restitución no sería plenamente satisfecha al terminar el proceso de impugnación.

En la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, derogada con el COGEP, encontrábamos la suspensión sólo en el ámbito de la coactiva, el artículo 75 establecía:

“El administrado podrá solicitar la suspensión del procedimiento coactivo, mientras se tramita la causa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Administración.”

Es decir, dicha suspensión estaba condicionada a la fianza del interés económico previo, lo cual en cierta medida afectaba el derecho del administrado, ya que si no podía afianzar el acto seguía ejecutándose.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico de Procesos (COGEP), surge el artículo 330 como una innovación normativa, en tal sentido se podría hablar de un “Amparo Administrativo” como tal, el mismo que tuvo un interesante cambio de lo que fue su concepción.

5. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Colombia). Artículo 230. Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

El origen legislativo de este artículo tuvo un importante cambio, establecido por el veto por parte del Presidente de la República al texto original que se debatió en la Asamblea Legislativa.

El proyecto del Código Orgánico General de Procesos en su texto inicial aprobado en los dos debates legislativos por el Pleno de la Asamblea presentó el siguiente texto:

“Artículo 330.- Suspensión del acto o hecho impugnado. La o el juzgador podrá ordenar la suspensión del acto administrativo impugnado, cuando considere que su ejecución provocara efectos irreparables o cuando amenace o vulnere derechos del administrado”.

Posteriormente con el Veto Presidencial, se alteró el texto original del artículo 330, quedando en definitiva el siguiente texto:

“Objeción al Artículo 330”

Por el artículo comentado se regula la suspensión del acto administrativo, para lo cual únicamente se establecen como presupuestos, que la ejecución provoque efectos irreparables o cuando se amenace derechos del administrado.

Esta justificación en el texto aludido resulta demasiado amplia, por lo que la suspensión antedicha debe obedecer a los principales principios que informan el régimen de medidas cautelares, en particular, la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida empleada.

De esta forma se sugiere el siguiente texto alternativo:

“Artículo 330.- Suspensión del acto impugnado. A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparez-

ca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida.

Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que la motivaron.”⁶

Como se puede analizar, el texto inicial era pro administrado, y con el veto del Presidente de la República, el artículo como tal pierde su naturaleza razón de ser como supuesto amparo administrativo, convirtiéndose así en un artículo más que atenta la tutela judicial efectiva al administrado.

Finalmente el artículo 330, quedó conforme la sugerencia y veto del Presidente de la República, mostrándose confuso y ambiguo respecto de la parte que dice: “...*aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida...*” da a entender como un proceso o una actividad procesal aparte, cuando no es más que la debida motivación, argumentación y criterio del juzgador para conceder la suspensión solicitada, sin duda la redacción inicial era más clara para el administrado, del mismo modo que dicha suspensión puede ser revocada, lo cual recaería en la ejecución como tal del acto que se encuentra impugnado, sólo con retardo de tiempo, lo cual también podría provocar vulneración y desmedro del administrado ya que sólo al finalizar el proceso su derecho podrá ser restituido.

Una vez que se cumpla con la condición establecida por el Presidente de la República, el alcance del artículo 330 al que se pretendía entender como un amparo administrativo, es la sus-

6. Objeción Parcial del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos por el Presidente de la República. 29 de abril de 2015.

pensión del acto impugnado, es decir que de ser aceptado por el juzgador, los efectos o el acto administrativo como tal quedan suspensos provisionalmente lo cual puede ser revocado en cualquier estado del proceso, o hasta la resolución del procedimiento contencioso administrativo mediante la sentencia. Este artículo pretendía ejercer cierta protección al administrado frente a la ejecución de un acto administrativo que podría vulnerar sus derechos y posiblemente no podrían ser reparados íntegramente, más con el condicionante del artículo 330, muy difícilmente este artículo va a cumplir el objetivo que pretendía inicialmente el legislador, ya que el juzgador se verá mayormente presionado a justificar el porqué del otorgamiento del amparo administrativo evidenciado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida lo cual puede ser entendido como una manera simple de la motivación de los actos judiciales o en su complejidad que el administrado evidencia actos probatorios la necesidad inminente de suspender el acto administrativo, es decir aumento de carga de prueba del petionario.

En la derogada Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se podía encontrar el amparo administrativo, a través de la suspensión sólo en el procedimiento coactivo siempre que se afiance el interés económico de las entidades públicas o semipúblicas; caso contrario, continuaba la ejecución; es importante mencionar que actualmente en el COGEP, para suspender la ejecución coactiva se deberá consignar la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, lo cual no significa el pago como tal, pero vulnera totalmente el derecho del administrado, ya que en muchos casos la coactiva puede nacer de un acto arbitrario o ilegal por parte de la administración y para suspender dicha ejecución debe consignar el mismo valor más intereses y costas, perdiendo totalmente su naturaleza de protección al administrado frente al poder de imperio de la administración pública.

Artículos que debían ser pro administrado, se vuelven en contra del mismo, o en el caso del artículo 330, inaccesible como tal y con mayor carga probatoria.

Es importante considerar que en materia de contratación pública, no cabe ejercer la suspensión del acto administrativo de terminación unilateral en el caso que el contratista no justifique la mora o no remediare el incumplimiento, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁷, ejerce esta prohibición en su artículo 95 inciso segundo; dejando en indefensión al administrado en calidad de contratista, si bien es cierto existe un incumplimiento de por medio, pero las consecuencias de terminación unilateral del contrato acarrea la declaración de contratista incumplido, lo cual genera la suspensión del RUP por 5 años, dentro de los cuales no podrá volver a contratar con el Estado.

La LSNCP, en cierta medida vulnera el derecho de la tutela judicial efectiva del administrado, ya que no puede accionar ningún tipo de amparo contra el acto administrativo respecto de la suspensión de sus efectos, ya sea el planteado en el art. 330 del COGEP, Acción de Protección o Medidas Cautelares, alegando que las acciones constitucionales son improcedentes debido a la existencia de mecanismos de defensa más adecuados y eficaces, lo cual antes de la vigencia del COGEP, acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y obtener una sentencia tardaba más que el cumplimiento de la sanción administrativa como contratista incumplido.

7. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

La firmeza de los actos administrativos y la reforma del artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos por la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera.

Bajo la premisa del principio constitucional de la tutela judicial efectiva a la que tiene derecho el administrado, y el amparo administrativo reflejado a través de la suspensión del acto administrativo.

Se hace imprescindible, mencionar la reforma que la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera⁸, en su Primera Disposición Derogatoria determina:

Disposiciones Derogatorias

Primera.- Deróguense en el artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos, la frase: "Serán ejecutables, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.", y el último inciso.

Dentro de las repercusiones de la eliminación respecto de la presunción del acto administrativo como tal, ya que será ejecutable una vez emitido y notificado, eliminando la figura del acto en firme o ejecutoriado; esta reforma sin duda provoca una gran ambigüedad, vacío y distorsión en el Derecho Administrativo ecuatoriano, atentando contra la tutela judicial efectiva como derecho primordial del administrado, más con esta reforma derogatoria y pese a ser una ley de incentivos económicos, desvirtúa su objetivo.

Es importante precisar, que de acuerdo a la doctrina, los actos administrativos causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas

8. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera. Registro Oficial No. 652 de 18 de diciembre de 2015.

o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente el fondo del asunto.

La jurisprudencia también hace una diferenciación doctrinaria respecto de los actos firmes o ejecutoriados al mencionar que: “...los actos administrativos, entre ellos las Resoluciones, gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse, pero serán ejecutivos desde que se encuentren firme o se hallaren ejecutoriados... Un acto firme o ejecutoriado, tiene la condición no solo de legitimidad y ejecutoriedad, sino que es ejecutivo y en consecuencia, está llamado a cumplirse. Por lo tanto y dada su naturaleza tiene carácter definitivo por lo que, salvo el recurso de revisión, no es susceptible de reclamo alguno posterior en la vía administrativa ni en la jurisdiccional.” Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3331. (Quito, 7 de noviembre de 2002)

Se debe enfatizar, que la eliminación y por ende reforma del artículo 329 del COGEP, convierte automáticamente en ejecutivo al acto administrativo, perdiendo su característica vital, de ejecutoriedad una vez que sea considerado acto firme por no haber sido recurrido en el plazo establecido, o causar estado por haber agotado los recursos administrativos en vía administrativa; atentando contra el principio del debido proceso, seguridad jurídica y derecho a la defensa del administrado.

Un acto administrativo firme, es el acto que ya no puede ser impugnado o recurrido por las vías administrativas ordinarias de recurso, y sobre el cual el único recurso que cabe, es el recurso extraordinario de revisión contemplado en el artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). El mismo que señala que sólo procede contra los actos administrativos firmes, es decir, contra aquellos que no fueron impugnados en el plazo correspondiente y oportuno, y que vencido el tiempo de impugnación, son actos administrativos que se considerarán inimpugnables en sede administrativa o contenciosa administrativa, por lo tanto

adquiere el estado de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos, al contrario de lo que se entendería por causar estado que es, el que por haberse seguido y tramitado los recursos propios de la vía administrativa hasta agotarla, es susceptible de ser recurrido en vía contencioso administrativa, por lo tanto no puede considerarse aún como acto firme.

Finalmente, una acotación importante, respecto del ámbito de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se encuentra determinada en la *Resolución N.º. 04-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia*⁹, que dispone la competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer las controversias derivadas de contratos establecidos en los artículos 185.2 y 217.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, únicamente cuando el contrato sea de materia administrativa.

El artículo 185.2 del Código Orgánico de la Función Judicial establece la competencia de las Salas de lo Contencioso Administrativo, respecto de los recursos de casación en los juicios por controversias originadas en contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares; y el artículo 217.4 del cuerpo legal mencionado, determina las atribuciones y deberes de los jueces del contencioso administrativo, a quienes corresponde:

Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públi-

9. Corte Nacional de Justicia. Resolución 04-2015. Registro Oficial 513 de 2 de junio de 2015.

cos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado¹⁰.

Esta resolución marca un hito significativo al permitir en forma conjunta demandar además de la nulidad o ilegalidad del acto administrativo, la reparación pecuniaria de daños y perjuicios ocasionados por la vulneración de derechos del administrado.

El artículo 3 de esta Resolución determina los elementos en materia administrativa que permiten la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en el ámbito contractual y de indemnización de daños y perjuicios.

Para ejercer acciones de daños y perjuicios deberán confluír los siguientes elementos:

- a) *Elemento Subjetivo.*- una de las partes procesales debe ser un órgano de la administración pública central o descentralizada institucional o territorialmente;
- b) *Elemento Objetivo.*-el contrato debe haberse celebrado en uso de las competencias y prerrogativas de la administración pública; su suscripción debe obedecer al giro específico institucional; y, el procedimiento para tramitar la controversia no debe remitirse exclusivamente al derecho procesal común.

La indemnización de daños y perjuicios debe ser producto de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos; o, debe provenir de la impugnación de una actuación administrativa, siempre que en el mismo libelo se demande tal reparación o la reparación de daños y perjuicios establecidos en artículo 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

10. Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 217.4. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.

La Resolución sin duda, permite además de impugnar el acto administrativo o contrato administrativo de carácter lesivo para el administrado, demandar simultáneamente los daños y perjuicios ocasionados de la actuación administrativa, como producto de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado; y otras acciones propuestas contra el Estado, ya sea por acción u omisión o la prestación deficiente de los servicios públicos.

Es importante recalcar que para que se dé el reconocimiento de un derecho patrimonial o la liquidación de valores económicos debe estar de por medio la impugnación respecto de la legalidad de los actos, hechos y contratos administrativos, es decir que se impugne en primer lugar el actuar administrativo y adicionalmente solicitar la reparación pecuniaria de los daños y perjuicios ocasionados por la administración pública en ejercicio de la potestad pública.

« **Legislación** »

INVERSIÓN PÚBLICA Y SISTEMA FINANCIERO

LEY ALIANZA PÚBLICA PRIVADA

1. Antecedentes. En el R.O. 652 (s) 18/12/2015 se publicó la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, de iniciativa presidencial, y cuya finalidad, en lo esencial, no es otra que ampliar el ámbito de la delegación al sector privado para la ejecución de proyectos públicos, sobre la base de lo previsto en los arts. 316 de la Constitución, 100 del Código Orgánico de la Producción y 279 del COOTAD, que permiten la delegación del gobierno central y de los GADs, en forma excepcional, para que gestores privados asuman actividades reservadas a los sectores estratégicos o correspondientes a servicios públicos.

2. Contratos de gestión delegada y arbitraje internacional. El objeto de estos contratos es amplio y comprende actividades relacionadas con desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios, vivienda, infraestructura vial, portuaria y aeroportuaria, con una regulación especial para proyectos hidroeléctricos y de energías alternativas (Art. 13). Los gestores privados pueden ejecutar, mantener, rehabilitar, financiar, los respectivos proyectos públicos y beneficiarse de la estabilidad de los incentivos incorporados en el contrato, así como de la estabilidad de la inversión garantizada en el Código Orgánico de la Producción (Arts. 14 y 15). No se permite que se pueda acordar como sede arbitral un lugar distinto del sistema latinoamericana-

no (Art. 19). Se prohíbe que se sometan a arbitraje los asuntos tributarios, así como los que se deriven de la potestad legislativa y regulatoria del Estado. Cuando no haya arbitraje pactado, la jurisdicción contencioso administrativa será la competente para resolver controversias sobre contratos de gestión delegada. Sólo se permiten arbitrajes o dictámenes técnicos para resolver controversias puramente fácticas surgidas durante la ejecución o liquidación del respectivo contrato.

3. Exenciones tributarias. Con reformas a la LORTI se exonera del pago del IR los rendimientos de depósitos a plazo, obligaciones e inversiones en renta fija no menores a 360 días; las utilidades de enajenaciones directas e indirectas de acciones, derechos y participaciones, gravándose únicamente la enajenación indirecta cuando se transfiere más del 20% de los derechos. A las asociaciones APP se les exonera del pago del IR por 10 años. Igualmente, se exonera del pago del ISD, con reformas a la Ley de Equidad Tributaria, a las amortizaciones de capital e intereses a entidades financieras del extranjero, a los pagos al exterior de rendimientos financieros en el País; a las transferencias de 1000 USD; a quienes porten en efectivo no más del equivalente a la fracción básica exonerada del IR.

4. Empresas públicas. Se les permite a estas empresas que puedan asociarse con otras empresas públicas o privadas e, inclusive, delegar actividades, sin que su participación deba necesariamente ser mayoritaria.

5. Remisión de multas, intereses y recargos. Se prevé la remisión de multas, intereses y recargos para los empleadores en mora con el IESS y también a ciertos deudores del BNF y de la CFN, con la condición que cumplan varios requisitos.

6. Derogatoria de Art. 329 del COGEP. Sin mediar fundamentación alguna se derogan, en el Art. 329 del Código General de Procesos, la ejecutoriedad y la firmeza como requisitos para que un acto administrativo sea ejecutable. Tal derogatoria nada tiene que ver con la materia de la Ley. Su impacto, en todo caso, será determinante para perjudicar a los administrados, pues, las administraciones públicas podrán ejecutar actos administrativos sin que se encuentren ejecutoriados o firmes.

LEGISLACIÓN

LEY GESTIÓN IDENTIDAD

1. Antecedentes. La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles se encuentra publicada en el R.O. 684 (2s) 04/02/2016. Desarrolla el contenido de derechos constitucionales consagrados en los arts. 45, 66:28, 67, 68, 69:5,6,7, 70. Deroga, a su vez, la Ley de Registro Civil expedida en 1976. Por tratarse de derechos sujetos a diversas visiones, el debate legislativo provocó diferencias inclusive dentro del oficialismo.

2. Inscripción del nacimiento, sexo y apellidos. Los nacidos vivos en centros de salud públicos o privados deben inscribirse durante los tres días posteriores al nacimiento, previa notificación del establecimiento de salud. El sexo será registrado considerando la condición biológica del recién nacido, como hombre o mujer, de conformidad a lo determinado por el profesional de la salud. El apellido paterno precederá al materno, salvo acuerdo de los padres o las parejas.

3. Adopción de menores. Se precisa que la adopción sólo corresponderá a parejas de distinto sexo, excluyendo, implícitamente, de la adopción a las personas solteras o viudas. En el veto presidencial se indicó que la unión de hecho entre dos personas, por no existir alusión a su sexo en el Art. 67 de la Constitución, se entiende que admite a personas del mismo sexo.

4. Contenido de la cédula. Se mantienen el estado civil, el nombre de la pareja o cónyuge, los nombres de los padres y el sexo dentro de la cédula, mientras los datos del domicilio y la autodeterminación intercultural sólo serán parte del Registro Personal Único. En la Asamblea se eliminaron, en el segundo debate, el estado civil, el nombre de la pareja o cónyuge, el nombre de los padres, el sexo, y se incluyeron datos relativos a la autodeterminación cultural y el domicilio. Con el veto presidencial se cambió la aprobación legislativa.

5. Cambio de sexo. Se acepta el cambio de sexo (hombre o mujer) por el género (masculino o femenino), con algunas solemnidades, entre ellas, además que el solicitante sea mayor de edad, que se cuente con la intervención de dos testigos, que “acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos dos años”. El cambio solamente puede ser solicitado por una sola vez, con la particularidad que tal cambio no afecta los datos del Registro Personal Único de la persona relativos al sexo. Para modificar estos datos se debe cambiar el nombre de la persona.

6. Denominación de la cédula. Por encontrarse arraigada la denominación de cédula de ciudadanía se descartó que se le llamara Documento Nacional de Identificación (DNI). Igualmente, en función de la evolución del Registro Civil, se decidió que la entidad continuara llamándose Registro Civil.

FINANZAS PÚBLICAS Y EMPLEO

LEY SEGURO DE DESEMPLEO

1. Desempleo y costos de la economía. La Ley para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, de iniciativa presidencial, se publicó en el R.O. 720 (s) de 28/03/2016. Se la discutió en un entorno de incertidumbre económica por la caída de los ingresos petroleros y el aumento del desempleo y subempleo. La tasa de desempleo, en marzo 2016, se ubicó en 5,7%, en 54% la de empleo inadecuado y en 40% la de empleo. En diciembre 2015 los porcentajes fueron de 4,7%, 48% y 46,5%, respectivamente. La tasa de desempleo subió 1 punto en un trimestre. La PEA (desde 15 años de edad en adelante) es el 2016 de 7.861.661. El 2007 era de 6.336.029 y el 2015 de 7.498.528 personas. El empleo se convirtió en la variable de ajuste, ante el incremento de los costos internos, tanto por la revaluación del dólar como por las equivocadas políticas gubernamentales de orden fiscal, laboral y comercial. El índice de precios del período 2004-2006, proyectado al 2016, debía crecer a 111 puntos; sin embargo, llegó a 157 puntos, por lo que el Ecuador se encareció en 46 puntos (A. Pachano, El Comercio 20/05/2016). El IPC (Índice de Precios al Consumidor) subió 45%, entre junio 2007 y junio 2015, mientras en Chile creció 33%, en Colombia 33%, en Perú 30% y en USA 15% (V. Albornoz, El Comercio, 27/12/2015).

2. Seguro de desempleo y aportes al IESS. El antiguo seguro de cesantía es sustituido por el seguro de desempleo, respetándo-

se la cesantía de los afiliados al IESS hasta la fecha de vigencia de la Ley. Se financia con el 2% del aporte personal del trabajador, que se acumula dentro del seguro individual de desempleo, y el 1% de aporte patronal, que se lo emplea para un seguro solidario en un fondo común de reparto, con el que se financia el 70% del SBU que recibirá el trabajador cesante. El 3% que antes acumulaba el trabajador para su cesantía individual se reduce a 2%, por lo que, al momento de jubilarse, tendrá acceso a una cesantía inferior. Se le da la opción al desempleado, que haya aportado durante, por lo menos 12 meses, que retire lo acumulado en su cuenta individual o que se acoja al seguro de desempleo, según la tabla, por cinco meses.

3. Aportes al IESS e inversión de recursos. Del 21% que el empleador y el trabajador aportan al IESS, 9% se destina a salud, 7% a jubilación, 3% a cesantía y desempleo, 2% riesgos (verificar). Se permite que los recursos de aportados por los afiliados sean invertidos por el BIESS, con la condición que se encuentre líquido lo que se requiera para atender obligaciones. El BIESS ha invertido en el Estado 8.379 millones USD, según el Ministerio de Economía. El 2016 invertirá unos 894 millones USD en títulos emitidos por el Ministerio de Finanzas. El 2015 invirtió en deuda con el sector público la suma de 779 millones USD.

4. Trabajo juvenil y pasantías. A las empresas que contraten trabajadores de entre 18 y 26 años de edad, por un plazo mínimo de un año, con un sueldo no mayor a dos SBU, siempre que los contratados, bajo esta modalidad, no sobrepasen el 20% de la nómina, se les exime de pagar el aporte patronal al IESS, el cual es asumido por el Estado. Por otro lado, se reconoce flexibilidad en la contratación de pasantes y en el pago que no debe ser inferior al 30% del SBU, aunque el aporte al IESS debe ser por el equivalente a 1 SBU.

5. Disminución de jornada laboral. Por reducción de ingresos, pérdidas o fuerza mayor, los empleadores y los trabajadores pueden acordar, con autorización del Ministerio, la reducción de la jornada laboral hasta 30 horas por semana, por 6 meses renovables por una sola vez. En todo caso, el aporte al IESS debe ser completo, como si trabajaran 40 horas, aunque ganen menos los trabajadores, y el pago de dividendos sólo se hará si a los trabajadores, cuya jornada se redujo, la empresa les paga la diferencia que dejaron de percibir. A fin de no trabajar 8 horas 5 días por semana se permite pactar jornadas diarias más largas de hasta 10 horas.

6. Licencias de maternidad y paternidad. Se reconoce a los trabajadores la licencia opcional y voluntaria hasta por 9 meses, en que no recibirán remuneración. Entre tanto, la empresa puede contratar un reemplazo mediante un contrato eventual. El trabajador con licencia tendrá derecho a la prestación de salud del IESS y podrá solicitar, a los dos meses, los fondos de cesantía acumulados.

ANÁLISIS LEGISLATIVO

LEY DE TIERRAS

1. Antecedentes. La Ley de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales se publicó en el R.O. 711 (s) de 14/03/2016, luego de largos debates legislativos y consultas prelegislativas. Se derogó la Ley de Desarrollo Agrario de 1994, al igual que otras leyes conexas.

2. Función social y ambiental de la propiedad. Se define la función social y ambiental con varios criterios orientados a la producción y a la sostenibilidad, que pueden estar sujetos a diversas interpretaciones. Son causales de afectación y, en consecuencia de expropiación, el incumplimiento de la función social por no haberse explotado la tierra por más de 2 años consecutivos, de la función ambiental por daños ambientales graves sancionados como delito, por presión demográfica y cuando exista latifundio o concentración de tierra. El avalúo considerará los precios comerciales actualizados de la zona.

3. Propiedad y afectación. Entre las diversas formas de propiedad se reconoce la propiedad privada, bajo los principios de solidaridad y seguridad jurídica. Se excluye de la afectación, las unidades de producción de la agricultura familiar campesina o de la economía popular y solidaria, iguales o inferiores a 25 *ha* en la sierra, 75 en la costa y estribaciones y 100 en la Amazonía y Galápagos.

3. Limitaciones a la compraventa y otros contratos. Para garantizar la soberanía alimentaria, la Autoridad Agraria autorizará los contratos de compraventa, usufructo y arrendamiento de tierras rurales productivas, cuando supere las 200 *ha* en la sierra, 1000 *ha* en la costa y 1500 *ha* en la amazonía y galápagos. Se reconoce la inversión de empresas extranjeras públicas y privadas, sin limitaciones de superficie.

4. Contrato agrario. Se reconocen como contratos agrarios los siguientes: de administración productiva, asociativo agrario, de compraventa anticipada, de compraventa agraria, de arrendamiento agrario y de permuta. Resultan de interés los contratos de administración productiva y de compraventa de producción.

5. Fondo nacional de tierra. El fondo se compone de tierras rurales estatales, predios privados expropiados, valores provenientes de adjudicaciones, y sirve para permitir el acceso a la tierra a las organizaciones de la agricultura familiar campesina, mediante sistemas de crédito y adjudicación. Los beneficiarios de las tierras no podrán enajenarlas durante 15 años.

6. Frontera agrícola. No se podrá ampliar la frontera en los páramos no intervenidos sobre los 3300 m y 2700 m de altitud, según el paralelo, respetándose, en todo caso, los asentamientos humanos y las actividades agrarias existentes en esas zonas. El manejo será controlado por la autoridad agraria y ambiental.

7. Posesión agraria y adjudicación. El posesionario, sin adjudicación, puede transferir la posesión por acto entre vivos o por causa de muerte. No podrán ejercer derecho de dominio quienes posean tierras estatales bajo "derechos y acciones de sitio" o "derechos y acciones de montaña". La adjudicación es el acto

administrativo por el que el Estado transfiere el dominio de tierras estatales.

8. *Municipios.* En caso de urbanización se deberá entregar al Municipio entre el 15% y el 25% de la tierra útil como porcentaje de área verde o comunal, salvo el caso de partición, donación o venta, siempre que no se destinen a lotización o urbanización. Si hubiera excedentes en la superficie de la tierra rural que supere el error técnico de medición, el Alcalde rectificará la medición y el avalúo.

ANÁLISIS LEGISLATIVO

LEY DE USO DE SUELO

1. Antecedentes. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo se publicó en el R.O. 790 (s) de 5/07/2016, luego de debatirse el alcance de la autonomía municipal y el ejercicio del poder municipal sobre el territorio cantonal.

2. Nociones urbanísticas. La Ley desarrolla conceptos básicos en temas de urbanismo (concepto de ciudad (Art. 4), derecho a la ciudad y función pública del urbanismo (Art. 5), función social y ambiental de la propiedad (Art. 7), derecho a edificar (Art. 8), clasifica el suelo cantonal en urbano y rural, dividiéndole al suelo urbano en consolidado, no consolidado y de protección (Art 18) y al rural en suelo de producción, de aprovechamiento extractivo, de expansión urbana y de protección (Art. 19). En el aprovechamiento del suelo pone énfasis en los usos específicos y en la edificabilidad máxima y básica (Arts. 24, 25 y 26), además de los planes urbanísticos y las limitaciones para indemnizar a particulares afectados (Arts. 31, 39). Desarrolla el concepto de unidades urbanísticas (Art. 49) y regula la integración inmobiliaria y los fraccionamientos (Arts. 56 y 57). Aborda el mercado de suelo con el derecho de adquisición preferente, la compraventa sin notificación, el anuncio de proyecto con sus efectos sobre los avalúos, el derecho de superficie y el banco de suelos (Arts. 60 a 69).

3. Concesión onerosa de derechos y habitabilidad. Es una figura por la que el Municipio recibe un pago en dinero o en especie por el incremento del valor del inmueble por haberse transformado de rural en urbano o en suelo rural de expansión urbana (Art. 72). Además, se establece el control de habitabilidad y la concesión de permisos de edificación (Arts. 79, 80).

4. Competencias exclusivas. La Ley (Arts. 90, 92, 96) desconoce las competencias exclusivas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, confundiéndolas con las concurrentes. De conformidad con el art. 260 de la Constitución, las competencias concurrentes son las correspondientes a la gestión en la prestación de servicios públicos, dentro de las que no se inscribe el uso de suelo, ya que no se trata de un servicio público. En definitiva, se transforma a las competencias exclusivas municipales en competencias concurrentes con los ministerios de la Función Ejecutiva.

5. Consejo Técnico de Uso de Suelo. Una superestructura estatal se coloca sobre la gestión local en el art. 93 de la Ley, que establece la conformación del Consejo Técnico de Uso de Suelo, compuesto con dos representantes de la Función Ejecutiva –Ministro de Vivienda y Director de la SENPLADES– y un representante de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y Metropolitanos. En el art. 92 se señalan las atribuciones de dicho Consejo, entre ellas, se le otorgan competencias legislativas, con la expedición de regulaciones nacionales de carácter obligatorio en temas urbanísticos, que tendrían, inclusive, mayor jerarquía que las ordenanzas.

6. Superintendencia de Ordenamiento Territorial y Uso y Gestión del Suelo. El art. 95 de la Ley de Uso de Suelo crea esta Superintendencia de Uso de suelo con el fin de controlar y vigi-

lar los procesos de ordenamiento territorial, olvidando que las superintendencias, por mandato constitucional, sólo pueden crearse cuando hay un servicio público de por medio, cosa que no sucede en esta Ley. La Superintendencia tiene, además, capacidad sancionatoria, personería jurídica de derecho público y patrimonio propio, y funciona de forma desconcentrada e independiente. Además esta Superintendencia es la encargada de vigilar si las ordenanzas se ajustan a los lineamientos generales de la Ley, e, inclusive, puede dirimir conflictos de competencia. Por último, tiene potestades sancionatorias.

LEY DE CORRESPONSABILIDAD FISCAL

1. Antecedentes. En el R.O. 759 (s) de 20 de mayo de 2016 se publicó la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de abril de 2016. La Ley fue presentada por el Presidente de la República con la finalidad de recaudar, bajo el nombre de “contribuciones solidarias”, verdaderos impuestos sobre las remuneraciones, el patrimonio, las utilidades y los bienes inmuebles y derechos representativos de capital existentes en el Ecuador de propiedad de sociedades residentes en paraísos fiscales. No hubo consenso sobre el monto necesario para reconstruir las zonas afectadas, por lo que no se justificó plenamente el monto estimado a recaudarse con la Ley. Inclusive, los recursos provenientes del extranjero por préstamos de emergencia y donaciones parecieron suficientes para atender las necesidades de la reconstrucción en una primera fase. El debate legislativo sirvió para demostrar que no fue conveniente la eliminación del FAC (Fondo de Ahorro y Contingencia).

2. Impuestos a las remuneraciones. A quienes perciban remuneraciones superiores a los 1000 USD, incluidos no sólo los trabajadores en relación de dependencia sino los servidores públicos y los representantes de empresas, se les obligó a pagar, sin facilidades de pago, un día de remuneración por varios meses para que paguen por más tiempo los que más ganan, con un tope de 8 meses, excluyéndose del pago los beneficios sociales y a los que presten sus servicios o tengan domicilio en Manabí y Muisne.

3. Impuesto al patrimonio. A quienes posean un patrimonio individual igual o mayor a un millón de dólares, al 1 de enero de 2016, se les impuso la obligación de pagar el 0,90 %, sean o no residentes en el Ecuador sobre el patrimonio ubicado dentro y fuera del país, para los primeros, y sobre el patrimonio ubicado en el Ecuador para los segundos. La Ley dio una definición amplia de patrimonio. Excluyó de los pasivos las cuentas por pagar o préstamos provenientes de las partes relacionadas del contribuyente, salvo prueba en contrario. El plazo para pagar se lo fijó en tres cuotas mensuales, con facilidades de pago hasta por seis meses. Se exoneró únicamente a los contribuyentes que sufrieron una afectación directa en sus activos o actividad económica como consecuencia del desastre. La base para el pago fue la declaración patrimonial que presentan cada año los contribuyentes. El SRI se reservó la competencia para emitir liquidaciones patrimoniales, a quienes no hayan hecho la declaración patrimonial anual, con base a declaraciones previas, información de los catastros públicos o datos de la propia administración tributaria. El SRI, inclusive, emitió una regulación a mediados de año para facilitar la presentación de declaraciones patrimoniales atrasadas.

4. Impuesto a las sociedades residentes en paraísos fiscales. Se estableció el pago del 1,8%, del avalúo catastral de 2016, sobre los bienes inmuebles existentes en el Ecuador y sobre el valor patrimonial proporcional de los derechos representativos de capital de sociedades residentes en el Ecuador, en la parte que pertenezca, de manera directa, a una sociedad residente en un paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición o que no se conozca su residencia. La tasa del impuesto se redujo al 0,90% en el caso que la sociedad no residente en el Ecuador se encuentre fuera de paraísos fiscales o de jurisdicciones de menor imposición. Se permitió que el impuesto se pagara en tres cuotas mensuales, con facilidades de pago de hasta seis meses. Se excluyó del pago a las sociedades domiciliadas en el exterior

cuyo último nivel de propiedad corresponda a una persona natural que haya incluido los bienes inmuebles en su base imponible para el pago del impuesto al patrimonio.

5. Impuesto a las utilidades y a los ingresos personales. Se les obligó a pagar el 3% sobre sus utilidades, con base en la utilidad gravable del ejercicio fiscal del 2015, a las sociedades que fueren sujetos pasivos del impuesto a la renta. Además, también se les obligó a pagar ese impuesto del 3% a quienes tuvieron, el 2015, ingresos superiores a los 12.000 dólares, excluyéndose las rentas en relación de dependencia y la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa. También alcanzó el impuesto a los fideicomisos mercantiles. A las micro y pequeñas empresas se les dio la facilidad para que utilicen como crédito tributario para el pago del impuesto del 3% el exceso del anticipo del impuesto a la renta pagado, cuando el impuesto causado fue menor.

6. Deducciones. Lo pagado por los impuestos establecidos en la Ley, se prohibió que se considerara como deducible del impuesto a la renta de las personas naturales y de las sociedades, salvo si el monto de los impuestos o contribuciones solidarias excede el valor de la utilidad gravable del 2016; en este caso, la diferencia es deducible.

7. Incentivos tributarios y financieros para las zonas afectadas. Se exoneró del pago del impuesto a la renta por 5 años, a las nuevas inversiones productivas en las zonas del terremoto definidas por decreto ejecutivo. En el caso de inversiones turísticas el incentivo puede llegar a los 10 años. A las entidades del sistema financiero nacional se les rebajó el monto del anticipo del impuesto a la renta en proporción al monto de créditos que otorguen en las zonas afectadas y, además, se les exoneró del

pago del impuesto a la renta por los ingresos obtenidos por esas operaciones. Igualmente, se exoneró del pago del ISD y aranceles aduaneros, hasta por un año, a las importaciones a favor de contribuyentes afectados económicamente en sus activos productivos. Se postergó las fechas de pago al IESS y al BIESS de operaciones de crédito realizadas por los afectados, suspendiéndose las acciones de cobro, así como los plazos y términos de los procesos administrativos de coactiva.

8. Incentivos laborales. Se obligó que las empresas, para beneficiarse de incentivos, cuando reinicien sus actividades, reincorporen a sus extrabajadores, debiéndose contabilizar el tiempo que tome la reincorporación para el cálculo de indemnizaciones y bonificaciones, en el evento de una desvinculación posterior. Igualmente, deberán contratar prioritariamente, en al menos el 75%, a trabajadores de las zonas afectadas, para acceder a los incentivos.

9. Mayor control tributario. En la tercera disposición reformativa de la Ley, que modificó el Art. 102 de la LORTI, se incluyeron obligaciones de informantes a los estudios jurídicos, asesores, consultores y promotores, para que “reporten” al SRI sobre la creación, uso y propiedad de sociedades ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición.

10. Incremento del IVA y dinero electrónico. En la disposición Transitoria primera se aumentó, temporalmente, por un año, el IVA del 12% al 14%. En la disposición transitoria segunda se estableció la devolución del 2% del IVA por las transacciones realizadas con dinero electrónico y en la disposición tercera se señaló que el Banco Central podía, gratuitamente, facilitar las conexiones de la banca privada con la plataforma de dinero electrónico del Banco Central, eliminándose todo tipo de limitaciones al Banco Central.

LEY PARA EL EQUILIBRIO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

1. Antecedentes. La Ley para el equilibrio de las finanzas públicas se publicó en el R.O. 744 (s) 29/04/2016. El Presidente la envió a la Asamblea con el carácter de urgente en materia económica, debido a que conllevaba el aumento del impuesto a los consumos especiales ICE a varios productos y regulaba, además de temas impositivos, la reducción del gasto público. Si bien lo que el Fisco recaudaría, en lo que queda del 2016, con esta Ley, no llegaba a los 400 millones de dólares, uno de los objetivos de la Ley también fue el de incentivar el uso del dinero electrónico y de las tarjetas de crédito y de débito en lugar de dólares en efectivo. Cuando la Ley llegó a la Asamblea, el Fisco estaba en serios problemas por la iliquidez, con el precio del petróleo a la baja y, a pesar de la liquidez y solvencia de la banca privada, había aumentado la circulación de dinero en efectivo y la salida al exterior por puertos y aeropuertos.

2. Devolución de IVA por no uso de dinero en efectivo. Se reforma el Art. 72 de la LORTI para que el SRI devuelva, en dinero electrónico, al consumidor final de bienes o servicios, un valor equivalente a 2 puntos porcentuales de IVA por los pagos hechos con dinero electrónico y 1 punto porcentual por los pagos realizados con tarjetas de crédito o débito. Para beneficiarse de la devolución se deben cumplir dos condiciones: ser persona natural y mantener cuentas de dinero electrónico.

3. *Liquidez monetaria.* En 39.930 millones USD estuvo la liquidez (M2) en marzo 2016 por la suma de la oferta monetaria (19.249 millones USD) y el cuasidinero (20.681 millones USD). La base monetaria alcanzó 17.281 millones USD, sin contar los depósitos a la vista (7.661 millones USD) sino las reservas bancarias en el Banco Central (3.908 millones USD). Las especies monetarias fueron de 11.503 millones USD, la fraccionaria de 84 millones y el dinero electrónico de 800 mil USD.

4. *Dinero electrónico y liquidez bancaria privada.* El problema es que, a la fecha de vigencia de la ley, no había más que 55.000 cuentas de dinero electrónico en el Banco Central que habían movilizado unos 800.000 USD. Además, el sector financiero privado criticó que el monopolio del dinero electrónico se encuentre en el Banco Central, que, en principio, por expresa prohibición del COMF, no puede emitir dinero electrónico. Se propugnaba que el dinero electrónico sea administrado por los bancos privados para asegurar que cada dólar electrónico esté garantizado por un dólar en la cuenta del cliente bancario. El sistema bancario había hecho reservas superiores a las exigidas por la ley para atender retiros. Tenía liquidez. Igualmente, estaba solvente para hacer frente a no pago de deudas de sus clientes. En abril 2016 las reservas bancarias en el Banco Central fueron de 3498 millones USD, mientras las reservas internacionales llegaron a 2383 millones USD. En otras palabras, el dinero depositado por los bancos privados (encaje bancario y otros) en el Banco Central no tenía una garantía del 100% en las reservas internacionales. El fondo de liquidez, que se encuentra en un fideicomiso, bordeaba los 2270 millones USD, con los aportes del 8 % de los depósitos de las entidades privadas. El Banco Central es el agente fiduciario de este fondo. Entre depósitos a la vista (8.542 millones USD) y cuasidinero (21.279 millones USD: ahorros (8.660), a plazo (10.513), restringido (1.232), reporto (272) y otros depósitos (600)), el sistema financiero administraba 29.821 millones USD.

5. Exoneraciones y deducciones tributarias. Se exoneraron del pago del impuesto a la renta, en ciertas condiciones, lo percibido por los mayores de 65 años y por los discapacitados, así como las contratistas extranjeras que suscriban con entidades públicas o mixtas contratos de ingeniería por montos superiores al 5% del PIB. Se permite la deducción del ICE, en un 50%, a las oficinas de gestión de llamadas que utilicen telefonía fija y móvil.

6. Bebidas alcohólicas, gaseosas y lácteos. Se incrementa el IVA a las bebidas alcohólicas, incluida la cerveza, en función de los litros de alcohol. Se excluye pequeños productores de cerveza artesanal y al aguardiente artesanal. También se incrementa para las bebidas no alcohólicas y gaseosas con contenido de azúcar mayor a 25 gramos por litro. Expresamente se excluye a los productos lácteos y sus derivados, así como el agua mineral y los jugos con más del 50% de contenido natural.

7. Telefonía. Se restablece el ICE a las empresas que utilizan servicios de telefonía móvil y celular. Solamente se exonera el servicio móvil avanzado que sólo preste acceso a internet o intercambio de datos.

8. Viajeros al exterior y transferencias. Con cambios a la Ley para la equidad tributaria se baja de 10.000 USD a unos 1.100 USD (3 SBU) lo que el viajero puede sacar del país, en divisas en efectivo, sin pagar el ISD del 5%. Cada menor que acompañe al adulto podrá llevar, sin pagar el ISD, hasta 1 SBU. La misma exención de 3 SBU se aplica para transferencias al exterior. Cuando el hecho generador se produzca por la utilización de tarjetas de crédito o débito por consumos o retiros desde el exterior, el monto anual exento será de 5000 USD. A quienes viajen o transfieran recursos por estudios en el exterior no se les

establece ningún monto máximo, pero se les obliga a probar el costo de lo cobrado por la institución educativa. A quienes necesiten sacar dinero para cubrir atención por una enfermedad catastrófica se les permite portar hasta el 50% de la fracción básica gravada con tarifa cero. A quienes no paguen el ISD se les impone una multa equivalente al 50% de lo no declarado.

9. Presupuestos de los GADs. Con una modificación al Código de las Finanzas Públicas se le faculta al Ministro de Economía que aumente o rebaje los ingresos permanentes y no permanentes y los gastos del PGE hasta en un 15%. Se le faculta al Presidente para que ordene disminuciones en los presupuestos de las entidades fuera del PGE cuando se presenten situaciones extraordinarias que reduzcan los flujos de ingresos, excepto la seguridad social. Inclusive podrá ordenar decrementos en los presupuestos de los municipios, consejos provinciales y juntas parroquiales.

10. Actividad minera. Se establecen incentivos a la minería. Las regalías que paguen los concesionarios al Estado se establecerán sobre la base de un porcentaje a la venta del mineral principal. Se determina una retención del 10% del monto bruto de cada transacción cuando las comercializadoras requieran licencias para comercializar sustancias mineras.

11. Vehículos. Se regula el valor residual de los vehículos depreciados para que no sea inferior al 10% del avalúo original. Se amplían las rebajas a las personas adultas mayores en el pago del impuesto de su vehículo y se establecen restricciones en la importación de vehículos exonerados por parte de los discapacitados.

LEY DE ELUSIÓN IMPOSITIVA

1. Antecedentes. La Ley Orgánica para evitar la elusión del Impuesto a la renta sobre ingresos provenientes de Herencias, Legados y Donaciones, de iniciativa presidencial, se publicó en el R.O. 802 (2s) del 21 de julio del 2016. La ley, que reformó varios artículos de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI), modificó aspectos sobre la tarifa del impuesto a la renta de personas naturales y sucesiones indivisas. No incrementó los tributos a las herencias, legados y donaciones (se mantuvieron las mismas tasas impositivas con un máximo del 35%) sino que se concentró, fundamentalmente, en controlar la elusión tributaria por parte de quienes utilizan expresas en paraísos fiscales y en extender las presunciones de donación. La Ley fue aprobada poco tiempo después de que ocurrieron movilizaciones en contra del anuncio presidencial de modificar la tabla del impuesto a la herencia, subiéndolo a niveles confiscatorios, y establecer un impuesto a la plusvalía inmobiliaria.

2. Presunción de donación. Se presume donación cuando los bienes transferidos, con la intervención de terceros, a quienes tengan la calidad de legitimarios hayan estado en propiedad de los enajenantes hasta dentro de los cinco años anteriores. Igualmente, se presume donación cuando el adquirente sea legitimario del enajenante. Estas presunciones admiten prueba en contrario.

3. Transferencia de bienes y presunción de legitimarios. Con la modificación del literal d) del artículo 36 de la LORTI, se estableció que cuando se hayan transferido bienes o derechos existentes en el Ecuador, de tal manera que éstos salieren del patri-

monio personal del enajenante o constituyente a través de cualquier acto, contrato o figura jurídica empleada (sociedades, instituciones privadas sin fines de lucro, constitución de derechos personales de usufructo o de uso de habitación sobre bienes inmuebles, fideicomisos y similares) y cuando sus beneficiarios últimos, de manera directa o indirecta, sean legitimarios del enajenante o constituyente, se presumirá que por el fallecimiento del causante se efectuó el hecho generador y, por lo tanto, se pagaría este impuesto sobre aquellos bienes o derechos, aunque no se transfiera el dominio a los beneficiarios, salvo prueba en contrario. Asimismo, cuando la transferencia se haya realizado con la intervención de este mismo tipo de figuras legales, y que al fallecimiento del causante sean residentes fiscales o estén establecidos en paraísos fiscales, jurisdicciones de menor imposición o regímenes preferentes, o no se conozca a los beneficiarios últimos de la transferencia, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los beneficiarios últimos son los legitimarios.

4. Hecho generador. En el caso de herencias, legados y donaciones el hecho generador lo constituye la aceptación expresa o tácita y no el fallecimiento o el acto de donación. Se podría afectar a aquellos que pudieron beneficiarse directamente o indirectamente aun cuando no hubieren aceptado y cuando aún no se les haya transferido bien alguno.

5. Destino del impuesto. Se estableció que los valores recaudados por concepto de impuesto a la renta sobre herencias, legados y donaciones se destinen a becas de educación superior para el quintil más bajo de ingresos de la población ecuatoriana, preferentemente a miembros de comunidades y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, montubios, migrantes e hijos de madres jefas de hogar.

6. Devolución de IVA. Finalmente, se incorporó en la Ley una disposición transitoria a través de la cual se habilitó al Servicio de Rentas Internas para que establezca procedimientos directos y eficientes de devolución o compensación del incremento del IVA en las provincias de Manabí y Esmeraldas, afectadas por el terremoto del 2016, en concordancia con la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto.

7. Defraudación Tributaria con tipo penal abierto. En la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos publicada en el R.O. 802 (2s) de 21 de julio de 2016 se amplió peligrosamente la tipificación de la defraudación tributaria con la reforma del Art. 298 del COIP. “Dejar de cumplir con sus obligaciones” tributarias por “omisión” constituiría delito de defraudación. No se requeriría que, además de la omisión, haya simulación, ocultamiento o engaño a la administración tributaria, para que se configure el delito.

« **Jurisprudencia** »

INDEMNIZACIÓN POR DAÑO CIVIL (PROPHAR *v.* MERCK): DOS SENTENCIAS DE LA CC CON IDENTIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

1. Antecedentes. La CC aceptó la AEP deducida por la empresa Prophar S.A., mediante la *sentencia No. 019-16-SEP-CC, dictada el 20 de enero de 2016*, dentro del caso No. 0542-15-EP. A pesar que la demanda tenía identidad de objeto y acción con lo que había resuelto la CC en el caso No. 1926-12-EP, fue admitida a trámite para resolver sobre la constitucionalidad de la sentencia dictada por la Sala Civil de la CNJ, el 10 de noviembre de 2014, dentro del recurso de casación No. 215-2014, en que la CNJ casó parcialmente la sentencia de la Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha, dictada el 23 de diciembre de 2011, habiendo reconocido que la empresa Merck le irrogó un daño a Prophar por la interrupción injustificada de negociaciones y que estaba suficientemente acreditado el nexo causal. La CC, en el caso No. 1926-12-EP, correspondiente a la *sentencia No. 028-14-SEP-CC (R.O. 209 2s 21-03-2014)* había aceptado la AEP de Prophar en contra de la sentencia de la CNJ, de 21 de septiembre de 2012, dentro de la misma disputa, por daños y perjuicios, entre esa empresa y Merck, y había resuelto que se “resuelva la casación con observancia de las garantías del debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica”. Para la accionante, en la segunda sentencia de casación, los jueces de la Sala Civil de la CNJ no cumplieron este mandato general de la CC, favoreciéndole a Merck con la obligación de que pague una indemnización irrisoria. La CC dejó sin efecto la sentencia de casación, de 10 de noviembre de 2014, retrotrajo el proceso a una fecha inmediatamente anterior y dispuso que se conforme la respectiva Sala de la CNJ para que se dicte una nueva senten-

cia sobre el monto a pagar por parte de la demandada, para que la indemnización sea “adecuada” al daño, de conformidad con la decisum y la ratio de la sentencia constitucional. En definitiva, llama la atención que existen dos sentencias de la CC, con identidad objetiva y subjetiva, *sentencia No. 028-14-SEP-CC (R.O. 209 2s 21-03-2014)* y *sentencia No. 019-16-SEP-CC, dictada el 20 de enero de 2016*, dentro del caso No. 0542-15-EP.

2. Valoración de prueba y calificación de hechos en casación.

La CC recordó que, en el caso No. 1926-12-EP, aceptó la primera AEP de Prophar en contra de la sentencia de la CNJ, dictada el 21 de septiembre de 2012, por cuanto en casación se admitió que la demandada en el juicio civil, esto es, Merck, introdujera al expediente documentación a la que luego se le dio el tratamiento de prueba válidamente actuada y se la valoró, vulnerándose derechos de la actora. Al tratar el caso 0542-15-EP, la CC invocó dos sentencias (001-13-SEP-CC, 167-14-SEP-CC) para recordar su posición sobre la dimensión de la casación en el sentido que, en la etapa de resolución, luego de haberse agotado las etapas de calificación, admisibilidad y sustanciación, no se puede valorar pruebas ni calificar los hechos. Estos, los hechos, sólo pueden revisarse para verificar la aplicación del derecho a ellos. El examen del proceso únicamente sirve para que se subsuman los hechos que aparecen allí a las normas adecuadas y se dicte una nueva sentencia de “mérito”. Cuando se invoca la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, la CNJ puede verificar si las normas relativas a la valoración de prueba han sido debidamente aplicadas, pero no puede valorar pruebas. La CC aclaró que no puede valorar pruebas cuando revisa una sentencia de casación en virtud de una AEP.

3. Razonabilidad de la indemnización por daños y perjuicios.

La CC destrozó la sentencia de la CNJ para concluir, en beneficio de la accionante, lo siguiente: “los jueces nacionales decla-

ran y reconocen la ilicitud del accionar de la demandada (Merck), por lo que una apropiada motivación imponía que se determine una indemnización adecuada al daño ocasionado por dicho obrar ilícito”. Cuestionó la forma como los jueces interpretaron el informe del perito Cabrera y que sólo le reconocieran la indemnización a la actora por los daños sufridos el 2003 y no por años posteriores. Concluyó que la CNJ no otorgó una reparación adecuada al daño. Le pareció insuficiente que la CNJ le haya condenado a la demandada a pagar a Prophar tan sólo la suma de 7 millones 723 mil 401 dólares, cantidad, por cierto, cuatro veces superior a la que se estableció en la primera sentencia de la CNJ, aunque muy inferior a la que resolvieron los jueces de instancia, con arbitrariedad manifiesta, al condenar a la demandada en más de 200 millones USD. La CC llegó muy lejos, en su condena a la sentencia impugnada, para proteger los derechos patrimoniales de la empresa accionante. Le acusó a la CNJ de no haberse pronunciado sobre los argumentos de Prophar y de haber desarrollado el principio de buena fe para justificar que, en la etapa pre negociada, no había obligación alguna de contratar, pues, en virtud de tal principio, únicamente había la obligación de no abandonar la negociación sin justa causa. Por último, afirmó que el desarrollo de la sentencia impugnada carecía de línea argumental adecuada y que los hechos no fueron debidamente subsumidos en las normas adecuadas.

4. Motivación, debido proceso, tutela judicial y seguridad jurídica. La falta de motivación provocó la vulneración de los demás derechos. La CC concluyó que la sentencia impugnada no cumplió los tres requisitos de la motivación: razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Por segunda vez se vulneraron, en casación, los derechos constitucionales de la actora.

5. Seguridad jurídica. Según la CC: la aplicación de las decisiones de la CC debe ser integral; los órganos judiciales deben aplicar y observar las disposiciones jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico; la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada de los ciudadanos en saber la actuación de los poderes públicos en aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico. En la sentencia impugnada los jueces de la CNJ no dieron cumplimiento al mandato de la CC de precautelar el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Se incumplió una decisión de la CC dentro de una garantía jurisdiccional (AEP), lo que provocó que la vulneración se prolongara en el tiempo, a decir de los jueces de la CC.

SOBERANÍA AUTONÓMICA Y SOBERANÍA NACIONAL: CATALUÑA *v.* ESPAÑA

1. Antecedentes y naturaleza de la Resolución impugnada. El TC español, por unanimidad, declaró, el 2 de diciembre de 2015, en la causa No. 6330-2015, inconstitucional y, por lo tanto, nula la Resolución 1/XI con la que, el 9 de noviembre, el Parlamento de Cataluña resolvió el “inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015”, por contravenir tanto la Constitución (CE) como el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). Indicó que la Resolución era impugnabile por tratarse de un acto parlamentario “capaz de producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos”. Desechó la alegación del Parlamento catalán en el sentido que la resolución era una simple instrucción indicativa al Ejecutivo. Señaló que la fuerza jurídica de un acto parlamentario no se agota en lo vinculante.

2. Estado catalán independiente en forma de república. La resolución fue adoptada por el Parlamento de Cataluña en su calidad de “depositario de la soberanía popular y expresión del poder constituyente” e integrado por una mayoría comprometida con la desconexión de España y la construcción de un Estado independiente en forma de república. En la resolución se dice que tal desconexión se desarrolle sin someterse al TC español, por considerar que carece de legitimidad, debido a sentencias anteriores contrarias a la independencia de Cataluña (STC 42/2014: declaración soberanista, 31/2015 y 138/2015: leyes y medidas soberanistas). También se dispone que, en el

plazo de 30 días, se aprueben leyes para la apertura del proceso constituyente, que deberá culminar con la aprobación de la Constitución catalana, así como leyes para el funcionamiento de la hacienda pública y la seguridad social.

3. Soberanía, pueblo y derecho de decidir. Sobre la base de la STC 42/2014, el TC señala que el derecho de decidir es una aspiración política legítima dentro de los cauces constitucionales. Manifiesta que en el pueblo español reside, de manera exclusiva e indivisible, la soberanía, por lo que el pueblo de Cataluña no es sujeto jurídico que pueda entrar en competencia con el único titular de la soberanía nacional. Además, el fundamento de la Constitución es la unidad del sujeto soberano. La resolución impugnada niega la soberanía nacional española.

4. Constitución incondicionada y rol del TC. La Constitución de España no expresa el pacto entre instancias territoriales históricas que conservan derechos anteriores a ella. La Constitución es el resultado de un acto constituyente. Es incondicionada y, a la vez, condicionante de cualesquiera otra norma. Por ello, es superior y somete a ciudadanos y poderes públicos. El deber de acatamiento de la Constitución no supone una adhesión ideológica a ella sino la disposición para cumplir sus reglas. El TC es el intérprete “supremo” y tiene el deber de custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos.

5. Legitimidad democrática. En el Estado constitucional no se puede cuestionar la legalidad desde una supuesta legitimidad democrática, como se hace en la resolución cuestionada. La única legitimidad aceptable es la que deviene de la Constitución. El principio democrático, valor superior en el ordenamiento español, no está aislado de los demás principios

y normas. “La primacía incondicional de la Constitución es garantía de democracia tanto por su fuente de legitimación y contenido como por la previsión para su reforma”. La Constitución fue aprobada en referéndum por el pueblo en 1978.

6. Pluralismo territorial y político. El principio democrático debe interpretarse a la luz del ordenamiento constitucional (otros principios como el pluralismo) y de sus procesos (reglas de procedimiento, derechos fundamentales, revisión constitucional). La Constitución reconoce el pluralismo en general (lingüístico, cultural) y ubica el pluralismo político en la convivencia sobre mínimos y el reconocimiento al proceso democrático para la adopción frecuente de decisiones. El pluralismo territorial existe porque la misma Constitución reconoce la autonomía y el autogobierno de las comunidades autónomas dentro de la unidad del territorio.

7. Revisión constitucional. La Constitución no es inmutable ni intangible. Los ciudadanos conservan, al final del proceso de reforma, el poder para decidir. El poder constituyente de reforma está constitucionalizado. La Constitución no es límite a la democracia sino garantía para ésta. Las comunidades autónomas pueden iniciar reformas a la Constitución que, inclusive, conlleven su transformación en comunidades nacionales. El Parlamento de Cataluña, con su acto fundacional y el ejercicio de un poder fundante del que carece, no se sometió al proceso de revisión constitucional.

APELACIÓN DE LAUDO *v.* APELACIÓN DE SENTENCIA DE NULIDAD DE LAUDO

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 325-15-SEP-CC, en el caso No. 1139-13-EP, publicada en el R.O. 643(s) del 7 de diciembre de 2015, la Corte Constitucional (CC) aceptó una Acción Extraordinaria de Protección (AEP) propuesta por el señor Antonio Pazmiño Icaza, en calidad de procurador judicial del Presidente del “Club Sport Emelec”, en contra del auto de 1 de febrero de 2013 a las 10:15, dictado por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso No. 541-12, en el cual se inadmitió el recurso de casación presentado por el accionante, en contra de la resolución que negó la apelación de una sentencia dentro de una acción de nulidad de laudo arbitral. Para la CC, los jueces ordinarios confundieron entre apelación de laudo y apelación de sentencia de nulidad de laudo, dos asuntos completamente diferentes. El accionante indica que con este auto, se ha violentado su derecho a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y debido proceso.

2. Proceso arbitral. El Club Sport Emelec presentó una demanda arbitral en contra de la compañía RELAD S. A. (CANAL UNO), el 28 de octubre de 2009, requiriendo el pago de obligaciones derivadas del contrato celebrado entre las partes el 24 de febrero de 2005. La compañía RELAD S. A. (CANAL UNO) presentó otra demanda arbitral en contra del Club Sport Emelec, el 23 de febrero de 2010, mediante la cual exigía el pago de \$ 500.000 dólares americanos, en virtud del mismo contrato. Los procesos fueron acumulados por el Tribunal Arbitral, y éste, dictó su laudo el 15 de marzo de 2012.

3. Nulidad del laudo arbitral. El presidente del Club Sport Emelec propone acción de nulidad del referido laudo arbitral el 14 de mayo de 2012, la cual es conocida y resuelta por la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Guayas mediante sentencia del 15 de junio de 2012. La sentencia rechazó la acción propuesta por considerar que no se produjo la nulidad alegada. El Club apeló de la decisión y el 6 de julio de 2012, el presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, declaró improcedente el recurso por considerar que los laudos arbitrales no son susceptibles de apelación. Finalmente, frente a este rechazo presentó el recurso de casación, el cual también fue inadmitido, mediante auto de 1 de febrero de 2013, objeto de esta AEP.

4. Tutela judicial efectiva y derecho a recurrir. La CC ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho en el que convergen varios derechos, por lo que afirma que su contenido es amplio y tiene tres momentos como son: acceso a la justicia, desarrollo del proceso en cumplimiento de la Constitución y las leyes, y, finalmente la ejecución de la sentencia. En lo que se refiere al acceso a la justicia, la CC resalta que es el derecho a acudir a los juzgados, tribunales y cortes con la finalidad de formular pretensiones y recibir respuestas, ser escuchado, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, pero además, se debe garantizar dicho acceso "(...) cuando el ordenamiento permite a las personas acceder a estamentos que desde el punto de vista del derecho procesal orgánico, se encuentran en categorías superiores o de alzada, objetivo que se alcanza a través de los denominados mecanismos de impugnación procesal o recursos". Con lo que queda garantizado el derecho a recurrir.

5. Caso *sub judice*. El origen del caso es el laudo arbitral dictado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de

Comercio de Guayaquil, posterior al mismo, la acción de nulidad del laudo que presentó el actor, que fue rechazada, por lo que se interpuso la apelación de dicha resolución y también fue negada bajo el argumento de que no es posible apelar de un laudo arbitral, en concordancia con el art. 30 de la Ley de Mediación y Arbitraje, cuando lo que se apeló fue el rechazo de la acción de nulidad y no el laudo ni su fondo; finalmente, se presentó un recurso de casación, y éste fue inadmitido. Todas estas cuestiones, a pesar de no merecer un análisis de la CC, se consideraron al momento de resolver, por ser dichas actuaciones las que causaron el auto de inadmisión en la casación e hicieron que se vulneren derechos constitucionales.

6. *Apelación de Laudo vs. Apelación de acción de nulidad.* En materia arbitral es claro que no “existe posibilidad de apelar el laudo arbitral, no solo porque el legislador así lo ha establecido, sino porque además debe tenerse en cuenta que el recurso de apelación, por antonomasia, debe ser conocido y sustanciado por una entidad orgánicamente superior y en el caso ecuatoriano, los tribunales de arbitraje son órganos de única y definitiva instancia”. Lo que sí se puede hacer es la revisión del laudo en la vía jurisdiccional, únicamente, en el caso de haber incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación, lo que significa que no se puede analizar el tema de fondo. En este sentido se debe distinguir entre la apelación de laudo y la apelación de la sentencia de nulidad de laudo arbitral, siendo esta última, tomando en cuenta que no existe ninguna restricción por parte del legislador, apelable –en concordancia con el derecho a recurrir en el art. 76.7.m de la Constitución–, y en sentido equivocado en el caso concreto se ha confundido el objeto de la apelación, por lo que la Corte Provincial del Guayas la rechazó de modo equivocado, cuando lo que se apeló fue la sentencia de nulidad del laudo y no el laudo, como mal señaló la Corte.

7. Casación. La impugnación del laudo arbitral no es de conocimiento, de conformidad con el art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje, es así que la CC concuerda con los conjuces nacionales respecto a lo manifestado en su auto de inadmisión de casación del caso concreto, puesto que no debía ser interpuesta sobre la actuación de primera instancia, sino del resultado de la apelación, sin embargo, la negativa sin fundamento de la apelación, hizo que se vulnerara el derecho a la tutela judicial efectiva, en el acceso a recurrir, es decir el no poder acceder a una instancia superior. Si bien los conjuces han inadmitido la casación, es una consecuencia directa del rechazo de la apelación, siendo el efecto del auto de 1 de febrero de 2013, una violación a los derechos mencionados que se recogen en la tutela judicial efectiva.

8. Decisión. La CC declaró la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y el debido proceso en la garantía del derecho a recurrir, dejando sin efecto los autos de 1 de febrero de 2013, así como todas las providencias expedidas y diligencias practicadas, hasta el auto expedido el 6 de julio de 2012 –rechazo de la apelación–; y, disponer que una de las Salas de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Relaciones Vecinales de la Corte Provincial de Guayas conozca y resuelva dicho recurso de apelación interpuesto por el representante del Club Emelec.

RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE ASUNTOS FORMALES Y LA COSA JUZGADA

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 297-15-SEP-CC en el caso No. 1121-11-EP, publicada en el R.O. 629(2s) del 17 de noviembre de 2015, la Corte Constitucional (CC) aceptó una Acción Extraordinaria de Protección (AEP) propuesta por el señor José Ignacio Malo Donoso, en calidad de presidente ejecutivo y representante legal la Compañía Industrias ALES C.A. en contra del auto de 27 de abril de 2011, dictado por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, dentro del juicio ejecutivo No. 35-2011, en el cual se declara la nulidad de lo actuado en el proceso ejecutivo, por haberse resuelto el asunto en un juicio previo. La CC señaló que no existe cosa juzgada cuando se archiva un proceso ejecutivo por falta de obligación de plazo vencido. El accionante indica que con tal auto, se ha violentado su derecho a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y debido proceso en la garantía de la motivación.

2. Primer juicio ejecutivo y ausencia de obligación de plazo vencido. La Compañía Industrias ALES C.A., presentó una demanda ejecutiva en contra de los cónyuges César Chávez Pico y María de Lourdes Cevallos Moreira por el cobro de un pagaré, siendo conocida por la jueza quinta de lo civil de Manta en el proceso No. 0295-2008, iniciado el 29 de junio de 2008; en primera instancia la sentencia declaró con lugar la demanda y se condenó al pago de los demandados, quienes apelaron de la misma y dicha apelación fue resuelta por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí, que aceptó el

recurso y declaró sin lugar la demanda, debido a que la obligación no era de plazo vencido, ni se había declarado su vencimiento total.

3. Segundo juicio ejecutivo y cosa juzgada. La Compañía Industrias ALES C.A., presentó una segunda demanda ejecutiva en contra de los cónyuges César Chávez Pico y María de Lourdes Cevallos Moreira por el cobro de un pagaré, una vez que este se encontró de plazo vencido, siendo conocida por la jueza sexto de lo civil de Manta en el proceso No. 0397-2010, iniciado el 8 de junio de 2010; mediante auto de 15 de julio de 2010 avocó conocimiento de la demanda y la aceptó a trámite, ordenando el embargo de un bien hipotecado en garantía de la deuda. Por petición de los demandados, mediante auto de 8 de noviembre de 2010, el juez dispuso el archivo de la causa, por considerar que el juicio que, en ese momento se tramitaba, guardaba identidad objetiva y subjetiva con el juicio ejecutivo No. 295-2008. El actor apeló y la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí, resolvió dejar sin efecto el auto apelado y declarar la nulidad del proceso 397-2010, desde fojas 29 –a partir de la calificación– argumentando que se debió revisar los requisitos establecidos por la ley, refiriéndose a la cosa juzgada.

4. Tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y rol del juez. Para la CC, “la tutela judicial efectiva no implica exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho de acceso, los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia”. En cuanto a la seguridad jurídica, manifestó que “mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud

de aquello, los actos emanados de dichas autoridades deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente”, así como la confiabilidad con la Constitución y la Ley. Finalmente, indicó que estos dos derechos tienen estrecha relación, porque dependen de la autoridad que realiza la aplicación normativa, en este caso el juez. “Por ende, la no aplicación o aplicación defectuosa de normas contenidas en la Constitución de la República que contengan derechos constitucionales por parte de los organismos jurisdiccionales, trae consigo la vulneración de los derechos antes referidos.”

5. Caso archivado por vicios formales no produce cosa juzgada. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, fundamenta su decisión, objeto de esta AEP, en el art. 76.7.i de la Constitución, que prohíbe que se juzgue a una persona más de una vez por la misma causa y materia –*non bis in ídem*–. La CC indica que este principio aplica si “existe previamente una sentencia ejecutoriada sobre lo principal.” Los efectos que produce la cosa juzgada son de una doble dimensión: la formal –vinculada a la preclusión, impidiendo que temas ya tratados vuelvan a ser materia de análisis– y la material –se relaciona con los temas de fondo que se resuelven en sentencias, temas en los que se trabó la Litis–; es la cosa juzgada material la que crea el punto determinante para la aplicación del *non bis in ídem*. En el caso, del análisis se observa que el primer juicio ejecutivo, el auto que dispuso el archivo de la causa aludió, únicamente, a temas formales, respecto a que no era una obligación de plazo vencido, concluyendo que no se resolvió el tema de fondo. Los errados argumentos de los jueces produjeron claramente la violación de la seguridad jurídica, al confundir la aplicación de la cosa juzgada y la tutela judicial efectiva, por impedirle activar la vía procesal para que se de respuesta a sus pretensiones.

6. Motivación y errónea interpretación del *non bis in ídem*. La CC, además, indicó que el auto objeto de esta AEP, había vulnerado el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, por cuanto carece de razonabilidad al realizar una errónea interpretación del *non bis in ídem*; carece además de lógica, debido a que la incorrecta interpretación del principio constitucional ya mencionado, hizo que los jueces apliquen premisas normativas no concordantes con las premisas fácticas, el único requisito que se cumple es el de comprensibilidad, que permite entender lo resuelto, sin embargo con el incumplimiento de los otros dos requisitos, se vulneró el derecho a la motivación.

7. Decisión. La CC declaró la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y el debido proceso en la garantía de la motivación, dejando sin efecto del auto de 27 de abril de 2011, dictado por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, y ordenó retrotraer el proceso hasta el momento de la vulneración, para que otra sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí resuelva la apelación.

INFORME DE CONTRALORÍA Y ELEMENTOS DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL

1. Antecedentes. Con la sentencia No. 318-15-SEP-CC, dentro del caso No. 249-12-EP, publicada en el R.O. 629 (2s) de 17 de noviembre de 2015, la CC aceptó la AEP propuesta por el Contralor del Estado en contra de la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Provincial de Pichincha que, en apelación, revocó la sentencia del juez inferior, dictada en virtud de la AP deducida por Telmo Cevallos Guayasamín, y dispuso que el Contralor instruya a los funcionarios de la Contraloría para que concluyan el examen especial a las acciones del INDA sobre la hacienda San Antonio de Valencia, perteneciente a Telmo Cevallos, que fue objeto de expropiación.

2. Falta de motivación. El accionante alega que a la sentencia impugnada le falta la motivación a la que se refiere el Art. 76:7:1 de la Constitución, lo que vulnera el derecho al debido proceso. Reconoce que se suspendió el examen por razones técnicas, pero que, posteriormente, se dispuso el inicio de otro examen especial, que, a la fecha de la sentencia, estaba desarrollándose. La CC invoca el Art. 130:4 del COFJ para señalar la forma como los jueces deben motivar sus fallos. Según esta norma legal los jueces deben enunciar las normas o principios en que fundamentan el fallo y explicar su pertinencia a los hechos. Igualmente, invoca la sentencia de la CIDH, Chaparro Alvarez v. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007, para resaltar que la motivación conlleva la “exteriorización de la justificación razonada del juez que permite llegar a una conclusión”. Además, el

deber de motivar es una garantía de la correcta administración de justicia. Por último, la CC indica que la motivación está compuesta por tres elementos: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

3. Razonabilidad. La sentencia impugnada carece de razonabilidad debido a que los jueces de la Sala de la Corte Provincial se limitan a mencionar el Art. 82 de la Constitución como vulnerado por la suspensión del examen especial. No se encuentra en la sentencia ninguna argumentación sobre la base de las normas constitucionales y la jurisprudencia pertinente. No es suficiente mencionar una norma constitucional. Se debe argumentar considerando, inclusive, los hechos del caso en cuestión.

4. Lógica y ratio decidendi. La coherencia entre las premisas y la conclusión determina que una sentencia se encuentre motivada en función de los principios de la lógica. La CC cuestiona dos elementos de la ratio decidendi en la sentencia impugnada: a) el accionante no justificó la existencia de un segundo examen, b) la suspensión del primer examen especial se debió a que el equipo de auditores hizo observaciones a la expropiación realizada por el INDA. La nueva orden de trabajo estaba dentro del expediente. La suspensión, por las razones anotadas en la sentencia impugnada, no está acreditada debidamente. Al final, la CC considera que no hay coherencia entre las premisas y la conclusión. Esta no tiene fundamento en las premisas. La CC critica, inclusive, que en la sentencia impugnada se haya dicho, en forma muy vaga, que el oficio del Contralor, con el que suspendió el primer examen, careció de motivación, sin mediar ningún tipo de reflexión.

5. Comprensibilidad. A pesar del lenguaje propio de la jerga judicial, “con términos propios de la singularidad del léxico

judicial”, la CC concluye que la sentencia impugnada es comprensible, pues, los jueces utilizan un lenguaje claro y sencillo.

PRINCIPIOS TRIBUTARIOS *v.* LÍMITES A POTESTAD TRIBUTARIA DEL GAD

1. *Antecedentes.* Mediante sentencia No. 043-15-SIN-CC, en el caso No. 0051-14-IN, publicada en el R.O. 629(s) del 17 de noviembre de 2015, la Corte Constitucional (CC) aceptó una Acción Pública de Inconstitucionalidad (API) propuesta por el señor Igor Krochin, en calidad de apoderado de la Compañía Telconet S.A., en contra del art. 12 de la Ordenanza que Regula la utilización del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo municipal, suelo y subsuelo, por la colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pertenecientes a personas naturales o jurídicas privadas dentro del cantón Balzar, publicada en el R.O. 95 del 4 de octubre de 2013, por contravenir el principio tributario de equidad, previsto en el art. 300 de la Constitución.

2. *Argumentos del accionante.* Señaló que la CC en el año 2009, definió a la tasa como un “tributo vinculado cuyo hecho generador consiste en la realización de una actividad estatal”, esto, en relación con el art. 567 del COOTAD que estableció que “las empresas privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación”. Por ello, el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Balzar, dictó la ordenanza respectiva para el cobro de tasas por esta clase de contraprestaciones. Sin embargo, lo establecido en el Art. 12 de la prenombrada ordenanza, es inconstitucional, al transgredir el principio tributario de equidad previsto en la

Constitución, siendo las tasas fijadas en la ordenanza absolutamente desproporcionadas frente al beneficio obtenido por el contribuyente.

3. Argumentos del GAD de Balzar. El alcalde y el procurador síndico, manifestaron que el art. 12 de la ordenanza que se acusa la inconstitucionalidad fue expedido en el marco de sus competencias exclusivas, establecidas en el art. 264 de la Constitución y en los arts. 359 y 567 del COOTAD. Además, señalaron que “el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Balzar, emitió una ordenanza no con el objeto de delegar los servicios de telecomunicaciones, cuando, por el contrario, el Gobierno Municipal de Balzar, primero no está cobrando una tasa por concesión o delegación, para que operen las empresas privadas CONOCEL S.A., OTECEL S.A., y TELCONET S.A., ya que el municipio del cantón Balzar cobra con su ordenanza una tasa por la utilización u ocupación del uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo municipal, conforme lo determina el artículo 567 de COOTAD y el artículo 57 de la reforma del COOTAD”. Por ello solicitó que se desestimen las pretensiones del accionado.

4. Potestad tributaria y delimitación. La CC citó al jurista Héctor Villegas, quien definió a la potestad tributaria como: “La facultad de generar normas mediante las cuales el Estado puede compeler a las personas para que le entreguen una porción de sus rentas o patrimonio para atender las necesidades públicas”. Así lo más importante es que esta facultad está delimitada a varios principios, considerados como garantías formales y materiales, cuyo objetivo primordial es generar un límite en la creación y regulación de tributos.

5. Principios tributarios. En el art. 300 de la Constitución se prevé los siguientes principios tributarios: generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Además, de los señalados, indica la CC que la jurisprudencia, doctrina reconocen a principios que están implícitos en materia tributaria como son la proporcionalidad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad. También indica que la CC puede analizar no solo el principio invocado, sino todos los que se relacionen con él.

6. Equidad. La CC cita al jurista Héctor Villegas e indica que la equidad “va más allá del orden positivo, representa el fundamento filosófico y ontológico de la justicia en las constituciones. La equidad se confunde con la idea de justicia y en tal carácter pasa a ser el fin del derecho. Consiste en una armonía conforme a la cual debe ordenarse la materia jurídica, y en virtud de la cual el derecho positivo se orienta hacia esa idea de justicia”, por lo tanto es una garantía constitucional que opera en beneficio del contribuyente, “entonces podría ser invocada por éste si se ve sometido a una contribución cuya falta de razonabilidad y equilibrio las transforma en una exacción irriantemente injusta y por lo tanto, inconstitucional.”

7. Equidad y otros principios. Para la CC, la equidad se relaciona con: i. Generalidad: entendido como un ámbito horizontal, donde todos los sujetos en igual capacidad económica deben contribuir igual; ii. Progresividad: Entendido que a mayor capacidad económica, mayor contribución. iii. Proporcionalidad: como la contribución de los sujetos al gasto público en función de la respectiva capacidad contributiva, en cuyo caso el contribuyente aportará una parte justa y adecuada de sus ingresos o utilidades; iv. No confiscatoriedad: Establece un límite entre cumplir con la carga tributaria bajo

una capacidad contributiva y que dicha carga sobrepase la capacidad económica del contribuyente en cuyo caso el desprendimiento patrimonial que se produce en el cumplimiento de la obligación tributaria se convierte en confiscatorio; y, v. Razonabilidad: La exigencia de dicho tributo sea formalmente legal e intrínsecamente justo.

8. Caso *Sub judice*. Para poder establecer si las tasas impuestas por el GAD de Balzar respetan el principio tributario de equidad, procedieron a tomar de los argumentos del accionante, la comparación con las tasas establecidas por la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, en donde se observa que el Municipio de Quito, establece una tarifa anual y el de Balzar una tarifa diaria. Para ello se utilizó un informe técnico elaborado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, bajo el título de “Análisis de impuestos y tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet para ser considerada dentro de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador”, arrojando que en el municipio de Balzar, la facturación anual por abonado fijo era de 407.04 USD, la utilidad era de 28.98 USD y la tasa Municipal anual por abonado fijo era de 1460,00 USD, evidenciando lo exagerado el impuesto y estableciendo como recomendación que se fije entre el 0 y 2% de la facturación anual como impuesto municipal.

9. Decisión. Para la CC, se vulneran los principios explicados, sobre todo por el hecho de no considerar la capacidad contributiva del contribuyente o de las compañías contribuyentes para fijar los montos de la recaudación, cayendo en el exceso de recaudo, sin que sea justa la imposición fiscal, coartando la capacidad de ahorro del contribuyente, siendo una recaudación desproporcionada e irracional. Por ello aceptó la API, declaró la inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ordenanza y conminó a la municipalidad del cantón Balzar a que dentro

de un plazo razonable, adecue las tarifas por el cobro de tasas en la ocupación de espacio público, bajo prevenciones de lo establecido en el Art. 86 numeral 4 de la Constitución.

PROPORCIONALIDAD DE MULTAS DE TRÁNSITO A TAXIS

1. Antecedentes. El 8 de octubre de 2014 el presidente de la compañía de transporte TRANSBYGU S.A., el presidente de UNIVALLES, y otros, presentaron ante la CC una acción pública de inconstitucionalidad del acto normativo respecto a el Art. 1473:2 del Parágrafo XVIII “Suspensión, Multa, Retención del Automotor, Clausura del Establecimiento y Jurisdicción Coactiva de la Ordenanza Municipal No. 247”, y del primer punto de la disposición transitoria segunda, denominado “Régimen Sancionatorio de la Ordenanza Municipal No. 047”. Los accionantes impugnan la constitucionalidad tanto de forma como de fondo, y consideran vulnerados “el derecho a la igualdad ante la ley, el debido proceso, y la proporcionalidad entre las infracciones y sanciones”. Solicitan dejar sin efecto la vigencia de estas normativas por existir un conflicto de leyes con la Constitución. Por otro lado, el representante legal del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y el director nacional de Patrocinio, señalan que las ordenanzas fueron dictadas motivadamente, en conformidad con las competencias exclusivas otorgadas a los municipios, y no son desproporcionadas, porque buscan el mejoramiento del servicio de taxis en Quito. La CC termina por aceptar la demanda de acción pública de inconstitucionalidad y dicta sentencia, N° 025-16-SIN-CC –de fecha 6 de abril de 2016– favorable para los miembros de las compañías de transporte terrestre.

2. Control abstracto de constitucionalidad. Es tarea primordial de la CC garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, identificando incompatibilidades normativas. La

Corte realiza un control normativo abstracto para asegurar que los preceptos de las normas infraconstitucionales, se adecuen a lo dispuesto en la Norma Suprema, con el fin de lograr armonía en el ordenamiento jurídico. El control se realiza tanto por la forma, como por el fondo de la norma; para de esta manera, establecer la incompatibilidad de las Ordenanzas con la Constitución.

3. Plazo para la interposición de acción de inconstitucionalidad. El control formal verifica que durante el proceso de formación de la norma, se haya cumplido con el procedimiento contemplado por la Constitución, en apego al Art. 78 de LOGJYCC. El mismo procede únicamente si la acción de constitucionalidad se presenta dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la norma impugnada. Las Ordenanzas No. 247 y 047, entraron en vigencia el 11 de enero de 2008 y el 15 de abril de 2011 con la sanción del alcalde metropolitano; no obstante, la demanda de inconstitucionalidad fue presentada el 8 de octubre de 2014, por lo que la Corte no realiza el control constitucional por razones de forma.

4. Control material y test de proporcionalidad. El control de fondo o material, analiza la incompatibilidad de las normas jurídicas infraconstitucionales cuestionadas, con las constitucionales. Para ello, la CC resuelve si el Art. 1473:2 de la Ordenanza Municipal No. 247, y el primer punto de la disposición transitoria segunda de la Ordenanza Municipal No. 047, vulneran el principio constitucional de proporcionalidad de las sanciones, contemplado en el Art. 76:6 de la Constitución. Los accionantes consideran que se ha violentado el principio porque las sanciones que se establecen son exorbitantes y los perjudican injustificadamente; en tal sentido, la CC analiza la afectación al bien jurídico a través de un test de proporcionalidad, contemplado en el Art. 3:2 de la LOGJYCC. Para ello, la CC

revisa la sanción que prevé el Art. 1473:2 de la Ordenanza No. 247 para vehículos detenidos sin habilitación operacional y adhesivos de identificación municipal, la misma que corresponde a la retención del vehículo por 5 días, más una multa de tres remuneraciones básicas. Por su parte, en la disposición transitoria segunda de la Ordenanza Metropolitana N.º 047 se dispuso que los administrados que presenten el servicio de taxi, sin habilitaciones administrativas, serán sancionados con una multa de veinte remuneraciones unificadas y la inhabilitación por cinco años para participar en las convocatorias públicas de servicio de taxi. En este contexto, la CC considera que “las disposiciones de las ordenanzas pretenden regular y controlar el servicio de transporte, el cual está constitucionalmente reconocido”.

5. Parámetros de idoneidad, necesidad. Sobre la base del test de proporcionalidad, la CC analiza a la luz del parámetro de idoneidad, “si la norma es eficaz para el cumplimiento del fin constitucional por el cual fue establecido”. Al respecto, la CC concluye que las medidas son sanciones frente al incumplimiento de una normativa de transporte terrestre, que tiene la finalidad de prevenir el cometimiento de ese tipo de infracciones; de este modo, las sanciones previstas son idóneas para alcanzar la garantía de una prestación eficiente del servicio. Posteriormente, la Corte analiza la medida a partir del parámetro de la necesidad, es decir, “la verificación de que no exista una medida alternativa menos restrictiva de derechos”. Respecto a este parámetro la CC considera que la imposición de sanciones administrativas es indispensable para evitar la incursión en las actuaciones prohibidas por las Ordenanzas mencionadas. Siendo las sanciones administrativas las menos lesivas, se cumple con el parámetro de necesidad.

6. *Parámetro de proporcionalidad y ratio decidendi.* Para finalizar con el test, la CC realiza un análisis de la proporcionalidad y determina que en lo concerniente a las multas, el valor de las mismas, dista considerablemente de lo establecido para el resto de infracciones administrativas de índole similar; la determinación de las mismas, no puede significar para los destinatarios de la norma el menoscabo de sus derechos, y peor aún afectar desproporcionadamente otros bienes jurídicos protegidos, puesto que una multa de veinte salarios básicos, provoca una lesión sustancial que incide en las condiciones de vida de las personas, vulnerándose así, otros derechos establecidos en la Constitución. En cuanto a la sanción que prescribe la inhabilitación de cinco años en los servicios de taxi, la Corte concluye que, a pesar de su carácter temporal, impide a los infractores la prestación de sus servicios por un tiempo considerable, violentándose el derecho al trabajo previsto en la Constitución. En definitiva, las sanciones vulneran derechos y principios constitucionales, principalmente el recogido en el Art. 76: 6, la proporcionalidad.

7. *Sentencia.* La Corte acepta la demanda de acción pública de inconstitucionalidad planteada por los presidentes de la compañía de transporte TRANSBYGU S.A., UNIVALLES, y otros, del caso Nro. 0047-14-IN. Declara inconstitucional por el fondo el artículo 1.473:2 de la Ordenanza Municipal N.º 247, así como del primer punto de la disposición transitoria segunda de la Ordenanza Municipal N.º 047. En término de 30 días el GAD de Quito, deberá adecuar las sanciones necesarias, en observancia al principio constitucional de proporcionalidad, previsto en el Art. 76:6 de la Constitución, y bajo las prevenciones de lo establecido en el Art. 86:4 del mismo cuerpo legal.

CONTRATO DE SEGURO Y CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 249-15-SEP-CC, en el caso No. 1373-11-EP, publicada en el R.O. 629 (s) del 17 de noviembre de 2015, la Corte Constitucional (CC) aceptó una Acción Extraordinaria de Protección (AEP), propuesta por el Dr. Renán Mosquera Aulestia, en calidad de procurador judicial y delegado del abogado Pedro Solines, superintendente de bancos y seguros, en contra de la sentencia expedida por los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Provincial de Justicia del Guayas, el 7 de febrero de 2011 a las 10h21, dentro de la acción de protección No. 978-2010, propuesta por Hispana de Seguros. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado el derecho constitucional al debido proceso, en la garantía al cumplimiento de normas y el derecho de las partes.

2. Antecedentes fácticos. La compañía de Hispana de Seguros S.A., emitió la Póliza Seguro de Vehículo No. 0037674 a favor del Sr. Leonardo Abad. El vehículo asegurado sufrió un siniestro el 7 de abril de 2009. Se notificó a la aseguradora del accidente, pero ésta se negó a pagar la póliza, porque el asegurado se encontraba en mora del pago de las primas. Ante ello, José Abad, asegurado, presentó su reclamo ante la Superintendencia de Bancos y Seguros, la cual acogió el reclamo y dispuso que Hispana Seguros realice el pago por el valor de 38890 USD conforme lo estipulado en la póliza. La aseguradora apeló y la Junta Bancaria confirmó la decisión, mediante Resolución No. JB-2010-1797. Hispana de Seguros S.A. presentó demanda de acción de protección ante el Juez Tercero de Trabajo del Guayas, la cual fue aceptada y dejó sin efecto la

resolución de la Junta Bancaria. La Junta Bancaria apeló y la Sala Segunda Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, confirmó la sentencia venida en grado. Este último fallo originó la presente AEP.

3. Argumentos de la Junta Bancaria. a) Que el asegurado probó la ocurrencia del siniestro por caso fortuito; b) Que la aseguradora negó el pago reclamado por incumplimiento del pago de cuotas, conforme lo estipulado en la póliza N.º 0037674; c) Que el asegurado se quedó sin cobertura por la falta de registro oportuno de varias transacciones, debido a que el asegurado había pagado oportunamente a un intermediario autorizado por la compañía Hispana de Seguros S. A., quien no había reportado los pagos hechos, sin que esa omisión le sea imputable a este, ni pueda alegarse mora por parte de la aseguradora.

4. Juez constitucional sin competencias contencioso administrativas. El accionante indicó que no era procedente la acción de protección contra actos que deben ser impugnados mediante acción contenciosa administrativa, conforme lo previsto en el artículo 173 de la Constitución de la República. Aclaró que en el proceso se ha juzgado a la Superintendencia de Bancos y Seguros por parte de jueces que carecen de competencia, incurriendo en vulneración del derecho consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución de la República, limitándose claramente el derecho a la defensa. Por ello solicitó que se deje sin efecto la sentencia de 7 de febrero de 2011 de la Sala Penal de la Corte Provincial del Guayas, así como la emitida por el Juez Tercero del Guayas el 30 de noviembre de 2010.

5. Seguridad jurídica. La CC señaló que la seguridad jurídica es “un derecho y una garantía que permite que el contenido, tanto del texto constitucional como de las normas que conforman el

ordenamiento jurídico ecuatoriano, sean observadas y aplicadas en todas sus actuaciones por operadores jurídicos y por autoridades públicas investidas de competencia para ello, generando de esta forma en las personas la certeza respecto al goce de sus derechos constitucionales”. Por ello en el presente caso, procedió a verificar si se cumplió o no con la garantía, resaltando que “La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución”, de ahí el análisis para verificar si se dio o no esta situación en el caso concreto.

6. Contrato de seguro es privado y reviste temas de legalidad.

La sentencia objeto de esta AEP en el literal b dice: “El contrato de seguro es un acuerdo de prestaciones mutuas dentro de los límites convenidos. Lo dice con claridad el artículo 1 del decreto supremo N.º 1147 que forma parte de la codificación de la Ley General de Seguros. Que quede claro entonces que si una de las partes no cumple con su prestación, la otra no tiene que hacerlo, es decir, si el asegurado se encuentra en mora de la prima, el asegurador no tiene por qué indemnizar”. Para la CC, es claro que en esta sentencia se utiliza sólo elementos meramente legales, nada constitucional, lo cual desnaturaliza la acción. Sin embargo en el numeral QUINTO se dice: “Si la Superintendencia de Bancos y Seguros ordenó el pago de una indemnización a un asegurado en mora del pago de la prima, ordenó un pago indebido que violenta el derecho a la propiedad”; a pesar de que se quiere dar un tinte constitucional, el operador, únicamente, enuncia la norma, pero no indica en qué medida se vulneró dicho derecho, más bien, el argumento tanto de los jueces *ad quem* como del *a quo* se basan en los efectos del convenio de póliza. Lo razonable en una sentencia de Acción de protección es argumentar con normas de la Constitución, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional que rigen la acción de protección, lo que, para la CC, no ocurrió en este caso que se trató de asuntos de mera legalidad. Por tanto, la CC indica que “no le compete al juez de garantías jurisdiccionales resolver conflictos generados por la aplicación de la Ley General de Seguros, así como del contrato de póliza de seguros, este último constituye un acto de carácter privado.”

7. Esencia de las controversias constitucionales. La CC cita a la jurista Karla Andrade quien indicó “(...) existe una determinación casuística que nos da luces y nos permite determinar cuándo una vulneración de derechos se enmarca en el ámbito de lo constitucional. Del análisis de algunos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, podemos concluir que las pretensiones relacionadas con la inconformidad respecto de montos a pagar; cuantificación de indemnizaciones por despido o destitución; aplicación o cumplimiento de disposiciones contractuales, antinomias entre normas de rango infraconstitucional o errónea interpretación de una ley o reglamento no constituyen controversias susceptibles de acción de protección puesto que, a pesar de estar relacionadas con algún derecho contenido en la Constitución, su afectación no acarrea la vulneración del mismo”; con ello, se verifica que corresponde a los juzgadores constitucionales, dilucidar de los fundamentos de hecho y de derecho si es procedente o no la acción planteada, tarea que como es evidente ha sido omitida en el presente caso. Por ello no se garantizó la seguridad jurídica, “en consecuencia, incurrieron en vulneración del artículo 173 de la Constitución de la República, toda vez que este indica la vía o canal jurisdiccional procedente, igualmente eficaz frente a los actos u omisiones de la autoridad pública que cause supuestos perjuicios de orden económico o pecuniario derivados del vínculo contractual.”

8. Decisión. Declaró la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, aceptó la AEP y como medidas de reparación dispuso dejar sin efecto las sentencias: No. 978-2010 expedida por los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 07 de febrero de 2011 a las 10h21 y la No. 0861-2010 dictada por el juez tercero de trabajo del Guayas, el 30 de noviembre de 2010 a las 10h10, dentro del proceso de la Acción de Protección.

ENMIENDA PARA DEROGAR ENMIENDA

1. Antecedentes. El 11 de febrero de 2016, ante la CC, las señoras Pamela Aguirre Zambonino y Stephania Baldeón Montesdeoca, en representación del colectivo “Rafael Contigo Siempre”, iniciaron el trámite para derogar la disposición transitoria segunda de las enmiendas constitucionales publicadas en el R.O. 653 21/12/2015. La disposición establece que las enmiendas a los Arts. 114 y 144, entrarán en vigencia a partir del 24 de mayo de 2017, lo cual impide que las autoridades que ya fueron reelectas participen para la misma dignidad en las elecciones del 2017. Las accionantes argumentan que esta disposición “no es consecuente con la plenitud del ejercicio democrático”, porque afecta el legítimo derecho de poder postularse como candidato a quienes ya han ejercido el cargo público, así como el derecho de los ciudadanos a expresar libremente su decisión de adherir el voto a un representante. Solicitaron a la CC que emita un dictamen respecto del procedimiento que corresponde seguir para la convocatoria a referéndum, ya que consideran necesario que se consulte directamente al pueblo ecuatoriano sobre la posibilidad de postulación “sin que el hecho de haber gobernado previamente, sea una causa de exclusión de una contienda electoral” para el proceso electoral del año 2017. El 8 de marzo de 2016, la CC, admite a trámite la causa, N.º 0001-16-RC –dentro del Dictamen No. 002-16-DRC-CC– publicado en el R.O. 747 2s del 4 de mayo de 2016 realiza un análisis de competencia y calificación, y termina por dictaminar que se tramite la propuesta, a través del mecanismo de la enmienda constitucional, en apego al artículo 441:1 de la Constitución.

2. Derechos a la participación política. La Constitución recoge los derechos a elegir y ser elegido, razonamiento presentado en la propuesta de las accionantes que representan al colectivo “Rafael Contigo Siempre”. En la especie, manifiestan “no hay mejor sistema de aprobación que el que se lo realiza directa y oportunamente por quienes son sujetos del derecho de opción y que al asumir su rol protagónico decide ejercer su poder de decisión a la elección por el candidato de su preferencia”. Las representantes expresan la necesidad de un ejercicio pleno de la democracia, que garantice el legítimo derecho de postulación como candidato, y de libre elección popular. Así, pretenden eliminar la modulación en el tiempo de la entrada en vigencia de los cambios constitucionales incorporados en el R.O. 653, y para ello, sugieren el procedimiento de la enmienda constitucional a la Corte, para que no exista discriminación en contra de las personas que desean candidatizarse inmediatamente dentro de los procesos electorarios.

3. Competencia y procedimiento. Al ser la CC el organismo competente para el control constitucional de enmiendas, determinó –en concordancia con el Art. 100 de la LOGJYCC– que el proceso correspondiente, cuando la iniciativa proviene de la ciudadanía, es la realización del control constitucional previo a la recolección de firmas, presentando el “proyecto normativo” de enmienda de la Constitución ante la Corte. Posteriormente el colectivo “Rafael Contigo Siempre” debe dar inicio a la recolección de firmas.

4. Naturaleza y efectos de la enmienda constitucional. De entre los 3 mecanismos previstos para reforma constitucional (enmienda, reforma parcial, asamblea constituyente) la enmienda es el menos riguroso, debido a que mantiene el espíritu constituyente, sin alterar el contenido esencial de la Constitución. Sobre esta base, la enmienda tiene como objetivo

primordial “garantizar la efectividad de la Constitución en aspectos puntuales de relevancia constitucional que no impliquen modificaciones sustancialmente complejas”.

5. Legitimación activa e iniciativa. La iniciativa corresponde a las representantes del colectivo “Rafael Contigo Siempre”, en la especie con relación a la derogatoria de la segunda disposición transitoria de la Constitución. En apego al Art. 441: 1 de la Constitución, cuando la enmienda es de iniciativa de la ciudadanía debe contar con el respaldo de al menos el 8% de las personas inscritas en el registro electoral, lo que refleja la materialización del derecho de participación directa.

6. Calificación de la propuesta y el procedimiento. “Lo accesorio sigue la suerte de lo principal” es el aforismo utilizado por la Corte para establecer la naturaleza secundaria de la disposición transitoria segunda cuya aplicación se encontraría supeditada a los artículos 114 y 144 de la Constitución. Por lo mismo, la Corte encuentra la enmienda constitucional como el mecanismo apto para llevar a cabo la propuesta, porque al ser una disposición transitoria y accesorio la que los demandantes buscan derogar, “no se altera la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, no se restringen derechos y garantías ni se modifica el procedimiento de reforma constitucional”. La CC expresa que la eliminación de la modulación en el tiempo de la entrada en vigencia de las enmiendas constitucionales publicadas en el R.O. 653, no genera ninguna regresión a los derechos y garantías constitucionales previstos en la Constitución, al contrario, se afianzan derechos de participación del electorado, y derechos políticos de los candidatos, previstos en los Arts. 95 y 96 de la Constitución, respectivamente.

7. Dictamen de la Corte Constitucional. La Corte dictamina que la propuesta de reforma a la segunda disposición transitoria, publicada en el R.O. 653 el 21 de diciembre de 2015, corresponde ser tramitada por medio de enmienda constitucional, en sujeción al Art. 441:1 de la Constitución. Las accionantes deben cumplir el requisito de legitimidad democrática establecido en la Constitución, esto es, el 8% de las personas inscritas en el registro electoral nacional. Una vez verificado este requisito, el Consejo Nacional Electoral procederá a la convocatoria a referéndum.

PLENA JURISDICCIÓN, NULIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 060-15-SEP-CC, en el caso No. 0214-12-EP, publicada en el R.O. 629(s) del 17 de noviembre de 2015, la Corte Constitucional (CC) aceptó una Acción Extraordinaria de Protección (AEP), propuesta por el Director Ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Ecuador, y, la señora Olga Fabiola Poveda Gómez, en contra de la sentencia expedida por los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2011 a las 10h30. Se aceptó la AEP de la Comisión de Tránsito, por haberse vulnerado el derecho constitucional al debido proceso, en la garantía al cumplimiento de normas y el derecho de las partes.

2. Origen de la demanda. La ingeniera Olga Fabiola Poveda, auditora general de la Comisión de Tránsito, solicitó vacaciones en la Institución, tuvo 54 días acumulados, por lo que salió del 5 de enero de 2014 y debía retornar 1 de marzo de 2014, lo cual no ocurrió. Envío una comunicación vía Fax de que se encontraba enferma, solicitando 60 días de licencia con remuneración, adjuntando un certificado médico de Florida, sin legalización alguna, por lo que le fue negado. El 15 de marzo, vía fax volvió a solicitar 60 días de licencia pero sin sueldo, igualmente, negado. El 2 de abril, presentó su renuncia voluntaria, la que no se aceptó. Al transcurrir 33 días sin que haya retornado a su trabajo, el directorio de la entidad, conforme lo que establecía el Art. 7 numeral 5 de la Ley Sustitutiva de Creación de la Comisión de Tránsito del Guayas, por considerar que el cargo de auditor es de libre remoción, procedió a la

destitución de la auditora. La señora Poveda demandó el acto, mediante acción de plena jurisdicción, que, el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, declaró sin lugar. La actora, presentó casación y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, resolvió aceptar el recurso, casar la sentencia y declararon la ilegalidad de la resolución del Directorio de la Comisión de Tránsito del Guayas.

3. Argumentos de la Comisión de Tránsito. El accionante indicó que los juzgadores “en la decisión judicial impugnada, aplicaron la nueva codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSCCA) del 12 de mayo de 2005, sin observar que la señora Olga Poveda Gómez fue destituida de su puesto de trabajo en el mes de abril del año 2004, esto es, con la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, publicada en el Registro Oficial N.º 184 del 06 de octubre de 2003, por lo que sostiene que la sentencia cuestionada vulnera el artículo 76 numeral 1 de la Norma Suprema”. Además indicó que era erróneo decir, que la auditora, debió haber tenido un sumario, cuando ocupaba un cargo de libre remoción. Por lo expuesto solicitó que se revoque la sentencia de 22 de diciembre de 2011 y se declare la validez de la sentencia de 21 de mayo de 2011, del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y que se proceda a su ejecutoriedad.

4. Argumentos de la servidora pública. La decisión contra la cual interpuso la AEP, vulneró la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y debido proceso, debido a que se declaró la ilegalidad del acto por la sentencia, cuando lo correcto debió ser la declaratoria de nulidad, además de restituirse al puesto, se debió ordenar el pago de los valores que dejó de percibir. Por ello solicitó que se module la sentencia, y se declare la nulidad del acto, por haberse vulnerado los principios indicados.

5. Problemas jurídicos que delineó la CC. La CC procedió a determinar si la sentencia expedida el 22 de diciembre de 2011, por los jueces de mayoría de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al aceptar el recurso de casación y declarar la ilegalidad de la resolución del Directorio de la Comisión de Tránsito del Guayas que removió del cargo a la auditora general. 1. ¿vulneró el derecho al debido proceso en la garantía del cumplimiento de las normas y el derecho de las partes, previsto en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución? 2. ¿vulneró el derecho a la seguridad jurídica, establecido en el artículo 82 de la Norma Suprema al no ordenar el pago de los valores que ha dejado de percibir la demandante?

6. Cumplimiento de normas y principio de legalidad. Para la CC todo proceso debe “tener como base el cumplimiento fiel y eficaz de las normas del debido proceso...”. Bajo este análisis los jueces deben observar la normativa constitucional u ordinaria aplicable al caso, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, garantizando que estos enunciados sean vigentes al momento de su aplicación. La plena objetividad en el tratamiento de los problemas y de la decisión vincula al juez al derecho vigente y en tal sentido, demuestra que toda sentencia responde a lo que el derecho ordena, y no a valoraciones personales que posean. Por lo que además guarda íntima relación con la seguridad jurídica. Por la interdependencia de los derechos que garantizan la aplicación de las normas. En el caso sub judice la Comisión de Tránsito del Ecuador, manifiesta que los legitimados pasivos inobservaron el artículo 7 numeral 5 de la Ley Sustitutiva de la Ley de Creación de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas en la cual, indica que son atribuciones del directorio de esta entidad, el designar y remover del cargo a determinado funcionario público de libre nombramiento y remoción que conste en esta norma, es así, que el Directorio de la Comisión de Tránsito

del Guayas se reunió para tomar la decisión en torno a que la auditora había abandonado su puesto de labores por más de treinta días, por lo que la Corte concluye que se violentó el derecho invocado por la Comisión, pues se trató de una funcionaria de libre remoción que no puede reclamar para sí los derechos que si le asisten a los empleados de carrera.

7. Recurso contencioso administrativo. La CC indica que el recurso contencioso administrativo es de dos clases: i) De plena jurisdicción o subjetivo y ii) De anulación u objetivo; cada uno de estos recursos generan efectos distintos entre sí. Por ello, si la pretensión se dirige a obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, mediante recurso subjetivo o de plena jurisdicción, a más de señalar con precisión la causa o las causas en que supuestamente ha incurrido el funcionario público, al emitir el acto administrativo, debe la demanda referirse concreta y expresamente que la pretensión es que el juzgador declare tal nulidad, ya que el juez contencioso administrativo no tiene facultad para declarar de oficio dicha nulidad.

8. Seguridad jurídica y caso *sub judice*. Para la CC este derecho conlleva a la confiabilidad del poder jurídico y la garantía de que los poderes del Estado se someten a la Constitución y la ley. En el caso, la legitimada en su juicio de plena jurisdicción, demandó la ilegalidad y la nulidad de la resolución, lo que resulta contradictorio e improcedente por los distintos efectos que producen. Sin embargo, en escritos posteriores señaló que el objetivo de su demanda era la ilegalidad, más no la nulidad, ni invocó el art. 59 de la LJCA y la causa por la cual se produciría la nulidad. Por consiguiente se concluye que la Corte Nacional de Justicia, en su sentencia no ha vulnerado el derecho invocado por la Sra. Poveda.

COACTIVAS Y VULNERACIÓN DE DERECHOS

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 131-16-SEP-CC, dentro del caso No. 1035-15-EP, y publicada en el R.O. 850 (S) el 28 de septiembre del 2016, la Corte Constitucional (CC) aceptó una acción extraordinaria de protección presentada por el señor Carlos Alberto Pérez de Anda y otros, en contra de dos sentencias dictadas por el juez de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito-La Delicia y la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, respectivamente. Previamente, a los accionantes se les había rechazado una acción de protección y un recurso de apelación en un caso que involucró a personeros de la Corporación Financiera Nacional (CFN) en el embargo de una vivienda donde los accionantes habitaban por 20 años. En febrero del 2015 tanto el secretario del Juzgado de Coactivas de la CFN así como varios miembros de la Policía Nacional, se habían presentado en el domicilio de los accionantes con el fin de tomar fotografías de la vivienda sin que de por medio existiese notificación alguna. Al final, la CC resolvió declarar la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, así como dejar sin efecto las sentencias y retrotraer los efectos del proceso hasta el momento anterior a la emisión de la sentencia dictada por la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito La Delicia y disponer que, previo sorteo, una nueva judicatura conociese y resolviese la acción de protección presentada, en observancia de lo señalado en esta sentencia y las garantías del debido proceso. Entre otros argumentos, los accionantes señalaron que el acto administrativo en el cual se fundó el embargo era ilegal, por cuanto se les había vinculado a un proceso que no les concernía.

2. Debido proceso y derecho a recibir resoluciones motivadas.

Los accionantes señalaron que acudieron en dos instancias a los jueces de garantías constitucionales, buscando ser tutelados, protegidos y reparados en diversos derechos fundamentales, tales como el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, a recibir de las autoridades resoluciones debidamente motivadas, a la propiedad privada entre otros; por cuanto los funcionarios administrativos de la Corporación Financiera Nacional (CFN), a partir del acto administrativo que expidió el juez de coactivas, vulneraron sus derechos constitucionales.

3. Vulneración al debido proceso en la garantía de la motivación.

La CC consideró que la motivación emitida en la resolución de la acción de protección no fue formulada a partir del análisis de los derechos alegados en la demanda por parte del accionante y de aquellos que sean necesarios, a efectos de resolver el caso concreto. También estimó que los jueces constitucionales no podían negar una acción de protección bajo el único argumento de que se trataba de un tema de legalidad, ya que previamente deben determinar si el acto u omisión demandado vulneró o no algún derecho constitucional, y partir de ello determinar la procedencia o improcedencia de la acción. Los jueces nunca verificaron la vulneración de derechos y no argumentaron razonadamente sobre si en el caso concreto el tema concernía a la justicia constitucional o si se encasillaba dentro de un tema de legalidad.

4. Requisito de la lógica y de la comprensibilidad.

Posteriormente, la CC observó que en una de las sentencias la Sala se limitó a transcribir todo lo señalado en la demanda en la que se determinó la vulneración de derechos constitucionales, sin observar que los accionantes pertenecen a un grupo de atención prioritaria ni hacer una valoración detallada. En el considerando quinto, la Sala enumeró los recaudos procesales del

caso concreto pero no emitió ningún análisis sobre éstos. En uno de los considerandos, la Sala incluso emitió criterios que desnaturalizaron la acción de protección, limitándose a establecer sus requisitos de “procedencia” pero omitiendo una verificación sobre la vulneración de derechos constitucionales, tal como correspondía hacerlo en virtud de constituirse en jueces constitucionales. La decisión no estuvo sustentada en las premisas que correspondían –dada la naturaleza de la garantía jurisdiccional– puesto únicamente señaló que la acción era improcedente puesto que al proceder de la sustanciación de un juicio coactivo podía ser impugnada a través de la vía ordinaria más no a través de la constitucional. Finalmente, la CC estimó que los jueces integrantes de la Sala no actuaron como jueces constitucionales ya que emitieron criterios que contradijeron la acción de protección, además de que no sustentaron sus consideraciones y que, por consiguiente, incumplieron el requisito de lógica y el de la comprensibilidad ya que, a pesar de que la sentencia se encontraba redactada en lenguaje claro, contenía argumentaciones incompletas que no correspondían en virtud de la naturaleza de la acción de protección.

5. Acción de protección en procesos coactivos. La Corte consideró, además, que las dos decisiones judiciales analizadas atentaron contra los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica puesto que negaron el acceso de los accionantes a una garantía jurisdiccional amplia como la acción de protección, bajo el criterio de que respecto a las decisiones dictadas en procesos coactivos no cabía una acción de protección, en tanto tenían la tutela en la vía ordinaria. Esta limitación de la garantía, sin embargo, no era admisible debido a que de acuerdo con la Constitución y a la jurisprudencia constitucional, las decisiones dictadas en estos procesos se constituyen en actos administrativos que pueden ser impugnados a través de una acción de protección. En este caso, además, la situación se agravó al ser los accionantes adultos mayores que per-

tenecían a los grupos de atención prioritaria previstos en el artículo 36 de la Constitución de la República.

NATURALEZA DEL RECURSO DE REVISIÓN PENAL

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 288-15-SEP-CC, en el caso No. 0013-12-EP, publicada en el R.O. 850 (s) del 28 de septiembre de 2016, la Corte Constitucional (CC) aceptó una Acción Extraordinaria de Protección (AEP), propuesta por el Fiscal General del Estado y por el Procurador General del Estado, en contra de la sentencia de 7 de noviembre de 2011 a las 16h50 y el auto que niega el pedido de aclaración de 28 de noviembre de 2011, expedidos por los conjuces ocasionales de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso (recurso de revisión) No. 131-2005-WO, planteado por Jorge Reyes Torres. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado el derecho constitucional al debido proceso, en la garantía de la motivación, y el derecho a la seguridad jurídica.

2. Antecedentes fácticos. El proceso penal que originó esta acción constitucional fue seguido en contra del señor Jorge Hugo Reyes Torres y otros, por el delito tipificado en el art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. El Presidente de la ex Corte Superior de Justicia de Quito, dictó sentencia condenatoria al referido ciudadano. Dicha sentencia fue apelada por uno de los sentenciados; la apelación fue aceptada y se dispuso modificar la pena impuesta en lo que a éste correspondía y, por lo demás, la confirmó. Posteriormente, Jorge Reyes presentó el recurso de revisión, que fue resuelto por los jueces ocasionales de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, quienes aceptaron el mismo por cuanto consideraron existió mérito y fundamento suficiente en la causal 6 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal (año 2000).

3. Fundamentos de los accionantes. La Fiscalía y la Procuraduría consideraron que en el proceso penal se probó la existencia del delito por el cual se sancionó a Reyes Torres, y, que, con el recurso de revisión aceptado, de manera errónea, se dejaría en impunidad dicha conducta. Más aún cuando el recurso de revisión tiene por fin eliminar el error judicial y no ser una instancia más. Por ello, concluyeron que se ha vulnerado la garantía de motivación de las resoluciones y la seguridad jurídica. Además, la Procuraduría, cuestionó la aplicación del CPP del año 2000 en la tramitación del recurso de revisión.

4. Debido proceso en el recurso de Revisión de Reyes. Para la CC el debido proceso comprende "... una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a las reglas mínimas sustantivas y procedimentales el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial y administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas (...)" Del caso concreto se desprende que Jorge Reyes y otros fueron sometidos a juicio por la presunta comisión del delito de tráfico de drogas, causa que se tramitó bajo lo prescrito en el CPP de 1983, en el cual se impuso sentencia condenatoria en julio de 1999, la cual no fue recurrida por Reyes, por lo que quedó ejecutoriada. Posteriormente, Jorge Reyes, interpuso el recurso de revisión, amparado en el CPP de 2000, el 20 de diciembre de 2001, fundado en las causales 3, 4 y 6 del art. 360. Para la CC, el recurso fue sustanciado de conformidad con la normativa pertinente y se garantizó la participación del titular de la acción (Fiscalía), así como de la Procuraduría en el mismo (aún sin ser parte procesal), por lo cual se garantizó el debido proceso.

5. La decisión judicial impugnada vs. debido proceso y garantía de motivación. Para la CC la motivación "... implica la necesidad de que los poderes públicos fundamenten adecuadamente sus

resoluciones y decisiones (...)” Además, señaló que se debe determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto, por lo que no pueden quedar sólo enunciadas las normas, siendo así no únicamente un requisito formal, sino uno obligatorio de toda autoridad pública. Entonces, la CC procedió a someter a la resolución al test de motivación.

6. Naturaleza del recurso de revisión. El recurso de revisión, según indica la CC, constituye un “... *recurso especial y extraordinario que tiene por finalidad la revisión de la sentencia considerada injusta, cuando se descubre con perfecta evidencia que la sentencia impugnada ha sido dictada por un error de hecho, (...)*”. Por lo indicado, este recurso no es una instancia adicional, en la cual se pueda realizar la valoración de pruebas, por lo que se desconocería la valoración de primera y segunda instancia, y, con ello, la independencia interna de los jueces y tribunales, así como de su competencia para realizar la valoración indicada, que es de los jueces de garantías penales.

7. Decisión judicial y razonabilidad. La CC indica que la “... *fundamentación de la decisión debe estructurarse a través de las fuentes del Derecho aplicables al caso concreto*”. En el presente caso los conjuces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, indicaron, que de conformidad con el art. 359 del CPP (2000), se ha presentado el recurso de revisión, y que el análisis lo realizaron sobre la base de la causal 6 del art. 360 ibídem, además señalaron que la Sala estudiará “las pruebas que sirvieron de base para determinar la comprobación conforme a derecho de la existencia del delito” que, en efecto lo hicieron, analizaron todas las pruebas. A partir de la nueva valoración de las pruebas concluyeron, en contraposición con las sentencias de primera y segunda, instancia, que “...no se encuentra comprobada conforme a derecho la existencia el delito, y por

tanto resolvieron declarar el estado de inocencia del Ing. Jorge Hugo Reyes Torres.” Por la naturaleza ya indicada de la revisión, la CC concluyó que los jueces revisionistas “únicamente podían valorar si efectivamente y, de conformidad con la causal invocada no se hubiere comprobado conforme a derecho en la sentencia dictada en segunda instancia, la existencia del delito a que se refiere la sentencia, mas no valorar nuevamente las pruebas en sí, como en el presente caso sucedió.” Por lo que no existe razonabilidad en la sentencia

8. Lógica y comprensibilidad de la decisión impugnada. La lógica es la coherencia en la estructura en sus elementos fácticos y jurídicos, a fin de que el juzgador emita conclusiones razonables. El fundamento principal de la sentencia en el presente caso es el numeral quinto que alberga la nueva valoración de prueba, por ello todas las premisas realizadas por los conjuces parten de la desnaturalización del proceso, lo que no son coherentes ni lógicas. La comprensibilidad es la claridad en el lenguaje, desarrollado en el art. 4 numeral 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, bajo el nombre de “comprensión efectiva”, entonces, al apartarse los conjuces del objeto que persigue el recurso de revisión, confunde al auditorio, por lo que no hay comprensibilidad.

9. Seguridad jurídica. Para la CC, este derecho “*comporta el cumplimiento de las normas constitucionales y legales pertinentes en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, con el objetivo de salvaguardar la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos*”. Por lo tanto conforme lo expresado en los numerales anteriores, en el presente caso, la CC concluyó que “*los Conjuces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, al haber asumido mediante un recurso de revisión atribuciones que no revisten a este recurso, ocasionaron una vulneración al derecho constitucional a la seguridad*

jurídica, previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, en vista de que actuaron como jueces de apelación, inobservando que en el proceso penal ya se garantizó el derecho constitucional a recurrir del fallo.”

COMPETENCIAS MUNICIPALES SOBRE ESPACIO AÉREO

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 027-16-SIN-CC, dentro del caso No. 0079-15-IN, publicada en el R.O. No. 850 (S) el 28 de septiembre del 2016, la Corte Constitucional del Ecuador (CC), aceptó una demanda de inconstitucionalidad planteada por el señor Andrés Donoso Echanique, en su calidad de procurador judicial de la compañía OTECEL S.A., en contra de la ordenanza sustitutiva que reguló la implantación de postes, cables, tendidos de redes y estructuras de estaciones radioeléctricas, centrales fijas y de base de los servicios móvil terrestre de radio, comunicaciones, a celulares, televisión, radio emisoras, radio ayuda fija y otras de tipo comercial, fijación de las tasas correspondientes a la utilización u ocupación del espacio aéreo, suelo y subsuelo en el cantón Las Naves, publicada en el Registro Oficial No. 433 del 6 de febrero de 2015. La inconstitucionalidad se planteó contra los artículos 2, 3 y 13 de la mencionada ordenanza. La Corte, además, dispuso que como medida cautelar se suspendiesen provisionalmente las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2, 3 y 13 de la ordenanza antes citada, así como cualquier otra norma con un objeto similar.

2. Contenido de las normas inconstitucionales. Las normas demandadas definían, en primer lugar, el objeto y ámbito de la ordenanza y el significado de los términos de la misma. Posteriormente establecían las Condiciones Generales de Implantación de Estructuras Fijas de Soportes de Antenas comerciales y la valoración de las tasas para las personas naturales, jurídicas, sociedades nacionales y extranjeras todas de carácter privado. Las tasas se comprendían por la implantación e instalación de postes, tendidos de redes y estructuras; además

de la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal en el Cantón Las Naves. Sus montos fluctuaban entre el 20% de la RBU diario, los diez centavos de dólar por radios de autoayuda y 1.50 dólares para radio emisoras comerciales por concepto de uso de espacio aéreo, entre otras.

3. Inconstitucionalidad por la forma. En primer lugar, la CC se preguntó por la competencia del GAD para dictar la ordenanza inmersa en el caso. ¿Cumplió con el procedimiento constitucional y legal para la creación de ordenanzas? La CC estimó que, en principio, el GAD Municipal del cantón Las Naves cumplió con el procedimiento para la expedición de ordenanzas; es decir, sí respetó el trámite previsto por la Constitución y la ley para la formulación de un acto legislativo propio de su naturaleza. En consecuencia, y ya que la materia del análisis formal versa sobre el cumplimiento de las formalidades exigidas para la creación de una tasa municipal a través de ordenanza, como ordena la ley, la CC concluyó que en la especie no existió inconstitucionalidad por la forma.

4. Inconstitucionalidad por el fondo. A continuación, la CC analizó la constitucionalidad por el fondo de la ordenanza, al evaluar si las disposiciones contenidas en la misma contraviniere lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 261 de la Constitución respecto a la regulación del espectro radioeléctrico y espacio aéreo. La Corte estimó que, si bien los GAD poseen la facultad de dictar normas regionales en busca del desarrollo de su circunscripción territorial, estas deben enmarcarse dentro de lo permitido por la Constitución de la República, sujetándose al principio establecido en el artículo 226 *ibídem*, el cual manifiesta que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas

en la Constitución y la ley, razón por la cual no pueden extralimitar sus atribuciones en el desarrollo de sus funciones. En el caso concreto, las actuaciones municipales se encontraban reguladas por el COOTAD, que les atribuía la facultad de ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón y de establecer, por ende, el pago de tasas y contribuciones en relación a su ocupación.

5. Alcance del cobro de tasas municipales. A continuación, la CC consideró que, si bien existen tasas dirigidas al uso del espacio exclusivo controlado por los municipios, éstas se refieren, en lo que respecta al espacio aéreo municipal, solo para colocación de estructuras, postes y tendido de redes y no para su funcionamiento y que, en la ordenanza impugnada, se establecían tasas que gravaban, además de la utilización del suelo, el subsuelo y el espacio aéreo para su construcción e instalación, a su funcionamiento, puesto que se está regulando utilización de frecuencias, lo cual era competencia de ARCOTEL, que regula el ámbito de las telecomunicaciones a través de concesiones y permisos. En consecuencia, la Corte reiteró el criterio de que la competencia para la regulación por utilización del espacio aéreo corresponde al Estado central, por lo que llegó a la conclusión de que en el proceso sub judice, la ordenanza municipal que se analiza en el artículo 13, contravino el artículo 261 numeral 10 de la Constitución de la República, por hacerse referencia expresa al “uso del espacio aéreo”.

6. Competencia para regulación del subsuelo. En otro aspecto, la CC también estimó que la competencia para la regulación por utilización del subsuelo le correspondía también, de forma exclusiva, al Estado central, por tratarse de un tema de comunicación y telecomunicación. En ese sentido, la ordenanza judicial, al regular aspectos referentes al mismo, contravenía el artículo 261 numeral 10 de la Constitución de la República. En este

punto, la CC declaró la inconstitucionalidad reducida de la frase “subsuelo y espacio aéreo” del artículo 18 numeral 5, así como de la frase “subsuelo” en los artículos 1 y 3 de la ordenanza emitida por el GAD Municipal de Las Naves.

TRABAJADORES Y SERVIDORES EN FEDERACIONES DEPORTIVAS

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 005-16-SCN-CC, dentro del Caso No. 0182-13-CN, publicada en el R.O. No. 850 (S) el 28 de septiembre del 2016, la Corte Constitucional del Ecuador (CC) negó la consulta de norma planteada por el doctor Diego Aguirre Guillén quien, en su calidad de secretario relator del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca, remitió a la Corte Constitucional el juicio contencioso administrativo No. 0692011 propuesto por Jofree Chango Siguenza en contra de la Federación Deportiva del Azuay, luego de que mediante un auto la Judicatura indicada resolvió elevar una consulta de norma a fin de que se determine la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 255 del 11 de agosto de 2010, por considerar que se encontraba en contradicción con el artículo 326 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador.

2. Origen de la consulta. El caso se originó con la presentación de un recurso de plena jurisdicción o subjetivo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca por parte del señor Chango, en contra de un acto emitido por la Federación Deportiva del Azuay, por medio del cual se le había terminado su relación laboral con el ente federativo. El demandante había sido, hasta ese momento, jefe de entrenadores en la disciplina de tae kwon do, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a viernes y los sábados de ocho a once; y, en determinadas circunstancias, en días festivos o de descanso obligatorio; celebrando seis contratos de servicios profesiona-

les, el último en octubre de 2008 y luego uno de trabajo a plazo por un año, que concluía en marzo del 2010; sin embargo, siguió trabajando hasta la fecha de la cesación de funciones, terminada de forma unilateral por parte de la entidad. El demandante consideró que la Federación Deportiva del Azuay atentó con lo ordenado en la Constitución de la República del Ecuador, principalmente con lo dispuesto en el artículo 229 segundo inciso y la Ley Orgánica del Servicio Público, por cuanto la cesación definitiva de funciones de un servidor público, se dará sólo en los casos expresamente señalados en su artículo 47, y en el caso de destitución, luego del correspondiente sumario administrativo. Y solicitó que se declare la ilegalidad y, por lo tanto, la nulidad del acto administrativo, el reintegro de sus funciones, pago de remuneraciones y valores de los perjuicios ocasionados.

3. Derecho al trabajo. La CC analizó el artículo 326 numeral 16 de la Constitución sobre el derecho al trabajo, a la luz de consulta del Tribunal Distrital que estimó que el artículo 15 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, era contrario al principio establecido en el artículo 326 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador. El argumento principal del Tribunal Distrital para presentar la consulta de norma se fundamentó en que la competencia era prioritaria para emitir una resolución, porque siendo solemnidad sustancial, incurriría en la determinación de validez o no de la sentencia. El artículo 15 de la Ley del Deporte establecía lo siguiente: “Las organizaciones que contemple esta Ley son entidades de derecho privado sin fines de lucro con finalidad social y pública, tienen como propósito, la plena consecución de los objetivos que ésta contempla en los ámbitos de la planificación, regulación, ejecución y control de las actividades correspondientes, de acuerdo con las políticas, planes y directrices que establezca el Ministerio Sectorial. Las organizaciones deportivas no podrán realizar proselitismo ni perseguir fines políticos o religiosos. La

afiliación o retiro de sus miembros, será libre y voluntaria cumpliendo con las normas que para el efecto determine el Reglamento de esta Ley.” En este sentido, la CC observó que el mismo determinaba por un lado la calidad de las organizaciones deportivas y por otro establecía que eran entidades de derecho privado, sujetas a las políticas, planes y directrices que establezca el ministerio del ramo.

4. Objetivo de una consulta de norma. Según la CC, una consulta de norma tiene dos objetivos principales: uno objetivo, es decir, garantizar la supremacía constitucional mediante la interpretación conforme o la invalidez de las normas que componen el ordenamiento jurídico; y, uno subjetivo, que se refiere a la que tutela de las partes en un proceso judicial para evitar una posible aplicación de normas inconstitucionales.

5. Naturaleza de la consulta de norma. En este sentido, la CC consideró que la pretensión de que el máximo órgano constitucional interprete la norma contenida en el artículo 15 de la Ley del Deporte respecto al caso concreto, era propia de jueces ordinarios y no guardaba relación con la naturaleza de la consulta de norma. Al respecto, mencionó que la consulta no se enmarcó dentro de la naturaleza de la consulta de norma, sino que buscó una respuesta a si personas que trabajan en las instituciones reguladas por la Ley del Deporte eran o no servidores públicos. La Corte recordó, además, que en la sustanciación de los procesos laborales los jueces tienen que aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en atención a los principios que delimitan la materia laboral, tomando en consideración las diferentes modalidades de trabajo reconocidas en la normativa, así como también los hechos que originan cada caso concreto. Y que, bajo esa consideración, se debe tener en cuenta que las relaciones laborales generadas a partir de cada modalidad de trabajo son diferentes y requieren de consideraciones que atien-

dan a la naturaleza de cada una de ellas, sin establecer generalizaciones que puedan restringir el ejercicio del derecho al trabajo. Bajo este razonamiento, la CC determinó que el artículo en mención no era contrario a la Constitución y negó la consulta de norma planteada.

DERECHO AL TRABAJO Y SUPRESIÓN DE PARTIDAS

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 123-16-SEP-CC, en el caso No. 0940-12-EP, publicada en el R.O. 850 (3s) del 28 de septiembre de 2016, la Corte Constitucional (CC) aceptó una Acción Extraordinaria de Protección (AEP), propuesta por el Ministro de Relaciones Laborales –hoy Ministerio de Trabajo–, en contra de la sentencia de 27 de junio de 2011 a las 15h11, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 798-2010. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, en la garantía de la motivación y el derecho a la seguridad jurídica.

2. Argumentos del accionante. El accionante indicó que la Sra. Luisa Rodríguez, presentó una acción de protección en contra del Ministerio de Relaciones Laborales por haber sido separada de la Institución vulnerando su derecho al trabajo y a la garantía de la estabilidad laboral, sin habersele seguido un sumario, ni habersele notificado o citado oportunamente. Mediante sentencia de 28 de octubre de 2010, el Juez quinto de Trabajo del Guayas aceptó la acción de protección y ordenó el reintegro de la trabajadora. El hoy accionante apeló de dicha sentencia, en donde la Sala Segunda de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en sentencia de 27 de junio de 2011, confirmó el fallo, que es materia de esta AEP. Sostuvo que se *“pretende por la vía constitucional de una Acción de Protección resolver un hecho generado a través de un acto administrativo de mera legalidad como lo es el de supresión de puestos”*

3. Elementos de la tutela judicial efectiva. Para la CC la tutela judicial efectiva tiene 3 momentos, que son: “... el primero, relacionado con el acceso a la justicia; el segundo, con el desarrollo del proceso que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial [debida diligencia], y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia”.

4. Acceso a la justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el acceso justicia “... consiste en que los órganos que administran justicia dentro de los Estados parte, no pongan trabas a las personas que acuden a los jueces o tribunales en búsqueda de que sus derechos sean determinados o protegidos.” De igual forma, manifiesta que cualquier “... norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención”, de tal manera en el caso concreto la CC indicó que el Ministerio de Relaciones Laborales pudo acceder al órgano de justicia constitucional tanto en primera instancia como en la apelación, por lo que no se ha vulnerado esta vertiente de la tutela.

5. Debida diligencia judicial. Este parámetro de la tutela para la CC comprende las “... condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. Por lo tanto, para la CC no basta solo con acceder a la justicia, sino que se deben observar los medios procesales establecidos por la normativa, y ese deber es de quienes administran justicia. En el caso concreto los jueces se alejaron del objeto de la Acción de Protección y construyeron sus argumentos sobre el análisis de indebida aplicación e inobservancia de normas infraconstitucionales, por lo que la CC concluyó que se realizó un análisis legal y no constitucional, y, por lo tanto, los jueces que resolvieron la apelación,

no actuaron de manera diligente. De esta manera la CC determinó que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en dos de sus momentos.

6. Yuxtaposición de justicia. La CC respecto a la yuxtaposición de la justicia constitucional y la ordinaria ha manifestado: “... *Las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas cuando se desechan acciones de raigambre constitucional argumentando que son cuestiones de legalidad, así como a asuntos de legalidad se le yuxtapone la justicia constitucional a la justicia ordinaria*”.

7. Decisión contradictoria e ilógica. En lo que a este derecho respecta la CC realiza el conocido test de motivación. En el presente caso, al existir normativa acorde a la naturaleza del proceso en la sentencia, con normas constitucionales e infraconstitucionales en materia laboral, se cumple con la razonabilidad; en lo que implica la lógica, la CC indicó que la Sala de la Corte Provincial del Guayas tuvo contradicciones en su decisión, al indicar que no se le dio derecho a la defensa a la Sra. Rodríguez ya que no se le hizo conocer de la supresión de partida, y al sostener que un informe previo del Ministerio carecía de motivación. Esto es ilógico ya que la supresión tendría su origen y fundamento en el mencionado informe. Además, resaltó la CC que la Sala “*ha confundido el proceso de supresión de partidas, con el proceso de sumario administrativo, siendo estas dos instituciones distintas, con efectos jurídicos diferentes. Sin embargo, la sala los equipara y considera que al no haberse efectuado un sumario administrativo, conforme lo determinan normas infraconstitucionales, se han vulnerado derechos de naturaleza constitucional.*” Con lo señalado, aplicando e interpretando de manera errónea la normativa infraconstitucional, la sentencia carece de lógica, y, finalmente, no posee comprensibilidad, ya que confunde al auditorio universal por la errónea exposición de conceptos de instituciones administrativas distintas.

8. Derecho al trabajo no es absoluto. La CC citó doctrina administrativa e indicó que “... la supresión de puestos dentro de la administración pública constituye una facultad de auto organización de la administración pública, que ya sea por razones técnicas, funcionales y/o económicas le permite adaptar la estructura de sus organismos y dependencias para asegurar la adecuada prestación de sus servicios y cumplir con los fines encomendados por las disposiciones constitucionales y legales.”, por lo tanto “... la supresión de puestos dentro de la administración pública como tal, no atenta contra derechos constitucionales puesto que el derecho al trabajo no es absoluto y la propia Constitución y la ley prevén de manera expresa, la forma y el procedimiento para desvincular laboralmente del Estado a los servidores públicos”- sentencia N.º 01615SEPCC, caso N.º 088511EP.- Por ello, en el presente caso y entendiendo que la seguridad jurídica comprende la aplicación de normas previas, conocidas y válidas, se ha vulnerado el referido derecho, al desnaturalizar la garantía jurisdiccional y resolver temas de mera legalidad.

