



**Universidad Internacional SEK**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Trabajo de Titulación de Pregrado para la Obtención del Título  
de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador**

**Título:**

Excepcionalidad, Control de Constitucionalidad y Poder  
Constituyente: una demostración teórico-jurisprudencial del ejercicio  
de soberanía por la Corte Constitucional ecuatoriana.

**Realizado por:**

Ugo Stefano Stornaiolo Silva

C.I.: 1722362716

**Directora del proyecto:**

Daniela Estefanía Erazo Galarza

**Quito, Marzo de 2022**

## Declaración Juramentada

Yo, Ugo Stefano Stornaiolo Silva, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía n. 1722632716, declaro, bajo juramento, que el trabajo de titulación de pregrado para la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador aquí desarrollado es de mi completa autoría, que este no ha sido presentado previamente para ningún otro grado o calificación profesional, sino únicamente para la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador, otorgado por la Universidad Internacional SEK - Ecuador, y se basa en las referencias bibliográficas, normativas y jurisprudenciales descritas y debidamente citadas en este documento.

A través de esta declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual sobre esta versión específica de mi trabajo de titulación a la Universidad Internacional SEK - Ecuador, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, reglamento y normativa institucional vigente.



---

Ugo Stefano Stornaiolo Silva

C.I.: 1722632716

## Declaración del Director de Tesis

Yo, Daniela Estefanía Erazo Galarza, declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.



Firmado electrónicamente por:  
**DANIELA  
ESTEFANIA ERAZO  
GALARZA**

---

Daniela Estefanía Erazo Galarza

## **El Profesor Informante**

Holguer Paúl Córdova Vinueza

Después de revisar el trabajo presentado, lo ha calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.



Firmado electrónicamente por:

**HOLGER PAUL  
CORDOVA  
VINUEZA**

---

Holguer Paúl Córdova Vinueza

Quito, 15 de marzo de 2022

## Declaración de Autoría del Estudiante

Yo, Ugo Stefano Stornaiolo Silva, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía n. 1722632716, declaro, bajo juramento, que este trabajo de titulación de pregrado para la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador aquí desarrollado es original, es de completa autoría, que en este se han citado adecuadamente las fuentes correspondientes, y que en su ejecución fueron respetadas las disposiciones legales y morales que protegen los derechos de autor vigentes.



Ugo Stefano Stornaiolo Silva

C.I.: 1722632716

## **Dedicatorias y Agradecimientos**

### **Agradecimientos**

Quisiera agradecer, en primer lugar, a mi mamá y mi papá, Jazmina y Ugo Stornaiolo, por todo el amor y el apoyo que me han dado durante toda mi vida, y que ahora se ha podido concretar, entre tantos otros proyectos, en la redacción de esta tesis, que recoge mucho de lo que me han enseñado entre conversaciones y diálogos en nuestra familia durante mis años de colegio y de universidad.

Quisiera igualmente agradecer a la Universidad Internacional SEK – Ecuador por haberme acogido para que continúe mis estudios de derecho tras un cambio de instituciones repentino pero necesario a mitad de mi carrera, ya que sin su apoyo no podría haber llegado a este punto culminante en mis estudios.

Agradezco también a mis profesores en la Universidad Internacional SEK – Ecuador, comenzando por mi guía y directora de tesis, Dra. Daniela Erazo, mi decana, Dra. María Paz Jervis, mi coordinadora de carrera, Dra. Valeria Noboa, a mis profesores en la Universidad de los Hemisferios y ahora mentores a la distancia, Dr. Jesús María Navalpotro y Dr. Juan Carlos Riofrío, y a mi amigo y también mentor a la distancia, Dr. Gustavo Pareja, con quien discutí profundamente muchos de los temas que fueron desarrollados en este trabajo de investigación.

Por último, quiero agradecer a las instituciones que han contribuido en mi desarrollo intelectual, especialmente a Libre Razón Think Tank, España - Navarra Confidencial, The Libertarian Catholic y al Center For American Studies, así como a las personas que las dirigen, quienes publicaron y promovieron en estos años muchos de mis textos, ensayos, artículos y ponencias, en los que se fueron formando las ideas ahora desarrolladas en esta tesis.

## **Dedicatorias**

Dedico personalmente mi tesis a mi mamá y mi papá, Jazmina y Ugo Stornaiolo, que me han enseñado con su sabiduría y su ejemplo el valor del amor, de la familia, del trabajo, de la libertad, de la dignidad, de la belleza, la verdad y la bondad, por quienes soy lo que soy, y a quienes tanto debo y tan poco puedo devolver, más que con la virtud de ser una buena persona, un buen hombre y un buen profesional, ya sea en las leyes, en las letras, en la academia, en el gobierno, pero, sobre todo, en la vida.

Dedico mi tesis a la memoria de mi difunta abuela Judith, quien lamentablemente falleció en la fase final de su redacción, y junto a quien, al final de su vida, acompañándola al lado de su cama de hospital, surgió la idea del artículo que inspiraría la investigación en este trabajo.

Dedico mi tesis a mis profesores y mis mentores, de quienes y con quienes aprendí muchísima de la teoría y de la doctrina jurídica que se encuentra plasmada en este texto.

Finalmente, dedico esta tesis a todos mis buenos amigos en este y en el otro lado del Océano, en este y en el Viejo Continente, por haberme dado su amistad y su apoyo, por haber trabajado y reído conmigo, por siempre creer en mí, y por ayudarme a desarrollarme y a desarrollar mi potencial junto a ellos.

## **Resumen y Abstract**

### **Resumen**

La Corte Constitucional ecuatoriana, por la cantidad de poderes que ha ostentado y ejercido a lo largo de su existencia, es una de las instituciones más importantes del diseño constitucional ecuatoriano, y el origen de estos extensos poderes, así como la aparente falta de controles, pesos y balances a ellos, provienen de la norma suprema redactada y aprobada por la Asamblea Constituyente de Montecristi, del año 2008, vigente hasta el día presente.

Algunas de las potestades más importantes de la Corte son el control de constitucionalidad de los estados de excepción decretados por el ejecutivo, el control de constitucionalidad normativo, y el poder de interpretación de la propia Constitución, poderes que, con justa razón, podrían sugerir que la Corte Constitucional es un ente soberano dentro de nuestro país, y que es quien ostenta la auténtica soberanía real de nuestro Estado, frente a una institucionalidad de poderes separados que no puede ejercer sus funciones fuera de su control.

Sin embargo, la soberanía de la Corte Constitucional no es un fenómeno expreso, por lo que demostrar su condición soberana podría significar un cambio de paradigma en el entendimiento crítico de nuestro propio ordenamiento político y jurídico.

### **Palabras clave**

Corte Constitucional, soberanía, división de poderes, estado de excepción, control de constitucionalidad, revisión de legalidad, interpretación constitucional, poder constituyente, originalismo, activismo judicial

## **Abstract**

*The Ecuadorian Constitutional Court, for the number of powers it has held and exercised throughout its existence, is one of the most important institutions of the Ecuadorian constitutional design, and the origin of these extensive powers, as well as the apparent lack of checks, weights, and balances against them, all come from the Constitution drafted and approved by the Constituent Assembly of Montecristi, in 2008, still in force in the present day.*

*Among these extensive powers, some of the most important are the judicial review of the decrees of exception issued by the executive, judicial review itself, affecting all rules issued by constituted powers, and the power of constitutional interpretation, all of which could suggest, with good reason, that the Constitutional Court is a sovereign entity in the design of our country's government, and that is the one that holds the real sovereignty, in spite of the institutional guarantees of separation of powers, that make them unable to exercise its functions outside of its control.*

*However, the sovereignty of the Constitutional Court is pretty much an unknown phenomenon, for which to demonstrate its sovereign status could mean a radical shift in the critical understanding of our own political and legal system.*

## **Keywords**

*Constitutional Court, sovereignty, division of powers, state of exception, constitutional control, judicial review, constitutional interpretation, constituent power, originalism, judicial activism*

## Tabla de Contenidos

<b>Dedicatorias y Agradecimientos</b> .....	1
<b>Agradecimientos</b> .....	1
<b>Dedicatorias</b> .....	2
<b>Resumen y Abstract</b> .....	3
<b>Resumen</b> .....	3
<b>Palabras clave</b> .....	3
<b>Abstract</b> .....	4
<b>Keywords</b> .....	4
<b>Introducción</b> .....	7
<b>Problema de Investigación</b> .....	7
<b>Justificación de la Investigación</b> .....	8
<b>Preguntas de Investigación</b> .....	12
a) <b>Pregunta de Investigación General</b> .....	12
b) <b>Preguntas de Investigación Específicas</b> .....	12
<b>Objetivos de la Investigación</b> .....	13
a) <b>Objetivo General</b> .....	13
b) <b>Objetivos Específicos</b> .....	13
<b>Hipótesis de la Investigación</b> .....	14
<b>Capítulo 1: Soberanía, separación de poderes y el rol de la Corte Constitucional en el diseño institucional del Estado ecuatoriano</b> .....	15
<b>1.1. La separación de poderes y la asignación de soberanía real y formal en el diseño constitucional ecuatoriano</b> .....	15
<b>1.2. Las amplias potestades de la Corte Constitucional y su inmunidad constitucional a la fiscalización: ¿Primeros atisbos de soberanía real?</b> 24	
<b>Capítulo 2: La Corte Constitucional y la soberanía real en la decisión sobre la excepción y el control constitucional del soberano aparente del Ejecutivo</b> . ....	35
<b>2.1. La soberanía y el Estado de excepción</b> .....	35
<b>2.2. ¿Es decidir sobre la constitucionalidad de una declaratoria de estado de excepción decidir sobre esta?</b> .....	45
<b>2.3. La jurisprudencia de control de constitucionalidad de los estados de excepción y la supremacía de la Corte frente al Ejecutivo</b> . ....	52
<b>Capítulo 3: La soberanía en el control de constitucionalidad como forma de ‘decidir sobre la excepción’</b> . ....	67

3.1. En derecho, decidir sobre la excepción no solo es decretar el estado de excepción.....	67
3.2. La soberanía y los conceptos de revisión judicial y control de constitucionalidad en el derecho local y comparado.....	77
3.3. La jurisprudencia emblemática sobre inconstitucionalidad de normas y la supremacía de la Corte Constitucional frente al resto de Funciones del Estado.....	87
<b>Capítulo 4: Interpretación constitucional, poder constituyente y soberanía constitucionaria.</b> .....	96
4.1. La soberanía y las diversas manifestaciones del concepto del poder constituyente.....	96
4.2. La interpretación constitucional como ejercicio de poder constituyente y como manifestación de soberanía. ....	108
4.3. La jurisprudencia de interpretación constitucional: ¿un ejercicio arbitrario de potestades por la Corte Constitucional o la visibilización de su calidad soberana? .....	118
<b>Conclusiones y Consideraciones Finales</b> .....	135
El poder supremo de la Corte Constitucional frente a la soberanía formal y representativa de los poderes constituidos. ....	135
Las consecuencias del establecimiento de un Estado Judicial en el Ecuador.....	141
<b>Lista de fuentes normativas, jurisprudenciales y bibliográficas</b> .....	150
Normativa consultada.....	150
Jurisprudencia consultada .....	150
Bibliografía consultada .....	154

## **Introducción**

### **Problema de Investigación**

Desde su creación por la Asamblea Constituyente de Montecristi, del año 2008, y a lo largo de su existencia, la Corte Constitucional ecuatoriana ha ostentado y ejercido una cantidad cuestionable de poderes, cuyas consecuencias han sido de importancia para todo el ordenamiento jurídico nacional y para el estatus político de nuestro país en determinados aspectos y circunstancias, en lo que no parece ser casual, y sino el resultado deliberado de una aparente falta de controles, pesos y balances a estos poderes, dispuesta en el propio diseño constitucional.

Entre estos elementos problemáticos, además de la ausencia de mecanismos de fiscalización y juicio político a los magistrados que componen a la Corte Constitucional, está el poder real que ostentan como cuerpo colegiado al tener potestad de declarar la inconstitucionalidad de estados de excepción decretados por el ejecutivo, y de leyes y normas aprobadas por el legislativo, y al ejercer directamente poder constituyente creando normas con jerarquía constitucional mediante su interpretación de la Carta Magna y de tratados internacionales de derechos humanos.

Con ello, cualquier observador astuto reconocería que la Corte Constitucional es un ente soberano en nuestro país, y que ostenta poder supremo nuestro Estado, frente a toda la estructura tradicional de separación de poderes y de soberanía popular y legitimidad democrática, pero demostrar esta condición de la Corte Constitucional ecuatoriana podría significar un cambio de paradigma en el entendimiento de nuestro ordenamiento, de los que se podrían proponer reformas integrales a todo el sistema.

Ante esto, la principal pregunta está en cómo se puede demostrar que la Corte Constitucional ecuatoriana es soberana, si formalmente la soberanía está en el pueblo ecuatoriano, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la propia Constitución.

Las doctrinas del formalismo jurídico expuesta por el jurista alemán Carl Schmitt, del realismo judicial, teorizada por el jurista español Álvaro d'Ors, y del realismo político, mejor representada por el también jurista español Antonio García-

Trevijano pueden dar algunos elementos teóricos con los que se pueda demostrar la calidad soberana de nuestra Corte Constitucional, ya que, al aplicarse ciertas condiciones planteadas en ellas, se puede analizar el poder de la Corte Constitucional en contextos determinados y con perspectivas útiles para entenderlo en cada situación de estudio.

Por último, estos elementos teóricos pueden ser aplicados de forma práctica frente a la propia jurisprudencia constitucional emitida por Corte, a la que se debe considerar como herramienta jurídico-política del ejercicio de su poder, con lo que no solo se revelaría que la aplicación teórica de los elementos antes mencionados en el análisis jurisprudencial es la mejor forma de demostración de la validez y realidad de la tesis planteada, sino que además resolvería el problema en cuestión, sin contar que las referencias al derecho comparado pueden servir para demostrar que esta condición aparentemente soberana de la Corte Constitucional es un caso excepcional en el contexto ecuatoriano.

### **Justificación de la Investigación**

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y comenzando con la propia Constitución vigente, que fue promulgada mediante la Asamblea constituyente de Montecristi en 2008, existen algunas características que revelarían que la soberanía efectiva no yace en el pueblo representado, como manda la propia Constitución (Riofrío, 2015) y que tampoco es ostentada en la práctica por el ejecutivo, como se podría pensar desde un planteamiento propio de varios textos de la obra del jurista alemán Carl Schmitt, sino que constaría de las atribuciones propias de un órgano instituido y diseñado por nuestra norma suprema, que es la Corte Constitucional.

Nominalmente, nuestro Estado es una república democrática, donde opera una separación de poderes y de funciones en cinco (5) ramas autónomas a diferencia de las tres (3) funciones del modelo planteado en El Espíritu de las Leyes de Montesquieu impera el Estado de Derecho, y se toleran formas de justicia especial indígena para aquellos pueblos y comunidades autóctonos (Chuquimarca, 2013).

Sin embargo, la Constitución también dispone la creación de un órgano autónomo, denominado Corte Constitucional, que es el encargado de interpretar,

aplicar y hacer velar los mandatos de la propia Carta Magna en vigencia, que la eleva como máximo órgano de administración de un sistema de justicia paralela y adjunta a la justicia ordinaria, que es la justicia constitucional (Navas Alvear, 2013).

A diferencia de lo que podría parecer, la Corte Constitucional no es un ente de la Función Judicial, y no comparte funciones ni reemplaza a la Corte Nacional de Justicia que, en el actual ordenamiento constitucional y jurídico, opera como una Alta Corte de Casaciones en el sistema procesal de la justicia ordinaria, sino que existe con personería jurídica propia como un ente separado y autónomo en la propia institucionalidad del Estado (Storini & Guerra, 2018).

Desde el derecho constitucional comparado (Alarcón Peña, 2016), uno podría ver similitudes entre el diseño de este órgano en la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución de la 5ta República Francesa (Sarmiento, 2016), ya que ambas disponen la existencia separada de entes con potestad de conocer recursos de casación en el sistema de justicia ordinaria (Sauvé, 2011), y entes autónomos con potestades de interpretación constitucional (Renoux, 1993), así como, por su diseño, la Corte Constitucional ecuatoriana también tendría semejanzas notables con la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la que comparte potestades (Ávila Linzán, 2012), como las de conocimiento de causas constitucionales de relevancia nacional, la de interpretación constitucional, y la de declaración de inconstitucionalidad de las normas emitidas por otras ramas del Estado.

Ahora bien, el hecho que la Corte Constitucional haya sido dispuesta por la Constitución como ente autónomo con jurisdicción constitucional, en lugar de pertenecer a la Función Judicial, hace que uno se pregunte exactamente cuál es la extensión de sus poderes en la estructura funcional del Estado (García-Trevijano, 2010) ecuatoriano, especialmente al poder observarse que el ejercicio de estos parece demostrar atributos de soberanía real que no son compensados por contrapesos, como mecanismos de fiscalización, por otras ramas del Estado.

Schmitt, particularmente, plantea que *“soberano es quien decide sobre la excepción”*, y que *“la excepción es más interesante que la regla. La regla no demuestra nada; la excepción lo demuestra todo. En la excepción, el poder de*

*la realidad rompe el recubrimiento de un mecanismo que se ha entorpecido con la repetición*" (Schmitt, 1922, trad. Schwab, 2005), y desde esas citas se desarrolla una concepción de soberanía (Gullì, 2009) en los poderes y potestades ejercidas por la Corte Constitucional que se pretende probar con este trabajo.

La Corte Constitucional ecuatoriana parece seguir una disposición de primacía de la *auctoritas* por sobre la *potestas* de la tradición románica (Domingo, 1997), teniendo poderes dispuestos constitucionalmente para controlar jurisprudencialmente el ejercicio del poder político de las instituciones de la división de poderes clásica, generando un agustinismo (Vergara-Ciordia, 2019) legal en la Corte, que es separada institucionalmente del resto del Estado.

El primer ejemplo analizado de esto está en la obligación que tiene la Corte Constitucional ecuatoriana de revisar la constitucionalidad de las declaratorias de Estado de excepción emitidas por el Presidente como jefe de la función ejecutiva pero, como demuestra Carl Schmitt en su libro Teología Política, la potestad del ejecutivo de declarar la excepción corresponde a la potestad absoluta del Estado y de su jefe, que no puede estar limitada más que por la capacidad material del ejercicio de su monopolio institucionalizado de la fuerza. (d'Ors, 1976).

Si "*soberano es quien decide sobre la excepción*", y la Corte Constitucional puede anular las declaratorias de inconstitucionalidad emitidas por el ejecutivo (Grijalva Jiménez, 2014), entonces eso significaría que en nuestro ordenamiento jurídico no es soberano el Presidente, al encontrarse sometido en última instancia a las decisiones de la Corte (Zúñiga Rendón, 2020) como ya se ha podido notar de muchos de los dictámenes que ha emitido al respecto en toda su historia.

Ahora bien, la propia Constitución dispone que es el propio pueblo ecuatoriano el soberano en nuestro Estado, adoptando la tesis ilustrada de soberanía popular (Polop, 2015), y esto en la práctica se materializa en la preeminencia de la Asamblea Nacional como ente de mayor relevancia en del diseño constitucional, al ser su representante formal (García-Trevijano, 2010).

Sin embargo, la Corte Constitucional también trasciende esto, como se demuestra en el segundo ejemplo analizado, al ostentar el poder de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes que sean promulgadas por la Asamblea Nacional, de forma análoga a lo que la doctrina estadounidense denomina '*judicial review*' (McCoy, 1956), haciendo en la práctica que la Asamblea Nacional esté sometida a los dictámenes de la Corte Constitucional, que nuevamente, demostraría ostentar atributos de soberanía en su capacidad jurisdiccional (Bader, 2016).

En ese sentido, la Corte Constitucional estaría '*decidiendo sobre la excepción*' en la aplicación de determinadas normas, mediante su poder de determinación de constitucionalidad de éstas, lo que en la teoría del realismo jurídico (d'Ors, 1953) equivaldría a la propia declaratoria del derecho mismo, la decisión de lo que es norma y lo que no lo es, que materialmente se realiza mediante comandos soberanos (Bhardwaj & Raj, 2014).

Formalmente, la mayor manifestación de soberanía popular que existe en el diseño constitucional de nuestro ordenamiento vigente es mediante la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que es realizada por el Ejecutivo como cabeza del Estado, que se encargaría de discutir y redactar un nuevo texto constitucional, ejerciendo lo que la doctrina constitucional denomina poder constituyente (Nogueira Alcalá, 2017).

Sin embargo, la Corte Constitucional ecuatoriana, mediante su potestad interpretativa, tanto de la norma suprema como de los tratados internacionales de derechos humanos, puede crear nuevas normas, con jerarquía constitucional o convencional del máximo orden, que son automáticamente incorporadas al ordenamiento jurídico vigente con esa misma fuerza de normas constitucionales (Quintana Garzón, 2019).

Este último ejemplo sin duda también es una manifestación de poder constituyente, y una mayor incluso, ya que crea directamente normas constitucionales sin que esta potestad haya sido expresamente entregada a la Corte por mandato dispuesto en el texto de la norma suprema.

Ante esta situación, se puede observar que las potestades de la Corte van mucho más allá de simplemente preservar el orden constitucional y el Estado de

derecho (Goodhartit, 1958), y con las múltiples manifestaciones de su ejercicio de soberanía real (Street, 2013) en varios aspectos de su jurisprudencia (Larroucau Torres, 2017), se puede demostrar que la Corte Constitucional ostenta soberanía efectiva (Levi, 1983; Ison, 1985) en el nuestro ordenamiento jurídico.

Este fenómeno, en el esquema político de nuestro país, indicaría que nos encontramos en un Estado judicial (Schmitt, 1928, trad. Seitzer, 2008) y no en una República democrática (Jiménez Segado, 2013; Consejo de Europa, 2015), lo que, en última instancia, pondría al régimen constitucional ecuatoriano mucho más cerca del ideal tradicionalista planteado para el modelo monárquico (von Habsburg, 1970), que describe a la figura del monarca como juez supremo del reino (Boucoyannis, 2021) que del sistema de democracia de corte ilustrado promovido por sus creadores.

## **Preguntas de Investigación**

### **a) Pregunta de Investigación General**

Del análisis del ejercicio jurisprudencial de la potestad de la Corte Constitucional ecuatoriana de control de constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción y de leyes y normas infra-constitucionales, así como de su potestad de interpretación constitucional y convencional, entendida como ejercicio de poder constituyente, ¿en qué medida se puede decir que la Corte Constitucional ecuatoriana ostenta soberanía real?

### **b) Preguntas de Investigación Específicas**

¿En qué medida se puede considerar al control que realiza la Corte Constitucional en la constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción emitidas por el Ejecutivo como una manifestación de su ejercicio de soberanía y no como una limitación al ejercicio de los rezagos de soberanía absoluta ostentados por la Presidencia?

¿En qué medida se puede considerar que el control que realiza la Corte Constitucional en la constitucionalidad de leyes y normas infra-constitucionales coincide con el concepto schmitteano de soberanía, entendida como ‘la potestad de quien decide sobre la excepción’?

¿En qué medida se puede considerar a la potestad de interpretación constitucional que ostenta la Corte constitucional como una manifestación de poder constituyente y, por tanto, de soberanía?

### **Objetivos de la Investigación**

#### **a) Objetivo General**

Determinar si la Corte Constitucional ecuatoriana, en su diseño constitucional y en su labor, cumple con todos los atributos que implican que ostenta y ejerce soberanía real en base a un análisis de su ejercicio jurisprudencial en control de constitucionalidad de declaratorias de estado de excepción y de leyes y normas infra-constitucionales, así como de su potestad de interpretación constitucional, entendida como ejercicio de poder constituyente soberano.

#### **b) Objetivos Específicos**

Describir la forma en la que el diseño constitucional ecuatoriano, mediante una separación de poderes atípica, asigna elementos de soberanía a la Corte Constitucional mediante su inmunidad constitucional a la fiscalización.

Demostrar que el control que realiza la Corte Constitucional en la constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción emitidas por el Ejecutivo es una manifestación de su propio ejercicio de soberanía y no una limitación al ejercicio de los rezagos de decisionismo, entendido como soberanía, ostentados por la Presidencia.

Explicar como el control que realiza la Corte Constitucional en la constitucionalidad de leyes y normas infra-constitucionales coincide con el concepto schmitteano de soberanía, entendida como *'la potestad de quien decide sobre la excepción'*.

Indicar teórica y prácticamente que la potestad de interpretación constitucional que ostenta la Corte constitucional como una manifestación de poder constituyente, tradicionalmente atribuida a la propia nación en calidad de soberana en la concepción de soberanía popular, o al Legislativo, en representación simbólica de esta.

Exponer que, en el Ecuador, la soberanía real es ostentada por la Corte Constitucional, y describir las consecuencias del establecimiento informal de este tipo de Estado Judicial en el orden constitucional.

### **Hipótesis de la Investigación**

La Corte Constitucional ecuatoriana ostenta soberanía efectiva en el diseño constitucional vigente ya que tiene potestades para decidir sobre la excepción, tanto en el control de constitucionalidad de las declaratorias de Estado de excepción del ejecutivo como en el control de constitucionalidad de las normas inferiores del ordenamiento jurídico, y al poder ejercer poder constituyente mediante su potestad de interpretación constitucional, potestades que demuestra mediante varios casos emblemáticos que se destacan entre el cuerpo de jurisprudencia que ha emitido desde su creación.

## **Capítulo 1: Soberanía, separación de poderes y el rol de la Corte Constitucional en el diseño institucional del Estado ecuatoriano.**

En este capítulo se describirá, como consideraciones iniciales sobre el tema, la situación particular en la que se encuentra instituida la Corte Constitucional ecuatoriana en el diseño institucional de separación de poderes dispuesto en la Constitución vigente, y la forma como esta define las amplias potestades que puede ejercer esta institución frente al resto de poderes constituidos en el Estado.

### **1.1. La separación de poderes y la asignación de soberanía real y formal en el diseño constitucional ecuatoriano.**

En el derecho ecuatoriano, es complicado analizar las implicaciones del concepto de soberanía ya que este no se concentra en normas o principios de aplicación general, y porque es una cuestión abstracta, interpretable desde distintas escuelas de pensamiento jurídico y político.

Por ello, lo primero que se debe considerar, es la propia norma en donde es incluida la soberanía como concepto político-jurídico de orden general, que es la Constitución, al tratarse de la ley fundamental que dispone la distribución del poder y de sus funciones en el contexto ecuatoriano, usando al derecho como su herramienta para ordenar estos elementos.

En ese sentido, la paradoja que se da en que la Constitución, en la institucionalidad política que establece, y en el orden jurídico que es emanado de esta, es que solo puede haber sido emanada por un poder soberano, que según la definición de Hermann Heller, es alguien que disponga de:

*cualidad de unidad suprema de decisión y acción [...] que le permite asegurar la unidad del derecho y de la ejecución así como mantener, con carácter unitario y perfectamente organizadas vías de derecho y de reclamación [...] condicionada por el monopolio estatal de la coacción física legal, es decir, por la inadmisibilidad de un derecho legal de resistencia contra las disposiciones del poder del Estado (1934, trad. Luis Tobío, 1971, pág. 243),*

de modo que sus actos y la determinación de funciones, con la respectiva distribución de poder que se les asigne debe ser igualmente soberana, al menos en su contexto de aplicación parcial.

De todas formas, el primer artículo de la Constitución vigente para el Ecuador dispone de una identificación del soberano, así como de la forma como distribuye poder para su ejercicio en el Estado: *“la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.”*

Únicamente analizando este párrafo de la norma, se puede determinar que el propio poder soberano que emite la Constitución se autoidentifica como pueblo y como soberano, fundamentando su autoridad y el poder que ejerce en sí mismo, además de orientar el ejercicio de este último en la institucionalidad pública y en los mecanismos de participación dispuestos en la norma en cuestión, es decir, limitando las formas como ejerce poder (legítimamente) en unas cuantas que el mismo dispone, lo que corresponde con los planteamientos de soberanía popular derivados del pensamiento de la Ilustración, comenzando con el de *volonté générale*, descrito en *El Espíritu de las Leyes* de Jean-Jacques Rousseau, que da a entender que el ejercicio de soberanía recae en esta voluntad general, y su función principal es reconocerse y ejercerla frente a otros y no en contradicción contra sí misma (Calderón González, 2019, pág. 161).

Esto también corresponde con el concepto de soberanía popular entendido en la doctrina constitucional estadounidense, que supone que:

*Hablar de soberanía popular es poner a la autoridad suprema en el pueblo. Hay una variedad de formas en las que la soberanía puede ser expresada. Puede ser inmediata en el sentido que el propio pueblo hace sus normas, o mediata, esto es, mediante representantes sujetos a elecciones y recambios; puede ser suprema en medida en que el propio pueblo pueda negar o vetar legislación, o puede ser algo mucho menos dramático. En corto, la soberanía popular cubre una multitud de posibilidades institucionales y en cada caso, la soberanía popular asume la existencia de alguna forma de consentimiento del pueblo, razón por la*

*que cualquier definición de gobierno republicano implica una teoría del consentimiento.* (Lutz, 1980, pág. 38)

El caso ecuatoriano no es ajeno a estas concepciones, y en su historia republicana ha incorporado formulaciones de ellas, como reconoce Ramiro Ávila Santamaría (2012), citando a Enrique Ayala Mora, en su descripción de los cambios en la estructura del Estado ecuatoriano, desde su nacimiento en las revueltas de 1812 en Quito y 1822 en Guayaquil, así como con su establecimiento formal en 1830 con la Constitución de Riobamba, hasta el día presente, estos procesos siendo guiados y planteados desde “*cargos de representación, [ejerciendo] la soberanía popular y [expresando], mediante leyes, la voluntad general*” (pág. 9).

Así, en este modelo formal, se establece universalmente mediante norma constitucional que el soberano es el pueblo, este es quien ostenta la potestad máxima de decisión y acción jurídica ordenada, y que esta corresponde a la voluntad general planteada por Rousseau en su *Espíritu de las Leyes*, es decir, una formulación de soberanía popular alineada con el pensamiento ilustrado, que deriva en formas de representación política populares (Somek y Wilkinson, 2020, pág. 12).

De aquí que el Estado ecuatoriano disponga, desde su diseño constitucional, una división por funciones o poderes (dependiendo de la nomenclatura usada) que también se ajusta al ideal ilustrado, es decir, con los tres clásicos planteados por Montesquieu, que son el ejecutivo, el legislativo, y el judicial, y dos adicionales, el electoral y el de transparencia y control social, que son creaciones nuevas de la norma constitucional vigente (Chuquimarca, 2013, pág. 50).

Desde luego, esta separación de poderes no consta expresamente en ninguna norma constitucional, sino en la sentencia interpretativa No. 002-10-SIC-CC para el caso No. 0020-09-IC de la Corte Constitucional, de fecha 9 de septiembre de 2010, incorporada al artículo 148 de la Constitución, que cita, de otro autor, lo siguiente:

*La división de poderes no es más que la garantía de la libertad; la división es, al mismo tiempo, interdependencia de poderes, de tal modo que se garantice que unos pueden controlar a los otros; la base sustentadora del*

*Estado es el equilibrio constitucional del sistema de gobierno; además del control del pueblo sobre el gobierno es preciso asegurar los controles de los distintos poderes entre sí. (Aragón Reyes, 1999, pág. 27)*

No obstante, la división de poderes si es establecida respecto a las potestades otorgadas a cada función en los artículos constitucionales pertinentes, de modo que el Título IV de la norma suprema incorpora cinco secciones que detallan a cada una de las funciones del Estado, comenzando por el artículo 118, que manda expresamente que *“La Función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional”*.

En el artículo 141 se establece que *“la Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública”*, y en el artículo 167 se dispone que *“la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”*.

Con esas tres normas se cumple la identificación de funciones y poderes clásicos de la categorización descrita por Montesquieu, que preserva la unidad del poder en el Estado, y la distribuye funcionalmente para desarrollar las actividades necesarias para el buen gobierno (Chiriboga Mosquera, 2018, pág. 14).

Sin embargo, las normas constitucionales continúan creando más instituciones en la división de poderes para el Estado ecuatoriano, y para el artículo 204 ya se dispone la existencia de una Función de Transparencia y Control Social, planteando, ambiguamente, que *“el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación”*, sin indicar quien es el titular de esta función, como si se realizó con las anteriores, y posteriormente describiendo que *“la Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias”*.

De acuerdo con la cantidad de potestades que son otorgadas por el artículo 208 al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social respecto al resto de entes de esta Función del Estado (Defensoría del Pueblo, Contraloría General

del Estado, superintendencias), se puede asumir directamente que este es el cuerpo titular de esta Función, sin que esto sea indicado en la norma.

Finalmente, el artículo 217 establece que *“la Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral”*, disponiéndose en apariencia una titularidad conjunta de esta función ente los dos órganos que la componen, aunque finalmente disponiéndose en el artículo 218 que *“la Presidenta o Presidente del Consejo Nacional Electoral será representante de la Función Electoral”*.

Así queda descrita la distribución de soberanía en poderes funcionales, muy modificada con el aumento de dos funciones adicionales a las que Hans Kelsen reconoce en su *Compendio de Teoría General del Estado* como Legislación, Jurisdicción y Administración (1925, trad. Recaséns Siches, 1934, pág. 185), que son los llamados Poder Ciudadano y Quinto Poder (la Función Electoral) como complementos a la división anterior, que es la sustancial en el diseño constitucional universal (Solano Paucay, 2015, págs. 67 - 68).

Sin embargo, tanto la formulación de soberanía popular como la descripción de la división de poderes en el Estado ecuatoriano no constituyen más que lo Gateano Mosca describe como *‘fórmulas políticas’*, es decir, aquellos *“principios abstractos a través de los que las élites políticas justifican su propio poder, construyéndolo alrededor de una estructura moral y legal”* (Martinelli, 2009, pág. 8).

Aquí, por simplicidad, y en referencia nuevamente a la *Teoría del Estado* de Hans Kelsen, las élites serían aquellas que ostentan el poder soberano, es decir, el poder constituyente, que:

*presupone que tiene la autoridad legítima para redactar una nueva constitución. Pero ya que opera fuera de la legalidad instituida, necesariamente carece de autoridad, la cual le puede ser otorgada sólo de manera retroactiva por una nueva constitución que lo reconozca como la autoridad suprema legítima de la república constituida* (trad. Kalyvas, 2005, pág. 104)

En ese sentido, cualquier diseño que se disponga en la norma suprema resulta arbitrario, y el reconocimiento de la ostentación de soberanía por algún grupo corresponde a la disposición de una fórmula política que legitima el ejercicio de poder por el auténtico soberano, en este caso, el poder constituyente, que justifica su ejercicio de este poder al nombrarse a sí mismo representante del soberano formalmente descrito en el texto constitucional, es decir, el pueblo, por la influencia comprobada del pensamiento ilustrado en el constitucionalismo ecuatoriano.

Por lo tanto, las fórmulas políticas descritas en la norma, además de servir para “*la clásica finalidad del constitucionalismo de limitar los poderes del gobierno*”, son usadas para “*dotar a la organización política [...] de legitimidad*” (García Laguardia, 1992. págs. 12-13)

Pero aquí entra otro elemento, y es que las fórmulas políticas de soberanía popular y división de poderes que justifican la representación del pueblo en la élite soberana que ejerce poder constituyente solo es aplicable cuando se trata de una República Constitucional con carácter monódico, es decir, donde la disposición del diseño constitucional permite la representación proporcional del o de los sujetos constituyentes en el Estado y en su labor constitucional y legislativa, o en su defecto, en lo que Antonio García-Trevijano (2010) describe como

*un órgano nacional que medie entre la representación civil y la potestad coercitiva del Gobierno o, dicho en términos clásicos, entre la Nación y el Estado, con la finalidad de que esa nueva institución mediadora, por su propia naturaleza orgánica, incorpore a las leyes la vis coactiva que necesitan para ser ejecutivas, dado que la simple suma de los representantes de distrito sólo puede comunicarles vis directiva* (pág. 68).

Esta potestad correspondería a la propia Asamblea Nacional como representante de la Función Legislativa, de acuerdo con la Constitución que dispone su existencia, o a una Asamblea Constituyente, en caso de reforma total o parcial del texto de la norma suprema, tal y como dispone su último artículo, numerado 444, de su texto vigente, aunque, estas dos instituciones, como representantes formales del pueblo soberano, habrían de ser quienes ostenten

atributos de soberanía y de poder constituyente, que son el mismo, según la *Teoría General del Estado* de Kelsen (1925, trad. Recaséns Siches, 1934, págs. 137-138).

Así, tanto la Asamblea Nacional, como una Asamblea Constituyente habrían de ostentar “*el poder político supremo que corresponde a un Estado independiente*” (Fonseca, 2016, pág. 10), un poder “*que no se encuentra sometido a normas jurídicas preexistentes de derecho positivo, siendo revolucionario, autónomo e ilimitado*” (Sagües, 2017, págs. 65-66), que se manifiesta en “*la potestad suprema de crear u otorgar una constitución en la que se organice y determine la estructura fundamental de la sociedad políticamente organizada, esto es, su forma de Estado y su sistema y forma de gobierno*” (Quintana Garzón, 2019, pág. 17), y en espíritu se mantiene como “*un poder plenamente autónomo para ordenar y reordenar la convivencia básica de una sociedad política a través de la Constitución Política, cuando así lo decida autónomamente el cuerpo político de la sociedad, teniendo libertad para configurar dicho ordenamiento jurídico*” (Nogueira Alcalá, 2017, pág. 328).

Sin embargo, ninguno de estos entes ostenta, ni formal, ni prácticamente, atributos de soberanía plenos, aparte, tal vez, de la representación simbólica de la Nación en su cuerpo institucional, ya que el concepto de soberanía se ajusta a la realidad política nacional, y en última instancia, tanto la Asamblea Nacional, como una Asamblea Constituyente siempre se verían sujetas a otro ente que no está inscrito en la fórmula de separación de poderes establecida por la Constitución.

En esta circunstancia, la definición alterna de soberanía que sería aplicable es la que Carl Schmitt propone en su libro *Teología Política*, que atribuye al representante del poder ejecutivo lo que otro jurista alemán, Hermann Heller, describe en su *Teoría del Estado* como una “*cualidad de unidad suprema de decisión y acción [...] que le permite asegurar la unidad del derecho y de la ejecución*” (1934, trad. Luis Tobío, 1971, pág. 243).

En esta misma línea, para Schmitt, “*soberano es quien decide sobre la excepción*”, ya que “*la excepción es más interesante que la regla. La regla no demuestra nada; la excepción lo demuestra todo. En la excepción, el poder de*

*la realidad rompe el recubrimiento de un mecanismo que se ha entorpecido con la repetición*" (1922, trad. Schwab, 2005, pág. 5).

En el diseño constitucional ecuatoriano, asumir que el soberano es Presidente de la República, como representante de la Función Ejecutiva, es una cuestión directa y sencilla: el artículo 164 de la Constitución manda claramente que sólo *"la Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción"*, y el artículo siguiente, el 165 establece las potestades especiales que puede ejercer el presidente en este estado de excepción, al que se debe considerar como una situación, justificada por alguna emergencia de extensión nacional que *"revuelve el orden aceptable de las cosas [...] en la que el soberano (aparentemente el Presidente, de acuerdo con la postura de Schmitt) debe actuar e instituir nuevas normas, que son extra-legales"* (Gessen, 2020, pág. 9), siendo esta una *"suspensión del orden jurídico que suele considerarse como una medida de carácter provisional y extraordinario"* (Agamben, 2005, pág. 17).

Todos estos elementos teóricos y normativos demostrarían que el representante del poder ejecutivo sea considerado prácticamente soberano, pero al igual que lo que sucede con la Asamblea Nacional y una eventual Asamblea Constituyente, existe otro órgano que la trasciende y que la supedita, y no se encuentra en la distribución de poderes por funciones que establece la Constitución, aunque para identificarla, se puede partir de algunas potestades que dispone la Asamblea Nacional, por ejemplo, la de juicio político, que corresponde a la facultad fiscalizadora que dispone el poder legislativo respecto al poder ejecutivo como garantía de separación de poderes en un Estado democrático (Oyarte Martínez, 2005, pág. 39).

El artículo 129 de la nuestra ley fundamental establece que *"la Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros"* pero que *"para iniciar el juicio político se requerirá el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional"*, lo que implicaría que es esta Corte Constitucional la que finalmente determina si puede o no darse el ejercicio de esta potestad que dispone la Asamblea.

Igualmente, el artículo 443 del mismo texto manda que “*la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso*”, en referencia a enmiendas y reformas parciales al texto constitucional, descritas en los artículos anteriores, limitando, de esa forma, al poder constituyente del pueblo, y a su representante simbólico, la Asamblea Nacional como titular de la Función Legislativa.

Por otra parte, el artículo 166 establece que:

*La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional,*

y en este artículo se notan algunas implicaciones de pesos y contrapesos y de conflicto y superposición de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, que coinciden con lo descrito en el Federalista no. 51: “*la gran seguridad frente a una concentración gradual de diversos poderes en el mismo departamento consiste en otorgar a quienes administran cada departamento los medios constitucionales necesarios y los motivos personales para resistir las usurpaciones de los demás*” (Madison o Hamilton, 1788, pág. 120), así como la ausencia total de soberanía al estar la institución representativa de nuestro Estado subordinada a organismos exteriores en el orden internacional (Kelsen, 1925, trad. Recaséns Siches, 1934, pág. 141),

Sin embargo, el hecho que la Presidencia deba notificar la declaración del estado de excepción a la Corte Constitucional, para que esta se pronuncie sobre su constitucionalidad genera una interrogante sobre quien ostenta la potestad de declaratoria de excepción, sobre todo cuando el punto 8 del artículo constitucional 436 manda que “*la Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los*

*estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”.*

Frente a esto, cabe destacar la Corte Constitucional no pertenece a la Función Judicial, suponiendo *“un gravísimo atentado a la independencia judicial y una afrenta al Tribunal Supremo”* (García-Trevijano, 2010, pág. 105)., y generándose que *“la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales de los Estados [...] cuyo carácter político, en su composición y en su función, los [enfrente] inevitablemente con la jurisprudencia propiamente judicial de los Tribunales Supremos”,* ya que este *“nunca ha dejado de ser un órgano político”,* lo que lo hace *“incompatible con la independencia del poder judicial”* (ibid., pág. 188), y con ello, con la misma separación de poderes diseñada en la norma suprema.

En el diseño constitucional ecuatoriano se separa en la institucionalidad política del Estado a la Función Judicial, con sus órganos dispuestos en el artículo 178 de la Constitución, de la Corte Constitucional, no incluida en estos órganos, y declarada autónoma en el artículo 430, lo que rompe la unidad jurisdiccional en dos tipos de justicia: primero, una ordinaria, cuya jurisdicción es ejercida por la Función Judicial, encabezada por la Corte Nacional de Justicia, aunque sus operaciones sean administradas por el Consejo de la Judicatura, y segundo, una constitucional bajo jurisdicción y administración de la Corte Constitucional.

En este punto, con todas estas cuestiones planteadas sobre la soberanía popular y a la separación de poderes, y el papel aparentemente paralelo que juega la Corte Constitucional en toda la institucionalidad jurídico-política del Estado ecuatoriano, todo el análisis posterior va a orientarse a analizar como esta institución es el órgano más poderoso de todos los creados por la norma constitucional vigente, y al punto resultaría ser auténticamente soberana.

## **1.2. Las amplias potestades de la Corte Constitucional y su inmunidad constitucional a la fiscalización: ¿Primeros atisbos de soberanía real?**

De todas las instituciones diseñadas en la estructura del Estado ecuatoriano por la Constitución de Montecristi, la Corte Constitucional es una de las más interesantes, por sus potestades, su lugar en el texto de la norma suprema, y frente al resto de funciones del Estado, y sobre todo, por la inmunidad que otorga, en base a la propia ley fundamental, a los magistrados que la componen,

de modo que para estudiarla y estudiar sus poderes, es necesario analizar las normas que disponen constitucionalmente su existencia, y la referencian en otros ámbitos.

En primer lugar, los artículos 429, 430, 435, 436, 438 y 440 de la Constitución disponen las potestades que puede ejercer exclusivamente la Corte Constitucional, de las que deriva su poder supremo “*de administración de justicia en esta materia*”, y por consecuencia, de control e interpretación constitucional.

Por su condición de poder constituido, creado por el legislador constituyente en su redacción de la norma suprema, (Quintana, 2019, pág. 16), la Corte Constitucional goza, según el artículo 430, de la misma “*autonomía administrativa y financiera*” que disponen otras funciones del Estado, como la Función Judicial o la de Transparencia y Control Social, de acuerdo con los artículos 168 y 204, respectivamente.

Este artículo 430 también determina que la “*organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de [las] atribuciones*” de la Corte Constitucional deben ser regulados por la ley, lo que fue desarrollado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cumpliéndose de esa forma con el requisito impuesto por el constituyente en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de Montecristi.

De la autonomía prevista en este artículo derivan las potestades de autogobierno del artículo 435, que permiten la Corte Constitucional disponga y elija, de entre los magistrados que la componen, a su Presidencia y Vicepresidencia, aunque limitándose su desempeño de funciones a tres años, y que los magistrados escogidos para desempeñarlas no puedan volver a serlo inmediatamente, lo que recuerda que la Corte es “*un poder constituido, lo que supone que este condicionado, en su existencia misma y en sus facultades, por el poder constituyente*” (Requejo Pagés, 1998, pág. 1).

Por otra parte, el artículo 436 establece una lista extensa de atribuciones que ejerce la Corte Constitucional, que son, junto a otras, desarrolladas en la Constitución y en la ley de materia.

La primera de estas, “*ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución [...] a través de sus dictámenes y sentencias*”, se repite del artículo 429 y hace referencia al artículo 440 indicando que “*sus decisiones tendrán carácter vinculante*”, ya que ese último artículo manda que “*las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables*”, es decir, que para las partes que participen de los procesos resueltos por la Corte, lo que incluye invariablemente al Estado (Erazo Galarza, 2021), las decisiones y sentencias de la Corte son ley, y por serlo para el Estado, tienen efectos generales (Gozaíni, 2007, pág. 204).

El resto de las potestades que dispone nuestra Corte Constitucional según este artículo 436 se resumen en el conocimiento, resolución y declaración eventual de inconstitucionalidad, es decir, realizar control de constitucionalidad, ya sea de oficio o a petición de parte, de actos normativos de carácter general emitidos por entes estatales, de normas conexas, de actos administrativos con efectos generales emitidos por autoridad pública, de declaratorias de estados de excepción o de omisiones realizadas por instituciones del Estado o sus autoridades.

Esta es una potestad bastante general con aplicaciones diversas, referentes a distintos órganos y a la constitucionalidad del derecho que generan, que corresponde a un modelo de control de constitucionalidad concentrado, en el que “*existe un solo órgano especializado, que es el Tribunal [o Corte] Constitucional, el que tiene la competencia para decidir en última y definitiva instancia los asuntos de constitucionalidad*” (Cevallos Bueno, 2002, pág. 24), ya que es este único órgano el que puede revisar la constitucionalidad de las normas en cuestión e invalidarlas cuando estas se oponen a la unidad del ordenamiento jurídico emanado de la norma suprema, lo que ya sugiere una idea de judicialización total del derecho (d’Ors, 1953, pág. 325) en el Ecuador, con la que la Corte Constitucional aprueba o valida el derecho vigente mediante sus decisiones (ibid., pág. 328).

Adicionales a estos poderes, el artículo 438 de la Constitución asigna algunos más a la Corte, igualmente relacionados con el control de constitucionalidad, aunque ejercido de forma previa, y no posterior, a la producción de derecho estatal, y que son el de emisión de dictamen previo y vinculante de

constitucionalidad de tratados internacionales, antes de su ratificación por la Asamblea Nacional, y de objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Ejecutivo en el proceso de formación de leyes, y de convocatorias a consultas populares, lo que ubica a la Corte Constitucional por encima del poder federativo descrito por Locke, es decir, el de acordar tratados con otras naciones (Poole, 2017, pág. 5), de la sinergia de poderes constituidos con representantes electos y legitimidad democrática que constituyen el par Ejecutivo-Legislativo, más allá de sus disputas (López Hidalgo, 2018, pág. 66), y sobre todo, de la propia nación en el ejercicio de su propio poder y libertad constituyente (García-Trevijano, 2010, pág. 23).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional desarrolla estas potestades y también incluye otras en su artículo 144, con el que establece que la Corte Constitucional puede resolver conflictos de competencia o de atribuciones constitucionales entre funciones del Estado u órganos constituidos, actuando por encima de estos, efectivamente asumiendo que su calidad de *“soberano es en esencia un árbitro autoritativo de disputas”* (Lloyd, 2009, pág. 5), y que por serlo *“entonces este puede legítimamente arreglarlas decidiendo lo que es el derecho”* (ibid., pág. 280), lo que conecta con la capacidad decisoria sobre el derecho y su constitucionalidad, como fue mencionado anteriormente.

Este mismo artículo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional otorga a la Corte el poder de emitir dictámenes de admisibilidad para el inicio del juicio político y sobre la destitución del Presidente, así como para comprobar su abandono del cargo previa declaración de la Asamblea Nacional, y para compensar, también puede dictaminar sobre la arrogación de funciones por la Asamblea antes que el Ejecutivo disponga su disolución, actuando como árbitro soberano entre poderes constituidos en sus conflictos políticos.

Más allá de esto, otras potestades incluidas en este artículo son las de conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, de actos administrativos y de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por vías judiciales ordinarias, lo que entrega a la Corte un poder de ejecución no correspondiente

al de otras funciones del Estado, que es muy propio del modelo austríaco o kelseniano de control constitucional (Arzoz Santisteban, 2016, pág. 19, Villaverde Menéndez, 2016, pág. 674 & Jiménez Alemán, 2019, pág. 407).

Ahora bien, si todo este cúmulo de poderes no demuestra directamente atributos de soberanía, que deben ser revelados mediante un análisis mucho más profundo, si demuestra que las potestades de decisión, de control de constitucionalidad y de ejecución que ostenta la Corte Constitucional son extensivas, y que ninguna función ni poder constituido o constituyente del Estado se encuentra fuera de su alcance.

Pero esto no es característica formal de soberanía, y en ese aspecto, esta se mantiene en el pueblo, que la ejerce, en el orden constitucional, en la elección democrática de representantes que actúan bajo su mandato delegado, y que eligen a su vez a aquellos magistrados que ejercen poderes que no requieren de legitimidad democrática directa, como los de la Corte Constitucional.

Por otra parte, otro elemento interesante en el diseño institucional de la Corte Constitucional es el de su composición, que incluye la designación de su magistratura, como lo establecen los artículos 432 y 433 de la norma suprema, que mandan, respectivamente, su integración por nueve magistrados, algo que comparte tanto con la Corte Suprema de los Estados Unidos como con el Consejo Constitucional francés (Stornaiolo Silva, 2022), cuya duración es de nueve años sin posibilidad de reelección inmediata tras su finalización y con renovación por tercios cada tres años, además de los requisitos determinados para poder ser designado miembro de la Corte Constitucional, que incluyen la prohibición de pertenencia a la directiva movimientos políticos en los diez años previos al postulamiento de la persona a la magistratura.

Junto a esto, el artículo 434 establece que los magistrados de la Corte son designados por una comisión calificadora externa, integrada por miembros nombrados por las Funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, que realizan un concurso público impugnabile y con veeduría adicional, que demuestra que la crítica de García-Trevijano (2010) es adecuada al decir que:

*lo sustancial de la doctrina de separación de poderes, en lo referente al judicial, consiste en que no habrá poder judicial alguno si éste no tiene el control de la constitucionalidad de las leyes. Y eso no se consigue por el hecho de que la Constitución invente un Tribunal Constitucional ad hoc, donde sus miembros son elegidos [...] por el legislativo, el ejecutivo, o por los partidos estatales (pág. 105),*

aunque la justificación formal que contrarrestaría esta crítica sea que la Corte Constitucional no pertenece a la Función Judicial y, por tanto, tampoco a la estructura de separación de poderes, sino que la trasciende, y que podría suponer un argumento contra la aparente soberanía de la Corte Constitucional, pero existe otro elemento que revela mucho más en su favor, y es que este órgano, en virtud de los magistrados que lo componen, es prácticamente infiscalizable, al no existir mecanismo constitucional o legal en las normas que regulan su funcionamiento que disponga formas de control externo a la actividad que realiza.

Más aún, el artículo 431 de la Constitución establece explícitamente que *“los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen”* y que *“su destitución será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional”*, aunque indicando que si *“estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones”*, pero sin indicar bajo que formas o mecanismos, que no constan en la Constitución, y que se repiten en el artículo 186 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, aunque en esta se establezca que su fuero es de Corte Nacional, solo podrán ser investigados por responsabilidad penal por el agente fiscal de mayor jerarquía, es decir, el Fiscal General del Estado, y que esto requiere del *“voto afirmativo de las dos terceras partes de sus integrantes; excepto en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, en cuyo caso, no serán objeto de responsabilidad penal”*, lo que fortalece la teoría sobre su soberanía efectiva, puesto que sus sentencias no son solo definitivas e inapelables, como manda el artículo 440 de la Constitución, sino que tampoco generan responsabilidad penal en caso de error o daño a terceros.

Sin embargo, el artículo 431 genera un sistema de fiscalización y control interno disponiendo que *“la destitución [de uno de sus magistrados] será decidida por el Pleno de la Corte Constitucional con el voto conforme de las dos terceras partes de sus miembros”*, y el mismo artículo 186 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece su procedimiento, admitiendo que cualquier persona pueda presentar al Pleno una solicitud de destitución de un juez de la Corte Constitucional, pero únicamente por hechos punibles cometidos durante y respecto a sus funciones ejercidas, es decir, por incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, por violar la reserva propia de la función o en caso de responsabilidad penal determinada, tal y como consta en el numeral 6 del artículo 185 de la misma ley, y adjuntando todas las pruebas disponibles.

El artículo continúa indicando que es el Pleno de la Corte Constitucional, salvo el juez acusado, quien avoca conocimiento y decide proceder con la acusación con voto de mayoría, aunque con reserva del voto dirimente para el Presidente de la Corte, y que este procede como un proceso penal abreviado, en el que se corre traslado al juez acusado, y convoca a audiencia al solicitante para que exponga sus argumentos y pruebas ante el Pleno, se convoca posteriormente al juez acusado para que aporte pruebas de descargo, y finalmente sea el propio Pleno, salvo el juez acusado, quien decida sobre su destitución.

Esto, en esencia, reduce cualquier mecanismo de fiscalización de la labor de la Corte Constitucional y de sus miembros al propio procedimiento que esta realice, si así lo considera, y que impide que se reconozca responsabilidad por sus actos y decisiones en su calidad de magistrados, y fuera de esta, protegiéndolos mediante fuero de Corte Nacional y jerarquía de investigación de Fiscal General del Estado.

Desde luego, la misma Corte Constitucional emitió una sentencia, la no. 003-10-SIC-CC para el caso no. 0004-09-IC, donde determina:

*mediante interpretación constitucional en base al fuero del que gozan los Jueces miembros de la Corte Constitucional, hasta donde llega su responsabilidad, tanto en los delitos de acción pública penal, por la*

*emisión del contenido de sus fallos, y de la responsabilidad administrativa y civil que se deriva de las funciones específicas que cumplen.*

En esta sentencia, la Corte analiza sobre su propia inmunidad, indicando, por una parte, que:

*la responsabilidad Penal de los Jueces miembros de la Corte Constitucional se consagra un fuero especial a su favor del cual constituye ser una garantía propia del Estado de derecho para salvaguardar el ejercicio de su función pública [...] como máximos juzgadores dentro de la Justicia Constitucional, por tanto no encuentran en las mismas condiciones de otros destinatarios sujetos a juicio político y censura previa de la Asamblea Nacional.*

La sentencia también ordena que: “*el fuero consagrado en el artículo 431 superior reviste sus actuaciones de un carácter especial, basadas no en consideraciones subjetivas o infundadas, sino dada la especial función que tienen a su cargo como representantes de la Justicia Constitucional*”, reconociendo que “*esta clase de fuero*” constituye “*un privilegio protector de la investidura [...] de quienes cumplen funciones que resultan relevantes al interés público*”.

Sobre este punto, la decisión que la misma Corte establece que:

*en garantía de salvaguardar la autonomía e independencia de la justicia constitucional, se determina que los jueces de la Corte Constitucional no pueden ser objeto de acciones preprocesales y procesales penales por el contenido de sus opiniones, resoluciones, votos o fallos, consignados o que consignaren en el ejercicio del cargo,*

volviendo a su inmunidad penal una norma constitucional pétrea con su desarrollo jurisprudencial obligatorio.

De misma forma, la sentencia dispone, respecto del artículo 440 de la Constitución y en virtud de la inmunidad especial que ostentan los magistrados de la Corte Constitucional, que:

*el fallo que el juez constitucional produce respecto a un tema determinado para su competencia por la Norma de Normas, confiere al mismo una*

*especie de 'inmunidad jurídica', que impide volver a cuestionar, en sede jurisdiccional, su concordancia o desacuerdo con la Carta Fundamental, lo que hace que lo actuado por los Jueces miembros de la Corte Constitucional, al emitir sus fallos, no contraría precepto alguno, en el ejercicio de sus funciones.*

Esto termina traduciéndose en su sentencia en que se

*excluye cualquier posibilidad de juicio político o remoción en contra de jueces de la Corte Constitucional por cualquier organismo que no sea la propia Corte Constitucional, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros; tampoco hay otra norma constitucional que autorice lo contrario, por lo que no existe en la Carta Suprema vacío o antinomia alguna que provoque dudas al respecto.*

Por último, con este fallo, la Corte declara que:

*la situación de [sus] Jueces miembros [...] no es equiparable a la de ningún otro servidor público, ni a la de un procesado común, habida cuenta que 'tienen una especial jerarquía puesto que son los máximos dignatarios de la justicia constitucional, por lo cual su situación procesal debe ser comparada no con la que la ley establece para el resto de servidores públicos, sino con la regulación que la Carta consagra para quienes ocupan la cúpula de las otras ramas de poder'.*

Todos los puntos de derecho de esta decisión de la Corte, mediante una interpretación textual de la Constitución, validan el estatus especial de sus magistrados, volviéndolos no solo inmunes sino infiscalizables por los otros poderes del Estado, limitándolos en esta capacidad hasta casi el impedimento, y frente a quienes se erigen como sus pares e incluso sus superiores.

En última instancia, esto genera en la Corte Constitucional un fenómeno de agustinismo político, tornado en agustinismo legal, que se “*define por afirmar la preeminencia y autoridad del poder*” (Vergara-Ciordia, 2019, pág. 225) que ostenta como guardiana de la Constitución frente al poder político que ejercen los otros poderes constituidos, que no disponen de las mismas inmunidades frente al control y fiscalización externos.

Así, la Corte ostenta un poder autónomo, la *'auctoritas'*, "*capaz de emitir juicios de legitimidad sobre el orden vigente*" (Pereira Menaut, 2016, pág. 187), que es superior y está separado del poder delegado de los gobernantes electos, considerado una simple *'potestas'* (Vergara-Ciordia, 2019, pág. 225).

Según esta descripción, la Corte Constitucional ejercería únicamente "*funciones consultivas y de control [...] propias de las personas revestidas de autoridad, en tanto las funciones legislativas y ejecutivas son propias de la potestad*" (Domingo, 1997, pág. 7), pero dadas las extensas competencias que dispone y ejerce, su autoridad "*se desnaturaliza, y deja de cumplir la importante función limitadora de la potestad*" (ibid.) al asumirla como poder en sí mismo.

Lo que, en principio, según Álvaro d'Ors, debería distinguirse entre un reconocimiento social del saber de la autoridad frente al poder de la de potestad se termina confundiendo, en casos como el de nuestra Corte Constitucional, por "*la facilidad de absorción de la autoridad por la potestad, [...] y, por tanto, de considerar a la autoridad como una especie del poder*" (Domingo, 1987, pág. 7), algo que se destaca enormemente en la sustanciación de la no. 003-10-SIC-CC para el caso no. 0004-09-IC, que reconoce las inmunidades especiales y las destaca como poderes por la propia autoridad de la Corte frente al resto de poderes constituidos.

La consecuencia de este fenómeno es que la Corte, como órgano empoderado constitucionalmente para interpretar a la norma suprema y para determinar la constitucionalidad del derecho producido por el resto de la institucionalidad estatal, y al estar inmunizada contra la fiscalización que todos los otros poderes constituidos deberían realizarle, asuma una condición de autoridad entre los poderes y poder entre las autoridades, poder y autoridad que le sirven para actuar con capacidad absoluta frente a todos y para justificar su actuación desde su propia interpretación autoritativa de las potestades que se otorga desde la Constitución.

Este engranaje retroalimentativo de poder, autoridad e inmunidad en el diseño de la Corte Constitucional puede representar la primera manifestación real de su soberanía, ya que, si puede determinar su propia inmunidad ante la fiscalización del resto de poderes del Estado, y si sus decisiones son infalibles, finales y

constituyen derecho por sí mismas, entonces, ¿quién puede evitar que la Corte Constitucional pueda ejercer poder supremo en el Estado ecuatoriano?

## **Capítulo 2: La Corte Constitucional y la soberanía real en la decisión sobre la excepción y el control constitucional del soberano aparente del Ejecutivo.**

En este capítulo, siguiendo los principios desarrollados previamente, se demostrará que la potestad de control de constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción que ejerce la Corte Constitucional sobre el Poder Ejecutivo constituye una manifestación de soberanía, entendida desde la teoría y perspectiva del jurista alemán Carl Schmitt en su *Teología Política*.

### **2.1. La soberanía y el Estado de excepción.**

Como se mencionó previamente, existen varios conceptos distintos sobre el significado de soberanía, y aunque algunos son más adecuados en ciertos contextos, como con la que plantea Hermann Heller de entender a la soberanía como poder político supremo en el Estado, o la que distingue Hans Kelsen, con soberanía como poder constituyente, la definición más práctica y aplicable a la realidad diaria del ejercicio del poder es la de Carl Schmitt, que la plantea como una máxima sencilla y reconocible en su repetición: “soberano es quien decide sobre el estado de excepción”, aunque agregando que este es un “concepto límite [...] concepto de la esfera más extrema” siendo que “corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal sino al caso límite” (1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 13).

Este caso límite al que se refiere es, lógicamente, el propio estado de excepción, siendo este el objeto de su definición de soberanía, al que se refiere como “un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un estado de sitio”, indicando que “una razón sistemática lógico-jurídica hace del estado de excepción en sentido eminente la definición jurídica de la soberanía” ya que “la decisión sobre la excepción es decisión en sentido eminente”, en defecto que “una norma general [...] nunca puede captar una excepción absoluta ni, por tanto, fundar la decisión de que está dado un caso excepcional auténtico.” (1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 13).

Así, para Schmitt, la soberanía como decisión o declaratoria del estado de excepción tiene dos elementos, y el primero de estos es que no se trata de la mera potestad de emisión de un decreto de estado de necesidad o de estado de

sitio, que son situaciones de tipo militar, donde el comandante en jefe a cargo de un territorio debe declarar que ese espacio se encuentra en una circunstancia especial que requiere la aplicación de medidas de fuerza mayor, bajo una amenaza real y comprobada de asedio o invasión por una fuerza militar enemiga (González Becerra, 2021, pág. 146)

El estado de excepción no se limita a la declaración de legalidad condicionada a las circunstancias como si sucede en los estados de necesidad y de sitio, donde las condiciones que limitan la aplicación de normas son la necesidad (del Estado) y el sitio, también llamado asedio, donde la supervivencia misma del Estado está en juego, atentando contra la razón de ser del Estado, de acuerdo con el *Leviathan* de Thomas Hobbes (Ramírez Echeverri, 2010, pág. 85).

El segundo elemento es que en la excepción no aplican las mismas reglas que en la normalidad, ya que *“lo normal nada prueba; la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla. En la excepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecánica anquilosada en repetición”* (Schmitt, 1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 20).

Como se concibe en la definición schmitteana de soberanía, *“el estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro en la teología”*, como una *“violación con carácter excepcional de las leyes”* (1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 15), explicado en términos laicos como *“la forma jurídica de aquello que no puede tener forma jurídica [...] el uso del derecho para la suspensión del derecho mismo”* (Agamben, 2005, pág. 1), o directamente, como una *“suspensión del orden jurídico que suele considerarse como una medida de carácter provisional y extraordinario”* (ibid., pág. 17).

La excepción, como la define Schmitt, se orienta a la prerrogativa, en donde el soberano actúa más allá de los límites establecidos por la norma, en virtud de restablecer una normalidad perdida o en peligro, donde las normas que componen el orden público no son respetadas, no solo afectando al propio derecho, sino a la estabilidad misma de la sociedad.

Ahora bien, el concepto de orden público también puede ser ambiguo, en medida que la propia excepción, como no sujeción a la normalidad, puede definirlo tanto como un retorno a esta, o como una finalización de las causas que la alteren,

aunque suele reducirse a establecer o reestablecer lo que la Real Academia Española define como una “*situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades*”, o de imponer o hacer respetar el “*conjunto de principios y valores que se estiman fundamentales en [el] orden jurídico nacional*”, es decir, aplicar regularmente aquello que dispone el ordenamiento jurídico, comenzando con las propias disposiciones constitucionales, en virtud del interés general (Montalvo Abiol, 2016, pág. 198)

La función ejecutiva, por su capacidad de decisión y de aplicación casi inmediata de las normas, tanto en contextos temporales como institucionales y territoriales, asume un liderazgo (Bonvecchi y Scartascini, 2011, pág. 7) que le permite implementar sin problema cualquier medida que considere conveniente en la contingencia de excepcionalidad, que no se ve limitada por la aplicación regular de las normas que limitan al poder en el Estado, sino que se extiende fuera de ellas, en lo que la misma doctrina clásica de gobernanza liberal-democrática se consideran prerrogativas de emergencia, de acuerdo con la concepción de John Locke (Feldman, 2013, pág. 75)

Esto es necesario, ya que “*cuando se da una emergencia, una acción inmediata es requerida, y es el ejecutivo quien la asume*” (Weiss, 2021, pág. 1859), muchas veces usando “*viejas normas, implementadas en circunstancias diferentes y por razones diferentes*” (Posner & Vermeule, 2010, pág. 44)

Es por ello que son las contingencias respecto al estado de excepción las que definen a las potestades ejercidas por el ejecutivo en este, incluso si se da la paradoja de la regulación de la prerrogativa a aplicarse frente a circunstancias no previstas por la norma, haciendo que “*la figura jurídica de la excepción [conviva] con aquella de la democracia*” y genere “*espacios de indeterminación o vacíos de derecho que son aprovechados [por] la excepción misma*” (Barreto Rozo, 2007, pág. 3), que justificaría su control por los otros poderes estatales.

Naturalmente, en las disposiciones de nuestra constitución vigente, la única institución que tiene potestad de declarar estados de excepción es la Presidencia de la República, como titular de la Función Ejecutiva, de acuerdo con el artículo 164 de la Constitución, que manda que “*La Presidenta o Presidente de la*

*República podrá decretar el estado de excepción [...] en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural*”, lo que corresponde a los casos de estado de necesidad y de sitio antes descritos, y añadiendo las condiciones del estado de excepción propio.

En concordancia, el artículo 28 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado ecuatoriana define que *“los estados de excepción son la respuesta a graves amenazas de origen natural o antrópico que afectan a la seguridad pública y del Estado”*

Bajo estas premisas, se podría creer que el Presidente de la República es soberano, dado que es él quien decide sobre la excepción y, por tanto, quien decide cual es y en que consiste la excepción y su causa por la que se habría de actuar más allá de lo dispuesto en derecho.

No obstante, el mismo artículo 164 de la Constitución también establece que el decreto que establece el estado de excepción puede declarar la suspensión o limitación de derechos constitucional y convencionalmente reconocidos, nuevamente conectando con la condición de prerrogativa propia del concepto de excepción, aunque otro artículo, el 28 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado manda que *“el estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración.”*

Estos y otros elementos deben considerarse a la hora de determinar si aplica un silogismo jurídico sobre la soberanía del ejecutivo por su potestad de declaratoria de excepción, ya que el propio cargo presidencial y la titularidad de la función ejecutiva se encuentran limitadas por la misma norma constitucional y normas inferiores relaciones, y más aún, por otros órganos que estas instituyen para controlar el ejercicio de este poder, como la propia disposición del artículo 166 de la Constitución, que establece que *“la Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a [...] la Corte Constitucional”*, y luego añade una disposición sobre el *“pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional”*

En la misma línea, el numeral 8 del artículo 436 de la Constitución indica que *“La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes*

*atribuciones: [...] Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales*”, lo que refiere a la lista taxativa de derechos numerados en el artículo 165 que pueden ser suspendidos o limitados por un decreto ejecutivo de estado de excepción (derechos a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información).

Si la soberanía es decisión sobre la excepción, y la excepción es un régimen de actuación ejecutiva que trasciende la mera legalidad, “*que generalmente se define como poder independiente de todo otro poder*” (d’Ors, 1976, pág. 42), las limitaciones a las que es sometida la ‘*decisión*’ de la excepción entendida como su declaratoria por el poder ejecutivo parecen más bien demostrar que esta no es independiente, y que se ve subordinada a quien la controla.

Al respecto, Agustín Grijalva (2014) menciona en su informe de investigación titulado *Límites constitucionales al poder del Ejecutivo* que:

*La utilización de los estados de excepción genera un amplia concentración de prerrogativas exorbitantes en el Ejecutivo que, aunque deben ser implementadas únicamente para solventar situaciones de crisis interna, en no pocos casos han derivado en violaciones a los derechos humanos y en un uso continuado e inadecuado que ha convertido la excepcionalidad en generalidad. (pág. 8)*

y que hace referencia al decisionismo que Schmitt asigna al ejecutivo soberano, en el “*que ninguna norma resulta aplicable a una situación anormal, en el caso de extrema necesidad*” (Negretto, 1994, pág. 3) y, por tanto, su labor “*se libera de toda atadura normativa y deviene en este sentido absoluto*” (Schmitt, 1922, trad. Schwab, 2005, pág. 10), haciendo que la función ejecutiva se ejerza en “*una decisión en el verdadero sentido de la palabra*” (ibid., pág. 12).

Sin embargo, Grijalva no conecta este decisionismo con el concepto de soberanía como decisión de la excepción, ya que, en nuestro ordenamiento vigente, el ejecutivo no ostenta poder de decisión final sobre este, y sus limitaciones demuestran que es una institución diseñada para

*situaciones en las que el Poder ejecutivo no puede salvar la seguridad externa o el orden público con las facultades ordinarias que la Constitución y las leyes le atribuyen y, por lo mismo, necesita para el efecto potestades extraordinarias hasta que los peligros sean conjurados* (Trujillo, 2006, pág. 202),

situaciones que si son previstas por la norma, aunque sus circunstancias de aplicación concreta no lo sean, lo que deriva en un control de la norma que regula su existencia conceptual.

Aquí, el conflicto de definiciones es entre la que considera el concepto de soberanía como manifestación de su esencia, y el que, por el contrario, considera que la misma excepcionalidad se ve limitada por la regularidad de la norma, aunque más parece ser una aplicación nivelada de ambas: primero la excepcionalidad limitada normativamente para el Ejecutivo, con su potestad de declarar estados de excepción establecida en el artículo 164 de la Constitución, y con sus limitaciones dispuestas en el mismo artículo, y los dos siguientes, y por encima de este, la excepcionalidad soberana para aquel que controla al ejecutivo, es decir la Corte Constitucional.

Si el ejecutivo fuera realmente soberano, su declaratoria de la excepción sería una expresión de la decisión pura ante situaciones críticas que amenacen la existencia del Estado, el orden jurídico o el bien común, donde puede tomar *“medidas no previstas en el ordenamiento jurídico vigente e incluso reñidas con sus preceptos”* (Nosetto, 2015, pág. 295).

Por esta razón Schmitt ve en el Ejecutivo al soberano, ya que la facultad de declarar un estado de excepción permite el ejercicio de un poder que no se encuentra limitado por la previsión circunstancial de una norma, sino que se trata de una potestad que trasciende a las normas para recuperar o mantener el orden social y material en el que estas se asientan, (ibid., pág. 295), de modo que en la excepción decretada por el ejecutivo *“[su] decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio”* (Schmitt, 1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 18), siendo la máxima justificación de esto que *“ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación”* (ibid.).

Pero el hecho que la propia excepcionalidad se encuentre regulada directamente por la máxima norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuya aplicación es directa e inmediata, y además instituye un ente con potestades diseñadas para controlar a quien la decreta, implica que el ejecutivo no dispone de poder de decisión sobre la excepción, y por lo tanto, tampoco de soberanía, ya que la declaratoria misma se ve limitada constitucionalmente a una serie de circunstancias concretas, en base a una lista de principios reguladores, en las potestades que puede ejercer y derechos que puede suspender y limitar, y con un ente a quien debe notificar para que determine su constitucionalidad.

Bajo ningún criterio, sea teórico o normativo, puede ser soberano el ejecutivo en su declaratoria de excepción al no poder ejercer la decisión con toda su fuerza en la excepcionalidad, ni puede decidir sobre esta de forma que pueda ejercer poderes absolutos en su vigencia, aunque el ente que controla la constitucionalidad de las declaratorias de excepción si parece ostentar atributos de soberanía como decisión de la excepción, aunque el concepto no se aplique textualmente a su caso.

Se puede comenzar observando lo dispuesto en el artículo 166 de la Constitución, es decir, que *“la Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a [...] la Corte Constitucional”* para que esta emita un *“pronunciamiento que sobre su constitucionalidad”*, en virtud de los poderes que le son atribuidos por el artículo 436, particularmente el del numeral 8, de *“efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”*.

A su vez, la Corte revisa los requisitos de determinación de causal, motivación, ámbito territorial de aplicación, periodo de duración, correspondientes a los dispuestos en el artículo 164, la lista de derechos fundamentales específicos que pueden ser vulnerados o limitados por la declaratoria de estado de excepción, y las potestades del artículo 165 que se permite constitucionalmente al ejecutivo ejercer durante este, para determinar si es o no constitucional, en virtud del numeral 8 del artículo 436, que manda que debe *“efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”*.

Esto, más aún, se refleja en la norma que desarrolla las potestades de la Corte Constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece tanto el artículo 74 como el inciso c del numeral tercero de su artículo 75, respectivamente, que es parte de las competencias de control abstracto de constitucionalidad que realiza “[identificar y eliminar] *las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico*” de los “*decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción*”.

Esta misma ley, en su artículo 119, ordena que “*el control constitucional de los estados de excepción tiene por objeto garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos*” efectuando “*un control formal y material constitucional automático de los decretos que [lo] declaren y de los que se dicten con fundamento en éste.*”

Sobre esto, Carlos Adolfo Zúñiga Rendón (2020), en su artículo *La separación de poderes en el estado de excepción (en ocasión al COVID-19 en Ecuador)* menciona que:

*En primer lugar, el estado de excepción es contemplado en y permitido por la Constitución. Por esta razón, tanto la magnitud de acción como su alcance ya están previstas normativamente, sin permitir ninguna superposición de lo político y lo factual por encima de las regulaciones existentes, de modo que, de acuerdo con estos parámetros constitucionales establecidos, el estado de excepción opera bajo las prescripciones del Estado constitucional de Derecho, incluida la división de poderes, que es un principio que persiste incluso bajo la emergencia (pág. 229).*

Tanto Zúñiga Rendón como la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional plantean que el control de constitucionalidad de los estados de excepción, ejercido por la Corte Constitucional y dispuesto por la Constitución y normas legales inferiores que la desarrollan, es una salvaguardia de la separación de poderes en el Estado de

derecho, es decir, la misma norma suprema que dispone la estructura del diseño constitucional es la que prevé la existencia del estado de excepción como la normalización de un desbalance favorable al Ejecutivo (ibid., pág. 230), que *“altera roles institucionales [...] pero que no debería significar que la emergencia autoriza saltarse por encima de los contrapesos creados por la cultura constitucional”* (Frías, 1992).

No obstante, la Corte Constitucional no consta en el diseño constitucional ecuatoriano como parte de la institucionalidad de la separación de poderes, *“sino que la Constitución de 2008 creó una quinta función del estado y un organismo constitucional (Corte Constitucional) que llevaron a la pérdida de algunas atribuciones de la Asamblea Nacional”* (Chiriboga Mosquera, 2018, pág. 3), y que *“rompe en su base la división de poderes del Estado y quiebra el principio de representación popular democrática, pulveriza el imperio de la Ley y el principio vital de la seguridad jurídica”* (Zavala Egas, 2010, pág. 42).

Más allá de los comentarios de los autores citados, que critican que la Corte Constitucional ejerza potestades que antaño pertenecían a la Función Legislativa, el hecho que la Corte no pertenezca a la institucionalidad de separación de poderes dispuesta en el diseño constitucional ecuatoriano, y aún así ostente facultades de control que pueden invalidar el ejercicio de potestades que si pertenecen a los poderes constituidos del Estado, propiamente separados, genera inquietudes, puesto que implica que existe un órgano creado por el constituyente que trasciende a la misma separación de poderes que garantiza la propia seguridad en el ejercicio del poder frente a la usurpación de este por otros en el Estado.

Tal vez esto se da como garantía de la aplicación de la propia norma constitucional, donde este tipo de cortes son creadas como *“cortes especiales que sólo ejercen poder de revisión de constitucionalidad”* (Harding, 2017, pág. 1), o como *“órganos independientes del Estado, constitucionalmente establecidos, cuyo propósito central es defender la superioridad normativa del derecho constitucional dentro del orden jurídico”* (Stone Sweet, 2012, pág. 2), aunque no deja de generar dudas sobre su lugar, función, y poderes en una institucionalidad donde su existencia misma parece ser una anomalía.

En todo caso, es la Corte Constitucional quien puede invalidar las declaratorias de estado de excepción emitidas por el Presidente mediante su declaración de inconstitucionalidad en base a los criterios de los artículos 120 a 124 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que coinciden con los requisitos dispuestos para los decretos ejecutivos que declaran estados de excepción, según los artículos 164 a 166 de la Constitución.

Lo que en principio podría parecer un sano ejercicio de control del poder político del Ejecutivo por la Corte Constitucional se retuerce al considerar que el artículo 3 de la ley antes mencionada establece que *“las normas constitucionales se interpretarán [por la Corte Constitucional] en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”*

Esto significa que la interpretación constitucional que hace la Corte de los requisitos de constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción emitidas por el Ejecutivo es eminentemente arbitraria, al ser que estos principios (reglas de solución de antinomias, proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica, interpretación teleológica, interpretación literal, principios generales del derecho, equidad, unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación) no disponen de qué forma deben aplicarse en la interpretación que se realice, sino que quedan a su libre elección en su labor interpretativa.

Aquí, la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción que decreta el Presidente, asume el mismo papel decisionista que este en la concepción schmitteana de soberanía, que *“consiste en hacer de la autoridad soberana la fuente absoluta de toda decisión moral y legal en la vida política”* y *“tiene un rasgo específicamente autoritario”* (Negretto, 1995, pág. 51), que corresponde al artículo 440 de la Constitución, que manda que *“las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”*, incluso si no es un órgano ejecutivo sino jurisdiccional-constitucional, al ser sus decisiones son finales, a diferencia de las del Ejecutivo, como ya se ha destacado, que no son finales, al estar sujetas a revisión por otros entes que pueden invalidarlas.

Por ello, vale destacar que la concepción de Schmitt sobre la soberanía, que define que *“soberano es quien decide sobre la excepción”* no es errónea, ya que identifica correctamente que la soberanía, como *“cualidad de unidad suprema de decisión y acción [...] le permite asegurar la unidad del derecho y de la ejecución”* (Heller, 1934, pág. 243), en una institución que la ostenta y la ejerce, mediante la decisión del Estado de excepción, aunque se equivoca en declarar que *“la figura del soberano se encuentra en el Poder Ejecutivo, y no en la Corte”* (Farrell, 2015, pág. 216), ya que, como se ha podido notar en el caso ecuatoriano, no es el Ejecutivo quien tiene la decisión final sobre la excepción, sino la Corte Constitucional, que de todas formas cumple con lo que Martín Farrell denomina Principio de Kahn, que *“hace explícito el elemento decisionista, no solo en el soberano, como cabeza del Poder Ejecutivo, sino en la Corte [Constitucional], como cabeza del Poder Judicial”* (ibid.)

Nuevamente se recuerda que la Corte Constitucional no pertenece a la separación de poderes, pero esto no impide que sea un *“esquema construido por [si misma] en el que prima una concepción canónica del sistema jurídico”* donde *“sólo se acepta como [excepción] lo que decide [el Presidente] si es adecuado a lo que ella percibe y declara que lo es”* (Zavala Egas, 2010, pág. 44).

Con estos elementos, se deduce que la Corte Constitucional ostenta atribuciones soberanas, o es soberana en sí misma, ya que decide, en cierta forma, sobre la excepción, aunque no es una deducción absoluta y definitiva, y quedan dudas sobre lo que esto significa: ¿es controlar la constitucionalidad de una declaratoria de excepción decidir sobre esta? ¿es decidir sobre su constitucionalidad decidir sobre la excepción misma?

## **2.2. ¿Es decidir sobre la constitucionalidad de una declaratoria de estado de excepción decidir sobre esta?**

Sobre la decisión, tanto ejecutiva, en los estados de excepción, como judicial, o jurisdiccional-constitucional, exactamente, en la revisión de constitucionalidad que hace la Corte Constitucional de ellos, se puede desarrollar enormemente, al ser un concepto contextualizado en las disposiciones del ordenamiento constitucional y en el ejercicio de su poder derivado.

Si la parte anterior dedujo la soberanía de la Corte Constitucional al poder esta decidir sobre la constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción emitidas por el Poder Ejecutivo, esta deducción no era conclusiva, al ser la decisión una cosa, y la declaratoria otra, y en la misma decisión, existir diferencias entre la decisión que realiza el ejecutivo declarando el estado de excepción y la decisión que realiza la Corte Constitucional validando o anulando el estado de excepción por la constitucionalidad de su declaratoria.

Así, incluso si pareciera que la Corte efectivamente es soberana ya que decide sobre la excepción, esto solo podría demostrarse en virtud del peso de la decisión realizada por el ejecutivo al declarar el estado de excepción como la propia Corte al revisar su constitucionalidad, y un buen punto de partida sería distinguir entre las definiciones de ciertos conceptos clave, declaratoria y decisión, y en la decisión, entre decisión ejecutiva y decisión judicial, ya que la Corte Constitucional, por más que se encuentre fuera y por encima de la separación de poderes, sigue siendo un órgano de administración de justicia (constitucional en todo caso) y por tanto, opera bajo las mismas premisas y principios que cualquier otro órgano que administre justicia, es decir, un órgano judicial.

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, de la Real Academia Española, remite la definición de declaratoria a declarativo, y define a este, de forma general, como algo “*que declara*”, como un “*acto declarativo de derechos*”, o cuando es “*dicho de un acto, una inscripción, sentencia o resolución: que tiene efectos no constitutivos, de un derecho o una situación jurídica previamente existente*”.

Igualmente, esta definición hace referencia a la de declaración, que la establece, nuevamente de forma general, como una “*comunicación o puesta de manifiesto*”, y dado que la declaratoria o declaración es la de estado de excepción, la definición de esta en este texto de referencia es la de

*régimen jurídico aprobado por el presidente del Estado para todo o parte del territorio nacional, en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural, durante la cual podrán suspenderse o limitarse únicamente el ejercicio del*

*derecho a la inviolabilidad de domicilio, a la inviolabilidad de correspondencia, a la libertad de tránsito, a la libertad de asociación y reunión, y a la libertad de información, en los términos señalados por la Constitución.*

Esta definición también incorpora lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución ecuatoriana y añade un concepto dado por la propia Corte Constitucional ecuatoriana sobre lo que es el Estado de excepción, al que define como “*un mecanismo constitucional que implica la suspensión del ejercicio de determinados derechos, sin que esto signifique que aquella facultad sea ilimitada*”, que proviene de su dictamen no. 014-15-DEE-CC, para el caso no. 0006-11-EE, de fecha 1 de julio de 2015.

Esta sentencia también define los problemas jurídicos a resolver por la Corte para determinar la constitucionalidad de un estado de excepción, siendo los mismos criterios dispuestos por la Constitución y por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que son la “*identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca*”, la “*justificación de la declaratoria*”, el “*ámbito territorial y temporal de la declaratoria*”, los “*derechos que sean susceptibles de limitación, cuando fuere el caso*”, “*las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los Tratados Internacionales*”, las “*medidas adoptadas en la declaratoria de estado de excepción*”, “*que [estas] se ordenen mediante decreto, de acuerdo con las formalidades que establece el sistema jurídico*”, y finalmente “*que [estas] se en marquen dentro de las competencias materiales, espaciales y temporales de los estados de excepción*”.

Por otra parte, la definición de decisión también es importante en este análisis, y según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, en el derecho en general, es un “*acuerdo o resolución final de cualquier persona, organismo o establecimiento, público o privado*”, y en derecho procesal, una “*manifestación de la potestad resolutoria reconocida a los jueces y tribunales, que los faculta para resolver, mediante auto o sentencia, la pretensión sometida a su consideración.*”

Vale la pena también considerar que el propio Schmitt desarrolla su concepción de decisión en su *Teología Política*, indicando que “*una decisión en sentido*

*jurídico se ha de derivar forzosamente del contenido de una norma”* (1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 13), en referencia a concepciones positivistas del orden jurídico, como las de Hans Kelsen.

Sin embargo, Schmitt continua, desarrollando que:

*la norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple ‘supuesto externo’ que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre ‘derecho de una situación’. El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. Él asume el monopolio de la última decisión.* (ibid., pág. 18).

La distinción entre declaración y decisión se torna relevante aquí, ya que lo que la Constitución ecuatoriana permite hacer al Presidente respecto del estado de excepción es decretarlo solo en los casos que se lo permite, y sin que se interrumpa el ejercicio del resto de funciones del Estado.

El decreto, en ese sentido, no se encuentra totalmente definido por las normas constitucionales vigentes en el país, y su única referencia, fuera del contexto del estado de excepción, o de disolución de la Asamblea Nacional, contra en las atribuciones y deberes del Presidente, dispuestas por el artículo 147, que lo establece en su numeral 5 como aquello que expide necesariamente para la “*integración, organización, regulación y control*” de “*la administración pública en forma desconcentrada*”.

La definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española resulta más adecuada, e indica que se trata de una “*decisión de un gobernante o de una autoridad, o de un tribunal o juez, sobre la materia o negocio en que tengan competencia*”, que conecta su significado tanto con los planteados en el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* y en la obra de Schmitt.

Sin embargo, por las limitaciones observadas en el ejercicio de esta potestad por el Presidente, este no puede tratarse de una decisión propia, sino una

declaratoria, una “*comunicación o puesta de manifiesto*” que tiene “*efectos no constitutivos*”, significado recogido en el artículo 166, que establece la obligación de notificación a la Corte Constitucional que tiene el Presidente sobre “*la **declaración** del estado de excepción*” (énfasis añadido en negrilla y subrayado), que demuestra, que el acto jurídico que emite el Ejecutivo no es una decisión sobre el estado de excepción, sino un mero comunicado sobre el mismo, y que es el órgano que revisa su constitucionalidad quien tiene la última y auténtica decisión sobre este, y si retoma la definición schmitteana, se pueden observar otros elementos interesantes del concepto de decisión.

Primero, “*la norma exige un medio homogéneo*”, una “*normalidad fáctica [...] parte de su validez inmanente*”, ya que “*no existe una sola norma que fuera aplicable a un caos*” (Schmitt, 1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 18), y la normalidad fáctica que otorga validez a la institución del estado de excepción es la propia Constitución vigente, al ser esta la que la instituye, regula y permite operar como potestad otorgada al Ejecutivo en su declaración.

El conjunto de normas constitucionales e infra-constitucionales derivadas que regulan al estado de excepción son el orden en el que está implantado y donde tienen sentido, la ‘*situación*’ donde existe como institución jurídica, y si bien “*soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal*”, quien “*crea esa situación y la garantiza en su totalidad*”, y quien “*asume el monopolio de la última decisión*” sobre esa situación, entonces por defecto, es soberana la propia Corte Constitucional, ya que es la máxima instancia de interpretación de la Constitución, según el artículo 436, numeral 1, es decir, quien vela por e interpreta la normalidad fáctica donde está instituido el estado de excepción.

Asimismo, la Corte Constitucional es quien decide si la situación del estado de excepción es normal, si se ajusta a la norma que la regula institucionalmente, algo establecido en el numeral 8 del mismo artículo, controlando la constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, “*cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales*”, es decir, en virtud de la lista de derechos que pueden ser suspendidos o limitados que se encuentra en el artículo 155, y efectuando, como dispone el artículo 119 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “*un control formal y*

*material constitucional automático de los decretos que declaren un estado de excepción*” en base a los requisitos de los artículos 120 al 123 de la misma norma.

De igual manera, la Corte asume el monopolio de la última decisión sobre el estado de excepción ya que, una vez notificada su declaratoria por el Ejecutivo, como establece el artículo 166, debe “*efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad*”, y “*las sentencias y los autos*” que emita sobre esto “*tendrán el carácter de definitivos e inapelables*”, como dispone el artículo 440, es decir, son bajo todo criterio, decisiones finales.

De esta forma, es la Corte Constitucional quien “*crea esa situación* [de estado de excepción] y *la garantiza en su totalidad*”, indicándose textualmente que en el artículo 119 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se manda que “*el control constitucional de los estados de excepción tiene por objeto garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos*”, de modo que es la propia Corte quien crea, mediante su revisión de constitucionalidad, los estados de excepción, y garantiza su existencia cuando cumple con los requerimientos que ella misma determine para estos en su interpretación constitucional.

Tal vez en ello queda claro que “*una decisión genuina requiere de algunos poderes inherentes y especiales*” (Gulli, 2009, pág. 24), poderes que la Corte Constitucional si ostenta y ejerce respecto al Ejecutivo, aunque estos poderes generen “*enormes problemas con los procesos políticos que subyacen a [...] la acción ejecutiva*”, ya que las circunstancias que obligan a la decisión de un estado de excepción no pueden subsumirse en la mera revisión de constitucionalidad realizada por unos cuantos magistrados con aspiraciones idealistas (Ison, 1985, pág. 117), aunque, de cualquier forma, termina siendo una “*descripción de la soberanía de [la Corte Constitucional], de su superintendencia tan diferente a la de las cortes ordinarias*” (Hirsch Levi, 1983, pág. 699).

La justificación que se da de esto en el informe de investigación sobre *Límites Constitucionales al poder del Ejecutivo*, redactado quien fuera juez

constitucional, Agustín Grijalva (2014), parte de la base que es el propio “*derecho internacional de derechos humanos*” el que:

*ha pretendido evitar la violación de derechos dada como consecuencia de la instrumentalización de estados de excepción por parte del Ejecutivo, a través de dos caminos, primero, la regularización de límites en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y, segundo, por medio de las decisiones y recomendaciones emitidas por sus órganos de control* (pág. 10).

De misma forma, otra de las justificaciones sobre este ejercicio de poder soberano por la Corte Constitucional estaría en el antecedente de la Constitución austriaca de 1920, donde “*esta facultad era competencia exclusiva de los jueces del Tribunal Constitucional*” (Melo Delgado, 2015, pág. 39), demostrando una clara influencia del positivismo de Kelsen en sus normas, así como en las constituciones contemporáneas inspiradas en ellas.

El modelo es básicamente un sistema cerrado, en el que el soberano, como poder supremo, protege a la ley suprema (Córdova Vianello, 2006, pág. 49), reduciendo al Estado al fenómeno jurídico del Estado de derecho, e incorpora la excepción, que sería el gobierno en ausencia de normas, a las propias normas que constituyen lo que es gobierno (Negretto, 1994, pág. 4).

Sin embargo, esto solo evidencia la realidad práctica donde la Corte Constitucional ejerce atributos soberanos al decidir verdaderamente sobre la excepción, haciendo que cualquier explicación teórica basada en la soberanía popular demuestre lo que Gaetano Mosca (1939) denominó ‘*fórmulas políticas*’, es decir, “*teorías o principios, a su vez basados en creencias o sistemas éticos, que son aceptados por quienes son gobernados*” (trad. Kahn, 1959, pág. xv).

La verdad sigue siendo que la Corte puede decidir sobre la declaratoria de excepción emitida por el Presidente simplemente mediante su potestad de revisión de su constitucionalidad, aunque la duda que queda es ¿cómo se podría comprobar jurisprudencialmente el ejercicio de este poder soberano que la Corte Constitucional demuestra tener al decidir sobre la excepción?

### **2.3. La jurisprudencia de control de constitucionalidad de los estados de excepción y la supremacía de la Corte frente al Ejecutivo.**

Previamente se pudo observar un ejemplo de jurisprudencia de la Corte Constitucional ejerciendo su potestad respecto al estado de excepción, donde definió la naturaleza jurídica del estado de excepción en su resolución, aunque este no es el único ejemplo de control final que tiene la Corte Constitucional sobre la decisión del estado de excepción, y existen muchas otras instancias jurisprudenciales donde se puede notar este fenómeno.

Primero, para entender la nomenclatura aplicable, consta la resolución no. 003-CCE-PLE-2019, donde el Pleno de la Corte, siguiendo lo establecido en el artículo 429, que manda que *“las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”*, y ejerciendo la potestad que le otorga el numeral 8 del artículo 191 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que ordena que *“corresponde al Pleno de la Corte Constitucional: [...] Expedir, interpretar y modificar a través de resoluciones los reglamentos internos necesarios para el funcionamiento de la Corte Constitucional”*, dispuso regular la forma donde son identificadas las resoluciones, sentencias y dictámenes que emite para los distintos tipos de acciones que resuelve o potestades que ejerce por mandato constitucional, con la que la Corte Constitucional asumió la nomenclatura EE para todas las providencias resolutorias que emita sobre control de constitucionalidad de decretos de estado de excepción, volviéndolas mucho más identificables, aunque previamente ya hayan constando con una nomenclatura similar, que es la de las siglas SEE.

Según el Buscador de Jurisprudencia Constitucional que ha puesto la Corte Constitucional a disposición pública, existen más de cien dictámenes de control de constitucionalidad de decretos de estado de excepción a día presente, emitidos desde el 22 de enero de 2009.

Ahora bien, para que el análisis de estos dictámenes de constitucionalidad de estados de excepción no genere solamente una mera percepción sobre el ejercicio de soberanía, según la concepción schmitteana de decisión de la excepción, por parte de la Corte Constitucional, sino que permitan tener una

demostración empírica de esta, los casos analizados fueron seleccionados bajo una serie de criterios, que se reflejan en su examinación desde la teoría.

En primer lugar, fue escogida aproximadamente una cuarta parte de todos los dictámenes de este tipo, es decir, unas 27 decisiones de la Corte desde el inicio de sus operaciones, todas identificadas desde su Buscador de Jurisprudencia con las nomenclaturas SEE y EE, que son sentencias de control de constitucionalidad de estados de excepción.

Estos 27 dictámenes pueden ser acumulados en algunos ejes temáticos, que son, cronológicamente, uno relacionado con los eventos surgidos respecto a lo que ahora se recuerda como 30-S, que fueron resueltos por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, y luego por la Primera y Segunda Magistratura de la Corte, que tenía a muchos de los mismos jueces, y otros dos relacionados con el Paro Indígena de Octubre de 2019 y luego con la Pandemia Global de COVID-19, respectivamente, que serían todos resueltos por la Segunda Magistratura de la Corte, que reemplazó totalmente a los miembros de la Primera.

De entre los más antiguos, es destacable el dictamen no. 0017-10-SEE-CC del caso 0013-10-EE, del 1 de octubre de 2010, que corresponde al control de constitucionalidad del decreto de estado de excepción dictado dentro en la conmoción causada el 30 de septiembre por las protestas y huelgas iniciadas por miembros de tropa de la Policía Nacional contra la Ley de Servicio Público, que había sido aprobada por el Legislativo, y que luego desencadenaría el evento conocido como 30-S cuando el propio Presidente iría a intentar negociar con los policías en huelga en su regimiento, arriesgando irresponsablemente su seguridad en una maniobra política.

Este dictamen es interesante porque la Corte realiza su primer ejercicio de control de constitucionalidad de un decreto de estado de excepción en auténtica situación de excepcionalidad, indicando textualmente que:

*se debe aclarar que el estado de excepción no da carta blanca a la violación indiscriminada de los derechos, pues tan solo otorga la posibilidad (que puede concretarse o no) de limitar determinados derechos civiles, evento en el cual, dicha limitación debe motivarse en*

*virtud de las características del caso concreto. En este contexto, la declaratoria de Estado de excepción tiene como fin lograr la normalidad institucional del Estado en épocas de crisis, ya sea evitando o mitigando las amenazas a la propia existencia de la sociedad organizada como un todo, y de los ciudadanos que la componen concebidos en su individualidad.*

Así, la Corte, aunque compuesta por magistrados afines al Presidente, declara que puede definir y limitar al estado de excepción en base a su propia definición de este, pero termina cediendo ante la presión política, y además de “*declarar la procedencia formal y material del Decreto Ejecutivo no. 488 del 30 de septiembre del 2010, que declara el estado de excepción*” y “*declarar la constitucionalidad de la Declaratoria de estado de excepción*”, identifica, de forma bastante subjetiva al “*régimen democrático del país*” como “*representado por medio del Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado*”, de forma análoga a lo que García-Trevijano (2010) desarrollaría en la figura del Ejecutivo como representación del Estado, frente a la del Legislativo como representación de la Nación (pág. 173).

Ahora bien, este dictamen no tendría mayor trascendencia si no fuera porque representa el primero de una serie extensa de decisiones de la misma Corte Constitucional que renuevan este mismo estado de excepción, pero en que es reducido en su elemento territorial a las premisas de la Asamblea Nacional, comenzando con el decreto no. 571 dictado por Rafael Correa en calidad de presidente constitucional de la República del Ecuador, que va a ser repetido en el control de constitucionalidad de toda la serie de dictámenes, que son el no. 019-SEE-CC para el caso 0014-10-EE, no. 001-11-DEE-CC para el caso no. 0016-10-EE, 008-15-DEE-CC para el caso no. 0002-11-EE, no. 003-15-DEE-CC para el caso no. 0009-11-EE, no. 006-15-DEE-EE para el caso no. 0011-11-EE, no. 005-15-DEE-CC para el caso no. 0012-11-EE, no. 007-15-DEE-CC para el caso no. 0001-12-EE, no. 011-5-DEE-CC para el caso no. 0002-12-EE, no. 004-15-DEE-CC para el caso no. 0005-12-EE, no. 012-15-DEE-CC para el caso no. 0008-12-EE, no. 018-15-DEE-CC para el caso no. 0009-12-EE, no. 009-15-DEE-CC para el caso no. 0010-12-EE, no. 010-15-DEE-CC para el caso no. 0011-12-EE, no. 015-15-DEE-CC para el caso no. 0012-12-EE, no. 013-15-DEE-CC para

el caso no. 0001-13-EE, y finalmente no. 016-15-DEE-CC para el caso no. 0002-13-EE.

Todos estos 16 dictámenes tienen virtualmente el mismo contenido en su sustanciación, salvo la indicación de coincidencia de identidad del caso con otras de las causas antes mencionadas, y en todos ellos, la decisión siempre fue la misma: declarar la constitucionalidad y procedencia del decreto que decretaba el estado de excepción, lo que significa que la Corte no realizó

*en la práctica [...] un verdadero control constitucional de los decretos ejecutivos declaratorios del estado de excepción, lo cual lo podemos corroborar tan solo revisando la nómina de decretos de excepción que se han emitido, repetitivamente en el mismo lugar y por la misma causa (Melo Delgado, 2015, pág. 22)*

En este punto, la comparación necesaria, considerando que la Corte Constitucional ostenta una facultad real de decidir sobre la excepción al controlar la constitucionalidad de los estados de excepción emitidos por el Ejecutivo, se encuentra con el infame *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, el *Decreto del Presidente del Reich para la Protección del Pueblo y del Estado*, mucho más conocido como *Reichstagsbrandverordnung (Decreto del Incendio del Reichstag)*, firmado por el entonces presidente alemán Paul von Hindenburg bajo recomendación de su entonces canciller Adolf Hitler, con el que el gobierno alemán, en ese momento ya en manos del nazismo, anuló todas las libertades y derechos civiles consagrados en su Constitución vigente, la de la República de Weimar, y con ello, permitió dar fundamento legal a la existencia de su régimen totalitario, y justificó, en sus normas, todo su control de la sociedad y sus atrocidades desde los poderes excepcionales entregados a su Ejecutivo ante el pánico de un eventual golpe de Estado comunista, representado por el incendio del Reichstag del 27 de febrero de 1933 (Lindseth, 2004, pág. 1364).

Para el caso ecuatoriano, como ya se mencionó previamente, la potestad de control de constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción que ostenta la Corte Constitucional, instituida en numeral 8 del artículo 436 de la norma suprema, lo está para “*salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos*”, como dispone el artículo 119 de la Ley Orgánica de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, aunque el análisis teórico-normativo realizado ha demostrado que en esencia, la Corte es soberana en medida que puede decidir sobre la excepción al determinar sobre su constitucionalidad, mientras que el Ejecutivo solamente puede declararla mediante decreto.

Si respecto a esta serie de casos, que corresponden al ejercicio de control de constitucionalidad de estados de excepción, la Corte Constitucional no los resolvió de oficio y de forma inmediata tras ser notificados, como manda el artículo 436 de la Constitución en su numeral 8, y por el contrario, demoró casi 4 años en hacerlo, para final e invariablemente validar su constitucionalidad, entonces el problema con nuestra estructura de gobierno no sería un régimen presidencialista con un Ejecutivo con poderes ilimitados, sino una Corte Constitucional que permite el ejercicio de poderes ilimitados al Ejecutivo en detrimento de la separación de poderes que aparenta proteger, y desnaturalizando sus propios deberes constitucionales.

En esta serie, la Corte controla la constitucionalidad de varios decretos que declaran estado de excepción únicamente en la Asamblea, declarándolos procedentes y conformes a lo constitucionalmente establecido, cuando estos atentan contra la separación de poderes, y permiten que las fuerzas armadas asuman la seguridad de las premisas de la Asamblea, incluso si estas se encuentran bajo mando directo del Presidente como cabeza del Ejecutivo de acuerdo con los artículos 147, numeral 16, y 165, numerales 6 y 8, que otorgan le, en el estado de excepción, las potestades de

*disponer el empleo de las Fuerzas Armadas [...] llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones” y “disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.*

Vale mencionar que las normas citadas también mencionan al Presidente y sus potestades como comandante en jefe de la Policía Nacional, pero en la jurisprudencia citada, el control de constitucionalidad realizado y validado por la Corte Constitucional de los decretos de estado de excepción que emitió Rafael

Correa como Presidente, este establece a la Policía Nacional como enemiga del orden público por haberse sublevado contra sus disposiciones, demostrando que las tesis de Schmitt, tanto sobre la soberanía como decisión de la excepción, como sobre la política como distinción entre amigos y enemigos (1998, pág. 56) son aplicables, ya que *“el estado de excepción se basa en la necesidad de proteger a la constitución en contra de un ataque desde afuera o en contra de ataques desde adentro, esto es en contra de los enemigos internos o externos”* (Benavides, 2006, 129).

De todas formas, esto no reduce la potestad de la Corte Constitucional en el ejercicio de sus poderes al haber declarado constitucionales los decretos de estado de excepción emitidos por Correa solamente para la Asamblea Nacional, sino que la demuestra, ya que, al no haber *“[efectuado] de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”*, como dispone el numeral 8 del artículo 436 de la Constitución, y muy posteriormente, declarado su procedencia, incumplió con el propio parámetro legal impuesto en su norma operativa, es decir, en el artículo 119 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, *“el control constitucional de los estados de excepción tiene por objeto [...] salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos”*, y desnaturalizando la función que le fue confiada con esta potestad.

Así, la Corte expone su capacidad de actuación más allá de las limitaciones normativas, es decir, de prerrogativa (Feldman, 2013, pág. 81), a la hora de decidir, ya que sencillamente dejó que el Ejecutivo actúe sin el debido control al que está sujeto constitucional y legalmente, implicando que la Corte Constitucional, al ejercer esta prerrogativa, y permitir actuar más allá de las limitaciones constitucionales al Ejecutivo, validado por su potestad de decisión de la excepción mediante control de constitucionalidad de los decretos que la declaran, está actuando efectivamente como soberana.

Este precedente es suficiente para demostrar este punto, pero existen otros más que también resultan interesantes, e ilustran otras formas como la Corte también puede ejercer soberanía en la decisión sobre la excepción, aunque no para validarla, sino para limitarla.

Si la labor realizada por los magistrados de la Corte Constitucional para el Período de Transición y posteriormente para su Primer y Segundo Periodo fue bastante afín a los intereses del ejecutivo, con la renovación total que se dio para su Tercer Periodo, la jurisprudencia de control de constitucionalidad de los estados de excepción se vuelve mucho más crítica y limitante del poder ejercido por la Presidencia en estas situaciones, algo que consta en los 10 otros casos escogidos para análisis.

El primero que demuestra esto es el dictamen no. 5-19-EE/19 para el caso no. 5-19-EE, emitido el 7 de octubre de 2019, que coincide con el control de constitucionalidad de la declaratoria de estado de excepción por el ciclo de manifestaciones encabezadas por el movimiento indígena en octubre de 2019, donde consta un análisis puntual de todos los elementos de control del decreto de estado de excepción dispuestos como principios en el artículo 164 de la Constitución, es decir, necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad, razonabilidad, determinación de la causal, motivación, ámbito territorial de aplicación, periodo de duración, medidas a aplicarse, derechos suspendidos o limitados y notificaciones debidas (Melo Delgado, 2015, págs. 21-22).

Sin embargo, en la propia motivación de su decisión, el juez ponente de este caso, Enrique Herrería Bonnet, manifiesta que la labor de control de la Corte va a ejercer potestades más amplias que en casos resueltos por magistrados anteriores, y demostrando que el Ejecutivo no es quien tiene la decisión final sobre la excepción, sino la propia Corte Constitucional.

En el párrafo 57 de la motivación del dictamen se indica que:

*si bien el artículo 166 de la Constitución prescribe que el estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días, esto no significa que el Presidente de la República no deba justificar el tiempo de vigencia de las medidas adoptadas. En consecuencia, al no estar debidamente justificado el plazo máximo constitucional esta Corte considera que el tiempo es excesivo a la luz de los hechos que ha constatado*

y prosigue en el siguiente, declarando que:

*es menester recordar que los estados de excepción, bajo ningún precepto y a la luz de las obligaciones constitucionales y convencionales del Estado ecuatoriano deben ser arbitrarios, indefinidos o permanentes, ya que su naturaleza es la de cesar inmediatamente después de que se haya restaurado el orden público y la normalidad en la sociedad.*

La decisión al final del dictamen es una demostración impresionante de la potestad soberana de la Corte de decidir sobre la excepción, reconociendo la necesidad de esta, pero limitando su ejercicio en sus elementos de temporalidad y suspensión de libertades, disponiendo que:

*las medidas de limitación y suspensión únicamente aplicarán por un plazo de treinta días con respecto a los derechos a la libertad de asociación, reunión y libre tránsito así como las requisiciones a las que haya lugar con motivo del objeto del estado de excepción. Estas serán necesarias, idóneas y proporcionales: (i) si permiten cumplirlos objetivos del estado de excepción, (ii) no afecten el derecho a la protesta pacífica, constitucionalmente reconocido, y (iii) se desarrollen en el marco del uso de la fuerza de manera necesaria, proporcional y progresiva por parte de la Policía Nacional y complementariamente de las Fuerzas Armadas.*

Finalmente, en el dictamen, sin que el ordenamiento se lo permita, la Corte dispone, trascendiendo sus limitaciones, a forma de prerrogativa:

*demandar de la Policía Nacional y complementariamente de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus deberes de prevenir y proteger la integridad y derechos de los periodistas y medios de comunicación, de los organismos e instituciones de asistencia humanitaria, así como de la ciudadanía en general*

asumiendo potestades atribuidas al Ejecutivo según el artículo 147, numeral 16 de la Constitución.

Si una decisión de la Corte Constitucional puede limitar lo que disponga una declaratoria de estado de excepción emitida por el ejecutivo, y, además con esta pueda arrogarse potestades que corresponden al propio ejecutivo, entonces la

decisión misma sobre la excepción no está en el ejecutivo, sino en la Corte, por lo que esta, nuevamente, demuestra ser soberana.

Este no es el único ejemplo de este ejercicio de poderes por parte la Corte, y otra instancia destacable está en el dictamen no. 1-20-EE/20 para el caso no. 1-20-EE, emitido el 19 de marzo de 2020 por su jueza ponente, Teresa Nuques Martínez, donde, si bien la Corte Constitucional reconoce y valida la constitucionalidad del decreto de estado de excepción emitido por Lenin Moreno como Presidente de la República para restringir, mediante confinamiento sanitario, el incremento de contagios de COVID-19 surgido por la pandemia de esta enfermedad, la limita en algunos puntos, demostrando una vez más tener la decisión final sobre la misma.

Por ejemplo, respecto del decreto de estado de excepción para este caso, la Corte declara que:

*el uso de las tecnologías detalladas en el texto transcrito es una medida idónea, necesaria y proporcional, debido a que optimiza los recursos humanos y materiales para lograr los fines del estado de excepción declarado y a las restricciones impuestas al derecho a libertad de tránsito, de asociación y de reunión, que incluyen rastrear la propagación del virus así como el aislamiento de personas con potencialidad de ser agentes de contagio. Dicha utilización se circunscribe al marco de actuación descrito, por lo que no debe ser un medio para la transgresión de los derechos a la privacidad, a la no discriminación. debiendo velarse por la protección de fuentes periodísticas y otras libertades. Además, el Estado asegurará que se proteja la información personal de los pacientes o de las personas examinadas sanitariamente en razón de esta pandemia.*

En este punto, la Corte limita, por encima de cualquier potestad que intente ejercer el Ejecutivo, el uso de medidas dispuestas en el decreto de Estado de excepción para suspender libertades o vulnerar derechos, es decir, decidiendo sobre elementos de la excepción, es decir, demostrando soberanía al ejercer la decisión final, en este elemento particular, de la excepción.

Igualmente, la Corte dispone que:

*la supresión de suelos y el cierre de fronteras no son medidas absolutas, por lo cual el Estado permitirá, en las circunstancias excepcionales de este periodo de emergencia sanitaria, el ingreso adecuado de las personas nacionales y extranjeros con residencia en el país, que se encuentren en tránsito al país o en zonas troceen zas. debiendo imponerse los debidos controles sanitarios y la sujeción a las directrices emitidas por las autoridades de salud,*

supeditando a su decisión final lo declarado en el decreto emitido por la Presidencia.

Todos estos criterios son repetidos en el propio dictamen, y aunque se declara la constitucionalidad del decreto en cuestión, este se ve limitado en su alcance por la decisión de la Corte Constitucional, por lo que se lo podría considerar apenas como dictamen de constitucionalidad formal, con el que la Corte igual puede intervenir para decidir finalmente sobre la excepción, algo que si ha ocurrido, como en el dictamen no. 4-21-EE/21 para el caso no. 4-21-EE, en el que la Corte resuelve “*declarar la constitucionalidad del decreto ejecutivo no. 140 de 28 de julio de 2021 que contiene la renovación por 30 días del estado de excepción decretado*” y de todas formas “*declarar que el artículo 3 del decreto ejecutivo no. 140, dada las circunstancias actuales no está justificado y por lo tanto deviene en inconstitucional*”.

De hecho, esto se replica en su jurisprudencia, como en la revisión de constitucionalidad del decreto ejecutivo no. 1052, que renovó el estado de excepción revisado en el dictamen antes mencionado por otros treinta días, ya que, en este, como menciona Zúñiga Rendón (2020):

*la Corte Constitucional emitió una opinión favorable (No. 2-20-EE/20), enfatizando los derechos y garantías en las áreas de salud, educación, conectividad, violencia contra las mujeres, derechos de los pueblos indígenas, trabajo, movilidad humana, acceso a la información, libertad de expresión, derecho a la protesta, personas privadas a la libertad, transparencia, corrupción, y responsabilidad de los servidores públicos.*  
(pág. 236)

Este patrón se vuelve frecuente en dictámenes posteriores, como el no. 3-20-EE/20 para el caso no. 3-20-EE, con el que se dispone que es constitucional la declaratoria de excepción, pero la denominada emergencia económica no constituye una causal para ella, por lo que su voto salvado intenta directamente declarar inconstitucional al decreto y suspender el estado de excepción.

No obstante, la Corte si lograría finalmente *decidir* per se sobre la excepción con su dictamen no. 7-20-EE/20 para el caso no. 7-20-EE/20, en el que invalidaría el decreto ejecutivo no. 1217 que declaraba la excepción, decidiendo su inconstitucionalidad porque “*no se ha dado cumplimiento a los principios de necesidad y proporcionalidad que deben regir la temporalidad de la declaratoria de estado de excepción*”, siendo discrepante el voto salvado del Presidente de la Corte, Hernán Salgado, justificando la excepción en “*la magnitud apocalíptica de la pandemia que nos aflige*”, y criticando el formalismo de sus pares “*que pierde de vista la realidad cotidiana de la pandemia, así como sus variaciones*”, al no ser “*suficiente señalar que hay que proteger la democracia y los derechos fundamentales, pues resulta una abstracción que no guarda proporciones con una realidad concreta que es el derecho a la vida*”.

Donde algunos ven “*otro ejemplo de cómo la justicia constitucional puede significar un freno al poder de decisión del ejecutivo durante la excepción*” (Zúñiga Rendón, 2020, pág. 237), se puede notar mucho más que mecanismos de control en el ejercicio mismo de una potestad soberana por encima del rezago de prerrogativa que pueda ejercer el Ejecutivo mediante la institución del Estado de excepción, aunque la propia Corte declare, en su dictamen no. 5-20-EE/20 para el caso no. 5-20-EE que:

*la Corte Constitucional no pretende restar o disminuir la atribución constitucional del Presidente de la República para declarar estado de excepción. Al contrario, la función de este Organismo es verificar si el ejercicio de la atribución señalada se ajusta a los parámetros, reglas y principios constitucionales*

cayendo, nuevamente, en promover una fórmula política para justificar su poder soberano.

Para finalizar este análisis, sería conveniente mencionar otros ejemplos jurisprudenciales en los que la Corte Constitucional trasciende su rol como “*máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*”, según el artículo 429 de la Constitución, y directamente ordena en sus decisiones al Ejecutivo, o a otras institucionales estatales sobre las cuales no tiene potestades, la implementación de medidas particulares, causalmente, relacionadas con la crisis de seguridad nacional<sup>1</sup> que sufre el país en sus recintos penitenciarios y la subsecuente ola de delincuencia.

Cabe destacar, que es bajo estas circunstancias donde existe el mayor conflicto entre el ejecutivo y la Corte Constitucional, y donde más se destaca el ejercicio de soberanía como decisión sobre la excepción, tal vez porque “*prevalece el entendimiento de la seguridad como una excepción a la ‘política normal’*” (Neal, 2019, pág. 29), o tal vez porque

*la existencia de un orden estable que, en determinadas situaciones, que escapan a lo establecido (las excepcionales), requieren una decisión que les brinde solución; tarea que corresponde, ordinariamente, al orden político o potestas.* (Vanney, 2010, pág. 245)

El primero de estos casos es el dictamen no. 4-20-EE/20 para el caso no. 4-20-EE, en el que la Corte Constitucional decide “*llamar la atención al Presidente de la República para que emprenda la implementación de soluciones estructurales al problema carcelario más allá del estado de excepción*” y otorga un “*término de 20 días contados desde la finalización del estado de excepción*” para que remita “*a esta Corte Constitucional y a la Defensoría del Pueblo un plan de acción a mediano y largo plazo para afrontar la crisis en el sistema carcelario mediante el régimen ordinario*”, cuando esta potestad no la dispone, al no encontrarse ni en sus atribuciones otorgadas por el artículo 436 de la Constitución, ni por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo que demuestra que está actuando más allá de lo que permite el control de constitucionalidad de estados de excepción, y por tanto, ejerciendo prerrogativa,

---

<sup>1</sup> Esta cuestión, desde la propia perspectiva de la soberanía de la Corte Constitucional, fue explorada por Gustavo Pareja en la entrevista realizada por Ugo Stornaiolo Silva para el periódico español España – Navarra Confidencial, y en el posterior artículo de opinión que se desarrollaría desde su base, y que se encuentra disponible en: <https://www.españaconfidencial.com/2021/10/23/el-fiasco-de-la-seguridad-nacional-con-gustavo-pareja-y-ugo-stornaiolo/>

y más aún al decidir sobre un estado de excepción, lo que implica un ejercicio soberano de sus poderes de acuerdo con la teoría de Schmitt sobre la soberanía.

El segundo es el dictamen no. 6-20-EE/20 para el caso 6-20-EE, donde la Corte decide:

*disponer que el presidente de la República, en el término de 20 días contados desde la finalización de la renovación del estado de excepción, remita a esta Corte Constitucional y a la Defensoría del Pueblo un plan de acción a mediano y largo plazo para afrontar la crisis en el sistema carcelario mediante el régimen ordinario,*

nuevamente actuando con prerrogativa soberana frente a órganos del Estado sobre los cuales no dispone poder formalmente atribuido, de acuerdo a los mismos criterios del párrafo anterior.

El tercero sería el dictamen no. 5-21-EE/21 para el caso no. 5-21-EE, donde nuevamente se emite “*dictamen favorable de constitucionalidad a la declaratoria de estado de excepción contenida en el Decreto Ejecutivo*”, pero se dispone que:

*en cuanto a la movilización y participación de las Fuerzas Armadas en el control de la seguridad de los Centros de Privación de Libertad, medida establecida en los artículos 3, 4 y 5 del Decreto, esta será constitucional siempre que se circunscriba al perímetro exterior, incluido el primer filtro de ingreso, de los Centros de Privación de Libertad,*

es decir, asumiendo como prerrogativa soberana en el estado de excepción, las potestades del propio titular del Ejecutivo como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas según lo dispuesto en el artículo 147, numeral 16 de la Constitución, y más aún cuando estas le son reservadas para estas circunstancias excepcionales según los numerales 6 y 8 del artículo 165 de la misma norma.

Finalmente, está el dictamen no. 6-21-EE/21 para el caso no. 6-21-EE, donde la Corte resuelve “*condicionar la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo no. 224 de 18 de octubre de 2021 sobre la declaratoria de estado de excepción por “grave conmoción interna (...) [por el] aumento en actividad delictiva”*”, es decir, hace que su constitucionalidad quede sujeta a su interpretación, y esta a los

criterios que dispone en la misma decisión, que incluyen limitar los ámbitos territoriales y temporales de su vigencia y restringir “*la medida de movilización de las Fuerzas Armadas [...] a operativos en los que ellas cumplan exclusivamente funciones complementarias a las de la Policía Nacional, siempre que se encuentre suficientemente justificada su intervención y esta respete el principio de proporcionalidad*”.

En esta sentencia, la Corte nuevamente asume como prerrogativa soberana, los poderes otorgados al Presidente en los artículos antes señalados, y determinar que:

*la calificación de ‘grave conmoción social’ efectuada por esta Corte en el presente Dictamen tiene como efecto exclusivo el de declarar la constitucionalidad condicionada del Decreto examinado; en consecuencia, dicha calificación y, en general, la declaratoria de estado de excepción no podrán invocarse más que para tales efectos,*

es decir, limitar a su interpretación exclusiva el significado del término “*grave conmoción social*”, cuya formulación ya no puede ser utilizada por el Ejecutivo como justificación para declarar de estado de excepción, impidiendo que pueda ejercer su potestad en esa circunstancia.

Como reflexión final, de los 27 casos analizados cronológicamente, cabe mencionar que el ejercicio de soberanía que se pudo observar no fue siempre el mismo, sino que tuvo distintas manifestaciones, como se consta en su desarrollo.

Así, en los 17 primeros, que fueron resueltos por los magistrados de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y luego para sus Primer y Segundo Periodos, la decisión con prerrogativa más allá de lo dispuesto constitucional y legalmente no se dió en las decisiones, ya que ninguna limitó o restringió los estados de excepción decretados por el entonces presidente, Rafael Correa, sino que se pudo percibir en la desnaturalización de la propia potestad de control de constitucionalidad de los estados de excepción, de los que 16 fueron resueltos extemporáneamente, varios años después de la emisión del decreto de excepción, y más aún, todos fueron validados en sus pretensiones, que básicamente declaraban un estado de sitio del ejecutivo al legislativo en sus

propias instalaciones, dándose una situación de coerción simbólica de un poder constituido a otro.

Por otra parte, el resto de los casos analizados, que fueron 10, tuvieron manifestaciones mucho más diversas de soberanía, que revelan las distintas posturas en el seno de la magistratura para el tercer periodo de la Corte Constitucional.

De todos estos dictámenes, apenas 2 realizaron control del cumplimiento de los parámetros formales dispuestos constitucionalmente para el decreto de estado de excepción, mientras que los otros 8 realizaron control material de este, asumiendo, mediante sus decisiones, prerrogativa sobre las potestades del ejecutivo, que en tres de esas ocasiones fue supeditada de sus potestades sobre las fuerzas del orden, y en otras dos fue directamente mandada por la Corte a realizar determinadas acciones, decidiendo en todos estos casos sobre los poderes en la excepción.

Con este análisis, queda bastante claro que, al menos en la institución del estado de excepción, que Carl Schmitt considerada como adalid y demostración práctica de la soberanía en su decisión, es la Corte Constitucional quien ostenta poder absoluto, al poder validarla con su silencio, o mediante prerrogativa en su control de constitucionalidad, limitarlo, condicionarlo, y arrogarse potestades que no dispone y que corresponden a otros órganos del Estado.

Si la Corte puede de esas formas decidir sobre la excepción, es sencillamente obvio que la Corte es soberana. La pregunta que queda, después de haber constatado esta realidad es; ¿de qué otras formas la Corte Constitucional ejerce soberanía?

### **Capítulo 3: La soberanía en el control de constitucionalidad como forma de ‘decidir sobre la excepción’.**

En este capítulo, partiendo del poder decisorio descrito previamente, se explicará, usando las doctrinas del positivismo británico clásico y del realismo jurídico, que la potestad de control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional constituye una forma de ‘*decisión sobre la excepción*’, entendida como la emisión de comandos jurisprudenciales soberanos que derogan y expulsan excepciones normativas al ordenamiento jurídico general.

#### **3.1. En derecho, decidir sobre la excepción no solo es decretar el estado de excepción.**

Si bien la esencia de la soberanía según Schmitt se centra en la decisión, y esta es asumida en circunstancias excepcionales por una sola persona, el soberano, que actuaba más allá de sus limitaciones legales o constitucionales, para proteger la existencia misma del Estado, el capítulo anterior probó que, al existir un ente con capacidad de decisión final sobre la institución misma del estado de excepción, este ente es soberano, actuando incluso con prerrogativa.

De todas formas, la concepción schmitteana siempre se ha centrado en el problema de la autoridad del derecho, y aunque esto lo haya orientado hacia darle preponderancia al ejecutivo, su consecuencia fue un desastre en la práctica, como se comprobó con el régimen nacionalsocialista en Alemania. (Howland, 2018, pág. 212), por lo que Schmitt buscó alternativas para la aplicación de su teoría en otros ámbitos del Estado, particularmente en la soberanía del derecho mismo y, sobre todo, de la jurisprudente (ibid.)

El papel de la decisión sobre la excepción por la Corte Constitucional ya fue determinado, y para ello, la herramienta usada por la Corte que fue analizada fue su jurisprudencia, que, en términos de los *Principios para una Teoría Realista del Derecho*, de Álvaro d’Ors, es “*la fuente primaria de todo el derecho. Porque la jurisprudencia es precisamente eso: formulación del ius*” (1953, pág. 311), es decir, la declaración y aprobación misma del derecho, como el mismo autor dispone bajo forma de las siguientes máximas:

*I. Derecho es aquello que aprueban los jueces. [...] VIII. Derecho positivo es aquello que el Soberano impone a la aprobación de los jueces. IX.*

*Derecho vigente es aquello que los jueces real y actualmente aprueban. [...] XII. Derecho supremo (summum ius) es aquello que el Tribunal Supremo aprueba. [...] XIV. Derecha judicial es el derecho. (ibid., pág. 330)*

Esto resulta muy similar a la concepción del derecho de los positivistas clásicos, como Jeremy Bentham o John Austin, que definen a las normas positivas como comandos soberanos (Bhardwaj & Raj, 2014, pág. 12), y más aún, la del mismo John Austin, en su obra *Provincia de la Jurisprudencia Determinada*, que describe al derecho en los siguientes términos:

*Las leyes positivas, o leyes en el sentido estricto, son establecidas directamente o inmediatamente por autores de tres tipos: por el monarca, o por cuerpos soberanos como superiores políticos supremos, por hombres en estados de sujeción, como superiores políticos subordinados, o por sujetos, como personas privadas, en búsqueda de sus derechos legales. Pero todas las normas positivas, o la ley en estricto sentido, es directa o circuítamente un comando del monarca o de un número soberano con carácter de superior político: es decir, un comando directo o circuito del monarca o del número soberano a la o las personas que se sujetan a su autor. Y siendo un comando (y por tanto, fluyendo de una fuente determinada), toda ley positiva es una ley propia o una ley propiamente llamada. (1832, pág. 113)*

Si la definición de Schmitt sobre la soberanía corresponde a la de quien decide sobre la excepción (1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 13), y la definición de Austin a la de quien emite comandos positivos, es decir, leyes, esto implica que soberano es quien define tanto lo que es derecho y como lo que es excepción, lo que se conecta, en el ámbito de soberanía, con la definición de jurisprudencia dada por Álvaro d'Ors e incluso con la conceptualización de constitución dispuesta en la Teoría General del Estado de Hans Kelsen, al considerar que esta es la norma fundamental, que no se subordina a ningún otro orden (Kelsen, 1925, trad. Recaséns Siches, 1934, pág. 137).

Así, cualquier ente que pueda emitir comandos positivos supremos, es decir, leyes supremas, como indican Austin y d'Ors, sería soberano, así como lo es

quien genera jurisprudencia sobre esta ley suprema, puesto que es la fuente primaria de todo el derecho, ya que lo formula, y más aún si se trata de derecho positivo, impuesto por el propio soberano a la aprobación de los jueces, o derecho supremo sujeto a la aprobación del órgano jurisdiccional supremo.

Más allá de considerar que la Corte Constitucional es quien decide finalmente sobre la excepción, en virtud del artículo 440 de la Constitución, que manda que *“las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”*, se debe considerar la disposición del artículo 429, que establece que la Corte *“es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”*, ya que esta es la que se ajusta a las premisas antes planteadas.

El análisis de soberanía de la Corte Constitucional no debe concentrarse en la decisión sobre la excepción, sino en su potestad de determinación del derecho fundamental, y particularmente, como puede determinar lo que es o no derecho, es decir, las excepciones al derecho, no entendidas como circunstancias excepcionales de ejercicio de prerrogativa, sino como casos en los que la norma no aplica por no orientarse al orden regular, lo que está regido por la norma, lo que es efectivamente *‘normal’*.

Por ello, además del artículo 429 de la Constitución que dispone a la Corte como el ente con potestades máximas de determinación jurisprudencial sobre el derecho fundamental, se debe observar lo que el artículo 436 dispone sobre las atribuciones de la Corte Constitucional, cuyas más pertinentes, en este contexto, son las siguientes:

*1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.*

*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.*

*3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas*

*conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. [...]*

*6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de [...] procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.*

La primera disposición numerada del artículo establece la fórmula con la que la Corte Constitucional estaría creando derecho bajo su virtud como máxima instancia que puede decidir sobre la interpretación de la norma suprema, legitimando de esa forma su labor, que se enforca en implementar algunos mecanismos procedimentales justamente diseñados para dotar “*al juez constitucional de la misión de guardián de la supremacía, integridad y fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental*” (Vargas Hernández, 2011, pág. 18).

Las segunda y tercera disposiciones de esta norma desarrollan el principio anterior en su dimensión procedimental específica, es decir, la declaratoria de inconstitucionalidad, ya sea producto de una acción pública, o de oficio.

Esta institución resulta esencial en la concepción de soberanía que parece ostentar la Corte, ya que es este es “*el mecanismo por el cual [...] permite la depuración del sistema normativo, siendo [la Corte] Constitucional el único órgano encargado para la dilucidación sobre la constitucionalidad de la norma, a través de su análisis, interpretación y pronunciamiento*” (Guerrero Velasco, 2014, pág. 13).

La última disposición mencionada, la del numeral 6, termina de construir el mecanismo procedimental descrito, disponiendo que “*las sentencias del tribunal constitucional*” sean “*fuentes decisivas del derecho constitucional, ya que, incluso, pueden llegar a derogar a la norma reputada inconstitucional*” (Sagües, 2017, pág. 96), eliminando jurisprudencialmente del ordenamiento normas inconstitucionales al ser excepciones a su normalidad, con lo que queda así dispuesto en la capacidad jurisdiccional el ejercicio de poder de la Corte Constitucional, ya que esta es la que crea derecho, “*aparentemente ocupando una posición soberana en su capacidad de decisión*” (Howland, 2018, pág. 228).

Esto se conecta con el decisionismo propuesto por Schmitt, adecuado a la realidad del ejercicio judicial, pero también con las posturas del realismo jurídico de d'Ors y las de los positivistas clásicos como Austin, al ser el derecho supremo que los jueces aprueban o no aprueban (lo que determina su condición misma de derecho y su unidad con todo el ordenamiento jurídico) mediante comandos soberanos emitidos jurisprudencialmente por el único órgano que no se encuentra sujeto a nadie, excepto, tal vez, a la propia norma suprema sujeta a su interpretación.

El problema no parece ser la determinación de la capacidad de decisión soberana por parte de la Corte, que puede ser comprobada teóricamente de múltiples formas, sino la manera en que la declaratoria de inconstitucionalidad de normas constituye un ejercicio de decisión sobre la excepción, y de esa forma, otro ejemplo de actuación soberana por su parte.

Se puede partir directamente de la conceptualización de algunos términos, como inconstitucionalidad, o contextualizándolos para la situación aquí concerniente, como excepcionalidad, pero no como la situación de actuación bajo prerrogativa del capítulo anterior, sino como no aplicación de normas por ser ajenas o contrarias a la normalidad dispuesta por la norma suprema en todo el ordenamiento jurídico que es emanado de esta.

La inconstitucionalidad, como es definida por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, es un "*vicio o defecto de una norma o resolución que quebranta la letra o el espíritu de la Constitución*", y es el propio "*procedimiento a través del cual [la Corte] Constitucional garantiza la supremacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley del Estado*".

El mismo diccionario define a la excepción como una "*inaplicación singular de una norma*", y al combinar los conceptos de inconstitucionalidad como de excepción, define a la excepción de inconstitucionalidad como una

*excepción procesal que pueden plantear las partes procesales para la incoación de un proceso incidental que tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de una ley en sentido orgánico formal o de un decreto*

*departamental con fuerza de ley en su jurisdicción por parte de la Suprema Corte de Justicia,*

aunque este concepto resulta irrelevante en nuestro contexto, ya que se trata de una institución del derecho procesal uruguayo.

Igualmente, se puede considerar que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define a la inconstitucionalidad como lo “*que vulnera la Constitución y es por ello nulo de pleno derecho*”, y a la excepción como la “*cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie*”.

Si se consideran nuevamente los numerales 2 y 3 del artículo 436 de la Constitución, se puede observar que la Corte Constitucional dispone de la potestad para “*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*” y para “*declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución*”, poderes orientados justamente a apartar de la regla o condición general del derecho vigente, esto es, del ordenamiento jurídico a aquellas normas que vulneran la Constitución, anulándolas y quitándoles su vigencia y la fuerza que tendrían de ser aplicadas como leyes.

Esto no parece ser un atributo expreso de soberanía, sino la concepción que tiene Kelsen sobre las cortes y tribunales constitucionales, esto es, la de un “*legislador negativo que salvaguarda la integridad de la constitución repeliendo las normas que son incompatibles con esta*” (Csink, 2017, pág. 162), por lo que su rol al conocer y declarar la inconstitucionalidad de una norma es hacer que “*los elementos del sistema legal no sean separados de la norma de la que se origina su validez, de modo que la función de la jurisdicción constitucional no es nada más que la garantía de la integridad de la norma fundamental*” (ibid., pág. 160)

Sin embargo, lo esencial aquí no es la motivación legal que tendría la Corte Constitucional para determinar la inconstitucionalidad de una norma, sino la forma como lo hace, que corresponde a la decisión misma sobre un tipo de

excepción: la de la norma que pierde su validez por no ajustarse al orden dispuesto por el texto constitucional.

Esta excepción no corresponde al estado de excepción, sino al *“hecho que la Corte [Constitucional] pueda declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano significa que decide sobre la excepción, con sus jueces decidiendo que normas aplican y que normas no”* (Stornaiolo Silva, 2021, pág. 6).

Esto tampoco es aparente y deriva de la decisión misma, *“en la que el juez decide tal como lo hubiera hecho el legislador en su lugar”* (Nosetto, 2015, pág. 304), reafirmando la postura orsiana de que *“derecho es lo que dice el juez con autoridad”* (Megías Quirós, 2016, pág. 102).

No obstante, esta decisión no corresponde a una declaración del derecho, sino de su excepción, de lo que no es derecho porque atenta contra el orden emanado por la norma suprema, y en esa línea, lo que Hans Kelsen observaría como un fenómeno incontrollable e irracional en la creación de derecho por los juzgadores se desarrolla totalmente en el principio de determinación legal descrito por Schmitt en su teoría de decisión judicial, donde la *“práctica legal en todas sus dimensiones trabaja en la base de una compulsión o de una fuerza para decidir o para generar una decisión legislativa”* (von Bernstorff, 2018, pág. 6), aunque sin conseguir determinar en qué medida la decisión de inconstitucionalidad corresponde a la decisión sobre un tipo de excepción, incluso si otro planteamiento orsiano declararía que *“la idea de fondo que subyace en la creación de [esta Corte] Constitucional [sic] es que [...] era, pues, necesaria la creación de un “poder constituyente”, que, cumpliendo una función legislativa negativa, pudiera anular una ley por inconstitucional”* (Domingo, 1999, pág. 5).

La mención del poder constituyente podría hacer referencia a la concepción kelseniana de soberanía, en virtud que ambos corresponden a la misma realidad:

*La soberanía no puede ser una cualidad de un ser natural, descubrible por la investigación de hechos reales, sino meramente una propiedad del orden jurídico que se suponga como válido o sea como vigente. [...] Como quiera que es propiedad característica del Derecho el que regule su propia producción, hay que reconocer que la conexión interna de un*

*ordenamiento jurídico es una conexión dinámica de producción o elaboración. Si se pregunta cuál sea la causa de validez o vigencia de una norma jurídica, se encuentra que estriba en otra norma que regula la producción de la primera. Ésta vale, porque y en tanto que fue establecida de acuerdo con lo dispuesto por otra norma superior.* (Kelsen, 1925, trad. Recaséns Siches, 1934, págs. 136-138).

De todas formas, la soberanía de la Corte Constitucional aún no se concentra en su cualidad de poder constituyente, sino en su capacidad de decisión sobre la excepción en la aplicación de ciertas normas en virtud de su adherencia a la Constitución, es decir, de su constitucionalidad por lo que esta decisión sobre la excepción no corresponde a su declaración, sino a la identificación de aquellas normas excepcionales que contradicen lo dispuesto en el texto constitucional, y de acuerdo con nuestra carta magna, es potestad de la Corte Constitucional, además de la facultad de poder derogarlas en base a ese criterio.

El principio en el que se sustenta esta potestad es lo que García-Trevijano (2010) denomina “*examen de la legalidad de las leyes*”, en el que “*su constitucionalidad, implicará en la República Constitucional la posibilidad de la anulación de las mismas, por la jurisdicción [...] cuando infrinjan la moralidad incorporada al derecho positivo a través de la equidad y los derechos naturales*” (pág. 15), y su justificación está en “*la garantía del Estado de Derecho, propia del poder judicial*” que “*no tendría lugar si los jueces se abstuvieran de aplicar la Norma básica*”, donde “*los jueces [son] “un poder neutro sin legitimación para la deliberación política, pero con la maravillosa facultad de anular las leyes anticonstitucionales”*” (pág. 189).

De esa forma, se garantiza la unidad del ordenamiento mediante una aplicación obligatoria de la Constitución, tal y como dispone el artículo 424, mandándose que “*la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica*”, pero potenciando esta disposición con la potestad que tiene la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de normas, justamente en virtud de su obligación de “*mantener conformidad con las disposiciones constitucionales*”, bajo la pena de “[carecer] de *eficacia jurídica*” en

caso de no hacerlo, que debe ser aplicada de alguna forma, y corresponde a la declaratoria de inconstitucionalidad.

La razón por la que la Corte dispone de este poder se explica desde el realismo jurídico, ya que su labor jurisdiccional, emitiendo sentencias que determinan la inconstitucionalidad de las normas que atentan, como excepciones, al orden emanado de la norma suprema, opera

*como norma profesional y como norma pública: [...] por cuanto cada sentencia constituye un precedente, que tendrá una influencia más o menos intensa sobre las futuras sentencias de aquel mismo juez o de otros jueces” y “aquella muestra de conducta judicial será tomada en cuenta por todos los que tengan que intervenir en un caso análogo, y los técnicos del derecho, en especial, no olvidarán aquella muestra cuando se trate de dar un consejo al «público» (d’Ors, 1953, pág. 314),*

lo que se resume como “*la anulación de una norma en base a su inconstitucionalidad es, en mayor parte, un acto de aplicación de las normas constitucionales*” (Vinx, 2015, pág. 47), pero reduciendo el papel que tiene la Corte Constitucional sobre la decisión y declaración de inconstitucionalidad de normas, al realmente trascender la mera aplicación de la Constitución.

Concretamente, porque la Corte realmente puede decidir que normas se encuentran en el ordenamiento jurídico, y cuales son excepciones a este, básicamente porque “*derecho es lo que los jueces aprueban*” y “*toda la actividad jurídica [es] eminentemente casuística*” (d’Ors, 1953, pág. 328), de modo que “*la función de garantía de la Constitución [...] se funde y se confunde, en última instancia, con la capacidad de asumir concreta y efectivamente una decisión*” (Córdova Vianello, 2006, pág. 67), aunque esta decisión puede reducirse, en el control de constitucionalidad, a declarar una norma como contraria a la constitución y derogarla por ello.

El concepto de derogación esclarece este punto, ya que determina la facultad para “*dejar sin efecto una norma vigente*”, según su definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, realizándose esta acción mediante una autentica decisión (jurisdiccional) sobre la excepción en el control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional, que constituye una

determinación de la contrariedad de la norma respecto al texto constitucional, y una decisión, en el sentido propio, de eliminarla por contradecir a este.

Así, las famosas palabras de Carl Schmitt en su *Teología Política*, “soberano es quien decide sobre la excepción” adquieren un nuevo sentido, porque no solo “la excepción es más interesante que la regla” porque “la regla no prueba nada” ya que “en la excepción, el poder de la realidad rompe el cascarón de un mecanismo entorpecido por la repetición” (1922, trad. Schwab, 2005, pág. 5.), sino que en esta excepción, la de la norma inconstitucional, el soberano debe decidir sobre su compatibilidad con el ordenamiento jurídico, y expulsarla mediante un comando soberano, reformando al ordenamiento para que concuerde con la Constitución.

Esto no puede ser labor de ningún órgano sin facultad para “dotar a su ordenación de una validez peculiar frente a todas las demás ordenaciones” (Heller, 1934, trad. Tobío, 1971, pág. 255), elemento que corresponde a otra definición de soberanía, distinta de las de Schmitt, Kelsen, d’Ors u Austin, y que revela el espíritu de la declaración de inconstitucionalidad misma, porque solo un ente soberano puede otorgar o remover la validez de una norma, tal y como consta en el numeral 2 del artículo 436 de la Constitución, que dispone que “la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”.

Ahora, el hecho que la Corte Constitucional pueda hacer esto mediante sentencias, tal y como disponen los artículos 436, numeral 6 y 440 de la norma suprema, da un carácter de finales a sus decisiones, demostrando sus atribuciones soberanas, no solo por adherirse a una concepción decisionista del poder, que puede decidir, sin posibilidad de impugnación, lo que es una excepción al orden constitucional que debe derogarse, sino porque “las sentencias son tan políticas como las leyes, pues son decisiones de poder que pueden manifestarse de una manera o de otra” (Camisón Yagüe & Doncel Luengo, 2011, pág. 144).

Su importancia es paradigmática en el entendimiento de la labor de control de constitucional que realiza la Corte en nuestro ordenamiento, y permite el desarrollo de una heterodoxia en nuestra doctrina constitucional, al presentar a

la Corte Constitucional como un ente soberano con capacidad de determinación del derecho mediante emisión jurisprudencial de comandos soberanos como sentencias inapelables, usadas para decidir las excepciones al orden jurídico vigente a ser derogadas por contrariar las disposiciones constitucionales que lo inspiran, aunque siga dependiendo de una institucionalidad particular, definida por el propio diseño constitucional, que solo puede operar en los mecanismos e instrumentos asignados por la norma suprema, generándose una paradoja donde el poder de determinación soberana del derecho por la Corte se ve limitado por el propio derecho que la instituye con esta potestad de determinación del derecho respecto al propio derecho constitucional como ente soberano.

Pero no se trata un problema, sino una característica del propio sistema, que la usa como fórmula política para justificar su propio ejercicio de poder, ya que *“la lógica de la soberanía implica que, en cuanto poder supremo que expresa su voluntad mediante la ley, no puede sujetarse a algo que no sea su propia voluntad”*, de modo que *“si un gobernante soberano pudiese ser limitado por otro individuo dejaría de ser automáticamente soberano, pues habría algún tipo de poder por encima* (Pérez Triviño, 1996, pág. 48).

El punto está en que la limitación no proviene de otro individuo, sino del propio derecho constitucional, aunque se abra otra cuestión de análisis, ya que, si el derecho establece una institucionalidad propia para permitir el examen de la legalidad, ¿por qué otorga tantos poderes básicamente soberanos al órgano encargado de realizar esta función?

### **3.2.La soberanía y los conceptos de revisión judicial y control de constitucionalidad en el derecho local y comparado.**

Cuando se estudia la estructura de la Función Judicial en la institucionalidad de las repúblicas contemporáneas, la institución de la revisión judicial siempre es mencionada como el elemento más importante de los que dispone esta rama del Estado para ejercer poder y contrarrestar el ejercicio de poder por las otras, al punto que García-Trevijano (2010), considera que:

*sin esta potestad de los jueces [...] para declarar en sus sentencias la inconstitucionalidad de las leyes, no podrá existir control del poder legislativo por parte de la potestad judicial. El equilibrio de poderes lo*

*establece el recurso judicial de inconstitucionalidad de una ley emanada del poder legislativo” (2010, pág. 118).*

El Ecuador, por supuesto, no responde a la clásica dinámica de separación de poderes, como ya se ha mencionado, sino que *“quiebra el principio de representación popular democrática [...] y pasa a ser un Estado bajo la férula de nueve togados quienes son los que dictarán las normas que constituyan la justicia que concrete el paradigma democrático en curso”,* en un *“esquema construido por la Corte Constitucional en el que prima una concepción canónica del sistema jurídico, vale decir, sólo se acepta como justicia lo que deciden los jueces si es adecuado a lo que ella percibe y declara que lo es”* (Zavala Egas, 2010, págs. 42-44).

En la propia norma suprema se nota que la Corte Constitucional ostenta la potestad de revisión judicial, entendida como control constitucional, de acuerdo con los numerales 2 y 3 del artículo 436 de la Constitución, que disponen que:

*La Corte Constitucional ejercerá [...] las siguientes atribuciones: [...] 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. [...] Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.*

La Constitución no otorga estas facultades a la Corte Nacional de Justicia en su artículo 184, de modo que en nuestro diseño constitucional se configura un monopolio de la Corte Constitucional sobre la producción e interpretación normativa en la materia relacionada con la ley fundamental, es decir, uno de los tres atributos de soberanía (Pérez Triviño, 1996, pág. 55).

En todo caso, para la institución de la revisión de legalidad, existen muchas similitudes entre la forma en la que opera nuestra Corte Constitucional con las potestades que ejerce la Corte Suprema de los Estados Unidos, de acuerdo con la doctrina anglosajona, donde:

*El poder de una corte para pasar sobre la validez de un acto de la legislatura es simplemente uno de los aspectos del poder ordinario de la corte, en su deber de determinar lo que la ley es en una materia determinada después de aplicar y evaluar debidamente los varios elementos relevantes de su determinación. La corte meramente respeta la jerarquía de la autoridad establecida por el derecho constitucional del sistema legal de la sociedad que mantiene que lo que es inferior debe rendirse ante lo superior. (Dumbauld, 1950, pág. 200).*

Esta definición del '*judicial review*' resulta similar las concepciones positivistas y iusrealista de la soberanía, al ser la determinación de la ley en base a una jerarquía establecida, y de lo que es derecho válido en la materia del "*derecho sobre la creación del derecho*" (ibid., pág. 198).

Robert Post (1998), en cambio, considera directamente al "*constitucionalismo, al menos en los Estados Unidos, como la institución de la revisión de legalidad, en la que las cortes determinan si deben derogar normas que, caso aparte, son perfectamente legítimas y que reflejan la voluntad popular*" (pág. 437)

Una situación similar se nota en los numerales 2 y 3 del artículo 436 de la Constitución ecuatoriana, que otorga a la Corte Constitucional la facultad para conocer, resolver e invalidar mediante su declaración de inconstitucionalidad, los actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado (que incluyen al Legislativo y a la Función Judicial), así como normas conexas, cuando son contrarias a la Constitución.

Vale recordar que el propio Carl Schmitt reconoció el valor de un derecho '*real*' que "*se revela a sí mismo en la forma concreta de la jurisprudencia [...] y que emerge de esta fuente en una forma específica, no como algo legislado, sino otorgado*" (1943, trad. Ulmen, 1990, pág. 56), que en la revisión de legalidad que realiza la Corte Constitucional, es una manifestación de las máximas del realismo jurídico que mandan que "*derecho positivo es aquello que el Soberano impone a la aprobación de los jueces*" y "*derecho supremo es aquello que el Tribunal Supremo aprueba*" (d'Ors, 1953, pág. 330), así como una demostración del positivismo de Bentham, donde "*el soberano adopta las decisiones de las cortes*

*para que sean reconocidas como expresiones de su propia voluntad”* (Olivercrona, 1975, pág. 105).

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no es expreso en esta interpretación de los poderes de la Corte Constitucional, pero los insinúa en la lista de potestades que ejerce, particularmente en la forma que los regula, como en el artículo 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, que dispone que:

*La Corte Constitucional tiene las siguientes competencias: [...] 2. Conocer y resolver la acción pública de inconstitucionalidad en contra de: a) Enmiendas, reformas y cambios constitucionales; b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; d) Actos normativos y administrativos con carácter general; e) Omisiones de mandatos contenidos en normas constitucionales. 3. Conocer y resolver las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.*

De la aplicación de este artículo se da una capacidad potencial de la Corte para decidir si cualquier norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano, constitucional, convencional, legal o administrativa, pertenece al este o constituye una excepción a su unidad y debe ser derogada, corroborando así el “*punto de vista de la teoría realista*”, donde “*es evidente que todo juez aplica normalmente las normas actualmente vigentes*” (d’Ors, 1953, pág. 322), al ser su función eliminar aquellas que carecen de dicha vigencia y validez, y sobre todo, “*si fuente del derecho es toda expresión formuladora, de un criterio para juzgar, [...] se deduce sin dificultad que la jurisprudencia es la fuente primaria y universal de todo derecho*” (ibid., pág. 311).

El caso francés también ofrece luces sobre esta institución, ya que, a diferencia del caso estadounidense, donde la revisión de legalidad, análoga al control de constitucionalidad existente en nuestro país, es realizada por su Corte Suprema (a la cabeza de su Función Judicial), esta es potestad de un órgano distinto, tan autónomo como nuestra Corte Constitucional, que es su equivalente para este Estado, siendo que las cortes constitucionales también son denominadas

consejos constitucionales (justamente por este caso) y que su característica esencial es el ejercicio de control de constitucionalidad (Harding, 2017, pág. 1).

El Consejo Constitucional francés y la Corte Constitucional ecuatoriana tienen el mismo diseño institucional, un “*modelo concentrado de control constitucional de las leyes de tipo europeo*” donde “*el Tribunal Constitucional se sitúa fuera de los tres poderes constituidos tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) e incluso por encima de ellos*” (Renoux, 1993, pág. 442).

De misma forma, ambas instituciones ejercen jurisdicción independiente de los órganos políticos en su labor de “*control de constitucionalidad de las leyes en un proceso de aplicación del derecho por la vía jurisdiccional*” y cuyo “*objetivo específico*” como “*jurisdicción constitucional, por aplicación de la teoría de la construcción del derecho por grados, en primer lugar [es] ante todo, asegurar la supremacía de la Constitución*” (ibid., pág. 445)

La postura kelseniana al origen de este tipo de órganos no elimina su función real, ya que en el examen de legalidad, o control de constitucionalidad, el “*hecho de que aquí se decide sobre la constitucionalidad de las actuaciones de otros órganos estatales en un proceso judicial resolutorio y vinculante, el esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo*” (Schneider, trad. Abellán, 1982, pág. 38), ya que la jurisdicción constitucional para identificar las normas-excepciones al orden constitucional y derogarlas es, bajo todo sentido, un poder ilimitado en la práctica, que paradójicamente se explica desde la propia Teoría General del Estado de Kelsen, ya que “*un orden es el supremo, es soberano, no está subordinado a ningún otro orden*”, lo que “*significa que se le quiere hacer valer como un orden total*” (1925, trad. Recaséns Siches, 1934, pág. 137)

Así, el control de constitucionalidad realizado por ambas instituciones busca no solo mantener la supremacía constitucional, sino una “*unidad del sistema normativo expresada en el pensamiento de la soberanía*” que “*significa al propio tiempo también su unicidad*”, cuya validez proviene de “*un único y mismo fundamento*” (ibid., pág. 141).

Lo que se vuelve claro en el análisis de esta función desde las teorías jurídico-realista y positivista es que la fuente de unidad que orienta la soberanía expresada en el control de constitucionalidad normativo no es el texto que dispone a la institución que lo realiza, sino que se encuentra en esa misma institución en virtud de la función que ejerce.

En el sistema anglosajón, la soberanía de las cortes se reconoce tácitamente por su facultad de revisión de legalidad de normas emitidas legislativamente, ya que pueden invalidarlas por defecto (Levi, 1983, pág. 699), en consideración que *“la revisión de legalidad y otros usos de las cortes tienen una influencia constrictiva en procesos regulatorios”* (Ison, 1985, pág. 16).

Sin embargo, en sistemas derivados del constitucionalismo europeo y del positivismo kelseniano, como el francés o el ecuatoriano, el control de constitucionalidad responde a la fórmula política descrita por García-Trevijano (2010) para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico como *“único órgano defensor de la Constitución”*, donde opera como

*un tribunal intermedio entre los órganos políticos ligados al parlamento, y los tribunales ordinarios que deben obrar neutralmente dentro del sistema legal”, cuya “intermediación desplaza el conflicto fuera del ámbito judicial, y los jueces ejercen su jurisdicción en el marco corporativo que los controla* (pág. 189).

Esta postura de intermediación es el elemento sustancial del control de constitucionalidad concentrado (opuesto al control difuso de la revisión de legalidad anglosajona), donde

*el juez judicial y el juez constitucional no persiguen el mismo objetivo: uno falla en los casos particulares de aplicación de la ley, y el otro en relación con la validez general de la norma con respecto a la Constitución* (Renoux, 1993, pág. 445),

siendo que

*el control ejercido por el juez judicial apuntaría como máximo a la validez del texto que será aplicado, mientras que el control ejercido por el juez constitucional tendría relación con la validez de la norma, es decir, del*

*principio contenido en este texto y que establece un comportamiento social determinado (ibid.),*

aunque la función '*operativa*', sea la misma: la aprobación del derecho vigente.

La diferencia está en la fórmula que establece al Consejo, Tribunal o Corte Constitucional en estos sistemas, ya que el derecho aprobado por este órgano- interprete supremo de la norma suprema es, en todo sentido, derecho supremo, y más aún cuando su aprobación suprema es realizada mediante sentencias-comandos soberanos con características de decisiones finales, que bajo cualquier análisis realista no es más que determinación pura del derecho, y tratándose tanto de revisión de legalidad como de control de constitucionalidad, la determinación de las excepciones al ordenamiento vigente deben ser derogadas por contrariarlo.

Esto no podría concebirse como un problema sino como una característica del diseño constitucional, pero lamentablemente degenera en la desnaturalización del control de constitucionalidad, que no protege la integridad de la Constitución, sino que la pervierte para ajustar el ordenamiento a las afinidades de sus magistrados con "*el inmenso poder que [otorga] ser intérprete único de la Constitución*" y a quienes se les concede esta "*plenitud intolerable de poderes absolutos*" (García-Trevijano, 2010, págs. 189-190).

Miguel Ayuso (2012) ve a esto como "*un poder político integrado por la suma de los órganos que tienen encomendada la potestad jurisdiccional [,,] en cuya cúspide se asienta un órgano político de apariencia judicial y que resulta paladinamente ajeno a la separación de los poderes*" (pág. 281), que reconoce que la potestad de identificación y derogación de excepciones normativas contrarias a la Constitución no es usada para depurar el orden constitucional de contradicciones internas, sino para ajustarlo a la vanguardia política.

Otro detalle importante que distingue el examen de legalidad del constitucionalismo estadounidense del control de constitucionalidad de la tradición kelseniana es que en esta última puede estar sujetas a su potencial derogación por inconstitucionalidad las normas resultantes de la propia actividad judicial, como destaca Hans-Peter Schneider al indicar que "*el control de resultado de las resoluciones judiciales se limita al examen de si la decisión*

*judicial recurrida ha violado en el caso individual el derecho constitucional específico” aunque,*

*en casos muy especiales, el Tribunal ha vuelto a aplicar el control de resultado respecto al poder judicial, incluso con mayor amplitud, anulando sus sentencias cuando los tribunales han partido- de un punto de vista o de una opinión fundamentalmente incorrectos sobre la dimensión o significación de un derecho fundamental (trad. Abellán, 1982, págs. 52-53).*

Sin embargo, esto no cambia el hecho que la Corte ejerce esta potestad para derogar normas mediante control de constitucionalidad, aunque su origen sea diferente, y si algo demuestra esta potestad es que la Corte trasciende en su poder a toda la separación de funciones del Estado ecuatoriano, ya que ni la Función Judicial, ni mucho menos el Legislativo (ya sometido por defecto al escrutinio de la Corte respecto a las normas que crea) tienen inmunidad al poder de la corte para revisar si sus normas se ajustan a su interpretación del orden constitucional.

Otro detalle que complementa este punto es que nuestra Corte Constitucional, al igual que la Corte Suprema en los Estados Unidos, puede realizar control de constitucionalidad/revisión de legalidad de las normas producidas en el ámbito administrativo, donde se crea un “*cuero de doctrina y principio en evolución, centrado en la revisión judicial de la acción administrativa*” (Vermeule, 2021, pág. 363).

En nuestra normativa constitucional, esto consta en el numeral 4 del artículo 436 de la Constitución, que otorga a la Corte Constitucional la potestad de “*conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública*”, indicando que, en este proceso, “*la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo*”.

A nivel legal, directamente derivado de la norma mencionada, esta potestad es regulada por el artículo 75, inciso d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que le da competencia para “*resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de: [...] Actos normativos y*

*administrativos con carácter general*”, y por el inciso d) del artículo 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, que le faculta para “*conocer y resolver la acción pública de inconstitucionalidad en contra de: [...] Actos normativos y administrativos con carácter general*”, normas que le otorgan a la Corte potestades identificatorias, decisorias y derogatorias de las normas de origen administrativo que contravengan el orden constitucional de acuerdo con su interpretación, siendo el elemento identificatorio la potestad de conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad contra actos normativos generales emitidos por la Administración Pública, el decisorio la potestad de resolución de estas acciones, y el derogatorio la propia declaratoria de inconstitucionalidad que invalida a dichas normas y actos administrativos.

Adrian Vermeule (2016) considera esto como una consecuencia lógica de que “*la ley exista tanto dentro como fuera de las cortes, pero que el imperio de esta [el Estado de derecho] siempre haya tenido su esencia en el decisionismo judicial*” (pág. 7), cuya manifestación en la revisión de legalidad de la acción administrativa la convierte en un ejercicio deferencial de determinación legal o factual del alcance de la propia acción administrativa, lo que recuerda al poder de prerrogativa mencionado en el diseño lockeano del Estado, aunque con la decisión final de legalidad/constitucionalidad de los actos o normas en cuestión en manos de la Corte Constitucional y no de los órganos que componen la tradicional división de poderes del Estado.

El control de constitucionalidad normativo, en todo su alcance, subsume a todas las funciones del Estado ecuatoriano a la Corte Constitucional que, al ejercer esta potestad, se erige como ente jerárquicamente superior a ellas, con su facultad derogatoria que se demuestra soberana bajo la justificación de la protección de la integridad del orden constitucional.

Por eso se destaca la confusión que existe entre el concepto de poder como expresión de una decisión soberana organizada por la Constitución, con la de órganos como conjunto institucional jerarquizado, y con la de función, entendida como el ámbito y objetivo asignados exclusivamente a la institución de control constitucional (Renoux, 1993, pág. 444), agrandándose y oscureciéndose

conforme la Corte ejerce su poder sin distinguir los tres conceptos, bajo su fórmula de control de constitucionalidad como legitimación institucional.

Esto, solo constituye una observación teórica, antes de analizar el ejercicio jurisprudencial de la Corte Constitucional, que algunos de sus casos paradigmáticos demostrarían ejercicio de soberanía en la identificación y decisión derogatoria de las excepciones normativas al ordenamiento jurídico emanado de la norma suprema, ejecutado por el ente supremo que aprueba o desaprueba aquello que considera como concordante con este orden, que es la misma Corte, según el realismo jurídico orsiano.

Más aún, Schmitt considera que este tipo de actuación es una vulneración aparente de la constitución, a la que también denomina derogación, y que “*cubre la violación soberana de la constitución que es requerida por circunstancias anormales, y no desafía la validez general de las reglas y principios constitucionales que infringe*” (Barshack, 2006, pág. 203).

Por ello, el poder de la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad corresponde con exactitud al poder de ‘*judicial review*’ de la Función Judicial estadounidense, y concretamente al de la Corte Suprema de los Estados Unidos, según lo que Alexander Hamilton propone en el Federalista no. 78, que es:

*respecto a la interferencia de autoridades superiores y subordinadas, de poderes originarios y derivados, la naturaleza y la razón de la cosa [la revisión de legalidad] indican [...] que debe preferirse el acto previo de un superior al acto posterior de una autoridad inferior y subordinada; y que en consecuencia, siempre que una determinada ley contravenga la Constitución, será deber de los tribunales judiciales adherirse a esta última y ignorar el primero. (pág. 238)*

La diferencia notable está en que la Corte Constitucional no se encuentra subordinada ante ningún órgano, sino, tal vez ante la propia Constitución, de la que interpreta la unidad del ordenamiento jurídico que debe mantener, y a la que subordina a su interpretación en su poder para identificar, decidir y derogar excepciones normativas.

El control de constitucionalidad, ejercido por un órgano auténticamente supremo, como lo es la Corte Constitucional ecuatoriana, manifiesta el atributo de soberanía kelseniano, ya que el órgano que lo ejerce “*no está subordinado a ningún otro orden*”, (Kelsen, 1925, trad. Recaséns Siches, 1934, pág. 137), confirmando también la postura schmitteana de que “*en la decisión soberana, la autoridad significa poder*”, siendo esta decisión “*el punto de inicio y el marco referencial supremo de todo el sistema de justicia*” (Howland, 2018, págs. 213-214), lo que permite legitimar todo el orden estatal en un decisionismo basado en la ley suprema, cuya actividad jurisprudencial es la principal legitimadora de las normas emitidas en un Estado constitucional como el nuestro, ya que la Corte directamente deslegitima jurisprudencialmente a aquellas que no se adhieren a su orden.

Con esto presente, corresponde analizar algunas decisiones controversiales de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, donde se puede notar su poder soberano en la identificación y derogación de excepciones normativas al orden constitucional, pues es en estas donde se manifiesta su auténtico poder respecto a las otras funciones del Estado ecuatoriano.

### **3.3. La jurisprudencia emblemática sobre inconstitucionalidad de normas y la supremacía de la Corte Constitucional frente al resto de Funciones del Estado.**

Como se mencionó previamente, la soberanía expresada en el control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional ecuatoriana se da mediante tres potestades: interpretativa, decisoria, y derogatoria, y que se manifiestan, a su vez, en la jurisprudencia que la Corte emite, permitiendo que se identifiquen excepciones normativas al orden constitucional a ser derogadas para mantener su integridad y unidad jurídica.

Ahora bien, dado que la Corte Constitucional supedita a todas las funciones del Estado ecuatoriano, el control de constitucionalidad que realiza puede darse en normas provenientes de cualquier función, sea ejecutiva, como actos administrativos con efectos generales, legislativa, en leyes, o judicial, en sentencias, como aquellas de la Corte Nacional de Justicia.

Para que la examinación de estas sentencias no solo produzca una percepción sobre el ejercicio de soberanía por parte de la Corte Constitucional en el ejercicio de control de constitucionalidad, sino que demuestre empíricamente este fenómeno, los casos que van a ser analizados en esta sección fueron seleccionados bajo una serie de criterios que permiten su procesamiento adecuado desde las bases teóricas y doctrinarias planteadas.

Se podría comenzar el análisis jurisprudencial con las sentencias de inconstitucionalidad de artículos de leyes promulgadas por la Asamblea Nacional, en virtud que estas demuestran de forma clara, la forma el poder soberano de la Corte para eliminar del ordenamiento jurídico aquellas excepciones normativas que lo contrarían, aunque, por la forma como la Corte Constitucional opera, una buena parte de las sentencias donde se expulsan normas inconstitucionales del ordenamiento es donde se resuelven acciones extraordinarias de protección, al igual que ocurre en las raras objeciones presidenciales a proyectos de ley aprobados por el Legislativo.

De una u otra forma, fueron seleccionadas 12 sentencias, y de estas, para demostrar el punto anterior, las 4 primeras analizadas fueron decisiones de inconstitucionalidad expresadas dentro de resoluciones de acciones extraordinarias de protección, mientras que de las 8 últimas, 6 lo fueron dentro de acciones de inconstitucionalidad propias y unas escasas 2 lo fueron en objeciones presidenciales, que dentro del desarrollo de esta sección están identificadas, desde su selección en el Buscador de Jurisprudencia de la Corte, con las nomenclaturas SEP o EP, SIC o IC, y OP, respectivamente

Más aún, los criterios de selección de estas sentencias, más allá de su identificación por nomenclatura, fue en que todas compartían una coincidencia esencial, que era el ser sentencias derogatorias de normas, lo que se ajusta con la descripción de potestades identificatoria, decisoria y derogatoria de excepciones normativas al orden constitucionalmente emanado que se ejercen dentro del control de constitucionalidad y que constan en jurisprudencia definitiva, emitida por lo que serían comandos soberanos, que demostraría el ejercicio efectivo de soberanía en este aspecto, aunque la muestra estudiada sea eminentemente descriptiva.

Por ello, se podría iniciar con la sentencia no. 006-17-SEP-CC para el caso no. 1445-13-EP es una de estas instancias, donde la Corte Constitucional no solo deroga una norma por inconstitucional, sino que sustancia en su justificación para derogarla, porque y como ejerce este poder, declarando que:

*lo que se busca a través de este mecanismo reconocido en la Constitución de la República es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, a través de la identificación y eliminación de cualquier incompatibilidad normativa entre las normas de rango constitucional y la normativa que integra el ordenamiento jurídico. En ese contexto, esta Corte ha sido categórica en reconocer que cuando con ocasión de un proceso constitucional la Corte encuentra incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales, tiene la obligación de promover el proceso de inconstitucionalidad por conexidad, ya sea para eliminar la norma cuando exista incompatibilidad de esta con la Constitución, es decir expulsar del ordenamiento jurídico la norma cuya inconstitucionalidad se ha verificado en sentencia,*

indicando después que este criterio se comparte en otras dos de sus sentencias, la no. 131-15-SEP-CC para el caso no. 0561-12-EP, y la no. 155-15-SEP-CC para el caso no. 1212-12-EP.

Esta última sentencia, desde luego, no deroga una norma producida por el legislativo nacional, sino una generada por un gobierno autónomo descentralizado, lo que revela incluso más el poder real que ejerce la Corte Constitucional, al extender su potestad a la propia estructura descentralizada del Estado en unidades político-administrativas locales, pero recordando que esto corresponde a la verificación de cumplimiento del artículo 84 de la Constitución sobre la conformidad de todos los actos de autoridades públicas con la norma suprema.

Según David Renato Ayala Ríos, esta sentencia no. 155-15-SEP-CC para el caso no. 1212-12-EP constituye un caso atípico, ya que en ella *“la Corte consideró que, aquella normativa restringía el derecho a la igualdad y la libertad para desarrollar actividades económicas [un derecho reconocido en el numeral 15 del artículo 66 de la Constitución] y decidió eliminar aquellos componentes*

*inconstitucionales mediante una sentencia sustractiva”* (2021, pág. 86), derogando de forma específica, y sin justificación legal o constitucional elementos de la norma cuya constitucionalidad está en duda, y no la totalidad de la norma identificada como contraria al orden, lo que implica, nuevamente, el ejercicio de soberanía por la Corte Constitucional, al actuar con prerrogativa en su decisión.

En esa misma línea, pero ahora en el ámbito de control de constitucionalidad de normas de origen legislativo, otra sentencia resultaría interesante, al ser controversial en su contenido, y es la no. 34-19-IN/21 para el caso no. 34-19-IN y acumulados, donde se derogó el numeral 2 del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, que regula la tipicidad del aborto no punible en el derecho penal local vigente, por ser incompatible con el derecho a la no discriminación del numeral 4 del artículo 66, que fue redactada por la jueza constitucional Karla Andrade, aunque en su voto salvado, redactado por su colega Carmen Corral, se expresó que:

*La Corte Constitucional no se encuentra autorizada para tomar una decisión que debería ser debatida por el Legislador, sin duda un tema de configuración legislativa que, además, ya fue debatido en el Ecuador y no alcanzó los votos para su aprobación, ni se encuentra autorizada para pronunciarse sobre un asunto del que no consta el debate democrático y la profunda reflexión de la sociedad en su conjunto, correspondiendo a una cuestión que con las condiciones constitucionales correspondientes le compete a la esfera del Legislador.*

El mismo voto salvado fue insistente al indicar que:

*La Corte Constitucional no debe invadir este ámbito, ya que sus atribuciones se circunscriben al control constitucional previo del proyecto de ley que se presentare (objeción de inconstitucionalidad en el debate parlamentario) o al control posterior de la ley que se llegare a aprobar (demanda de inconstitucionalidad de lo aprobado con deliberación parlamentaria); mas no a regular una posibilidad como si tratare del Legislador (al que le corresponde este debate y deliberación,*

algo que ciertamente no fue considerado en la propia decisión de mayoría donde fue derogada por inconstitucional la sección “*en una mujer que padezca de discapacidad mental*” del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, que regula al aborto no punible en el derecho penal ecuatoriano, y aunque la sentencia no tiene mayor justificación sobre el control de constitucionalidad mismo, ya revela un conflicto interno en la propia Corte entre dos sectores, uno que cree que el control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional no puede sustituir al “*diálogo y la deliberación democrática desde las vías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico*” en lo que es “*un asunto de trascendencia nacional*”, y otro que reconoce a la Corte como “*un ente soberano [...] con poder para decidir sobre la excepción, determinando que normas aplican y que normas no*” (Stornaiolo Silva, 2021, pág. 8).

Por otra parte, en la sentencia no. 0001-2009-SIN-CC para el caso no. 0005-2008-IN, la Corte declara que:

*La inconstitucionalidad es el quebrantamiento del espíritu de la Constitución, por leyes que sean emitidas por el órgano legislativo, del Ejecutivo o actos de gobierno, pues partiendo del principio de supremacía constitucional reconocido por nuestra Constitución, todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se aparten de las normas dictadas por la norma suprema del Estado, se reputan como inconstitucionales. En otras palabras, las normas inferiores no incurren en inconstitucionalidades solamente por oponerse a la Constitución, sino también por apartarse de ella,*

que, si bien no manifiesta un ejercicio de poder soberano, si demuestra la expresión de la fórmula política con la que la Corte justifica su ejercicio de control de constitucionalidad.

En la sentencia no. 004-16-SIN-CC para el caso no. 0040-15-IN, donde la Corte Constitucional argumenta en su sustanciación que “*el juez deberá analizar a fin de establecer la inconstitucionalidad o no de la norma; y finalmente, se deberá argumentar de manera clara y razonada las razones por las cuales la norma de carácter legal contradice lo previsto en la Carta Suprema*”, una perspectiva

mucho más cercana al realismo jurídico de Álvaro d'Ors (1953), ya que recuerda a las máximas de su teoría que mandan que:

*I. Derecho es aquello que aprueban los jueces. [...] VIII. Derecho positivo es aquello que el Soberano impone a la aprobación de los jueces. IX. Derecho vigente es aquello que los jueces real y actualmente aprueban. [...] XII. Derecho supremo (summum ius) es aquello que el Tribunal Supremo aprueba. [...] XIV. Derecha judicial es el derecho. (pág. 311).*

Ahora bien, cabe destacar que la propia Corte Constitucional reconoce que la derogación por inconstitucionalidad de una excepción normativa que puede realizar en su control de constitucional corresponde a una medida justamente excepcional, y en su sentencia 012-17-SIN-CC para los casos no. 0026-10-IN, no. 0031-10-IN y no. 0052-16-IN y acumulados, lo expresa de la siguiente forma:

*Este Organismo, al realizar el control de constitucionalidad de una norma, debe procurar mantenerla dentro del ordenamiento jurídico y en consecuencia, considerar su expulsión únicamente cuando no existan otras vías que permitan mantener vigente la disposición, sin afectar el contenido de la Norma Suprema. Así, la declaratoria de inconstitucionalidad de la integralidad de la norma debe ser entendida como una medida de última ratio.*

Si la declaratoria de inconstitucionalidad es una medida de última ratio, y la Corte puede ejercerla mediante su decisión jurisprudencial de acuerdo con lo que establece el numeral 2 del artículo 436 de la Constitución, y si esta decisión es final, como dispone el artículo 440, entonces se trata de una auténtica potestad soberana, justamente porque se ajusta al concepto schmitteano donde esta “*decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio*” (1922, trad. Conde y Navarro Pérez, 2009, pág. 18), aunque es en este caso es la propia decisión la que libera trabas normativas “*por virtud del derecho a la propia conservación*” (ibid.), siendo esta conservación la de su propio orden constitucional.

Esto que realiza la Corte Constitucional, de forma aparentemente excepcional, en su control de constitucionalidad es justo lo que pretendía Kelsen (1925) al indicar que:

*el orden superior común coordina recíprocamente a los órdenes inferiores, a fuer [sic.] de órdenes delegados, y los íntegra en un orden total. De suerte que los diversos órdenes subordinados, coordinados y supraordinados entre sí aparecen como partes del orden total, y son el fundamento respectivo de las varias comunidades parciales por ellos constituidas. Así, pues. llamar soberano a un orden significa que se le quiere hacer valer como un orden total* (trad. Recaséns Siches, 1934, pág. 140)

Más aún, la Corte misma reconoce que existen casos donde excede sus poderes dispuestos constitucionalmente (es decir, actuando con prerrogativa), lo que es criticado en el voto salvado de Carmen Corral en el Dictamen no. 5-19-OP/19 para el caso no. 5-19-OP, donde indica que:

*aplica al control de constitucional de disposiciones jurídicas vigentes integradas al ordenamiento jurídico, no a proyectos de ley, ya que se tratan de instrumentos diferentes, la norma de hecho se inserta en el sistema jurídico y guarda relaciones con la normativa vigente, por ello es posible efectuar un control integral por conexidad; no obstante el proyecto de ley, aun no se ha integrado al orden normativo, no es una disposición jurídica, no es una norma vigente; y, por lo tanto, el control constitucional se circunscribe a las objeciones por inconstitucionalidad planteadas.*

La postura contraria, es decir, la del criterio de mayoría del caso anterior se desarrolla en el Dictamen no. 1-21-OP/21 para el caso no. 1-21-OP, donde la Corte Constitucional dispone que:

*La competencia de esta Corte para declarar la inconstitucionalidad por conexidad constituye una excepción al principio de inicio de parte y, como tal, debe aplicarse estrictamente cuando se configure la unidad normativa entre dos disposiciones legales, es decir, cuando entre dos normas exista una conexión tan estrecha y esencial, ya sea por redundancia, vinculación sistemática o causalidad, que haga imperante expandir la competencia de la Corte a normas no objetadas para que el fallo pueda producir efectos jurídicos,*

es decir, esta potestad de la Corte aplica cuando existe concordancia o conexión entre normas que constituyen, en un sistema coordinado, una excepción normativa que atenta contra la integridad jurídica del ordenamiento constitucionalmente emanado, pudiéndose derogar todas aquellas que la Corte misma disponga como excepciones normativas a la norma suprema.

Con estas demostraciones jurisprudenciales del poder de la Corte Constitucional, es fácil entender como el control de constitucionalidad deviene en una manifestación de poder soberano, donde la Corte puede filtrar y eliminar normas a voluntad, en base a su propia interpretación de lo que constituye el ordenamiento jurídico interno y, sobre todo, socavando potestades que habrían de ser ejercidas por otras funciones del Estado ecuatoriano, como el legislativo, el ejecutivo, la Función Judicial o los gobiernos autónomos descentralizados

Este deber, sin embargo, no ha impedido a la Corte Constitucional que utilice esta potestad a discreción, algunas veces en casos controversiales, en los que los votos salvados han mostrado el conflicto interno que sufre respecto al ejercicio de este poder, y donde los votos de mayoría han buscado justificar, mediante recurrentes fórmulas interpretativas, el control de constitucionalidad soberano que ejerce este órgano, a pesar que sea una potestad subsidiaria y de ultima ratio, como se ha destacado en la sentencia no. 012-17-SIN-CC para los casos no. 0026-10-IN, no. 0031-10-IN y no. 0052-16-IN y acumulados.

De toda la jurisprudencia analizada en esta sección, se puede notar que en los 12 casos existe el mismo ejercicio de potestades, más allá del tipo de acción que la provoca, donde el control de constitucionalidad, con un comportamiento análogo a la revisión de legalidad del derecho anglosajón, termina volviéndose una aprobación suprema del derecho mismo mediante la emisión de comandos soberanos que deciden, de forma final e inapelable, aquello que es o no es derecho en el ordenamiento, sin ningún otro orden por encima que limite la actuación de la Corte Constitucional en estos procesos.

Tal vez se podría mencionar que las 4 sentencias de acciones extraordinarias de protección analizadas son derogatorias de normas producidas por instituciones de régimen de Gobiernos Autónomos Descentralizados, mientras que las otras 8 sentencias restantes, tanto de acciones de inconstitucionalidad propias como

de objeciones presidenciales derogaron normas de origen directamente legislativo, pero esto solo confirmaría, finalmente, la supremacía que mantiene la Corte por encima de estas dos instituciones del diseño constitucional ecuatoriano, la segunda de estas siendo, desde luego, otro poder constituido y propio de la institucionalidad de separación de poderes.

Pero, de una u otra forma, si la jurisprudencia analizada demuestra que la Corte Constitucional, ahora también en el ejercicio de control de constitucionalidad, es soberana, la pregunta ya no está en el cómo, sino en qué medida se puede definir real y efectivamente que lo es.

## **Capítulo 4: Interpretación constitucional, poder constituyente y soberanía constitucional.**

En este capítulo, analizando la antes mencionada potestad de interpretación constitucional que dispone la Corte Constitucional, se indicará teórica y prácticamente que esta corresponde a una manifestación de poder constituyente soberano, explicando que esta atribución otorga poder supremo a la Corte, y que las distintas escuelas interpretativas presentes en las sentencias emitidas de sus magistrados revelan distintas visiones sobre el ejercicio de este poder soberano. derogan y expulsan excepciones normativas al ordenamiento jurídico general.

### **4.1. La soberanía y las diversas manifestaciones del concepto del poder constituyente.**

Como se pudo observar previamente, el ejercicio de soberanía por la Corte Constitucional puede manifestarse en diversas formas: desde una decisión sobre la excepción, como planteaba Carl Schmitt, hasta la emisión de comandos soberanos que eliminan excepciones normativas del ordenamiento jurídico vigente por contradecir los postulados constitucionales, como se derivó de las tesis de John Austin y Hans Kelsen.

Igualmente se consideró que la Corte Constitucional ecuatoriana, en esa misma línea, se ajusta a la máxima del realismo jurídico orsiano que manda que “*Derecho supremo (summum ius) es aquello que el Tribunal Supremo aprueba*” (d'Ors, 1953, pág. 330), y si esto concuerda con las teorías de Schmitt, Austin, Bentham, Kelsen e incluso Heller, significaría, definitivamente, que el poder que ejerce la Corte es, en todo sentido, soberano.

Ahora bien, esto no es una acusación infundada, sino que deriva los postulados de los juristas antes mencionados y de estudios posteriores hechos en base a su obra.

Kelsen (1925), por ejemplo, menciona que:

*Atribuir al Estado un carácter de soberanía, desde el punto de vista teórico formal, significa únicamente que el sistema de normas que llamamos orden estatal, encuentra su último fundamento de validez o vigencia (y, por tanto, su unidad) en una norma, la cual a fuerza [sic] de última, es*

*supuesta sin una justificación ulterior, sin que necesite de otra norma fundamental [...] el fundamento de validez o vigencia de cualquier norma individual (o sea de un acto concreto del Estado), [...] se llega a encontrarlo en una ley determinada. Y sí nos preguntamos por qué es válida o está vigente esta ley, por qué es una norma obligatoria o, lo que es lo mismo, por qué es un acto de un Estado determinado o pertenece al sistema de un cierto orden estatal, llegaremos a una ley constitucional determinada, esto es, una ley la cual fue dictada en un cierto momento del tiempo por un órgano determinado (trad. Recaséns Siches, 1934, pág. 138),*

que, en palabras de Jacques de Ville (2017), corresponde al concepto de poder constituyente,

*que está ligado a la esencia de la constitución, o a lo que Schmitt se refiere como el concepto positivo de la constitución [...] que en ese sentido envuelve una decisión sobre la naturaleza y la forma de la existencia política, que es una decisión consciente en la que 'la unidad política, mediante el portador de poder constituyente, lo alcanza para sí mismo y se lo auto-otorga' (pág. 74),*

lo que en última instancia otorga legitimidad unitaria a todo el ordenamiento al existir una autoridad única y específica que lo crea, dispone y ordena propiamente en torno a ella.

Esta postura coincide con la de Heller (1934), que considera que:

*el Estado es soberano únicamente porque puede dotar a su ordenación de una validez peculiar frente a todas las demás ordenaciones sociales, es decir, porque puede actuar sobre los hombres que con sus actos le dan realidad de muy distinta manera a como lo hacen las otras organizaciones (trad. Tobío, 1971, pág. 255)*

En principio, y siguiendo las propias disposiciones de la actual Constitución ecuatoriana, aquella autoridad que decide sobre su unidad política y crea derecho supremo en su base es el propio pueblo, desde su preámbulo, que declara “*nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador*”, y su primer

artículo, que manifiesta que *“la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”*.

Sin embargo, esto no es sino una fórmula política, un principio abstracto *“a través de los que las élites políticas justifican su propio poder, construyéndolo alrededor de una estructura moral y legal”* (Martinelli, 2009, pág. 8), siendo las elites en cuestión los propios legisladores constituyentes y la soberanía popular la estructura moral y legal que justifica su estructuración del poder.

Por ello, aquí entra la idea misma del poder constituyente, que es *“aquel que no se encuentra sometido a normas jurídicas preexistentes de derecho positivo, siendo revolucionario, autónomo e ilimitado”* (Sagües, 2017, pág. 65-66) que suele manifestarse en *“la potestad suprema de crear u otorgar una constitución en la que se organice y determine la estructura fundamental de la sociedad políticamente organizada, esto es, su forma de Estado y su sistema y forma de gobierno”* (Quintana Garzón, 2019, pág. 17), aunque en espíritu, y en aplicación general, se mantiene como *“un poder plenamente autónomo para ordenar y reordenar la convivencia básica de una sociedad política a través de la Constitución Política, cuando así lo decida autónomamente el cuerpo político de la sociedad, teniendo libertad para configurar dicho ordenamiento jurídico”* (Nogueira Alcalá, 2017, pág. 328).

Sin embargo, esto parece diferenciarse del concepto de soberanía en virtud que esta es

*conceptualmente diferente que otras interpretaciones del poder popular [...] la soberanía es, por definición, un poder independiente, y nada en su estructura conceptual sugiere que es usada necesariamente para institucionalizar al poder, aunque [...] puede ser usada para legitimar la creación de instituciones políticas y legales [...] Por el contrario, el poder constituyente, casi por necesidad conceptual, esta estrictamente conectado por la política institucional,*

de modo que:

*el mismo termino de soberanía implica poder absoluto que nunca podrá ser limitado y puede ser abusado por el pueblo, el rey o el parlamento, mientras que el poder constituyente es ejercido únicamente para crear un orden constitucional, que está limitado, regulado y controlado por el hecho que no es la fuente de su propia legitimidad y por tanto, no puede cambiar su mandato* (Colón-Ríos, Hausteiner, Lokdam, Pasquino, Rubinelli & Selinger, 2021, págs. 3-4).

No obstante, esta distinción no es relevante en la definición de Heller (1934), que plantea que:

*como poder constituyente y como personificación de la organización estatal aparece la unidad social de poder del Estado, que técnicamente no cabe limitar, como personalidad jurídica en relación con normas. Así, pues, se llama soberano al poder que crea el derecho, en su caso al constituyente, pero eso es la organización estatal como un todo. Sólo ella es el sujeto de la plenitud de poder concentrada y actualizada en la conexión estatal de efectividad que hace posible el imponerse a cualquier otro poder dentro del territorio* (trad. Tobío, 1971, pág. 263).

Aquí, se desarrolla una paradoja, donde el sujeto de la soberanía formal, es decir, el pueblo, no corresponde con el sujeto de la soberanía practica y del poder constituyente, el *auténtico* soberano, quien decide sobre la forma del cuerpo político y ejerce su poder, legitimándolo en esta propia forma decidida, ya que el primero es simbólico, mientras el segundo es institucional.

La solución, sin embargo, puede estar en el hecho que “*‘poder constituyente’ significa poder para constituir o construir algo. En la jurisprudencia constitucional, este término se asocia con el poder para hacer una nueva constitución o cualquier instrumento con naturaleza constitucional*” (Banerjee & Khaitan, 2008, pág. 548), por lo que se debe mantener que el “*poder constituyente es considerado un atributo directo de la soberanía inmanente, y por tanto cualquier referencia a la soberanía implica referencia al poder constituyente*” (ibid., pág. 551).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto se proyecta en los mandatos de los artículos 429 y 436, numeral 1 de la Constitución, que establecen que:

*la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia” y que “la Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias,*

lo que otorga a este ente el poder para interpretar el significado y definir qué constituye la codificación de la norma suprema, y como lo hace, dándole un poder supremo sobre la propia ley que rige al Estado ecuatoriano mismo, e implica igualmente un poder para aprobar sus reformas por medio de su propia interpretación, regulada en los artículos 438 y 443, que determinan que “*la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: [...] Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados”* y que “*la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso”*, en referencia a la reforma del texto constitucional.

García-Trevijano (2010), sobre el problema del poder constituyente, explica que:

*la propia etimología de la palabra constitución, que además de constituir también indica, en su versión política, la acción de co-instituir, describe, mejor que los tratados jurídicos sobre el Estado, lo que debe entenderse por poder constituyente o instituyente, y poderes constituidos o instituidos. Estos son órganos internos del Estado, y para modificar la estructura de poder que los relaciona con los demás órganos estatales en la Constitución, deben cumplir el procedimiento previsto en ella para su reforma (pág. 168)*

algo que si ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, otorgando este poder constituyente, formalmente al pueblo, e institucionalmente a un poder constituido, la Corte Constitucional, como único ente con potestad de interpretación constitucional.

No obstante, el problema que se nota en el realismo jurídico orsiano sobre la asignación de soberanía institucional y ejercicio de poder constituyente a un órgano en específico está en que:

*no es lo mismo admitir que siempre habrá un mínimo de interpretación (incluyendo la judicial), que atribuir formalmente el monopolio de la interpretación constitucional a un órgano judicial o cuasi judicial. La interpretación constitucional debería corresponder al pueblo, y, como ello no es posible, a los órganos políticos menos alejados del pueblo, y nunca debería investirse en una sola institución que ha tenido, en la práctica, una especie de poder constituyente permanente en el que no han dejado de notarse los criterios partidistas o ideológicos (Pereira Menaut, 2005, pág. 325).*

Igualmente está la cuestión del poder constituido que representa:

*el fallo esencial en la división [...] de poderes. Si el poder está dividido [...] de modo que [...] esos poderes puedan controlar las excesivas usurpaciones del [otro], dicho poder [...] es no sólo lo que es como poder constituido sino además una autoridad sobre los poderes vecinos que pretende juzgar”, ya que “el poder no sólo es unitario, sino que sólo hay un poder unitario en el orden político. [...] El poder es siempre delegado de alguna fuente primaria, pero hay muchos poderes (Wilhelmsen, 1992, pág. 172),*

por lo que en casos en los que se otorga poder constituyente institucional, es decir, soberanía real, a un ente, si tiene características judiciales, puede y suele intentar “*asumir las prerrogativas del legislativo*” (ibid.).

El conflicto, en ambos casos, está en que se presupone que “*el poder constituyente solo existe mientras se resista a la representación institucionalizada*”, al mismo tiempo que

*con el aumento reciente en la jurisdicción constitucional de las cortes, algunos creen que las cortes constitucionales ya no se están expresando en una voz adjudicativa o incluso legislativa, sino que hablan directamente*

*en nombre del pueblo soberano y como la voz autentica del poder constituyente* (Loughlin, 2017, pág. 40),

es decir, la contraposición entre un poder constituyente ejercido por el pueblo mismo en calidad de soberanía popular, y un poder constituido ejercido por la Corte Constitucional en calidad de institucionalidad política soberana, aunque ambas terminan orientándose hacia lo mismo bajo “*la expresión de la ‘opinión publica’, que tradicionalmente ha sido invocada para explicar los cambios en el entendimiento del derecho constitucional*”, es decir, “*la prerrogativa de los medios masivos institucionalizados*” (ibid.).

Esto nos recuerda que no existe determinación por defecto del soberano, que formalmente puede ser uno, pero en la práctica otro, en medida que:

*sujeto constituyente puede ser el monarca, el pueblo o un grupo o asociación poderosa al interior del Estado, y como tal se sitúa ‘fuera y por encima de toda regulación constitucional’. La decisión del Poder constituyente corresponde a un acto de la voluntad, y es una característica que comparte con la soberanía*” (Cristi, 2008, pág. 25),

que se manifiesta como

*la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional* (Schmitt, 1982, 93-94).

Más aún, Heller indica que “*toda Función constituyente, supone un sujeto constituyente que, como tal, sólo puede ser una unidad de voluntad capaz de decisión y acción*” (1934, trad. Tobío, 1971, pág. 297), lo que recuerda al decisionismo schmitteano, al positivismo de Austin y Bentham, y al realismo jurídico orsiano, en virtud que ese poder constituyente se ejerce mediante la emisión de comandos soberanos que deciden final e inapelablemente, tal y como también dispone el artículo 440 de la constitución sobre las sentencias de la Corte Constitucional, y sobre el significado de la norma suprema, que

únicamente pueden ser emitidos por un ente judicial supremo que aprueba lo dispuesto por la norma suprema, es decir, la misma Corte Constitucional

De esta forma, se evoca esta *“falta de fronteras entre poder constituyente y soberanía”* en un *“decisionismo autoritario”* (García-Trevijano, 2010, pág. 180), instituido en la Constitución, aunque su sujeto, para el caso ecuatoriano, no corresponde al pueblo, cuyo papel es formal y eventualmente *“procesual”* (ibid.) en referendos y consultas populares, como indican los artículos 441, numeral 1, y 444 de la Constitución, mientras que el ejercicio real de poder constituyente y soberano recae en la propia Corte Constitucional, al tener ella la potestad para interpretar la ley fundamental, emitir sentencias finales e inapelables sobre sus interpretaciones, e incluso emitir dictámenes sobre la constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares y referendos y calificar los procedimientos para que puedan desarrollarse, es decir, aprobando que estos siquiera puedan darse.

La ironía está en que la propia concepción de Schmitt y de sus objeciones sobre la concepción de una corte como guardiana de la constitución terminan revirtiéndose cuando es esta la que ejerce poder constituyente y soberanía constituida en sí misma, al terminar consiguiendo lo contrario de lo que se propone en el constitucionalismo liberal de Kelsen: en lugar de neutralizar y despolitizar la política mediante su judicialización (de Ville, 2017 pág. 98), la justicia constitucional se politiza, volviéndose su manifestación más impetuosa, en un mecanismo que facilita un activismo judicial *“que prioriza las opiniones de los jueces [...] incluso por sobre los límites fijados por el propio derecho”* (Etcheverry, 2020, pág. 341), vinculándolo adecuadamente con la propia naturaleza decisionista de la soberanía y del poder constituyente.

La explicación de este fenómeno está en que *“los Tribunales Constitucionales han sido calificados como un «poder constituyente permanente»”* donde *“la Constitución ya no es algo fijo, sino que está continuamente haciéndose y deshaciéndose en un proceso interminable, que ya no tiene fin”* (Serra Giménez, 2016, pág. 520), porque el poder constituido en el órgano de interpretación constitucional se torna soberano, y *“porque no tiene principio en sentido propio”* (ibid.), lo que implicaría alguna vez hubo una soberanía o poder constituyente

auténticamente originario por ser primigenio en el proceso constitucional histórico del que deriva el actual.

Sin embargo, Antonio Negri (1992) menciona que *“el poder constituyente está formalmente incluido en el poder constituido, en la soberanía”* (trad. Frabotta & Sánchez Cedillo, 2015, pág. 9), pero que este *“se presenta como mediación centralizada”* que *“queda diluido en el mecanismo representativo”* y *“vuelve a aparecer, enmascarado, en las actividades de los tribunales supremos”* (ibid., pág. 382), donde demuestra que su

*capacidad de dirección política se ve enaltecida sobre todo por las competencias que corresponden al poder judicial en lo relativo al ejercicio jurisdiccional sobre las leyes que atañen a la aplicación de las normas constitucionales”* y *“resuelve dinámicamente las ambigüedades que la máquina constitucional pone de manifiesto en la rigidez que constituye su garantía. El poder judicial funda e innova moviéndose como elemento dinámico de la realización constitucional. Se atribuye continuamente una especie de poder constituyente que muestra la «fuerza política» global de la constitución* (ibid., 222).

Ahora bien, si esto puede aplicarse análogamente al caso ecuatoriano, no corresponde exactamente a nuestra situación, ya que el ente que ostenta estos poderes y atributos de soberanía constituyente no es el más alto órgano de la Función Judicial, sino una institución independiente, dispuesta como tribunal especial con jurisdicción decisoria sobre la norma suprema, que es la Corte Constitucional.

El problema que se reconoce aquí es *“el inmenso poder que otorgaría ser intérprete único de la Constitución”*, al verse esta Corte obligada *“a interpretar conceptos demasiado amplios e ideológicos, como justicia o bien público”* cuando *“la Constitución debe ser sólo un acuerdo básico para la organización pacífica de la convivencia y el funcionamiento del sistema político”*, por lo que *“a un Tribunal Constitucional obligado a interpretar conceptos sublimes se le concede ‘plenitud intolerable de poderes absolutos”* (García-Trevijano, 2010, pág. 190), o lo que es lo mismo, se le concede poder constituyente, y en consecuencia, ejerce soberanía.

Obviamente, esto representa un cambio en el diseño institucional dispuesto en nuestra ley fundamental, por la que “*conviene recordar la relación de esos Tribunales especiales con el Poder constituyente*” donde se añade, “*junto a la voluntad peticionaria (de la Función Judicial), la voluntad gobernante (del Ejecutivo) y la voluntad legislativa*”, una “*cuarta voluntad del pueblo, la voluntad constitucional*” (ibid., pág. 188-189), que García-Trevijano es aquella “*que tiene poder de constituir algo ajeno, pero no el de auto-constituirse, que es lo propio del poder constituyente. La actividad constitucional, una vez constituido su órgano de acción por otro poder, es permanente y visible*” (ibid., pág. 191), algo que se ajusta mucho más a la clase de poder que realmente ejerce nuestra Corte Constitucional, que ostenta esta voluntad constitucional como órgano estatal también constituido por la norma suprema, y recibe un poder constituyente delegado para interpretar lo constitucional en los actos de los otros poderes constituidos (ibid.), que son aquellos de la división clásica de poderes.

Siguiendo la tradición schmitteana, se puede definir a la Corte Constitucional como un poder constituido pero con poder constituyente, es decir, como una de las “*instituciones legales y políticas creadas por el sujeto constituyente [...] siempre limitadas en por las formas constitucionales que les otorgan existencia*” (Colón-Ríos, 2012, pág. 4), pero que ostenta y ejerce “*voluntad política, cuyo poder o autoridad es capaz de hacer la decisión concreta y comprensiva sobre el tipo y forma de la existencia política*” (Schmitt, 1928, trad. Seitzer, 2008, pág. 125), algo no exagerado cuando los artículos 438 y 443 del texto constitucional otorgan a la Corte Constitucional potestades decisorias en la calificación de procesos constituyentes convocados mediante referendo o consulta popular, lo que indica que es la Corte misma quien determina si estos procesos son constitucionalmente válidos, y por tanto, si proceden o no, lo que se reduce a que la Corte decide preliminarmente sobre los procesos que determinan el tipo y forma de la existencia política.

El caso ecuatoriano, en este punto, ilustra institucionalmente el conflicto ideológico entre Kelsen y Schmitt, ya que, si las tesis de ambos sobre la soberanía y del ejercicio de poder constituyente resultan aplicables prácticamente, es la tesis de Kelsen la que se aplica en el diseño constitucional, y la crítica de Schmitt la que representa su principal contrapeso en la doctrina

descriptiva sobre la Corte Constitucional, dado que, “*si el núcleo de la constitución expresa la identidad política auto-asumida por el pueblo, las interpretaciones autoritativas de los principios constitucionales básicos deben ser provistos por el mismo poder constituyente o por una autoridad política que habla en su nombre, no por una corte*” (Vinx, 2016, pág. 34).

De todas formas, esto no cambia el hecho que nuestra Corte Constitucional sea soberana, en medida que es aquel poder constituido que ejerce institucionalmente poder constituyente y se erige en ente constitucionario, definiendo, mediante su capacidad de decisión final, y emitiendo, con esta, comandos soberanos que demuestran su potestad de aprobación del derecho mediante su interpretación de las disposiciones constitucionales.

Una perspectiva que validaría este rol es la que sostienen N.W. Barber y Adrian Vermeule (2017) en su artículo *The Exceptional Role of Courts in the Constitutional Order*, donde determinan que “*existen al menos tres grupos de situaciones de transición en las que las cortes, y especialmente las cortes supremas, pueden ocuparse de las normas fundacionales de nuevos estados*” (pág. 830), que como se verá a continuación, dos de estos tres tipos de circunstancias serían directamente aplicables al caso de la Corte Constitucional como ente soberano.

Primeramente, ambos autores plantean que, en su labor menos controversial, “*las cortes pueden avalar explícitamente al nuevo orden constitucional*” (ibid.), siendo esta aceptación judicial de los cimientos constitucionales del nuevo orden público una señal jerárquica que valida a la nueva norma suprema y legitima su aval en los funcionarios y ciudadanos que la reconocen, lo que se ejemplifica en la propia historia institucional de la propia Corte Constitucional ecuatoriana, cuyo primer periodo de operación, denominado de transición, incorporó a los magistrados del antiguo Tribunal Constitucional en calidad de jueces de la recientemente creada Corte, y serían ellos quienes validarían, mediante su jurisprudencia inicial, decisiones claves en el establecimiento del régimen político ideado por la aún vigente Constitución de Montecristi y encabezado en ese momento por Rafael Correa como presidente de la República.

La segunda forma, teóricamente más controvertida, no es tan relevante, ya que se concentra en la resolución de disputas sobre la existencia misma del Estado, generalmente en conflictos territoriales, aunque la tercera forma si termina siendo la más cercana al caso ecuatoriano, ya que es la que describe el rol que ha asumido la Corte Constitucional y sus jueces en estos últimos años, actuando como *“parteras de los nuevos ordenes constitucionales; emitiendo decisiones que puedan contribuir a consolidar el consenso político en torno al surgimiento del nuevo Estado o, al menos, a crear un espacio constitucional en el que pueda surgir ese consenso político”* (ibid.), en el que su neutralidad como *‘guardianes de la Constitución’*, ideada por Kelsen, se pierde para dar paso a un activismo judicial con tendencias políticas e ideológicas.

Esto sugiere que la Corte Constitucional podría inclinarse a resolver casos de manera consistente con la opinión pública, generándose un constitucionalismo popular (Pursley, 2014, pág. 576-577) que legitimaría su soberanía constituyente y constitucional mediante la invocación de valores democráticos que retroalimentan la relación entre el pueblo y una magistratura designada fuera de los mecanismos de representación política.

Sin embargo, esta dinámica también tendría su respectivo peso ideológico, que se nota en la propia composición de la Corte Constitucional y en las doctrinas interpretativas que asumen sus magistrados en las decisiones que emiten, dándose un paralelismo entre nuestro sistema de justicia constitucional y el de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con su división en facciones distinguibles en ambas cortes, basadas en distintas afinidades político-jurídicas que son representadas por las doctrinas de interpretación asumidas por los jueces en sus opiniones, sentencias y votos, ya sean de mayoría, concurrentes o salvados (Stornaiolo Silva, 2022).

En esa línea, si bien no se puede cuestionar la cualidad soberana de la Corte Constitucional ecuatoriana, por su calidad constitucional y su ejercicio de poder constituyente, si se pueden considerar las posturas internas en su magistratura a la hora de realizar interpretación constitucional, ya que es en estas donde se nota el ejercicio mismo de soberanía a la hora de decidir sobre cuestiones eminentemente política, o su inhibición en el uso de esta cualidad en base a principios contrapuestos.

Así, si la soberanía consigue tener diversas manifestaciones como poder constituyente ostentado por esta institución, su demostración real se da en la interpretación de la Constitución que realizan sus jueces, aunque la pregunta real, en ese caso, sería ¿en qué medida son las múltiples tendencias, posturas y doctrinas interpretativas encontradas en el cuerpo de decisiones emitidas por los actuales magistrados que componen a la Corte Constitucional una explicación teórica a su ejercicio soberano?

#### **4.2. La interpretación constitucional como ejercicio de poder constituyente y como manifestación de soberanía.**

En el marco de soberanía decisoria y constitucionaria de la Corte Constitucional, para determinar la influencia que tiene una escuela de interpretación en el ejercicio jurisprudencial, primero es necesario definir lo que es la interpretación constitucional.

En nuestra Constitución vigente, esta potestad es dada a la Corte en los artículos 429 y 436, que la establece como máximo órgano de interpretación constitucional, y es definida, vagamente, en el artículo 427, que dispone que *“las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”,* y que *“en caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.*

La definición doctrinaria de este concepto puede ser también útil, sobre todo aquella planteada por Fernando Pachano, *“es decir, el proceso mediante el cual se indaga el sentido de una norma constitucional con el fin de aplicarla”* (2002, pág. 1), así como aquella de Manuel Atienza, que la plantea como *“una interpretación superior a la de las otras normas”,* que *“marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, [y] establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución”* (2010, pág. 57).

La doctrina anglosajona, por las similitudes entre nuestra Corte Constitucional y la Corte Suprema de los EEUU, también puede dar luces sobre el concepto de interpretación constitucional, justamente porque bebe de una tradición

eminentemente jurisprudencial donde la interpretación misma define el derecho, recordando al realismo judicial de Álvaro d'Ors.

En *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Jeffrey Goldsworthy menciona algunas cuestiones problemáticas de la interpretación constitucional al intentar definirla conceptualmente, encontrando los aspectos que la oscurecen en su significado y en su aplicación.

Primero está el eterno dilema de abogados y juristas de si la interpretación del derecho debe hacerse al pie de la letra, o de acuerdo con su espíritu, lo que se proyecta en visiones distintas sobre el texto constitucional: ¿es un conjunto de provisiones escritas y consultivas, cuya legitimidad deriva de su adopción formal, o es una estructura normativa cuya base y autoridad dependen de principios y valores abstractos? (Goldsworthy, 2006, pág. 1)

Posteriormente está el problema de la determinación del concepto mismo de constitución y del significado de sus normas por aquellos que la promulgaron, que genera una primera división en la composición de las magistraturas con potestades de interpretación constitucional en bandos opuestos: uno compuesto por jueces naturalmente desconfiados del poder que pueden ejercer al interpretar la norma suprema desde sus propios sesgos ideológicos, fuera de la intención original de esta, y otro, cuyos miembros creen que “*la interpretación constitucional en el mundo moderno debe adecuarse a valores y necesidades contemporáneas*” (ibid.), denominándose estos sectores originalistas y no originalistas, respectivamente.

Nuestra constitución, desde luego, reconoce tácitamente a ambas escuelas interpretativas en su ordenamiento, y en su artículo 427 incorpora cláusulas que dan a entender que ambas formas de interpretar normas constitucionales son válidas, tanto en el “*tenor literal*” por defecto, como en un “*sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente*” en caso de duda, es decir, desde un originalismo clásico y un garantismo contemporáneo, respectivamente.

El problema de la interpretación constitucional, en este sentido, no está en el significado de las normas, sino en la función de cortes y tribunales como nuestra Corte Constitucional, que ostentan la potestad de hacerlo, ya que, si estos son

*“los ‘guardianes’ de sus constituciones nacionales, ¿que están exactamente guardando?”* (Goldsworthy, 2006, pág. 1), ¿las reglas y principios fijos de sus constituyentes, o unos principios y valores abstractos que dependen de la fuerza creativa y soberana de unos cuantos jueces para ser protegidos y aplicados?

Nuevamente, la norma no resulta clara para determinarlo, y emite mensajes contradictorios, ya que, si bien en la Constitución se reconocen potenciales interpretaciones originalistas y no originalistas, la misma norma suprema, en su artículo 11, numeral 8, dispone que

*el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*

Lo destacable de este artículo corresponde al desarrollo progresivo de derechos mediante jurisprudencia, y la inconstitucionalidad de actos y omisiones regresivas en su ejercicio, lo que tiene ciertas semejanzas con la doctrina de la *‘Constitución Viva’* en el derecho constitucional estadounidense (Stornaiolo Silva, 2021, pág. 9).

Según esta doctrina, *“la interpretación social es el núcleo del enfoque de la ‘Constitución Viva’ en la interpretación constitucional”*, de modo que *“el constitucionalismo progresivo [o progresista] está comprometido con lo que los progresistas creen son valores fundamentales”* (Tushnet, 2011, págs. 1078-1079), haciendo que las interpretaciones de los jueces de las altas cortes que se adhieren a esta escuela busquen desarrollar estos valores que consideran fundamentales, muchas veces en detrimento de la propia integridad del texto constitucional.

Esta misma tendencia es regulada por la norma que rige y desarrolla el contenido de las disposiciones constitucionales sobre interpretación constitucional, específicamente en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que manda que *“las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto*

*de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”.*

Lo dispuesto por este numeral corresponde con la definición crítica dada por el fallecido juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Antonin Scalia de la idea de ‘*Constitución Viva*’, al ser entendida como “*un cuerpo de derecho que crece y cambia de era en era, para adecuarse a las necesidades de una sociedad cambiante. Y son los jueces los que determinan estas necesidades y ‘encuentran’ esa ley cambiante*” (1997, pág. 38), lo que termina siendo una realidad cuando son entes judiciales soberanos, como nuestra Corte Constitucional, los que deciden y aprueban el derecho vigente mediante sus propias interpretaciones, e

*implica la personalización de la Carta, pues su significado termina siendo no lo escrito en ella, lo originalmente pactado, sino lo que considere un juez determinado, sometiéndola a mayores indeterminaciones, a los cambios y sentires de los sujetos, a la captura por parte de ideologías (Arévalo Ramírez & García López, 2018, pág. 406).*

De misma forma, Miguel Ayuso (2012) expresa similitudes entre el activismo de la ‘*Constitución Viva*’ y otras formas de judicialismo, como la del realismo judicial orsiano, que permiten “*la irrupción del llamado «poder judicial», más allá de la «administración de justicia» [...] pues en definitiva viene a reconocer su novada condición «politizada»*” y “*en el mismo contexto debe insertarse también la consideración del papel crecientemente importante de los «tribunales constitucionales»*” que ostentan un “*poder político integrado por la suma de los órganos que tienen encomendada la potestad jurisdiccional*”, es decir, “*la función de decir el derecho y su relación con la ley y aun la constitución [...] en detrimento del derecho*” para que su “*sustitución por [su] versión moderna, y más adelante la propia implosión de ésta, [alteren] hondamente las bases de nuestros derechos*” (págs. 280-281) y lleguemos

*así a un Estado de derecho que se pretende total, sin zonas exentas, y actualizado por unos jueces cada vez más «activistas», en cuya cúspide se asienta un órgano político de apariencia judicial y que resulta paladinamente ajeno a la separación de los poderes (ibid., pág. 281).*

La crítica de Ayuso respecto a las potestades soberanas de órganos como nuestra Corte Constitucional se orienta en la misma dirección que la de Scalia respecto a la de la doctrina de la '*Constitución Viva*', al ambos considerar que una institución judicial que puede realizar interpretación constitucional no solo puede caer, sino invariablemente cae, en el abuso de su poder al imponer lecturas sociales contemporáneas en el significado de un derecho con valor histórico, buscando actualizarlo a las circunstancias actuales desde la fuerza de sus sentencias, únicamente legitimada formalmente por "*la loca esperanza de salvación puesta en la internetización de la cultura jurídica como fuente de sabiduría constitucional*" (García-Trevijano, 2010, pág. 184).

La cuestión que se visibiliza aquí es que, en el '*constitucionalismo vivo*', la interpretación constitucional se plantea directamente como ejercicio de poder constituyente constituido y como manifestación de soberanía efectiva por los magistrados que se disponen a redactar sus decisiones desde esa postura, sin mayor explicación o respeto de la misma norma que interpretan y que les otorga poder de interpretarla en esa dinámica constitucional en que opera la Corte Constitucional.

La justificación de esta práctica, por supuesto, está en presentarla como una "*interpretación evolutiva*" que relaciona a la '*Constitución Viva*' con "*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Pero este elemento posee mayor trascendencia en la interpretación constitucional, dado que la Constitución ha de tener una especial pretensión de permanencia y estabilidad*" (Díaz Revorio, 2016, pág. 19).

El activismo de los jueces que adhieren a esta doctrina asume que la política con toga que realizan en sus decisiones interpretativas permite que "*la norma fundamental y suprema de un sistema político y social*" realmente esté "*llamada a perdurar en el tiempo*", cuya "*permanencia no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase tomando en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse*" (ibid.), haciendo que esta "*interpretación evolutiva del texto normativo supremo*" se "*vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas, sin llegar a tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos*" (ibid.), en defensa de su permanencia formal, pero en detrimento de su espíritu y significado real, tal y como fue originalmente ideado y dispuesto.

Si de ejercicio soberano por una Corte Constitucional con poder constituyente se trata, las interpretaciones evolutivas del '*constitucionalismo vivo*' resultan una herramienta brillante, ya que no solo preservan la literalidad formal del texto constitucional interpretado, sino que permiten lecturas antojadizas, a gusto de las tendencias políticas e ideológicas propias de cada magistrado, que pueden decidir sobre la validez misma del derecho constitucional vigente y emitir nuevos comandos soberanos en su base que lo invalidan en la práctica sin necesidad de hacer uso de los propios mecanismos políticos dispuestos en la norma suprema para su reforma.

Sobre esto, la justificación que plantean los teóricos de la forma local del '*constitucionalismo vivo*', llamado neoconstitucionalismo, es que "*entender la legitimidad democrática de la Corte [...] no es un elemento relevante porque, al ser un órgano jurisdiccional, su actuar se desenvuelve dentro de una legitimidad jurídica basada en un método también jurídico*" (Guerra Coronel, 2014, pág. 43), puesto que:

*Las Constituciones de esta región ya no acogen el modelo Kelseniano de Constitución, sino que lo hibridan con el modelo anglosajón, pues precisamente ya la Constitución parece no ser el cierre del ordenamiento jurídico a partir de una jerarquía solo de forma, sino es norma jurídica y fundamental, es una Constitución bastante abierta que requiere ser dotada de contenidos, en base a los pilares que sienta, sobre todo mediante la construcción del derecho, ya no solo por parte del legislador, sino esencialmente por parte de los jueces, y su órgano protector, la Corte Constitucional" (ibid., pág. 42).*

Esta postura implicaría que, la Corte Constitucional, por su calidad de poder constitucionario, tendría, por defecto, legitimidad democrática que validaría cualquier interpretación que realice sobre las disposiciones de la norma suprema, en esencia permitiendo el mismo activismo que se ha visto justificado en la Corte Suprema de los Estados Unidos en nombre de la '*Constitución Viva*', solo que aquí bajo el nombre de '*desarrollo*' o '*progresividad*' de derechos.

En la práctica, esto se manifiesta en las denominadas sentencias modulativas, donde la Corte, en su "*labor de interpretación de la Constitución*" que "*requiere*

*una argumentación sostenida, clara y concreta [...] construye [reglas constitucionales] a posteriori teniendo como base los principios, e interpretando estos* para decidir cada caso, dando como razón de su activismo a *“la intervención de jueces y cortes constitucionales en la creación de derecho, en seguir construyendo esa tarea aparentemente inacabada por el constituyente”* (ibid., pág. 48), es decir, asumiendo un rol de constituyente tardío pero permanente, un constituyente constituido en el Estado.

Este tipo de sentencias modulativas permiten la realización de interpretaciones constitucionales abstractas, es decir, el tipo de interpretaciones que:

*lleva a cabo supuestamente con abstracción de la aplicación concreta de las normas a una hipótesis de hecho determinada y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad o no de un texto normativo (sin importar si se aplica o nunca se ha aplicado) con el texto de la propia Constitución* (Guerrero del Pozo, 2012, pág. 109),

con las que se pueden excluir interpretaciones inconstitucionales de una norma del texto supremo, pero de misma forma, se puede decidir que *“se declare conforme a la Constitución interpretaciones en sentidos distintos al proscrito por medio del control constitucional”* (ibid.).

Así, las sentencias modulativas se convierten en el vehículo ideal de las interpretaciones propias de la doctrina de la *‘Constitución Viva’* ya que permiten que la interpretación constitucional en cuestión incorpore *“varios presupuestos fácticos para determinar en qué circunstancias y condiciones prácticas la aplicación en determinado sentido de una norma puede efectivamente adolecer de un vicio de inconstitucionalidad y en cuáles no, dejando a salvo estas últimas y proscribiendo a las primeras”* (ibid., pág. 110), haciendo la Corte que las emita ejercicio doble de soberanía: primero, aprobando un significado de las disposiciones del derecho supremo, tal y como se indica en el realismo jurídico de Álvaro d’Ors, que observa que *“Derecho vigente es aquello que los jueces real y actualmente aprueban”* y *“Derecho supremo (summum ius) es aquello que el Tribunal Supremo aprueba”* (1953, pág. 330), y segundo, identificando excepciones interpretativas que deben ser eliminadas del significado aprobado

de la norma suprema, actuando como aquellos '*guardianes*' de la Constitución, de su integridad y su orden, tal y como planteaba Kelsen.

Si el '*constitucionalismo vivo*' es la forma interpretativa donde órganos como la Corte Constitucional ecuatoriana manifiestan soberanía, su causa no es más que la del propio diseño constitucional que los instituye, esencialmente, como otro órgano político, con potestad de jurisprudencia creadora de normas (García-Trevijano, 2010, pág. 188).

Sin embargo, no es la única doctrina de interpretación constitucional presente en la jurisprudencia derivada del diseño institucional ecuatoriano, y por otra parte, está el enfoque originalista, eminentemente textualista, cuya base normativa, además de las disposiciones sobre el "*tenor literal*" y del "*sentido que [...] mejor respete la voluntad del constituyente*" del artículo 427 de la Constitución, son los numerales 5, 6 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que disponen algunos principios esenciales del originalismo, desde su concepción anglosajona y análoga a nuestro caso local.

Particularmente, estos numerales mandan que son válidos los métodos de interpretación constitucional sistemática, donde "*las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo*", teleológica, donde "*las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo*" y, sobre todo, literal, determinando que "*cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal*".

Aquí, nuevamente, el análisis comparativo con el derecho constitucional estadounidense resulta adecuado, ya que enfatiza que el originalismo de Scalia y otros juristas prominentes buscaba "*entender el significado público original de la Constitución*", en un "*método que considera que el texto de la Constitución ha de ser sido entendido como lo hacía el público en general o cualquier persona razonable*" en el momento en que esta fue redactada y promulgada, un enfoque que "*tiene mucho en común con el textualismo*", es decir, la literalidad, pero que "*no es idéntico a esta*", ya que "*el entendimiento del significado público original de la Constitución no está solamente basado en el texto, sino que también bebe del significado original del texto como una guía amplia para su interpretación*" (Murrill, 2018, pág. 8).

Para los magistrados originalistas con jurisdicción en nuestra Corte Constitucional, el originalismo y textualismo en sus interpretaciones de la norma suprema enfatizan “*fuertemente la supremacía de la Constitución sobre la misma capacidad política del poder de los representantes*”, al haber sido esta “*determinada por el pueblo y que no puede ser cambiada por los órganos constitucionales, y una ley votada por los órganos representativos*”, siendo así una “*Constitución soberana*” (Negri, 1992, trad. Frabotta & Sánchez Cedillo, 2015, pág. 217).

Un ejemplo ya paradigmático de esto está en el voto salvado a la sentencia no. 11-18-CN/19 en el caso no. 11-18-CN, emitido por el entonces presidente de nuestra Corte Constitucional, Hernán Salgado, al que se adhirieron los jueces Carmen Corral, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Nuques, expresando que: *el uso y abuso de la interpretación constitucional, llevada al extremo de hacer desaparecer la oposición de la Ley Suprema*” constituye

*una nueva forma de ilusionismo constitucional, [...] un proceso de mutación arbitraria que destruye la supremacía de la Ley Fundamental [...] que podría derivar en un fraude a la Constitución [...] pues el juez constitucional no es un legislador y menos todavía un legislador constituyente.*

La postura originalista en la interpretación constitucional y en las potestades soberanas interpretativas y decisorias de la Corte, se erige como un límite, un contrapeso, un obstáculo necesario frente al ejercicio de soberanía constitucional desde el activismo del neoconstitucionalismo y del ‘*constitucionalismo vivo*’, uno que se autoconstituye como freno moral en los magistrados que se adhieren a esta doctrina, que deciden por cuenta propia no ceder ante el poder que les ofrece la interpretación progresista de la norma suprema, y mantenerse en su interpretación textual y originaria, asumiéndose verdaderamente como “*los guardianes judiciales de la Constitución y de sus derechos*” (Dyzenhaus, 2012, pág. 230).

Los originalistas de nuestra Corte Constitucional buscan compensar la intención de Kelsen en su diseño de un tribunal constitucional para proteger la integridad del texto constitucional con la de Scalia de interpretarlo en virtud de lo que

*realmente dicen las normas, no lo que los legisladores [constituyentes] pretendían que digan, pero no redactaron en su texto para que todos y cualquiera lo lean [...] de modo que es el sentido original del texto, aplicado a las circunstancias actuales, el que debería gobernar la interpretación judicial de [...] la Constitución” (Gutmann, 1997, pág. 38).*

El problema está en que el conflicto entre las doctrinas interpretativas presentes en la jurisprudencia de la Corte significa, en el fondo, un conflicto político sobre el ejercicio de las potestades soberanas que dispone la propia Corte, que pueden manifestarse en cuestiones como la interpretación de la norma suprema, y que nuevamente trae a colación la perspectiva de Carl Schmitt, y nos remite a los debates jurídicos de la República de Weimar, aunque aquí no hay duda sobre quien ostenta auténtico poder soberano, que sin duda es la Corte Constitucional, sino que pone en disputa la forma como debe ejercerse esta soberanía, recogiendo las tesis respectivas de Kelsen y Schmitt, donde o bien “*el derecho se impone sobre el poder*”, como procuran los originalistas, o el “*el poder se impone sobre [y mediante] el derecho*” (Vita, 2017, pág. 160), como hacen los activistas del ‘*constitucionalismo vivo*’ y del neoconstitucionalismo.

De todas formas, estos últimos no reconocen que su interpretación constitucional demuestra su ejercicio de soberanía, y buscan orientar la percepción formal de su acción jurisprudencial a una tercera postura teórica, aquella postulada por Herman Heller, “*en la que poder y derecho se interrelacionan*”, que les permite legitimarse en la teoría y el ideal como ejemplos de aquel

*juez democrático, que sin dejar de aplicar la ley vigente sepa interpretar la Constitución conforme a sus principios [...] que [aplica] lo que nosotros llamamos examen de proporcionalidad, a fin de dar herramientas de argumentación para controlar la restricción de derechos por parte de la administración” (Vita, 2017, págs. 160-161),*

aunque en la práctica no hagan más que actuar con el autoritarismo propio de Schmitt, en el que la decisión constituye poder, y el derecho no es más que su manifestación positiva.

Tal vez por eso es que la interpretación constitucional puede, y debe ser entendida como ejercicio de poder constituyente y como manifestación de

soberanía constitucional, porque no importa si existe un sector originalista en cortes y tribunales constitucionales como el nuestro, que busque preservar a la Constitución en su sentido original y textual como garantía del orden jurídico local, ya que por el mero diseño institucional, que otorga este poder constituyente a un órgano constituido sin tomar en cuenta la separación de poderes, existirá una facción que reconozca su cualidad soberana (Stornaiolo Silva, 2021, pág. 7) y decida usarla para interpretar el texto de la norma suprema en base a lecturas extemporáneas que legitimen imposiciones ideológicas desde el cambio social y la opinión pública.

La sentencia de mayoría no. 11-18-CN/19 para el caso no.11-18-CN, resuelta por la Corte Constitucional, así como su voto salvado de minoría, al igual que muchas otras, demuestran la tensión política que existe en este órgano, y la ruptura que se ha dado entre un sector de magistrados, que reconoce la calidad soberana que disponen en su magistratura, con la potestad de interpretación constitucional que les ofrece, y lo ejerce mediante un activismo judicial autoritario en su decisionismo, justificado en la doctrina del '*constitucionalismo vivo*' y otro, fiel a su ideal de guardianes y garantes de la Constitución, heredado de la teoría constitucional de Kelsen, que se mantiene firme en su interpretación originalista y textualista de la norma suprema, aunque les resulte contraproducente frente a criterios de una mayoría activista.

Con este antecedente, y entendiendo el papel de la interpretación constitucional en el ejercicio de soberanía por la Corte Constitucional ecuatoriana, resulta adecuado revisar algunos casos importantes del cuerpo jurisprudencial emitido por esta institución, para con ello determinar si realmente se trata de un ejercicio arbitrario de potestad constitucional o, por el contrario, de la visibilización de la calidad auténticamente soberana de este órgano.

#### **4.3.La jurisprudencia de interpretación constitucional: ¿un ejercicio arbitrario de potestades por la Corte Constitucional o la visibilización de su calidad soberana?**

Como la jurisprudencia es la herramienta de aplicación de la potestad soberana de la Corte Constitucional y de sus magistrados activistas en búsqueda de actualización de la '*Constitución Viva*', analizarla es trascendental para probar esta cualidad con sustentos que lo demuestren.

De misma forma, no toda la jurisprudencia emitida por la Corte es pertinente para este propósito, por lo que cualquier análisis de su ejercicio soberano de interpretación de la norma suprema debe centrarse en un tipo particular de sentencia que emite con cierta regularidad, que son las llamadas sentencias modulativas, que se emiten en casos de “*control de constitucionalidad para establecer*”, mediante interpretación del texto constitucional, “*el sentido o los sentidos en los que debe entenderse una disposición o enunciado y, con ello, poder determinar las normas obtenidas directa o indirectamente de la misma, que estén acordes o no con la Constitución*” (Garay Herazo, 2014, pág. 78).

Según Néstor Sagües, estas sentencias modulativas “*también se llaman, por ejemplo, ‘manipulativas’ [...] en el sentido que resultan productoras de normas, infiriéndolas a éstas de la misma Constitución*” (2006, pág. 191) y se distinguen en algunos tipos y categorías distintas, que posteriormente servirán para clasificar y analizar aquellas que han sido emitidas por la Corte Constitucional en su ejercicio de control constitucional.

Estas sentencias modulativas pueden ser admisorias, que desechan interpretaciones constitucionales específicas, sin condenar al texto normativo, “*que persiste vigente y aplicable, siempre que se lo interprete del modo conforme a la Constitución, y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional*” (ibid., pág. 192), desestimatorias, que determinan que ciertas interpretaciones normativas son efectivamente constitucionales, pero sin indicar si existen otras interpretaciones que habrían de ser consideradas inconstitucionales respecto a la misma norma (ibid., pág. 193), y aditivas, “*que [añaden] algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución*”, y “*en algunos casos [cubriendo] un vacío constitucional o legal*” (ibid.).

Igualmente pueden ser sentencias modulativas integradoras, que además de realizar interpretación constitucional con las mismas características que las sentencias modulativas aditivas, “[*incluyen*] *a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal*” (ibid.), o sustitutivas, que combinan las potestades determinadora, decisoria y derogatoria del control de constitucionalidad normativo con un “*poder legisferante positivo*”, que por una parte “*destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar la reemplaza por otra regulación conforme con la Constitución*” (ibid.).

Esta clasificación no limita, sino que matiza las distintas formas en las que tribunales y cortes constitucionales como la nuestra ejercen su potestad soberana de interpretación constitucional, ya sea por sí mismos, mediante creación directa de normas jurídicas, o mediante otros órganos a los que comandan mediante estas sentencias a hacerlo, demostrando la máxima de Jeremy Bentham del derecho como voluntad soberana del poder supremo (Olivecrona, 1975, pág. 99).

Ahora bien, en el cuerpo jurisprudencial emitido por nuestra Corte Constitucional, este tipo de sentencias son identificables fácilmente por algunos criterios jurídicos, ya sea que constan en su identificación con la nomenclatura IC, correspondiente a las acciones de interpretación de normas constitucionales y en las consultas de constitucionalidad de norma, tal y como dispone la resolución No. 003-CCE-PLE-2019 del Pleno de la Corte, o incorporan una cláusula resolutoria que incluye la expresión “*interpretación conforme y condicionada*” o “*interpretación conforme*” solamente, marcando el tipo de potestad que está ejerciendo la Corte, aunque esto suele ser más frecuente en sentencias para casos que no hayan iniciado con una solicitud de interpretación constitucional sino con una acción o demanda externa, como son las acciones extraordinarias de protección o las acciones de inconstitucionalidad, donde también se dan casos de interpretación constitucional.

Por ello, para el análisis jurisprudencia de la potestad de interpretación constitucional como manifestación de soberanía constituyente, bajo estos criterios fueron seleccionados 12 casos, de los cuales la mitad, es decir, 6, corresponden a sentencias de interpretación constitucional propia, con nomenclatura identificatoria SIC o IC, mientras que en la otra mitad analizada existen tres tipos de sentencias distintas.

De estas 6 sentencias analizadas que no correspondían a acciones de interpretación constitucional propia, 2 eran sentencias resolutorias consultas de constitucionalidad de norma, reconocibles por las siglas CN en su codificación, 2 eran decisiones de acciones de inconstitucionalidad, con el código SI, SIC o IC mencionado en el capítulo anterior, y 2 eran las ya recurrentes sentencias de acciones extraordinarias de protección, identificables bajo la nomenclatura SEP o EP, aunque en estos dos últimos tipos de sentencias, es decir, acciones de

inconstitucionalidad y extraordinarias de protección, estaban incorporadas en su resolución o bien la fórmula de “*interpretación conforme y condicionada*” o de “*interpretación conforme*”, por lo que fueron escogidas específicamente para este análisis por esta adecuación resolutoria.

En todo caso, por el régimen de transición que se mantuvo en los primeros años de vigencia de la presente Constitución de Montecristi, de 2008, muchas de las sentencias más antiguas de las que fueron escogidas son aquellas donde la Corte Constitucional interpreta la norma suprema determinan directamente aspectos de la organización política del Estado ecuatoriano, algo que corresponde directamente con la definición de poder constituyente que plantea Jacques de Ville, como la “*decisión sobre la naturaleza y la forma de la existencia política*” (2017, pág. 74).

De misma forma, son estas sentencias las demuestran el ejercicio de poder constituyente según la definición de Ismael Quintana, es decir, disponen por la Corte “*la potestad suprema de crear u otorgar una constitución en la que se organice y determine la estructura fundamental de la sociedad políticamente organizada, esto es, su forma de Estado y su sistema y forma de gobierno*” (2019, pág. 17), así como la de Nogueira Alcalá, al concebir a este órgano como “*un poder plenamente autónomo para ordenar y reordenar la convivencia básica de una sociedad política a través de la Constitución Política [...] teniendo libertad para configurar dicho ordenamiento jurídico*” (2017, pág. 328).

Un ejemplo muy claro de esto está en la sentencia interpretativa no. 001-08-SI-CC para los casos acumulados no. 0003-01-IC, 0004-08-IC, 0006-08-IC, y 0008-08-IC, sustanciada por el aquel entonces magistrado de la Corte Alfonso Luz Yunes, donde la Corte Constitucional interpreta la forma en que las funciones, potestades y competencias de órganos e instituciones pertenecientes al antiguo orden constitucional, previo al de Montecristi, como la antigua Corte Suprema de Justicia, las Cortes Militares y Policiales, y las Comisarias de la Mujer y la Familia son integradas y subsumidas por el nuevo diseño institucional de la Constitución de 2008.

En esta sentencia, la Corte determina que “*la interpretación se hace ineludible cuando existe un problema que debe dar respuesta a una cuestión*

*constitucional, que la misma Constitución no puede resolver en forma concluyente”, buscando “establecer el alcance de las normas constitucionales, que por su naturaleza contienen principios y reglas de carácter general” ya que “es en relación con ellas, que se configuran los poderes del juez constitucional”, poderes que deben ser ejercidos para resolver la forma como deben ser aplicadas las nuevas normas constitucionales y del Régimen de Transición respecto a las reformas institucionales en la estructura de administración de justicia su institucionalidad preconstitucional.*

La Corte Constitucional asume una postura originalista-kelseniana en su interpretación, determinando que

*“a la luz de la disposición derogatoria de la Constitución, en un contexto de mutación constitucional como el que vive el Ecuador, la vigencia de la nueva Carta, no puede implicar la desinstitucionalización del país; es por ello, que en aplicación de los principios de conservación del derecho y armonización constitucional, todas las normas preconstitucionales que no sean contrarias al texto de la Constitución, mantienen su vigencia, mientras no sean reemplazadas por una nueva legislación post-constitucional”,*

lo que implica que se enmarca en su rol de garante del orden constitucional vigente y previo, en medida que no contradiga al que lo ha reemplazado, aplicando textualmente. en una sentencia modulativa integradora, la norma pertinente, concretamente los artículos 20 a 24 del régimen de transición dispuesto por la misma Asamblea Constituyente que promulgó la Constitución de Montecristi de 2008, para que se puedan mantener instituciones preconstitucionales en el nuevo orden jurídico.

Esta postura originalista, en este caso, de la Corte Constitucional para el periodo de transición se revela en la primera disposición de su decisión, que manda de forma clara que

*la Constitución de la República del Ecuador y el Régimen de Transición, para su validez y eficacia, no requieren de desarrollo legal o reglamentario alguno. Sus disposiciones disfrutan de eficacia directa e inmediata y su*

*incumplimiento conlleva los mismos riesgos, consecuencias y responsabilidades del incumplimiento de la Constitución,*

indicando que para su interpretación no fue necesaria más que la interpretación literal de lo dispuesto en las nuevas normas constitucionales y transitorias para su aplicación, aunque con la particularidad que es la propia Corte quien lo determina, haciendo uso de su potestad decisoria soberana respecto a la organización política del Estado en su Función Judicial.

Esta tendencia ya no se mantiene en la sentencia interpretativa no. 002-08-SI-CC para los casos acumulados no. 0005-08-1C y 0009-08-IC, redactada por Roberto Bhrunis Lemarie, que si bien también demuestra la calidad soberana de la Corte al disponer sobre la organización de sus instituciones constituidas, en este caso, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, manifiesta atisbos de interpretación activista de la Constitución, que reconoce el poder constitucional de la Corte y no titubea en usarlo para favorecer determinadas lecturas de la norma suprema, como se puede observar en los siguientes párrafos:

*Para que la Constitución llegue a tener efectivamente aplicación material, el diseño institucional del Estado debe contar con un órgano de garantía jurídica de esos derechos que definen la existencia del Estado.*

*Es aquí donde la justicia constitucional asume toda su relevancia: a la Corte Constitucional corresponde defender el carácter normativo de la constitución y para ello, tiene competencia para hacer el control de constitucionalidad de la ley, sistematizar el entendimiento de los derechos e interpretar la Constitución de tal manera, o en el sentido que más favorezca a la eficacia real de los derechos y a la objetivación de los valores establecidos en una Constitución.*

*Para hacer realidad este mandato de interpretación de la Constitución, ésta Corte debe enfocarse en encontrar el justo medio entre la búsqueda de la justicia y la aplicación estricta de su texto.*

*Es por ello que la interpretación Constitucional, no es ni puede ser un supuesto de subsunción lógica de los hechos en las normas, sino que*

*como lo sostienen los defensores del paradigma garantista del neoconstitucionalismo, el juicio de validez de las normas es perfectamente coherente con el principio de justicia; en tanto ambos son valorativos y requieren de la búsqueda de la racionalidad.*

En esta misma sentencia ya se encuentra una ruptura explícita con la interpretación originalista, declarando que

*una lectura literal de las dos normas nos lleva al absurdo jurídico de que dos funciones del Estado, distintas e independientes, tienen una misma obligación: organizar el proceso de selección que conducirá el concurso público de méritos y oposición, para designar a los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social,*

que demuestra que la preservación textual del orden constitucional no estaba en el interés de la Corte, sino generar interpretaciones evolutivas y contingentes con las transformaciones institucionales sobre las que era consultada.

Esta decisión termina demostrándose en el carácter de sentencia modulativa sustitutiva con la que es emitida, que declara explícitamente la extinción de dos órganos preconstitucionales, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y la Secretaría Nacional Anticorrupción, que son remplazadas oficialmente por la Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, como se dispone en el dictamen de la Corte.

Un patrón combinado de los dos anteriores se manifiesta en la sentencia interpretativa no. 0005-09-SIC-CC para los casos acumulados no. 0001-05-IC, 0011-05-IC y 0013-05-IC, donde Patricio Herrera interpreta, desde la calidad soberana de determinación de la organización política del Estado, los artículos 181 y 232 de la Constitución, que disponen las funciones del Consejo de la Judicatura y las prohibiciones a funcionarios públicos.

En esta sentencia, se combinan criterios originalistas, reflejados en “*la interpretación in abstracto*” de las normas “*para saber cuál fue la real intención del constituyente*”, y criterios ‘constitucionalistas vivos’ en la interpretación concreta, donde se subsume el “*supuesto de hecho [...] en relación a los casos concretos que nos ocupan*”, usando la primera para legitimar el ejercicio de

interpretación constitucional y la segunda para ejercer poder efectivo mediante esta.

Cabe destacar que, mediante esta sentencia, de tipo modulativo aditivo, la Corte Constitucional supedita la propia autonomía institucional y organizativa de la Función Judicial al declarar que, aunque

*“esta Corte afirma que no existen arreglos jurídicos dentro de la Constitución de la República que dejen abierta la posibilidad de que la designación o nombramiento de los servidores judiciales corresponda a un órgano diverso al Consejo de la Judicatura; es más, del análisis del diario de debates de la Asamblea Nacional Constituyente del 2008 se desprende que la Voluntad del Constituyente es otorgar al Consejo de la Judicatura competencias y atribuciones en los procesos de selección de servidores para la Función Judicial, cuando conceptualiza a dicha entidad como ‘órgano de gobierno’ de la Función Judicial y titular de un rol ‘administrativo y organizativo’”,*

lo que le lleva, cubriendo el vacío constitucional en cuestión, a declarar, mediante puro ejercicio de poder constituyente, que:

*“el Consejo de la Judicatura como órgano de gobierno y administración de la Función Judicial, en virtud del numeral 3 del art. 181 de la Constitución y del art. 254 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial, es competente para designar como servidores de la Función Judicial a aquellos que cumplan con los requisitos correspondientes”.*

Por otra parte, la sentencia no. 001-10-SIN-CC para los casos acumulados 0005-09-IN y 0011-09-IN, emitida por el entonces presidente de la Corte Constitucional Patricio Pazmiño, se orienta, en un principio hacia una modulación admisorias al considerar que *“en la interpretación debe excluirse cualquier interpretación que induzca a anular o privar de eficacia alguna de sus normas”*, lo que podría manifestar un criterio originalista que busca preservar la interpretación textual de la Constitución.

Sin embargo, la decisión de esta sentencia manifiesta abiertamente un *‘constitucionalismo vivo’* que responde al

*rol asumido por la Corte Constitucional” donde “resulta de vital importancia realizar una interpretación atendiendo al espíritu mismo de la Constitución en forma integral donde el principio de la diversidad cultural y de la interculturalidad tiende a ser inclusivo al permitir la participación de los diversos sectores de la sociedad ecuatoriana y particularmente la de los pueblos indígenas en la toma de decisiones trascendentales,*

y que le legitima para realizar una modulación aditiva donde se agrega al derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en la explotación de recursos naturales, consagrado en los artículos 57, numeral 7 y 398 de la Constitución, todos los parámetros dispuestos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales para la regulación de esta consulta previa.

En la sentencia no. 002-10-SIC-CC para el caso no. 0020-09-IC, la Corte demuestra cualidad de poder constitucionario, indicando que:

*La interpretación de la Constitución es una labor permanente de la Corte Constitucional en el desarrollo de todas sus competencias constitucionalmente atribuidas, puesto que las diferentes funciones de la propia Corte, solamente son posibles interpretando la norma fundamental en todo su contexto y para cada caso en donde tenga que aplicarse la misma,*

y cuyo objetivo, siempre desde el activismo del ‘*constitucionalismo vivo*’, “*es extraer el sentido de la norma para aplicarlo a un caso en concreto permitiendo la actuación práctica del ordenamiento constitucional en su integridad, expandiendo al máximo la fuerza normativa del texto constitucional*”.

Nuevamente, en este caso, la Corte hace gala de su condición de poder constituido por encima de los poderes constituidos del Estado, de los cuales puede interpretar las normas que constituyen la base jurídica de su institucionalidad, y lo hace interpretando los artículos 114, 130, 146 y 148 de la Constitución, todos relacionados con la relación que existen entre la elección, sucesión, destitución y disolución de las dos funciones constituidas con legitimidad democrática mediante elección popular, que son la Presidencia y la Asamblea Nacional.

En esta sentencia, la Corte realiza una modulación admisorio y modulativa, que responde primero a una interpretación originalista de aquellos artículos que permiten la concentración de poderes en la presidencia para garantizar, conveniente, su permanencia, y que demuestra luego tener elementos activistas en la interpretación de aquellos artículos que convienen para el mantenimiento de la hegemonía de partidos en elecciones de crisis por disolución del legislativo y posteriormente en aquellas que corresponden a su periodo completo.

Ya lejos de una relación obvia entre la cualidad soberana de la Corte Constitucional y su potestad interpretativa de la norma suprema respecto a la organización política del Estado, en la sentencia no. 182-15-SEP-CC para el caso no. 1493-10-EP la Corte realiza una modulación tanto aditiva como admisorio de las normas que instituyen y rigen a la garantía jurisdiccional del habeas data, asumiendo potestades legislativas que no le corresponden, lo que implica un ejercicio de prerrogativa soberana, primero al determinar *“la necesidad de efectuar un control constitucional de la disposición normativa referente al ámbito de protección de la acción de hábeas data de forma tal, que se pueda optimizar y efectivizar de mejor manera el ejercicio de esta garantía jurisdiccional”*, y después indicando que:

*el control constitucional [...] en virtud de los principios [de] ‘interpretación conforme’ [...] en aras de preservar la vigencia de la normativa infraconstitucional, puede hacer uso de [...] sentencias interpretativas, que permiten al máximo órgano de justicia constitucional efectuar un ejercicio hermenéutico que dote de validez a la interpretación de la norma que se ajuste a la Constitución, excluyendo otras interpretaciones transgresoras y vulneratorias de los derechos.*

Es esta justificación la que le permite realizar un activismo normativo con el que emite jurisprudencialmente normas sobre la garantía de habeas data que definen su naturaleza, contenido, y alcance, demostrando que mediante su jurisprudencia, la Corte Constitucional es capaz de realizar verdaderos comandos soberanos con fuerza de ley que aumentan contenido normativo con valor y jerarquía constitucional, en un ejercicio permanente de poder constituyente, que para este caso, fue usado para aumentar y desarrollar

elementos no considerados por el legislador constituyente en el artículo 96 de la Constitución.

Otro caso interesante en esta misma secuencia es no. 1692-12-EP, cuya sentencia no. 184-18-SEP-CC también incluyó un elemento interpretativo importante desde la perspectiva de la '*Constitución Viva*' y de la adecuación de las normas fundamentales a las circunstancias actuales en su interpretación, por más que estas no hayan sido dispuestas textualmente en la norma constitucional por el constituyente, como se deduce de lo dispuesto en su sustanciación en la siguiente forma:

*El presente caso evidencia la necesidad de adecuar las disposiciones legales infraconstitucionales para con el reconocimiento de los derechos de parejas o personas a tener hijos en base al uso de técnicas de reproducción asistida, sobre las cuales, la filiación se determina en función del principio de la voluntad de procreación, esto es la decisión de una pareja o persona en tener un hijo, libertad que constituye un derecho a la luz del artículo 67 de la Constitución.*

Con esta sentencia, la Corte Constitucional decidió, mediante el activismo soberano de sus magistrados, permitir la inscripción de una menor de edad como ciudadana ecuatoriana con los apellidos y la constancia de dos mujeres como progenitoras, modulando desestimatoriamente el significado de todo el artículo 67 de la Constitución para extender el reconocimiento estatal a los diversos tipos de familia, no tradicionales, al mandato del numeral 7 del artículo 69, que dispone que "*no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella*".

Ahora bien, si las sentencias anteriores demostraron un ejercicio impresionante de interpretación constitucional con características soberanas, al disponer sobre la organización política establecida en la Constitución, estas sentencias al menos incorporaban algún tipo de justificación teórica para la labor que realizaban, algo que no se encuentra en sentencias más recientes, donde la decisión sencillamente demuestra su cualidad modulativa desestimatoria y aditiva al

realizar su interpretación del significado de determinadas normas constitucionales.

Un ejemplo interesante de ello está en la sentencia no.1-11-IC/20 para el caso no. 1-11-IC, sustanciado por la jueza Karla Andrade, en el que sencillamente invoca los 429 y 436, numeral 1 de la Constitución, que establecen, respectivamente, que:

*la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional” y “la Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución [...] a través de sus dictámenes y sentencias,*

así como el 154 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que manda que:

*la Corte Constitucional, a petición de parte, realizará la interpretación de las normas de la parte orgánica de la Constitución de la República, con el objeto de establecer el alcance de dichas normas, siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación,*

para proceder inmediatamente con la interpretación requerida, sin mayor preámbulo.

En esta, sencillamente se determina, mediante una interpretación textual de los artículos 131 y 154 de la Constitución, en concordancia con el artículo 17, numerales 1, 2 y 3 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que los Secretarios Nacionales, Ministros Sectoriales y Ministros Coordinadores, justamente por ejercer la misma rectoría de políticas públicas que los Ministros de Estado, cuya función si consta en el texto constitucional, pero en aspectos intersectoriales y no solo sectoriales, y por la potestad que se les otorga a estos desde el ejecutivo para formular y determinar políticas públicas, ostentan responsabilidad política y, por tanto, pueden ser enjuiciados políticamente, de la misma forma y bajo las mismas condiciones que cualquier ministro de Estado.

Aunque esto es un caso de interpretación normativa textual, por el hecho que determine aspectos de la institucionalidad política del Estado ecuatoriano, por encima del Ejecutivo, al que está rigiendo con esta sentencia, y al legislativo, que tendría por defecto legitimidad democrática para hacerlo, por su composición por representantes electos de la nación, se deduce que este es un ejercicio más de soberanía por la Corte Constitucional, que se sitúa por encima de la separación de poderes y puede ordenar a estas dos funciones del Estado con sus sentencias.

Ahora bien, en el dictamen no. 8-09-IC/21 para el caso no. 8-09-IC, emitido por la jueza Teresa Nuques, así como en su voto salvado, sustanciado por Ramiro Ávila, se puede observar el conflicto de doctrinas interpretativas y visiones sobre el poder soberano de la Corte que fue descrito teóricamente en la sección anterior.

Esto no debería sorprender, ya que Nuques y Ávila pertenecen a facciones opuestas, con doctrinas interpretativas diferentes, en esa composición de la Corte Constitucional, con Nuques dentro del ala originalista y textualista de su magistratura, y Ávila en el ala activista y '*constitucionalista viva*' de la misma (Stornaiolo Silva, 2022).

En esta sentencia, cuya temática es la adopción monoparental en el Ecuador, la interpretación de Teresa Nuques del contenido del artículo 68 de la Constitución, que dispone que "*la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo*" es eminentemente textualista, manteniéndose en el sentido literal de la norma, y matizándolo con las disposiciones del artículo 45 de la propia constitución, del 22 del Código de la Niñez y Adolescencia, y del 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del preámbulo y artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en concordancia con el artículo 426 de la Constitución respecto a la mayor favorabilidad de derechos en instrumentos internacionales de derechos humanos.

El voto salvado de Ramiro Ávila, por otra parte, se opone a la decisión de la sentencia, alegando que el "*pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, que, en el caso en concreto, regulan el régimen de adopción en el Ecuador y permiten la adopción de familias monoparentales*" no

implicaría “*subvertir la presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas al analizar normas infraconstitucionales*”, ya que de todas formas la Corte Constitucional si dispone de esta potestad de acuerdo con el artículo 436, numeral 3 de la Constitución.

Ávila incluso menciona los diversos tipos de familias reconocidos en el artículo 67 de la norma suprema, incluidas parejas homosexuales, como ejemplos de sujetos afectados y discriminados por la sentencia, que indica él, no fue resuelta adecuadamente.

Esta tensión corresponde al conflicto entre el ejercicio de poder soberano mediante decisión al que apela el sector activista de la Corte frente a la interpretación textual que el sector originalista busca mantener como garantía de la integridad del texto constitucional.

Otro caso que manifiesta este conflicto de perspectivas interpretativas que reflejan la afinidad por el uso del poder constitucional de la Corte Constitucional es el ya mencionado caso no. 11-18-CN, cuya sentencia no. 11-18-CN/19 y su voto salvado manifiestan perspectivas absolutamente contrarias respecto a la interpretación de la norma suprema y al propio rol de la Corte Constitucional.

En esta, la interpretación sistemática del artículo 67 de la Constitución que realiza Ramiro Ávila modula desestimatoria e integradoramente el significado de esta norma para que admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, incorporando a nuestro ordenamiento la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte IDH mediante la cláusula de mayor favorabilidad de instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 424, y justificándola en los derechos a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación del numeral 4 del artículo 66, bajo la premisa de innovación y de interpretación actualizante del texto de la norma suprema a las circunstancias contemporáneas (Tushnet, 2011, pág. 1081), que solo puede ser realizado por un ente soberano con poder constituyente para determinar el significado mismo de la ley fundamental.

Frente a esta interpretación, el voto salvado de Hernán Salgado manifestó un criterio textual y originalista, en el que declara que “*el análisis desarrollado en [la sentencia] no se enmarca dentro de la naturaleza jurídica de la consulta de norma, mecanismo de control constitucional que tiene por objeto garantizar la*

*supremacía de la Constitución” y que “si cualquier disposición constitucional de la parte dogmática u orgánica, especialmente en la primera, puede ser cambiada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria” de la Constitución misma, algo que combina el originalismo de Scalia con el rol de ‘guardianes de la Constitución’, ideado por Kelsen (Liendo Tagle, 2019, pág. 218)*

Otro ejemplo casi idéntico que usa la misma estructura de interpretación activista y ‘*constitucionalista viva*’, con su respectivo voto salvado originalista (Stornaiolo Silva, 2021, págs. 9-10) es la sentencia no. 34-19-IN/21 para el caso no. 34-19-IN y acumulados, en el que la jueza Karla Andrade modula admisoriamente el significado del artículo 45 de la Constitución para que se derogue por inconstitucional la frase “*en una mujer que padezca de una discapacidad mental*” del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, que regula la tipicidad del aborto no punible en el derecho penal local vigente, incorporando a nuestro ordenamiento la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica de la Corte IDH, nuevamente mediante la cláusula de mayor favorabilidad de instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 424, y justificándola en el derecho a la no discriminación del numeral 4 del artículo 66, en lo que se repite como un ejercicio soberano de activismo judicial justificado en la actualización de la Constitución en las circunstancias actuales donde se aplica, igual que con la sentencia no. 11-18-CN/19 del caso no. 11-18-CN.

Los votos salvados de las dos juezas originalistas de la Corte, Carmen Corral y Teresa Nuques (Stornaiolo, 2022) nuevamente realizan interpretaciones literales de la norma constitucional en cuestión, es decir, el artículo 45 que dispone que “*el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción*”.

Ambos votos salvados coinciden en indicar, respectivamente, que:

*La Corte Constitucional no se encuentra autorizada para tomar una decisión que debería ser debatida por el Legislador” y “no debe invadir este ámbito, ya que sus atribuciones se circunscriben al control constitucional [...] mas no a regular una posibilidad como si tratase del*

*Legislador (al que le corresponde este debate y deliberación democrática),*

y que:

*ante un asunto de trascendencia nacional, como el sujeto a análisis, debe de procurarse la obtención de una decisión que sea producto del diálogo y la deliberación democrática desde las vías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuyo agotamiento no se devalúa de la decisión de mayoría [...] lo que no puede ser sustituido por una demanda de inconstitucionalidad que pretende modificar la configuración sustantiva de un delito con excepciones que no han sido previstas ni tratadas siquiera por el órgano legislativo,*

justamente buscan preservar el orden constitucional en su integridad textual, y con este, el propio Estado de derecho y el imperio de la ley (Sachs, 2015, pág. 840).

Sin embargo, en vista que en ambos casos la postura originalista fue minoritaria, y el activismo judicial se impuso, generando “*cambios importantes [...] que ocurrieron en gran medida sin realizar cambios al texto de la constitución*” (Lagarde, 2021), en el más reciente en la misma línea temática, el no. 13-18-CN, la sentencia no. 13-18-CN/21 fue emitida sin el voto salvado acostumbrado, aunque tres de los jueces del ala originalista de la Corte Constitucional, Corral, Nuques y Herrería Bonnet, votaron en contra de esta de todas formas, en una forma de “*revuelta contra lo que ellos ven como un abuso de poderes por parte de la Corte*” (ibid.).

Esta sentencia, dictada por Daniela Salazar, sigue el mismo patrón antes planteado, y modula, aditivamente, el significado del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, en virtud del artículo 171 de la misma norma, y sobre todo, de los numerales 5, 9 y 20 del artículo 66 y del artículo 45 de la Constitución, añadiendo en este el reconocimiento de la capacidad de consentir en una relación sexual de los adolescentes a partir de los catorce años tienen respecto a la evaluación en el cometimiento de delitos sexuales.

En este punto, parece evidente que ha sido la postura activista y '*constitucionalista viva*' la que se ha impuesto en la Corte Constitucional, con casos, resueltos por magistraturas previas, que directamente interpretaban y redefinían la organización política del Estado dispuesta por la Constitución, y casos recientes en los que se han impuesto interpretaciones ideológicas tan solo justificadas por la actualización de la norma suprema y de su ordenamiento legal subordinado a sus circunstancias actuales, propia de las lecturas de la '*Constitución Viva*' y del neoconstitucionalismo garantista.

Tal vez por eso parecería que el originalismo ha resultado incapaz de preservar el rol kelseniano de garante de la Constitución con el que han sido diseñadas e instituidas Cortes como la Corte Suprema de los Estados Unidos (Vermeule, 2020) o nuestra propia Corte Constitucional, y en su lugar, un ejercicio schmitteano del poder de interpretación ha sido asumido por este órgano y ha sido usado para imponer, desde sus mismos inicios, lecturas políticas del derecho constitucional, afines a contingencias políticas, académicas o de la opinión pública.

Y de todas formas, de las 12 sentencias analizadas en esta sección, todas permitieron comprobar el punto acerca de la interpretación constitucional como ejercicio de poder constitucional soberano, siendo especialmente ilustrativas aquellas en las que se podía ver el conflicto entre los sectores originalista y activista de la Corte, puesto que cada una de las decisiones examinadas hacía énfasis en la calidad suprema de la interpretación realizada por la Corte como legitimadora suprema del significado del texto.

Con esto, la interpretación constitucional no puede ser considerada más que otra de las múltiples manifestaciones de la soberanía que ostenta la Corte Constitucional, una que se moldea en esta potestad en el poder constituyente que ejerce como órgano constituido, imponiendo su voluntad constitucional frente al resto de funciones del Estado y frente a la nación misma, cuya representación carece de valor frente a su decisionismo soberano, con el que es capaz de legislar constituyente y ordinariamente sin ningún control o límite, más que la crítica consultiva de sus propios miembros en votos salvados que, lamentablemente, son cada vez más escasos por la poca relevancia que se les reconoce. Si esto no es soberanía, entonces. ¿qué lo es?

## **Conclusiones y Consideraciones Finales**

Finalmente, como conclusión y consideraciones finales de la investigación, se expondrá, recapitulando lo expuesto previamente, que en el Ecuador la soberanía real es ostentada por la Corte Constitucional, y que las consecuencias de este fenómeno es el establecimiento de un tipo de Estado Judicial, como el descrito por Carl Schmitt en su *Teoría Constitucional*, muy similar a una monarquía tradicional, una aristocracia jurídica o incluso una teocracia, que deriva y es amparada por el mismo orden constitucional vigente.

### **El poder supremo de la Corte Constitucional frente a la soberanía formal y representativa de los poderes constituidos.**

A lo largo de todos estos capítulos se han podido observar las múltiples instancias donde la Corte Constitucional ejerce poderes soberanos, desde la situación inusual de la Corte frente a la separación de poderes en el diseño institucional del Estado ecuatoriano y su propia inmunidad frente a la fiscalización que estos habrían de realizar respecto a ella, hasta la propia decisión sobre la excepción y sobre la concordancia de normas con el orden constitucional y su interpretación de la norma suprema respecto a la misma organización de poderes del Estado en sus disposiciones constitutivas.

Todas estas instancias revelan manifestaciones claras de la soberanía que ostenta la Corte Constitucional, y en sí mismas, muestran aplicaciones puntuales del poder que puede ejercer este órgano en su calidad de auténtica máxima autoridad en el Estado ecuatoriano.

Las implicaciones sobre ello son muchas, pero de base, sirven para determinar una realidad preocupante que demuestra que la idea de soberanía que se plantea en la Constitución, y que podría ser ejercida por cualquiera de los poderes tradicionales que esta ha constituido, es sencilla y llanamente letra muerta frente a una realidad constatable jurisprudencialmente en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional.

Uno puede analizarlo desde muchas perspectivas y varias aristas, pero el asunto que siempre terminará imponiéndose es que la Corte Constitucional supone una creación sumamente interesante, y sumamente peligrosa, en el diseño constitucional ecuatoriano, que por voluntad del constituyente, o tal vez

descuido, y por su propio reconocimiento, ha aprendido a ejercer un poder soberano capaz de supeditar a todos los poderes constituidos del Estado, o al menos a aquellos que mantienen una importancia mayor por pertenecer a la división tradicional de poderes en el modelo republicano, que son las Funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial (Chuquimarca, 2013, pág. 51).

Cada una de las doctrinas que han sido analizadas en este marco referencial de poderes de la Corte, así como cada uno de los casos que ha sido estudiado ha permitido que se genere una perspectiva lo más amplia posible, sin mayor sesgo ideológico, al describir y detectar la situación real donde opera nuestra Corte Constitucional ciertamente como institución soberana.

El asunto, en este punto, tal vez ya no corresponde a repetir el examen teórico de las normas que instituyen a este ente, o que dirigen su labor, sino más bien en sintetizar lo explorado en todas estas páginas de forma sencilla y digerible, en términos adecuados, pero no excesivos.

En principio, por ejemplo, estuvo la consideración de la forma como las propias doctrinas de soberanía popular y de separación de poderes eran invalidadas por la mera existencia de una Corte Constitucional, separada de la Función Judicial, en el diseño constitucional ecuatoriano.

Estos elementos resultaban necesarios para establecer un punto de partida del cual se podría tener una imagen integral del poder de la Corte, en medida que las potestades que esta ejerce se encuentran directamente en contra, o por encima, para ser más exactos, de los poderes establecidos en este esquema de organización político-jurídico clásico.

La cuestión de la inmunidad a la fiscalización de nuestra Corte y de sus magistrados también se erigía en una consideración preliminar importante, puesto que preconfiguraba el problema de confusión entre poder y autoridad, y la manera como cualquiera de las dos es puesta en servicio de la otra, rompiendo con el frágil equilibrio que representa la existencia de una magistratura como la de la Corte Constitucional en el Estado moderno, en medida que demuestra que el propio *“principio de división de poderes, en definitiva, [conduce] a la desaparición de la autoridad en aquello que es lo más propio de ella: servir de*

*límite para la potestad, se manifieste ésta con un régimen u otro de gobierno”* (Vanney, 2009, pág. 54).

El caso de la Corte como poder constituido para controlar a los poderes constituidos da sus primeros resultados al comprobar que la tesis de Carl Schmitt que determina que *“soberano es quien decide sobre la excepción”* (1922, trad. Schwab, 2005, pág. 5), aunque no de la forma que el jurista alemán la describe, es decir, en los poderes de emergencia y la prerrogativa del Ejecutivo para proteger la existencia del Estado ante amenazas que puedan destruir, sino en las potestades de la propia Corte Constitucional para limitar estos poderes ejecutivos en nombre de garantizar la unidad del propio ordenamiento jurídico, la supremacía de la constitución y el modelo democrático, en lo que García-Trevijano describe como *“una unificación espiritual de sus miembros, para que todos sean sumisos servidores de la ideología liberal”* (2010, pág. 190).

Los casos que validan este punto se concentraban en el ejercicio de la potestad de control de constitucionalidad de estados de excepción, dispuesta por el numeral 8 del artículo 436 de la norma suprema, y agrupados en un cuerpo de decisiones y dictámenes emitidos por la Corte Constitucional bajo la nomenclatura EE.

En esta variedad de opiniones, ninguna de las más antiguas, afines a la influencia del ejecutivo, otras, ni de las más recientes, directamente contrarias a esta, dejaban de demostrar el poder real que mantiene la Corte al limitar al Ejecutivo en su manifestación de poder más básica y primitiva, su propio poder de decisión, generalmente bajo el uso de prerrogativa para bien justificar más allá de las limitaciones constitucionales o legales la admisión de la excepción o para usurpar poderes de otros órganos y dirigirla discrecionalmente, lo que demuestra, desde el registro jurisprudencial antes mencionado, la validez de la tesis de Schmitt.

De misma forma, el poder de la Corte no se agota únicamente en el control de constitucionalidad de la excepción, sino que puede reorientarse, desde este concepto, al control de constitucionalidad de las normas del ordenamiento en general, buscando identificar y derogar mediante sus decisiones aquellas que se manifiestan como excepciones a la unidad del ordenamiento.

En este punto, el énfasis ya no se concentra en la excepción entendida como el análogo jurídico al milagro, sino en la decisión entendida como manifestación de poder, e independiente a la excepción, que más bien es tomada como enemiga del orden y de su estabilidad.

Así, en el contexto de las potestades de la Corte Constitucional, el decisionismo de Schmitt se complementa con las tesis de positivismo clásico de John Austin y de Jeremy Bentham y con las del realismo jurídico de Álvaro d'Ors en lo que se podría describir como supremacía judicial mediante emisión jurisprudencial de comandos soberanos (Bhardwaj & Raj, 2014, pág. 12) que aprueban al derecho vigente (d'Ors, 1953, pág. 330) en su coincidencia con el mandato constitucional, con los que también es reivindicado el ideal de Kelsen para las Cortes y Tribunales Constitucionales como guardianes de la unidad del ordenamiento jurídico con su origen en la constitución que lo emana (Vinx, 2015, pág. 37).

Los casos examinados en este espacio del análisis más bien se concentraron en la potestad de control de constitucionalidad que ostenta la Corte Constitucional, y comenzaron a revelar los conflictos ideológicos que serían profundizados en el capítulo siguiente, indicando, además, que la influencia y control de la Corte no se limita únicamente a las normas promulgadas por la Función Legislativa, la Asamblea Nacional, sino que también se extiende frente a las de la propia Función Judicial, a la que supedita, y a la misma estructura de descentralización del Estado.

Esto no es casual, y en la construcción de la investigación, la línea que fue trazada desde la soberanía en la decisión sobre la excepción hasta la decisión en la derogación del derecho no aprobado, por ser excepción a la normalidad se iba a orientar naturalmente hacia la cuestión de la interpretación misma del derecho, sin consideración de su origen en el orden estatal, por lo que las pugnas observadas en el análisis jurisprudencial de las decisiones de control de constitucionalidad era, de cierta forma, una introducción del tema final, que es la interpretación como poder constituyente y su aplicación como soberanía.

Tal vez por esa misma razón, las decisiones de control de constitucionalidad, que expulsaban normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano por no adecuarse

a su inspiración constitucional inspiratoria fueron mucho más controversiales que aquellas que controlaban la simple constitucionalidad de estados de excepción, ya que en estas últimas, la interpretación y aplicación de la norma suprema se daba literalmente, pero en las primeras ya se requería la realización de un ejercicio de interpretación, lo que demostraba la necesidad de estudiar este fenómeno en el último capítulo.

Por ello, como tema final, el análisis de la interpretación constitucional desde la base del concepto de poder constituyente presentaba una oportunidad magnífica para desarrollar una comparación de las perspectivas de Schmitt y de Kelsen frente al poder y al derecho, desde la instrumentalización del segundo en favor del primero, o por contrario, de su garantía como limitación frente a sus excesos, (Vita, 2017, pág. 160) y a su vez, para introducir referencias a las principales corrientes y escuelas interpretativas en el derecho constitucional, usando las similitudes y analogías con el constitucionalismo anglosajón, que permiten ver matices ideológicos en la sustanciación de las decisiones emitidas por la Corte Constitucional (Stornaiolo Silva, 2022), con una clara afinidad en la interpretación originalista y textualista de la norma suprema con la perspectiva del derecho sobre el poder, de Kelsen, y una coincidencia funcional en la interpretación activista y '*constitucionalista viva*' con la visión del poder mediante el derecho, de Schmitt.

La jurisprudencia de esta sección, en ese sentido, fue mucho más variada que la de las dos anteriores, aunque también se concentró en un tipo de decisiones específicas, aquellas de interpretación constitucional propia, donde se pudo ver la propia influencia de la Corte en la organización misma del Estado, con una jurisprudencia que prueba que esta puede ser moldeada a gusto de sus magistrados, tanto en su institucionalidad como en su propia deliberación política de temas controvertidos.

Sin embargo, si algo fue recurrente en todo el análisis realizado, es que el poder de la Corte Constitucional ecuatoriana parece ser ilimitado e infiscalizable, algo que ya se sugirió en las consideraciones preliminares, ya que no se trata solamente de un poder constituido como el del resto de funciones, ni un poder constituyente desnudo e inestable, como el del pueblo bajo consulta y referendo, sino un poder constitucional (García Trevijano, 2010, pág. 188-189), poder

supremo instituido en un órgano con potestades casi absolutas para decidir sobre la norma suprema misma.

Este mismo poder constitucional que dispone nuestra Corte Constitucional le permite y le ha permitido sobreponerse al de todas las Funciones del Estado, sin que estas puedan injerir consecuentemente en su diseño, incluso con cambios totales en la composición de su magistratura, lo que finalmente solo provocaría una profundización en el paradigma de soberanía que ejerce este órgano, con jueces más activistas y menos justificativos que en magistraturas previas.

Cabe destacar que la diferencia notable entre la composición, la legitimidad y la forma de operar de la Corte Constitucional se distancia enormemente de aquella que da forma al resto de poderes del Estado ecuatoriano, puesto que en estos existe representación política, desarrollada mediante principios democráticos como elecciones y mandatos populares, mientras que con la Corte, cualquier delegación de poder, si es que se la puede denominar así, considerando el poder mismo que este ente dispone, opera de forma indirecta, y sus magistrados “*son elegidos [...] por el legislativo, el ejecutivo, o por los partidos estatales*” (García-Trevijano, 2010, pág. 105), razón por la que este “*nunca ha dejado de ser un órgano político*”, como se pretendía al hacerlo supuestamente neutral, con la función principal de garantizar la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico, lo que la hace “*incompatible con la independencia del poder judicial*” y con la misma legitimidad democrática de los poderes constituidos, algo que también se sugirió en las consideraciones preliminares, por muchos que las críticas intenten demostrar lo contrario (López Hidalgo, 2018, pág. 246).

El problema, porque siempre existe un problema cuando existen estas condiciones, no está en los errores del diseño constitucional que otorga tantos poderes a un órgano jurisdiccional como este, sino en las consecuencias que esos errores producen, puesto que instauran, en la cúspide misma del sistema, a un grupo de jueces con capacidad total frente al Estado y a la Nación, a la que pueden dirigir y mandar con sus sentencias.

En palabras del propio Carl Schmitt, cuando “*la vida estatal estera puede ser sometida al control de jueces [...] entonces el Estado de Derecho se convierte en lo denominado Estado Judicial*” (1928, trad. Seitzer, 2008, pág. 175), lo que

corresponde exactamente al fenómeno que ocurre en el Ecuador bajo la influencia total y extensiva de la Corte Constitucional en nuestra organización política.

Con una situación como esta, la última pregunta que se debe realizar sería: ¿cuáles son las consecuencias del establecimiento fáctico de un Estado Judicial desde la Corte Constitucional para la sociedad ecuatoriana?

### **Las consecuencias del establecimiento de un Estado Judicial en el Ecuador.**

La Historia jurídica, así como la Historia en general, tiene maneras ingeniosas de demostrar que las coincidencias no existen, y cuando se consideran ejemplos como el de la Corte Constitucional ecuatoriana, estas coincidencias no resultan ni aleatorias ni forzadas, sino la expresión de un patrón de poder que se puede observar, al igual que todos los otros aspectos de su poder, desde la doctrina comparada y desde la observación astuta.

La frase de Schmitt, que declara que, cuando *“la vida estatal estera puede ser sometida al control de jueces [...] entonces el Estado de Derecho se convierte en lo denominado Estado Judicial”* (1928, trad. Seitzer, 2008, pág. 175) no es una exageración ni un relato pesimista, sino la descripción de una realidad que se hace extraña en el modelo del Estado republicano, con constituciones que formalmente separan su poder y preservan su soberanía en el pueblo.

Pero la gran verdad es que esto no es más que un formalismo, una quimera impuesta en la norma suprema a modo de fórmula política para oscurecer la distribución real del poder y la influencia real de ciertas instituciones por sobre otras en un Estado que aparentemente las dispone como iguales.

La primera señal de esto debería verse en el hecho que es *“una casta judicial muchas veces de extracción aristocrática”* la que *“toma decisiones jurídicas careciendo para ello de una legitimación popular directa”*, decisiones que, desde luego, *“tienen un fuerte componente político”* (López Hidalgo, 2018, pág. 19).

El componente oligárquico de nuestra Corte Constitucional debería ser la base de todo el análisis de consecuencias que supone tener a este órgano como soberano real en el sistema político ecuatoriano, porque cabe recordar que, a

diferencia de otros puestos en la función pública, aquellos que si están legitimados por un componente democrático, las magistraturas de la Corte dependen de ciertos requisitos restrictivos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 433 que impiden que cualquier persona acceda a este espacio y pueda ejercer estos niveles de poder respecto al resto de funciones del Estado sin que ellas puedan realizar una fiscalización complementaria.

Porque no cualquier persona puede “*tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país*”, ni mucho menos “*haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años*”, ya que para ello se requiere de cierto estatus, tanto económico como social, que permita el cumplimiento de estos requisitos para poder, auténticamente, gobernar jurisprudencialmente a aquellos que nos gobiernan.

Aquí se encuentra el primer paralelismo con la historia jurídica occidental, ya que al igual que nuestros jueces constitucionales son soberanos, “*los gobernantes premodernos en todas las regiones eran jueces supremos en sus reinos y sus cortes también eran cortes judiciales*” (Boucoyannis, 2021, pág. 18), donde “*los nobles, sean condes o duques [...] eran juzgados por el rey*” (ibid., pág. 52), a semejanza de los dictámenes de favorabilidad que emite la propia Corte Constitucional para permitir que el Legislativo proceda con la destitución del presidente, o para permitir que el Ejecutivo disuelva a la Asamblea, como establecen los artículos 130 y 148 de la norma suprema.

También está la cuestión de que cualquier monarca de antaño, soberano absoluto de antaño “*no era, en primer lugar, un legislador o la cabeza del ejecutivo, sino un juez. Todas sus otras funciones estaban subordinadas a esta y solo podían ejercerse en la extensión necesaria para hacer que su función judicial sea efectiva*” (von Habsburg, 1970, pág. 6), lo que en nuestros Estados modernos se traduce en una figura monárquica, la del

*rey como más alto juez constitucional del Estado [...] asistido por un cuerpo representante de la mayor autoridad judicial, a la que encabeza. Y es este cuerpo quien se debe pronunciar sobre si una ley o regulación es*

*constitucional, es decir, si va de acuerdo con el propósito del Estado* (ibid., pág. 7),

una idea reminiscente, por no decir calcada, del realismo judicial de Álvaro d'Ors, en el que *"el juez supremo aprueba el derecho supremo"* (1953, pág. 330), y del positivismo de Austin y Bentham, en el que la ley es emitida mediante comandos soberanos.

Pero estos son solo algunos de los elementos que se construyen en un Estado Judicial con una Corte Constitucional de tipo *Schmitelsen*, que *"adopta la visión de Kelsen del guardián designado [de la Constitución] pero actúa de la manera concebida por Schmitt para este guardián"*, es decir, *"usando medios mucho más allá de aquellos que Kelsen habría permitido emplear a su guardián"* (Bassok, 2020, pág. 132).

Esto es algo que ya se preveía desde la definición propuesta por Schmitt para el concepto de Estado Judicial, aunque también estaba implícito que *"el Estado Administrativo"*, es decir, uno como el ecuatoriano, donde la norma orgánica creada por el legislativo genera órganos burocráticos derivados del ejecutivo para desarrollarla y ejecutarla, *"en realidad incrementaría el poder de los jueces, porque las legislaturas liberales intentarían compensar las amplias delegaciones del ejecutivo creando amplios derechos de revisión judicial de legalidad"* (Vermeule, 2009, pág. 1103).

Esto en realidad si sucedió en nuestro país, donde amplios poderes de la Corte Constitucional fueron incluidos directamente por el constituyente en Montecristi para equilibrar lo que parecía un hiperpresidencialismo favorable al entonces presidente Rafael Correa (Ortiz Ortiz, 2018, pág. 557), sin entender que las consecuencias de esa supuesta compensación sería otorgar un poder constitucionario directamente soberano a la Corte Constitucional.

En ese traspié, la historia nuevamente vuelve a trascender, y el rol de la Corte termina ajustándose al de su análogo histórico real, es decir, al de los monarcas, puesto que *"se vuelve de importancia trascendental que hagamos explícitas las razones implícitas en seguridad por la que establecemos al Soberano: para protegernos y para servir como juez común"* (Bessette, 2011, pág. 217).

En el Estado Judicial ecuatoriano, el rol de la Corte Constitucional es efectivamente soberano, no particularmente porque cumpla con el rol de *'guardián de la Constitución'* soñado por Kelsen, porque ejerza un poder supremo en la organización estatal, como pensaba Heller, porque se constituya como poder constitucionario, como indicó García-Trevijano, porque decida sobre la decisión, como destacaba Schmitt, o porque emita comandos soberanos y apruebe el derecho vigente, como dirían Austin y Bentham por una parte, y d'Ors por otra, sino porque realiza todas estas funciones y las concentra en su propia potestad y autoridad institucional, algo que no puede ser desafiado ni controlado por ninguna otra función del Estado, ya que ellas están directamente sometidas a todos estos poderes.

Esto, en consecuencia, significa que no existe acto, decisión, ley, norma o funcionario que no deba responder, de una forma y otra, directa o indirectamente, a los dictámenes y sentencias de la Corte Constitucional, las cuales terminan volviéndose auténtica norma suprema, con una Constitución que apenas da forma al poder expansivo y totalizante de la Corte.

Pero en nuestra curiosa situación, por mucho que nuestros magistrados constitucionales quieran asimilarse a monarcas, su poder se parece más al de clérigos o sacerdotes, o en conjunto, al de una Iglesia constituida, transmisora y preservadora de una religión política cuyo texto sagrado es la misma norma suprema.

Paul W. Kahn lo describe desde *"la dimensión teológica"* del rol que ocupa la Corte, cuya "religión civil es el sacerdocio judicial que guarda su texto más sagrado: la Constitución", y *"cuyo clamor hacia el Estado de Derecho busca legitimar su rol excepcional"* en una teología política que explica *"la capacidad de la Corte para hablar en nombre de la soberanía popular"*, incluso cuando esta no tiene ninguna legitimidad democrática para hacerlo, aunque si el respaldo de una creencia colectiva, la de nuestra fórmula política constitucional que los ha consagrado como protectores del abstracto orden jurídico.

Antonio Negri explica esto describiendo que *"donde la ordenación no es democrática, carece del valor sagrado que solo la ecclesia le atribuye. La ordenación no democrática tiene vigor legal en una realidad de siervos o de*

esclavos” (1992, trad. Frabotta & Sánchez Cedillo, 2015, pág. 162), algo particularmente comprometedor después de haber equiparado a nuestros magistrados con los antiguos monarcas en sus potestades judiciales.

En todo caso, Negri continua, diciendo que *“la relación sagrada es una relación constitucional. [...] Los sujetos, los ciudadanos, son esencias sagradas. Los magistrados son su clero, sus sacerdotes, en la medida en que son sus representantes.”* (ibid., pág. 163), declarando que la potestad que ostentan jueces como los nuestros termina siendo el de la religión civil, con la que pueden justificar su estatus, su acceso al poder y su ejercicio de este, incluso si no existe la relación de representación que los legitimaría democráticamente como gobernantes electos, ya que no requieren de esa legitimidad. Ya la tienen por el propio beneficio y función de su magistratura.

Si nuestra Corte Constitucional cumple una función sacerdotal, más que jurisdiccional, entonces se cumple lo que Gaetano Mosca describe al decir que *“los sacerdotes desean gobernar, y tienen el peso de las masas ignorantes y la majestad de los misterios de la vida a su favor”* (Mosca, 1939, trad. Kahn, 1959, pág. xix), repitiéndose el peso de la ignorancia popular al haber sido esta la que legitimó en las urnas al constituyente que les otorgó su poder al redactar la nueva norma suprema y luego al aprobar esta Constitución en referendo, pero cambiándose el control que tienen sobre los misterios de la vida, ya que estos solo se reducen a los misterios del derecho, disciplina esotérica que ellos, y solo ellos, como altos sacerdotes del constitucionalismo criollo, al formar parte de la orden iniciática que resulta ser la aristocracia jurídica, y gobernarla como su curia soberana.

De misma forma, esto hace que nuestra Corte Constitucional disponga de un control sobre la verdad absoluta que compone la esencia de la fórmula política dispuesta en la Constitución, a la que subordina a sus interpretaciones, y con ellas, a todo el ordenamiento jurídico inferior que es emanado de ella.

Con ello, la Corte se constituye a sí misma en representantes de la verdad constitucional, clérigos y monarcas de nuestra religión civil *“que afirman tener conocimiento superior sobre el bien común”* y, por tanto, *“se mantienen por encima de la Constitución”*, que *“regula y guía en su comportamiento a los*

*individuos y agentes inferiores del sistema político, pero no a su liderazgo”, justamente por “por ser sus guardianes de la verdad” (Grimm, 2012, pág. 12).*

Por ser nuestra norma suprema una que ha creado una institución para velar por su propia verdad y fórmula constitucional, esta “sirve como un instrumento en las manos de sus líderes”, es decir, en nuestra Corte Constitucional, por ser aquel órgano que la preserva y la interpreta, “*pero ellos no estarán dispuestos a someterse ante la ley*” (ibid.)

Esto puede ser general en muchos tipos de sistemas, pero en el Estado Judicial en el que nos encontramos, significa que nuestros jueces constitucionales, que los magistrados de nuestra Corte Constitucional se erigen como verdaderos teócratas de un régimen fundamentado en la religión política del constitucionalismo, donde los únicos capaces de ejercer poder real son ellos y solo ellos, por conocer la verdad oscura del derecho constitucional, y ser los únicos capaces de interpretarla respecto al resto de instituciones del Estado y de los ciudadanos de la Nación.

El diseño constitucional ecuatoriano, en sus muchos errores, permitió el establecimiento fáctico de un Estado Judicial, y otorgó poderes supremos y soberanía constitucional a un grupo de nueve magistrados, todos pertenecientes a una casta de profesionales jurídicos, para que sean ellos los guardianes sacerdotales de la verdad constitucional, sin considerar que ellos mismos podrían usar ese poder para imponer agendas políticas propias desde su interpretación activista.

La consecuencia de ese error en particular es que destruyó la separación de poderes, eliminó la distinción entre potestad y autoridad, y subordinó a toda la institucionalidad política del país a las opiniones, decisiones y conflictos internos de un grupo de funcionarios jurisdiccionales, cuya situación parece no ser reconocida, ni mucho menos criticada por una sociedad que parece desconocer su propia Constitución y el sistema político establecido en ella.

En las ansias desesperadas del pueblo ecuatoriano para cambiar de paradigma, hábilmente manejadas por la clase política que promovió el proceso constituyente de 2008, se constituyó, tal vez por descuido, pero también por diseño, una teocracia oligárquica, compuesta por una élite de nueve monarcas

a la vieja usanza, jueces supremos del reino, incorporados en un mismo órgano con el que debían decidir e interpretar el texto constitucional.

En un principio, esto pasó desapercibido por la afinidad y coincidencia de criterios entre la cara visible del Estado en el ejecutivo y el poder en las sombras de la Corte Constitucional, pero conforme el elemento humano que componía ambas funciones fue cambiando, la dinámica real en la que opera política y jurídicamente nuestro país se fue haciendo más clara, demostrándose que la palabra final, la opinión suprema, la decisión soberana se encontraba en esos nueve jueces que ocupan las magistraturas de la Corte Constitucional.

Ante cualquier controversia, la democracia queda corta ante las decisiones emitidas por este órgano, y no existe político o estadista capaz de hacerle frente.

Sus magistrados *“son nuestros ulemas, nuestro concilio, nuestros miembros del secretariado del comité central; hacen exégesis del texto sagrado de Montecristi, más allá de los absurdos y contradicciones, y proponen soluciones que no entendemos, pero que asumimos con fe”* (Márquez Soares, 2021).

Las consecuencias del establecimiento de un Estado Judicial en el Ecuador son esas, donde toda la soberanía popular, la separación de poderes, la legitimidad democrática y tantas otras fórmulas del constitucionalismo republicano quedan en el mismo papel mojado que representa nuestra constitución, y el gobierno real de las cosas, no la mera administración política que realiza el Ejecutivo, el Legislativo o la Función de Transparencia y Control Social, ni la administración electoral o judicial realizada por el resto de olvidadas funciones, ocurre en el altar y trono en el que han terminado de convertirse la Corte Constitucional.

El elemento aristocrático de quienes la componen, todos ellos juristas de prestigio, elegidos bajo los criterios discrecionales de aquellos que son designados por el o los partidos gobernantes en los poderes constituidos, hace que su labor opere *“tal y como sucede con todos los grupos de iluminados”*, es decir, *“para entender sus designios se requerirían diez años de adoctrinamiento temprano en la vida y diez más de estudios que conjuguen las supersticiones vigentes con el más nítido raciocinio”* (ibid.).

Nuestro Estado Judicial no es más que una teocracia monárquica y esotérica, con altos sacerdotes judiciales a su cabeza, protegidos por el conocimiento oculto de las artes jurídicas, y con poder supremo para gobernar vía sentencia en todos los aspectos de la vida política ecuatoriana, entendiéndose que para el ciudadano común esto no es conocimiento público, porque de la única igualdad que conoce y de la única libertad que puede ejercer es aquella que le es otorgada por sus nueve soberanos en la Corte Constitucional, y ejecutada por las normas creadas y aplicadas en instituciones inferiores a su majestad jurisdiccional.

Tal vez por eso es por lo que el propio Schmitt terminaría reconociendo soberanía en la jurisprudencia, observando que la autoridad de la Iglesia Católica mantenía cierto principio de representación histórica que legitimaba sus decisiones y legitimaba a sus miembros como soberanos (espirituales) por encima de los soberanos (temporales), bajo la fórmula y la narrativa religiosa (Howland, 2018, pág. 229 & Schmitt, 1990, pág. 65).

Se podría terminar esta exploración del poder supremo y de la soberanía de la Corte con una propuesta, que sería proponer y promover un nuevo proceso constituyente, que permita la redacción de una nueva Constitución, donde se ejerza auténtica *“libertad constituyente de la acción política, tanto si se trata de definir la Constitución de la República, como de renovar a los titulares personales de sus instituciones”* (García-Trevijano, 2010, pág. 5), y se elimine al Estado Judicial y a sus jueces-sacerdotes en la cima, remplazándolos con una auténtica República Constitucional, con separación de poderes y revisión de legalidad exclusiva en la Función Judicial, pero esto resulta contraproducente: la misma Corte Constitucional decide si proceden las propuestas de reforma constitucional, según el artículo 443 de la Constitución.

Con estas condiciones, nos encontramos en una encrucijada de la que no existe salida: el statu quo significa el mantenimiento de nuestra teocracia judicial, de la que formalmente es imposible salir, ya que cualquier intento legítimo y legal de removerla va a ser vetada por el poder constitucional que ejerce soberanía sobre ella, y cualquier intento externo a esta institucionalidad, como los populismos y las revoluciones, por más legitimidad democrática fáctica que posean, también van a resultar contraproducentes, ya que pueden constituir un régimen idéntico o incluso peor a nuestro Estado Judicial.

El pragmatismo podría ser la única opción razonable, y se podría proponer cooptar la composición de esta magistratura soberana con jueces afines a intereses políticos contingenciales, ya que esta potestad de designación se mantiene en los poderes constituidos y ellos mismos podrían reorientar el rol de la Corte Constitucional en cada recambio de sus jueces buscando preservar así la frágil, separación de poderes, donde todos se subordinan a ella.

Nuestras circunstancias presentes validan esta opción, ya que, con el recambio de tres de sus jueces<sup>2</sup>, un nuevo elemento humano puede generar nuevas dinámicas internas, devolviendo el rol kelseniano de '*guardián de la Constitución*' a la Corte, aunque esto también puede significar una profundización de su soberanía, ya que estos nuevos jueces pueden asumirse rápidamente en su potestad suprema, y ejercerla discrecionalmente en un activismo incluso más áspero que el de sus predecesores y sus colegas.

Ante una situación tan delicada, con un poder tan grande en juego, cualquier alternativa es mala, y con las limitaciones que la misma ley fundamental y la propia Corte Constitucional han impuesto, todas ellas tendrán consecuencias imprevistas y probablemente contraproducentes.

Pero de una o de otra, forma, incluso si las reformas son inviables o peligrosas, seguirá existiendo un juicio al que la Corte Constitucional, sus creadores y sus magistrados siguen siendo subordinados y no pueden controlar, que es el de la Historia, que es incluso más implacable e inapelable que el de sus propias sentencias, y del que no podrán ser absueltos.

---

<sup>2</sup> Este tema fue explorado a profundidad, desde la perspectiva de soberanía de la Corte Constitucional, por Ugo Stornaiolo Silva en la entrevista que le realizaron en el programa #LaNocheEsNuestra de la Radio de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, emitido el 7 de enero de 2022, que se encuentra disponible en <https://www.facebook.com/ucsgradio/videos/2982962148587976/>

## **Lista de fuentes normativas, jurisprudenciales y bibliográficas**

### **Normativa consultada**

- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial de 20 de Octubre de 2008.
- Ley de Seguridad Pública y del Estado. Registro Oficial Suplemento 35 del 28 de Septiembre de 2009, última modificación del 9 de Junio de 2014.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 del 22 de Octubre de 2009.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de Febrero de 2014, última modificación del 17 de Febrero de 2021.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 del 18 de Marzo de 2002, última modificación del 4 de Mayo de 2018.
- Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, Resolución de la Corte Constitucional 0. Registro Oficial Suplemento 613, del 22 de Octubre de 2015.

### **Jurisprudencia consultada**

#### **2008:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC para los casos acumulados No. 0003-01-IC, 0004-08-IC, 0006-08-IC, y 0008-08-IC (28 de Noviembre de 2008)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC para los casos acumulados No. 0005-08-1C y 0009-08-IC (10 de Diciembre de 2008)

#### **2009:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0001-2009-SIN-CC para el caso No. 0005-2008-IN (6 de Mayo de 2009)

#### **2010:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SI-CC para el caso No. 0019-09-IC (25 de Febrero del 2010)

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-10-SIN-CC para los casos acumulados No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (18 de Marzo del 2010)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Interpretativa No. 002-10-SIC-CC para el caso No. 0020-09-IC (9 de Septiembre de 2010)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 0017-10-SEE-CC para el caso No. 0013-10-EE (1 de Octubre de 2010)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 019-SEE-CC para el caso No. 0014-10-EE (25 de Noviembre de 2010)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Interpretativa No. 003-10-SIC-CC para el caso No. 0004-09-IC (16 de Diciembre del 2010)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 011-10-PJO-CC para el caso No. 0999-09-JP (22 de Diciembre del 2010)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 003-10-SIC-CC para el caso 0004-09-IC (16 de Diciembre del 2010)

**2011:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-11-DEE-CC para el caso No. 0016-10-EE (27 de Enero de 2011)

**2015:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 131-15-SEP-CC para el caso No. 0561-12-EP (29 de Abril de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 155-15-SEP-CC para el caso No. 1212-12-EP (6 de Mayo de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 003-15-DEE-CC para el caso No. 0009-11-EE (13 de Mayo de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 004-15-DEE-CC para el caso No. 0005-12-EE (13 de Mayo de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 005-15-DEE-CC para el caso No. 0012-11-EE (13 de Mayo de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 006-15-DEE-EE para el caso No. 0011-11-EE (27 de Mayo de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 007-15-DEE-CC para el caso No. 0001-12-EE (27 de Mayo de 2015)

- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 008-15-DEE-CC para el caso No. 0002-11-EE (27 de Mayo del 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 009-15-DEE-CC para el caso No. 0010-12-EE (27 de Mayo de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 182-15-SEP-CC para el caso No. 1493-10-EP (3 de Junio de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 010-15-DEE-CC para el caso No. 0011-12-EE (3 de Junio de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 012-15-DEE-CC para el caso No. 0008-12-EE (10 de Junio de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 011-5-DEE-CC para el caso No. 0002-12-EE (11 de Junio de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 013-15-DEE-CC para el caso No. 0001-13-EE (11 de Junio de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 014-15-DEE-CC para el caso No. 0006-11-EE (1 de Julio de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 015-15-DEE-CC para el caso No. 0012-12-EE (1 de Julio de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 016-15-DEE-CC para el caso No. 0002-13-EE (12 de Agosto de 2015)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 018-15-DEE-CC para el caso No. 0009-12-EE (21 de Octubre de 2015)

**2017:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 006-17-SEP-CC para el caso No. 1445-13-EP (11 de Enero de 2017)

**2018:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 184-18-SEP-CC para el caso No. 1692-12-EP (29 de mayo de 2018)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 141-18-SEP-CC para el caso 0635-11-EP (18 de Abril de 2018)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 018-18-SIN-CC para los casos acumulados No. 0099-15-IN, 0100-15-IN, 0102-15-IN, 0001-16-IN,

0002-16-IN, 0003-16-IN, 0004-16-IN, 0005-16-IN, 0006-16-IN y 0008-16-IN  
(1 de Agosto de 2018)

**2019:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Resolución No. 003-CCE-PLE-2019 del Pleno de la Corte (19 de Abril de 2019)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11-18-CN/19 para el caso No. 11-18-CN, y sus votos concurrente y salvado (12 de Junio de 2019)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-19-EE/19 para el caso No. 5-19-EE, (7 de octubre de 2019)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 7-19-RC/19 para el caso No. 7-19-RC (5 de Noviembre de 2019)

**2020:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.1-11-IC/20 para el caso No. 1-11-IC (29 de Enero de 2020)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 1-20-EE/20 para el caso No. 1-20-EE (19 de Marzo de 2020)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 2-20-EE/20 para el caso No. 2-20-EE (23 de Mayo de 2020)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 3-20-EE/20 para el caso No. 3-20-EE (30 de Junio de 2020)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3-19-CN/20 para el caso No. 3-19-CN (29 de Julio de 2020)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 4-20-EE/20 para el caso No. 4-20-EE (21 de Agosto de 2020)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-20-EE/20 para el caso No. 5-20-EE (25 de Agosto de 2020)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 6-20-EE/20 para el caso No. 6-20-EE (20 de Octubre de 2020)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 7-20-EE/20 para el caso No. 7-20-EE/20 (27 de Diciembre de 2020)

**2021:**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 34-19-IN/21 para el caso No. 34-19-IN y acumulados, y su voto salvado (28 de Abril de 2021)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 4-21-EE/21 para el caso No. 4-21-EE (4 de Agosto de 2021)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 8-09-IC/21 para el caso No. 8-09-IC, y su voto salvado (18 de agosto de 2021)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-21-EE/21 para el caso No. 5-21-EE (6 de Octubre de 2021)
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 6-21-EE/21 para el caso No. 6-21-EE (3 de Noviembre de 2021)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 13-18-CN/21 para el caso No. 13-18-CN (15 de Diciembre de 2021)

### **Bibliografía consultada**

#### **A:**

- Agamben, Giorgio. (2005)., trad. Atell, Kevin. (2005). *State of Exception*. The University of Chicago Press.
- Alarcón Peña, Pablo Andrés. (2016). *Una metodología comparativa crítica: su aplicación al caso ecuatoriano*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, UASB-Ecuador.
- Aguilar Andrade, Juan Pablo. (2010). *Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción*, en Iuris Dictio, No. 13. Universidad San Francisco de Quito.
- Aragón Reyes, Manuel, (1999). *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Universidad del Externado de Colombia.
- Arévalo Ramírez, Walter & García López, Luisa Fernanda. (2018). *La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio*, en Revista Ius et Praxis, Año 24, No 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.
- Arzo Santisteban, Xabier. (2016). *Los poderes de ejecución de los tribunales constitucionales alemán y austriaco*, en Revista Española de

Derecho Constitucional, No. 108, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Gobierno de España.

- Atienza, Manuel. (2010). *Interpretación Constitucional*. Universidad Libre de Colombia.
- Ávila Linzán, Luis Fernando. (2012). *Teoría y praxis del precedente constitucional*. Defensoría Pública del Ecuador.
- Ávila Santamaría, Ramiro. (2012). *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*. Ponencia del ensayo presentado en el Congreso Ecuatoriano de Historia. Montecristi, 2012.
- Ayala Ríos, David Renato. (2021). *Sentencias atípicas y su problemática jurídica Una mirada desde la acción extraordinaria de protección*, Tesis de Maestría Profesional en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. UASB-Ecuador.
- Ayuso Torres, Miguel. (2012). *La Constitución entre el Neo-Constitucionalismo y el Post-Constitucionalismo*, en Verbo, No. 503-504. Fundación Speiro.

**B:**

- Bader, Veit. (2016). *Parliamentary Supremacy versus Judicial Supremacy. How can adversarial judicial, public, and political dialogue be institutionalised?*, en Utrecht Law Review, Vol. 12, No. 1, Utrecht University School of Law.
- Banerjee, Kumarjit & Khaitan, Bulbul. (2008). *Resolving the 'Paradox of Constituent Power and Constitutional Form' from a Schmittian Account of Sovereignty: Its Relevance to the Understanding of 'Constituent Power' and 'Amending Power'*, en NUJS Law Review, Vol. 1, No. 4, The West Bengal National University of Juridical Sciences.
- Barber, N.W. & Vermeule, Adrian. (2017). *The Exceptional Role of Courts in the Constitutional Order*, en Notre Dame Law Review, Vol. 92, No. 2, University of Notre Dame Law School.
- Barreto Rozo, Antonio. (2007). *Normalidad y excepcionalidad: La indiscifrible. regularidad contemporánea de la excepción*. Universidad de Palermo, disponible, en [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006\\_pdf/Antonio Barr\\_eto\\_Rozo.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Antonio_Barr_eto_Rozo.pdf) el 28/11/21)

- Barshack, Lior. (2006). *Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology*, en *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 56, No. 3, The University of Toronto Faculty of Law.
- Bassok, Or. (2020). *The Schmitz Court: The Question of Legitimacy*, en *German Law Journal*, Vol. 21, No. 2, Washington & Lee University School of Law & Cambridge University Press.
- Benavides, Farid Samir. (2006). *Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt*, en *Argumentos*, Vol. 19, No. 52, Universidad Autónoma Metropolitana, División de Ciencias Sociales y Humanidades.
- von Bernstorff, Jochen. (2018). *Hans Kelsen's Judicial Decisionism versus Carl Schmitt's Concept of the One 'Right' Judicial Decision: Comments on Stanley L Paulson, 'Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy' (2017) 80(5) MLR 860-894*, en *The Modern Law Review Forum*, Wiley Online Library.
- Bessette, Murray S. Y. (2011). *On the genesis and nature of judicial power*, en *Revista Eidos*, No. 15, División de Humanidades y Ciencias Sociales. Universidad del Norte.
- Bhardwaj, Pragalb & Raj, Rishi. (2014). *Legal Positivism: An analysis of Austin and Bentham*, en *International Journal of Law and Legal Jurisprudence Studies*, Vol. 1, No. 6, IJLLJS.
- Bonvecchi, Alejandro., Scartascini. Carlos (2011). *The Presidency and the Executive Branch in Latin America: What We Know and What We Need to Know*. IDB Working Paper Series No. IDB-WP-283. Department of Research and Chief Economist. Inter-American Development Bank.
- Boucoyannis, Deborah. (2021). *Kings as Judges: Power, Justice, and the Origins of Parliaments*. Cambridge University Press.

## C:

- Calderón González, Jacinto H. (2019). *Voluntad general y Revolución*, en *Analecta Política*, Vol. 9, No. 16, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana.
- Camisón Yagüe, José Ángel & Doncel Luengo, Juan Antonio. (2011). *La polémica Kelsen-Schmitt sobre quién debe ser el "defensor de la constitución"*, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, No 29, Universidad de Extremadura.

- Cevallos Bueno, Oswaldo. (2002). *El sistema de control concentrado y el constitucionalismo en el Ecuador*, en Anuario iberoamericano de justicia constitucional, No. 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Gobierno de España.
- Chiriboga Mosquera, Gustavo Adolfo. (2018). *Visión crítica de la distribución del poder en el Ecuador*, Tesis de Maestría en Derecho, mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. UASB-Ecuador
- Chuquimarca Ch., Jorge Luis. (2013). *División de poderes en la actual Constitución del Ecuador*, en Resistencia: revista de los estudiantes de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. No. 3. UASB-Ecuador.
- Colón-Ríos, Joel I. (2012). *Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia*, Paper No. 24/2012, Victoria University of Wellington Legal Research Papers, Vol. 2, No. 6, Faculty of Law, Victoria University of Wellington.
- Colón-Ríos, Joel I. Hausteiner, Eva Marlene. Lokdam, Hjalte. Pasquino, Pasquale. Rubinelli & Lucia. Selinger, William. (2021). *Critical Exchange: Constituent power and its institutions*, en Contemporary Political Theory, Vol. 20. Palgrave Macmillan.
- Consejo de Europa. (2015). *The position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy*. Opinión Consultiva No. 18.
- Córdova Vianello, Lorenzo. (2006). *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt*, en Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, no. 15, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Csink, Lóránt. (2017). *Constitutional adjudication in the system of separation of powers. American impacts in Hungary*, en Iuris Dictio, No. 20, Universidad San Francisco de Quito.

**D:**

- Domingo, Rafael. (1987). *Teoría orsiana de la "auctoritas"*, exposición presentada en Pamplona, España, disponible, en formato de texto descargable en [https://www.academia.edu/35740424/Teor%C3%ADa\\_de\\_la\\_auctoritas](https://www.academia.edu/35740424/Teor%C3%ADa_de_la_auctoritas)

- Domingo, Rafael. (1997). *El Binomio Auctoritas-Potestas en el Derecho Romano y Moderno*, Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, no. 37. Universidad de Navarra.
- Domingo, Rafael. (1999). *Las Limitaciones de la Función Judicial*, discurso presentado en Córdoba, España, disponible, en formato de texto descargable en [https://www.academia.edu/35772669/Las\\_limitaciones\\_de\\_la\\_funcion\\_judicial](https://www.academia.edu/35772669/Las_limitaciones_de_la_funcion_judicial)
- Díaz Revorio, Francisco Javier. (2016). *Interpretación de la Constitución y juez constitucional*, en lus Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año 10, No. 37, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.
- Dixon, Rosalind. (2017). *Constitutional Design Two Ways: Constitutional Drafters as Judges*, en University of New South Wales Law Research Series, No. 76. Virginia Journal of International Law, No. 1.
- Dumbauld, Edward. (1950). *Judicial Review and Popular Sovereignty*, en University of Pennsylvania Law Review, Vol. 99, No. 2. University of Pennsylvania Law School.
- Dyzenhaus, David. (2012). *Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power*, en Global Constitutionalism, Vol. 1, No. 2, Cambridge University Press.

#### E:

- Eleftheriadis, Pavlos (2010). *Law and Sovereignty*, en Law and Philosophy, Vol. 29, No. 5, Springer
- Enríquez Soto, Pedro Antonio. (2015). *Justicia constitucional y democracia. La dificultad contramayoritaria*, en Fix-Zamudio, Héctor; González Pérez, Luis Raúl; Valadés Ríos, Diego. (2015). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Vol. 3: Justicia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Erazo Galarza, Daniela Estefanía. (2021). *Tipos de Garantías Constitucionales*, clase No. 2 de la Cátedra de Resolución de Casos en Materia Constitucional, dictada el 14 de octubre de 2021, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Internacional SEK - Ecuador.

- Etcheverry, Juan B. (2020). *Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial*, en *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, Vol. 29, No. 2, Universidad de la Sabana.

#### **F:**

- Farrell, Martin D. (2015). *Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema*, en *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, No. 2.
- Feldman, Leonard C. (2013). *Lockean Prerogative: Productive Tensions*, en Fatovic, Clement. Kleinerman, Benjamin A. (2013) *Extra-legal power and legitimacy: perspectives on prerogative*. Oxford University Press.
- Ferreres Comella, Víctor. (2012). *La Constitución Procedimental*, en Ferreres Comella, Víctor. (2012). *Justicia constitucional y democracia*. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Gobierno de España.
- Frías, Pedro José. (1992). *¿Separación de poderes o qué?*, en *Diario La Ley*, 3 de noviembre de 1992, citado por Zúñiga Rendón, Carlos Adolfo en *La separación de poderes en el estado de excepción (en ocasión al COVID-19 en Ecuador)*.
- Fonseca, Juan David. (2016). *Pugna por la soberanía: El debate sobre el concepto de Soberanía a partir de las críticas de Carl Schmitt y Hermann Heller a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen*. Disertación de Grado en Ciencia Política. Facultad de Ciencia Política y Gobierno. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

#### **G:**

- Garay Herazo, Kennier José. (2014). *Las modulaciones de contenido o sentencias manipulativas en la Corte Constitucional Colombiana. Una tipología mediada por la distinción entre enunciado normativo y norma*, en *Revista Estudios de derecho*, Vol. 71, No. 157, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.
- García Laguardia, Jorge Mario. (1992). *La Constitución guatemalteca de 1985, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 2*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1992.
- García-Trevijano, Antonio. (2010). *Teoría Pura de la República*. Ediciones MCRC.

- Gargarella, Roberto. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco. (2012). *Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad*, en Montaña Pinto, Juan. (ed.). (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional: Parte Especial 2: Control Constitucional y Otras Competencias*, Tomo 3 de la Colección de Cuadernos de Trabajo de la Corte Constitucional para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Gessen, Masha. (2020). *Surviving Autocracy*. Riverhead Books.
- Grijalva Jiménez, Agustín Modesto. (2014). *Límites constitucionales al poder del Ejecutivo*. Informe de Investigación del Comité de Investigación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. UASB-Ecuador.
- Grimm, Dieter. (2012). *Types of Constitutions*, en Rosenfeld, Michel & Sajó, András, (eds). (2012). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- Goldsworthy, Jeffrey (ed.). (2006). *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*. Oxford University Press.
- Goodhartit, Arthur L. (1958). *The Rule of Law and Absolute Sovereignty*, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 106, No. 7, University of Pennsylvania.
- González Becerra, Liliana. (2021). *Los estados de excepción: aspectos conceptuales y su desarrollo constitucional en Ecuador*, en *Revista de Derecho Fiscal*, no. 18, Centro de Estudios Fiscales CEF, Universidad Externado de Colombia.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. (2007). *Sobre sentencias constitucionales y la extensión "erga omnes"*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 8, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.
- Guerra Coronel, Marcelo. (2014). *Las sentencias modulativas de la Corte Constitucional del Ecuador como una garantía directa de los derechos, sus límites frente a la potestad legislativa*, Tesis de Maestría en Derecho,

Mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, UASB-Ecuador.

- Gulli, Bruno. (2009). *The Sovereign Exception: Notes on Schmitt's Word that Sovereign is He Who Decides on the Exception*, en *Glossator*, Vol. 1.

#### **H:**

- von Habsburg, Otto. (1970). *Monarchy or Republic?*, en Schuettinger, Robert. (1971). *The Conservative Tradition in European Thought*. Educational Resources Corporation.
- Hamilton, Alexander. (1788). *Federalista No. 78*. en Hamilton, Alexander, Jay, John & Madison, James (auths.). (1788). Genovese, Michael A. (ed.). (2009). *The Federalist Papers*. Palgrave MacMillan.
- Hamilton, Alexander, o Madison, James. (1788) *Federalista No. 51*, en Hamilton, Alexander, Jay, John & Madison, James (auths.). (1788). Genovese, Michael A. (ed.). (2009). *The Federalist Papers*. Palgrave MacMillan.
- Harding, Andrew. (2017). *Constitution Brief: The Fundamentals of Constitutional Courts*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Hedling, Nora. (2011). *A Practical Guide to Constitution Building: The Design of the Judicial Branch*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Heller, Hermann. (1934)., trad. Tobío, Luis. (1971). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica Mexico.
- Howland, Douglas. (2018). *Carl Schmitt's Turn to Sovereignty in Jurisprudence*, en *Beijing Law Review*, No. 9, Scientific Research Publishing.

#### **I:**

- Ison, Terence G. (1985). *The Sovereignty of the Judiciary*, en *Adelaide Law Review*. Vol. 10, No. 1, The University of Adelaide.

#### **J:**

- Jiménez Alemán, Ángel Aday. (2019). *¿De poder neutro a poder activo? Sobre el eficaz pero inconveniente refuerzo de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 23-2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Gobierno de España

- Jiménez Segado, Carmelo. (2013). *El Poder Judicial y la Defensa de la Constitución en Carl Schmitt*, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), No. 161. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Gobierno de España.

#### K:

- Kahn, Paul. W. (2011). *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*. Columbia University Press.
- Kalyvas, Andreas. (2005). *Soberanía popular, democracia y el poder constituyente*, en Política y Gobierno, Vol. 12, No. 1, Centro de Investigación y Docencia Económicas A. C.
- Kelsen, Hans. (1925)., trad. Recaséns Siches, Luis. (1934). *Compendio de Teoría General del Estado*, Bosch Casa Editorial.

#### L:

- Lagarde, Christine. (2021). *Change and Continuity in Law*, discurso presentado ante la European Central Bank Legal Conference 2021, en Frankfurt del Mena, disponible, en formato de texto en <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2021/html/ecb.sp211126~6fe408acd1.en.html>
- Larroucau Torres, Jorge. (2017). *Leyes reguladoras de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema*, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 30, No. 1.
- Levi, Edward Hirsch. (1983). *The Sovereignty of the Courts*, en University of Chicago Law Review, Vol. 50. University of Chicago Press.
- Liendo Tagle, Fernando. (2019). *La interpretación originalista de la Constitución según Antonin Scalia. ¿Es posible en el Derecho Continental?*, en Forseti. Revista De Derecho, No. 5, Facultad de Derecho, Universidad del Pacífico.
- Lindseth, Peter L. (2004). *The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s*, en The Yale Law Journal, Vol. 113, No. 7.
- Lloyd, Sharon A. (2009). *Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes. Cases in the Law of Nature*. Cambridge University Press.

- López Hidalgo, Pablo Sebastián. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, UASB-Ecuador.
- López Hidalgo, Pablo Sebastián. (2017). *Dificultad contramayoritaria y la Corte Constitucional ecuatoriana*, en Martínez Moscoso, Andrés & Verdugo Silva, Teodoro (2017). *Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana*. Dirección de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Cuenca.
- Loughlin, Martin. (2017). *On Constituent Power*, en Dowdle, Michael W. & Wilkinson, Michael A., (eds.). (2017). *Constitutionalism Beyond Liberalism*. Cambridge University Press.
- Lutz, Donald S. (1980), *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Louisiana State University Press.

**M:**

- Marquez Soares, Daniel. (2021). *Nuestros Ulemas*, en Diario La Hora, publicación del 15 de Septiembre de 2021, disponible en formato de texto en <https://www.lahora.com.ec/editorial/columnistas-nacionales/nuestros-ulemas/>
- Martinelli, Claudio. (2009) *Gaetano Mosca's Political Theories: a Key to Interpret the Dynamics of the Power*, en Italian Journal of Public Law, Vol. 1, Università commerciale Luigi Bocconi. Dipartimento di Studi Giuridici.
- McCoy, Charles N. R. (1956). *The Doctrine of Judicial Review and Natural Law*, en Catholic University Law Review, Vol. 6, No. 2. Catholic University of America.
- Melo Delgado, Rosa. (2015). *El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino*. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, UASB-Ecuador.
- Megías Quirós, José Justo. (2016). *Judicialismo y realismo jurídico en d'Ors*, en Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, No. 75, Universidad de Navarra.
- Montalvo Abiol, Juan Carlos. (2016). *Concepto de orden público en las democracias contemporáneas*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, no. 22, UAM Ediciones, Universidad Autónoma de Madrid.

- Morrison, Andrew Stumpf. (2016). *Law Is the Command of the Sovereign: H. L. A. Hart Reconsidered*, en Ratio Juris. An International Journal in Jurisprudence and Philosophy of Law, Vol. 29, No. 3, Basil Blackwell.
- Mosca, Gaetano. (1939)., trad. Kahn, Hannah D. (1959). *The Ruling Class (Elementi di Scienza Politica)*. McGraw-Hill Book Company, Inc.
- Murrill, Brandon J. (2018). *Modes of Constitutional Interpretation*. Congressional Research Service Report R45129, Congressional Research Service, Congreso de los Estados Unidos de America.

#### **N:**

- Navas Alvear, Marco. (2013). *La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho*. Jurídicas. No. 2, Vol. 10, pp. 181- 208. Manizales: Universidad de Caldas.
- Neal, Andrew W. (2019). *Security as Politics. Beyond the State of Exception*. Edinburgh University Press.
- Negretto, Gabriel L. (1994). *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción*, en Sociedad, no. 4, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Negretto, Gabriel L. (1995). *¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt*, en Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, Vol. 40, No. 161.
- Negri, Antonio. (1992). trad. Frabotta, Simona & Sánchez Cedillo, Raúl. (2015). *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Traficantes de Sueños & Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación
- Nosetto, Luciano. (2015). *Decisionismo y Decisión. Carl Schmitt y el Retorno a la Sencillez del Comienzo*, en Revista Postdata: Revista de Reflexión y Análisis Político, Vol. 20, No. 2, Grupo Interuniversitario Postdata.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2017). *Poder Constituyente, Reforma de la Constitución y Control de Jurisdiccional de Constitucionalidad*, en Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 36. Universidad Nacional Autónoma de México.

#### **O:**

- Olivecrona, Karl. (1975). *The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of "A Law"*, en *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 20, No. 1, University of Notre Dame Law School.
- d'Ors, Álvaro. (1953). *Principios para una teoría realista del Derecho*, en *Anuario de filosofía del derecho*, No. 1, Universidad de Navarra.
- d'Ors. Álvaro. (1969). El servicio del derecho romano a la libertad, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, No. 5, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- d'Ors. Álvaro. (1976). *Teología política. Una revisión del problema*, en *Revista de estudios políticos*, No. 205, Universidad de Navarra.
- Ortiz Ortiz, Richard. (2018). *Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario*, en *Estudios constitucionales*, Vol. 16, No. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Oyarte Martínez, Rafael. (2005). *El juicio político en la Constitución ecuatoriana*, en *Foro Revista de Derecho*, No. 4, UASB-Ecuador.

**P:**

- Pachano, Fernando. (2002). *Apuntes sobre Interpretación Constitucional*, en *Iuris Dictio*, No. 6. Universidad San Francisco de Quito.
- Pereira Menaut, Antonio Carlos. (2016). *El Pensamiento Constitucional de Álvaro d'Ors*, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, No. 75, Universidad de Navarra.
- Pereira Menaut, Antonio Carlos. (2005). *Un concepto orsiano de constitución*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol.26, No. 2, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Pérez Triviño, José Luis. (1996). *Los Límites Jurídicos al Soberano*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universitat Pompeu Fabra.
- Polop, Santiago. (2015). *Soberanía popular y derecho: ontologías del consenso y del conflicto en la construcción de la norma*, 1a ed. Centro de Estudios Avanzados, Córdoba.
- Posner, Eric A. & Vermeule, Adrian. (2010) *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Oxford University Press.

- Post, Robert. (1998). *Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review*, California Law Review, Vol. 86, No. 3. California Law Review, Inc.
- Pursley, Garrick B. (2011). *Properties in Constitutional Systems: Reviewing Adrian Vermeule, the System of the Constitution*, en North Carolina Law Review, Vol. 92, No. 2, University of North Carolina School of Law.

**Q:**

- Quintana Garzón, Ismael Esteban. (2019). *Poder constituyente derivado y control constitucional en Ecuador. Análisis normativo y jurisprudencial*, Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, UASB-Ecuador.

**R:**

- Ramírez Echeverri, Juan David. (2010). *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado de razón al Estado de terror*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquía.
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario de la lengua española, 23.ª ed.*, (versión 23.4 en línea). Definición de 'Decreto', recuperado el 1 de diciembre de 2021, de <https://dle.rae.es/decreto>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario de la lengua española, 23.ª ed.*, (versión 23.4 en línea). Definición de 'Excepción', recuperado el 21 de diciembre de 2021, de <https://dle.rae.es/excepci%C3%B3n?m=form>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario de la lengua española, 23.ª ed.*, (versión 23.4 en línea). Definición de 'Inconstitucional', recuperado el 21 de diciembre de 2021, de <https://dle.rae.es/inconstitucional>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario de la lengua española, 23.ª ed.*, (versión 23.4 en línea). Definición de 'Orden', recuperado el 26 de noviembre de 2021, de <https://dle.rae.es/orden>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de 'Declaración', recuperado el 1 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/declaraci%C3%B3n>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de 'Declarativo', recuperado el 1 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/declarativo>

- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de ‘*Declaratoria*’, recuperado el 1 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/declaratoria>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de ‘*Decisión*’, recuperado el 1 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/decisi%C3%B3n>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de ‘*Derogación*’, recuperado el 22 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/derogaci%C3%B3n>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de ‘*Estado de excepción*’, recuperado el 1 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/estado-de-excepci%C3%B3n>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de ‘*Excepción*’, recuperado el 21 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/excepci%C3%B3n>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de ‘*Excepción de Inconstitucionalidad*’, recuperado el 21 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/excepci%C3%B3n-de-inconstitucionalidad>
- Real Academia Española. (s.f). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (versión en línea). Definición de ‘*Inconstitucionalidad*’, recuperado el 21 de diciembre de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/inconstitucionalidad>
- Renoux, Thierry S. (1993). *El Consejo Constitucional y el Poder Judicial en Francia y en el Modelo Europeo de Control de la Constitucionalidad de las Leyes*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, No. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público: Tomo 1.
- Requejo Pagés, Juan Luis. (1998). *El poder constituyente constituido. La limitación del soberano*, en Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, No. 1, Universidad de Oviedo-
- Riofrío, Juan Carlos. (2015). *Valor jurídico del preámbulo de la Constitución ecuatoriana vigente*, en Foro Revista de Derecho, No. 23, UASB-Ecuador.

- Rubio Llorente, Francisco. (2010). *Constitutional Courts and Democratic Values*, en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 89, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Gobierno de España.

**S:**

- Sachs, Stephen E. (2015). *Originalism as a Theory of Legal Change*, en Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 38, No. 3, Harvard Society for Law & Public Policy, Inc., Harvard Law School.
- Sarmiento E., Juan Pablo. (2016) *La Jurisdicción Constitucional en Francia, de la Aparente Excepción Europea al Fin de la Singularidad Francesa*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, No. 2.
- Sagües, Néstor. (2006). *Las sentencias constitucionales exhortativas*, en Estudios constitucionales, Vol. 4, No. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.
- Sagües, Néstor. (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea.
- Sauvé, Jean-Marc. (2011). *The Judiciary and the Separation of Powers*, discurso presentado ante el Consejo de Estado de la República Francesa, disponible, en formato de texto en <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/the-judiciary-and-the-separation-of-powers>
- Scalia, Antonin (aut.). Gutmann, Amy (ed.). Dworkin, Ronald. Glendon, Mary Ann. Tribe, Laurence H. & Wood, Gordon S. (com.). (1997). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton University Press.
- Schmitt, Carl. (1922)., trad. Conde, Francisco Javier; Navarro Pérez, Jorge. (2009). *Teología política*. Editorial Trotta.
- Schmitt, Carl. (1922)., trad. George Schwab. (2005). *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. The University of Chicago Press.
- Schmitt, Carl. (1928)., trad. Seitzer, Jeffrey. (2008). *Constitutional Theory*. Duke University Press.
- Schmitt, Carl. (1932)., trad. Seitzer, Jeffrey. (2004). *Legality and Legitimacy*. Duke University Press.
- Schmitt, Carl. (1932)., trad. Agapito, Rafael. (1998). *El concepto de lo político*. Editorial Alianza.
- Schmitt, Carl. (1934)., trad. Ayala, Francisco. (1982). *Teoría de la Constitución*. Editorial Alianza.

- Schmitt, Carl. (1943)., trad. Ulmen, G. L. (1990). *The Plight of European Jurisprudence*, en Telos, Vol. 1990, No. 83. Telos Press Publishing.
- Schneider, Hans-Peter. (1982)., trad. Abellán, Joaquín. (1982). *Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, No. 5. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Gobierno de España.
- Serra Giménez, Francisco. (2016). *Carl Schmitt, «Teórico» de la Constitución de Weimar*, en Pensamiento Revista de Investigación e Información Filosófica, vol. 72 (2016), núm. 272, Departamento de Filosofía, Humanidades y Comunicación, Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, Universidad Pontificia Comillas.
- Solano Paucay, Vicente Manuel. (2015). *El diseño de las funciones del Estado en la Constitución ecuatoriana del 2008*, Tesis de Maestría Internacional en Derecho, mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, UASB-Ecuador
- Somek, Alexander & Wilkinson, Michael A. (2020). *Unpopular Sovereignty?*, en Modern Law Review, Vol. 83, No. 5, Wiley Online Library.
- Stone Sweet, Alec. (2012). *Constitutional Courts*, en Rosenfeld, Michel & Sajó, András, (eds). (2012). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- Street, Amy. (2013). *Judicial Review and the Rule of Law. Who is in control?* The Constitution Society.
- Storini, Claudia. Guerra, Marcelo. (2018) *La Justicia Constitucional en el Ecuador y su Desarrollo desde la Vigencia de la Constitución de Montecristi*, en Revista Iuris, No. 17. Vol. No. 1. UASB-Ecuador.
- Stornaiolo Silva, Ugo Stefano. (2021). *Originalism and Textualism Are not Enough against Constitutional Lawfare*, en SSRN Comparative & Non-U.S. Constitutional Law eJournal, y en Law & Society: Public Law - Constitutional Law eJournal, Indiana University Bloomington Maurer School of Law.
- Stornaiolo Silva, Ugo Stefano. (2021). *El fiasco de la seguridad nacional en Ecuador, con Gustavo Pareja y Ugo Stornaiolo*, en España Confidencial, publicación del 23 de Octubre de 2021, disponible en formato de texto en

<https://www.españaconfidencial.com/2021/10/23/el-fiasco-de-la-seguridad-nacional-con-gustavo-pareja-y-ugo-stornaiolo/>

- Stornaiolo Silva, Ugo Stefano. (2022). *The Equatorial Reflection of the US Supreme Court*, en The Libertarian Catholic, disponible en formato de texto en <https://thelibertariancatholic.com/the-equatorial-reflection-of-the-us-supreme-court/>

**T:**

- Trujillo, Julio César. (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho constitucional*, 2da Ed., Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, UASB-Ecuador.
- Tushnet, Mark. (2011). *Progressive Constitutionalism: What Is 'It'*, en Ohio State Law Journal, vol. 72, no. 6, Moritz College of Law, Ohio State University.

**V:**

- Vanney, María Alejandra. (2009). *Potestas, Auctoritas y Estado Moderno. Apuntes sobre el Pensamiento Político de Álvaro d'Ors*. Cuadernos Empresa y Humanismo, Cuaderno No. 109, Instituto Empresa y Humanismo. Universidad de Navarra.
- Vanney, María Alejandra. (2010). *Estado de derecho y derecho estatal*, en Revista empresa y humanismo, Vol. 13, No. 2, Universidad de Navarra.
- Vargas Hernández, Clara Inés. (2011). *La función creadora del Tribunal Constitucional*, en Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 32, No. 92. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia.
- Vázquez, Rodolfo. (2010). *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Argumento Contramayoritario*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, No. 44. Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada.
- Vega Giraldo, Alejandro. (2019). *Justicia constitucional y democracia: La independencia judicial y el argumento contramayoritario*, en Cuadernos de Ciencias Políticas, No. 10. Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT-Medellín.
- Vergara-Ciordia, Javier. (2019). *"Agustinismo político" y los espejos de príncipes*, en Anuario de Historia de la Iglesia. Vol. 28. Universidad de Navarra.

- Vermeule, Adrian. (2009). *Our Schmittian Administrative Law*, en Harvard Law Review, Vol. 122, No. 4, Harvard Law Review Association, Harvard Law School.
- Vermeule, Adrian. (2016). *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Harvard University Press.
- Vermeule, Adrian. (2020). *Beyond Originalism*, en The Atlantic, publicación del 31 de Marzo de 2020, disponible en formato de texto en <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>
- Vermeule, Adrian. (2021). *Rules, Commands, and Principles in the Administrative State*, en The Yale Law Journal Forum, Vol. 130. The Yale Law Journal. Yale Law School, Yale University.
- Villaverde Menéndez, Ignacio. (2016). *Cumplir o ejecutar La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma*, en Teoría y realidad constitucional, No. 38, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- de Ville, Jacques. (2017). *Constitutional theory: Schmitt after Derrida*. Birkbeck Law Press.
- Vinx, Lars. (2015). *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press.
- Vinx, Lars. (2016). *Carl Schmitt and the problem of constitutional guardianship*, en Arvidsson, Matilda. Brännström, Leila & Minkkinen, Panu. (eds.). (2016). *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt. Law, Politics, Theology*. Routledge.
- Vita, Leticia. (2017). *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una Relectura del Debate entre Kelsen y Schmitt a la Luz del Caso Prusia contra Reich de 1932*, en Revista Lecciones y Ensayos, No. 99, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

#### **W:**

- Wahiu, Winluck. (2011). *A Practical Guide to Constitution Building: An Introduction*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Weiss, Avi, (2021). *Binding the Bound: State Executive Emergency Powers and Democratic Legitimacy in the Pandemic*, en Columbia Law Review, Vol. 121, No. 6, Columbia Law School, Columbia University.

- Wilhelmsen, Frederick D. (1992). *La filosofía política de Álvaro d'Ors*, en Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo, No. 3, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia.

**Z:**

- Zavala Egas, Jorge. (2010). *Vías de hecho de la Corte Constitucional que corrigen sentencias y autos judiciales ejecutoriados por “error de Derecho” e “Injusticia del Resultado”*, en Iuris Dictio, No. 13, Universidad San Francisco de Quito.
- Zúñiga Rendón, Carlos Adolfo. (2020). *La separación de poderes en el estado de excepción (en ocasión al COVID-19 en Ecuador)*, en Revista Facultad de Jurisprudencia RFJ, No.8, Vol.1. Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE.