

## LA LEGITIMACIÓN POLÍTICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL: UN VISTAZO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

### THE POLITICAL LEGITIMISM AND JUDICIAL ARGUMENTATION IN THE CONSTITUTIONAL JUSTICE: THE OVERVIEW OF THE CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW TO THE CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR

### LEGITIMAÇÃO POLÍTICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO CONTROLE CONSTITUCIONAL: UM OLHAR SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO EQUADOR

*Jhoel Marlin Escudero Soliz\**  
*Universidad de las Américas*

Recibido: 14/12/2016  
Aprobado: 04/01/2017

#### **Resumen:**

El presente artículo analiza la legitimidad formal y material de la Corte Constitucional de Ecuador, para lo cual explica la importancia de la Constitución, del control de constitucionalidad y de la argumentación jurídica, en contraste con las características de la representación política del parlamento. De esta configuración teórica, se desprende la importancia de la conformación del órgano de control constitucional y del principio *prolegislature* para comprender los límites de los jueces frente a las potestades del legislador. En consecuencia, para entender la legitimidad de origen de la Corte Constitucional de Ecuador, se revisa el proceso de creación y selección de jueces; y, la legitimidad material, se estudia la argumentación jurídica de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad.

**Palabras clave:** Legitimidad; Prolegislature; Control de constitucionalidad; Argumentación jurídica.

#### **Abstract:**

Abstract: This essay analyzes the formal and material legitimacy of the Constitutional Court of Ecuador. For this, the importance of the Constitution, constitutional control and judicial argumentation is explained, in contrast with the characteristics of political representation of parliament. From

this theoretical configuration of the constitutional controlling body, the importance of the *prolegislature* principal is deduced in order to understand the limits that the judges face regarding the competencies of the legislator. In consequence, to understand the legitimacy of the Constitutional Court of Ecuador, regarding origin, reviewing the creation process and the selection of judges is necessary; as well as, materially, analyzing the study of the judicial argumentation of the sentences of abstract constitutional control.

**Key words:** Legitimacy; Prolegislature; Constitutional Review; Judicial Argumentation.

#### **Resumo:**

O presente artigo analisa a legitimidade formal e material da Corte Constitucional do Equador, para explicar a importância da Constituição, do controle de constitucionalidade e a argumentação jurídica, em contraste com as características da representação política do parlamento. Desta configuração teórica se desprende a importância da formação do órgão de controle constitucional e do princípio *prolegislature* para compreender os limites dos juízes frente as potestades do legislador. Como consequência, para entender a legitimidade de origem da Corte Constitucional do Equador, se revisa

\* Doctor en Derecho y Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador (UASB-E). Doctor en Jurisprudencia, Abogado y Mediador, por la Universidad Central del Ecuador. Profesor de Derecho Constitucional y Oratoria Forense de la Universidad de las Américas (UDLA). Profesor invitado de Garantías Constitucionales de la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB-E) y de Interpretación Constitucional de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES). Correo electrónico: jescudero@udlanet.ec

o processo de criação e seleção de juízes; e, a legitimidade material, se estuda a argumentação jurídica das sentenças de controle abstrato de constitucionalidade.

**Palavras chave:** Legitimidade; Prolegislature; Controle de Constitucionalidade; Argumentação Jurídica.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución es única, suprema y su finalidad es limitar al poder. Es única porque no existe otra norma dentro del Estado que tenga las características de la Constitución; organiza el poder y es fuente de la producción del derecho. Es norma suprema porque funda política y jurídicamente la comunidad, es jerárquicamente superior porque se ubica en la cúspide del sistema de fuentes del derecho y garantiza derechos de las personas (Garrorena 2011, 85). De otro lado, la Constitución es lo que el poder quiere que sea, es indeterminada y no es perfecta;<sup>1</sup> pero sí un buen plan (Hamilton, James y John 2006,373).

Lo mencionado corresponde a algunos argumentos generales a favor y en contra de la Constitución, con los cuales podemos estar o no de acuerdo. Probablemente habrá que dar la razón a las dos explicaciones y así podríamos iniciar una discusión, de lo que es o no la Constitución. El debate nos llevará a concluir que la Constitución es una norma de compleja definición.

En consecuencia, sobre la Constitución existen acuerdos y desacuerdos generales, uno de ellos es la forma cómo se explica la norma desde el poder político y el jurídico. La constante contradicción se sustenta entre lo que la Constitución es y lo que debe ser.

La idea central del presente artículo es analizar la legitimación política y argumentación jurídica de la Corte Constitucional del Ecuador, para lo que se revisará la organización de la institución y realizará un estudio de los problemas centrales de sus sentencias. Posteriormente, cabe explicar la legitimidad democrática del legislador, para lo que se analizará el discurso de la producción de normas y sus diferencias con la argumentación jurídica. Es claro que, tanto el sistema político como el de control de constitucionalidad, son sistemas totalmente diferentes, pero tienen por finalidad explicar los contenidos de la Constitución. Finalmente, se abordará el principio *in dubio pro legislature* como un postulado intermedio (entre los argumentos jurídicos y los debates políticos) que se inserta en la lógica de comprender a la Constitución.

La organización temática del artículo permite explorar los aspectos centrales de la argumentación jurídica, la legitimación política y el principio *pro legislature*. Estos elementos puestos en contacto, expresan desacuerdos irreconciliables, que se expresan desde el derecho y la política, que estudiados en el caso particular de Ecuador, tienen en lo jurídico y político a justificar al poder, poniendo en riesgo la legitimidad de la Corte Constitucional.

## LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

La Corte Constitucional de Ecuador es el máximo órgano de control e interpretación constitucional, conforme lo establece el artículo 436 de la norma suprema. En relación a la legitimidad jurídica de esta institución, debe analizarse su rol en dos dimensiones: material y formal o de origen. La legitimidad material consiste en la permanente defensa de la Constitución, mediante dictámenes y sentencias. De allí que sólo puede explicarse desde la jurisprudencia, como se revisará más adelante.

En cuanto a la legitimidad de origen, comprende la integración y la forma de designación de los jueces del alto tribunal, conforme lo prevén los artículos 429 al 435 de la Constitución de la República del Ecuador. Este proceso, debe sujetarse a los principios de transparencia, género, oposición, méritos y pluralismo. Es así que, en sentido formal de legitimidad del máximo órgano de justicia constitucional, hace referencia tanto al proceso que dio origen de la institución, como a la probidad de sus miembros.

<sup>1</sup> Ferdinand Lasalle, *Qué es la Constitución*, [http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle\\_Ferdinand-Que\\_Es\\_Una\\_Constitucion.pdf](http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf).

Cabe indicar que, en Ecuador, el primer proceso de designación en el cual se aplicó la Constitución fue en 2012, mientras que para el período de 2008-2012 se instauró una Corte Constitucional para el Período de Transición. El mecanismo, por el cual se cambió el Tribunal Constitucional en Corte Constitucional fue muy cuestionado por existir varios vicios de legitimidad considerando que esta institución se creó mediante Resolución S/N aprobada por el Pleno del Organismo el 20 de octubre del 2008, sobre la base del artículo 27 del Régimen de Transición y no conforme lo previsto en los artículos 434 y 435 de la Constitución (TCE 2008).

El periodo de transición de la referida institución duró cuatro años, para el 2012 se creó la primera Corte Constitucional de Ecuador y fue nombrada por la Asamblea Nacional, el método de selección de jueces y juezas se desarrolló en aplicación del artículo 434 de la Constitución y artículos 177 y 185 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); es así que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social creó una Comisión Calificadora integrada por dos representantes por las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. Posteriormente, se enviaron las candidaturas presentadas por las citadas funciones, el número de postulantes fue equivalente a un total de 27 participantes, quienes se sometieron a un proceso de méritos, oposición y conocimientos, que culminó con una lista de 9 juristas, quienes actualmente conforman la Corte Constitucional.

La duración de los cargos de los jueces constitucionales en Ecuador tiene un período general de 9 años, con renovaciones parciales de 3 jueces cada 3 años. El método para definir los relevos es el sorteo, conforme lo prevé el artículo 3 del Reglamento para la Primera Renovación Parcial de las Juezas y Jueces de la Corte Constitucional<sup>2</sup>, previo a la designación de los nuevos jueces por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Es así que el mecanismo de selección y de designación se activa cada tres años, es una forma de implementar la legitimidad basada en el proceso de selección y la idoneidad de sus miembros; el proceso de méritos y oposición, así como las candidaturas que, bajo distintos criterios, suelen ser cuestionadas, en base a falta de probidad, formación

académica y experiencia en temas de protección de derechos constitucionales.

Por otro lado, para analizar la legitimidad material, se deberán revisar los criterios con los cuales jueces juzgan los casos concretos y abstractos de control constitucional. Si con los estándares del noble sueño de los principios, como lo haría el Juez Hércules, de Dworkin (Dworkin 2002, 209); para quien no existe caso difícil y siempre toma decisiones objetivas y justas. O, con los criterios del juez de Herbert Hart, quien considera la aplicación de las reglas frías sin ninguna consideración de justicia, lo cual es una pesadilla (Rodríguez 2012, 66). Lo cierto es que los jueces deben pronunciarse adecuadamente. De otro lado, el realismo jurídico afirma que los criterios aplicados por los jueces para resolver los casos son predominantemente provenientes de las preferencias políticas, económicas, religiosas o personales de los miembros del alto tribunal (Kennedy 2010, 34).

Para lograr que la actuación de los jueces sean técnicamente legítimas, se debe considerar la aplicación de los siguientes criterios: imparcialidad, razonabilidad, proporcionalidad, objetividad, adecuada interpretación y aplicación del derecho. Elementos que ciertamente podrían volver ilusorio el derecho, debido a que resulta muy complejo valorar las cosas sin que se involucre al menos las creencias personales del juez.

En ese sentido, John Rawls indica que los jueces deben explicar sus decisiones basados en la comprensión de la Constitución, así como de las leyes, la costumbre y de los precedentes. Este hecho compromete al juez a buscar buenos argumentos porque sus decisiones definen los casos y estas son públicas. En ese sentido, los jueces no pueden basar sus argumentos en su moral personal, ni en los ideales y virtudes que comparten con la sociedad en general, tampoco pueden basarse en valores políticos partidistas. Todo lo contrario a lo que hacen los ciudadanos comunes o los legisladores (Gargarella 2008).

Estos elementos se reflejarán en el estudio de sentencias de control de constitucionalidad que servirán para el desarrollo del presente estudio, los cuales poseen ciertos rasgos críticos como los que se desprenden de

<sup>2</sup> Pleno de la Comisión Calificadora para la Primera Renovación Parcial de las Juezas y Jueces de la Corte Constitucional [Ecuador]. Reglamento. (Quito: 15 de junio del 2015).

la injerencia política y los inherentes a un sistema desestructurado que carece de herramientas básicas como una adecuada y objetiva interpretación de las normas

vía jurisprudencia, elementos que pueden diluir la legitimidad material de los jueces ecuatorianos, como se verá en el siguiente apartado.

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR Y SU ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La Corte Constitucional ejerce su control mediante sus fallos, los que se someten a altas exigencias de racionalidad jurídica constitucional que consisten en justificar y explicar sus decisiones, a fin de que sean aceptadas por los potencialmente afectados y la sociedad en general.

La legitimidad material o de ejercicio es vital para la Corte Constitucional, debido a que su finalidad es la protección de los derechos y garantizar el proceso democrático, tiene su base en los dictámenes y sentencias constitucionales. Esto no solo hace alusión a la cantidad de fallos que expide, sino a sus contenidos. Cabe precisar que la Corte Constitucional de Ecuador, tiene dos criterios para calificar sus fallos: 1) Sentencias constitucionales en general; y, 2) Jurisprudencia constitucional. Las sentencias se expiden en mayor cantidad, mientras que la jurisprudencia es escasa. La jurisprudencia debe estar expresamente señalada, mientras no se indique esta condición a la resolución se la debe comprender como una sentencia no vinculante para los operadores de justicia, sino únicamente para las partes. Este particular, afecta a la condición de alta Corte porque son varios los casos en los cuales la constante ha sido la contradicción de sentencias, como se verá más adelante.

Al respecto, en palabras de Robert Alexy, los jueces constitucionales ejercen una 'representación argumentativa'; es decir, su legitimidad se enmarca en la corrección de argumentos de las demás funciones del Estado, su finalidad es materializar en sus decisiones la Supremacía de la Constitución. De ello depende de la solidez de la argumentación y el discurso jurídico. Este aspecto no suele ser aceptado con facilidad por los parámetros democráticos con los cuales se configura la legitimidad de las autoridades de elección directa y de sus decisiones, porque la regla es que la democracia se soporta en la participación.

Dejando de lado esta discusión, cabe señalar que la argumentación debe visibilizar los límites constitu-

cionales y reafirmar el respeto de la norma suprema frente a los poderes públicos, es una tarea que debe ser asumida por los juzgadores, no para invadir la órbita democrática, sino para evitar la arbitrariedad.

En ese sentido, se exige que el control constitucional sea eficaz y adecuado. La Corte Constitucional debe emitir sentencias razonadas, valorando el caso, nutridas de argumentos objetivos, válidos y suficientes. Las sentencias constitucionales no deben reflejar decisiones cargadas de criterios subjetivos, arbitrarios, inmotivados y hasta viscerales; los cuales son la antítesis de la justicia constitucional.

El control de constitucionalidad se sustenta en los principios de aplicación directa, supremacía y rigidez constitucional. Las constituciones que aseguran estos principios son garantizadas porque autorizan la protección de la Constitución al sistema de justicia e imponen un límite al legislador para que no sea reformada mediante ley ordinaria (Guastini 2001,193). Los mecanismos para garantizar la supremacía de la Constitución, conforme el órgano u órganos jurisdiccionales que tienen la facultad de no aplicar normas o declararlas inconstitucionales, se clasifica en: difuso, concentrado y mixto.

El control difuso, de fuente estadounidense, fue creado en 1803. Se caracteriza por autorizar a todos los jueces del país la inaplicación de normas en un caso concreto, siempre y cuando éstas sean contrarias a la Constitución (CSEEUU).

El control concentrado o puro de constitucionalidad, creado en Austria, tiene como finalidad expulsar normas del ordenamiento jurídico en abstracto cuando sean contrarias a la Constitución. Autoriza el control constitucional a un órgano extra-poder llamado Corte o Tribunal Constitucional.

Como complemento, se creó el control mixto de constitucionalidad, de origen latinoamericano, autoriza a

todos los jueces del país a in-aplicar normas en casos concretos cuando éstas sean inconstitucionales, dejándole la declaratoria de inconstitucionalidad en abstracto a la Corte o Tribunal Constitucional.

En Ecuador, la máxima autoridad de control e interpretación constitucional es la Corte Constitucional (Grijalva 2011, 188). La Corte, mediante su diseño legal y jurisprudencia, ha conseguido un diseño institucional concentrado, lo que riñe con el artículo 11.3 de la Constitución que autoriza la aplicación directa de la carta magna y del cual se debía desprender un control mixto de constitucionalidad, porque el constituyente autorizó la inaplicación de normas cuando afectan a la Constitución. Sin embargo, no se ha querido dar esta competencia de control difuso a todos los jueces del país, es así que a través del artículo 75 de la LOGJCC, solo la Corte Constitucional es competente para conocer acciones de control abstracto; en la misma línea, las sentencias No.-0040-07-TC y 001-13-SCN-CC, de inconstitucionalidad la primera, y de consulta de norma la segunda la Corte (CCE 2015), han desplazado el principio de aplicación directa de la Constitución, teniendo como consecuencia la concentración del control de constitucionalidad.

En el primer caso, sobre la inconstitucionalidad del Código de Ejecución de Penas y su Reglamento se afirmó que negar el derecho de prelibertad, sustentado en el pasado judicial, contradice la norma suprema. En esa ocasión la Corte se pronunció sobre normas anteriores a la Constitución y consideró que el control de normas viejas, mediante la cláusula de derogatoria general, corresponde únicamente a la Corte Constitucional.

El segundo caso, sobre una consulta de norma, la Corte afirmó que los jueces aun cuando estén seguros de la inconstitucionalidad de una norma, siempre deberán consultar a la Corte Constitucional, es decir que quedan vedados de realizar cualquier inaplicación de normas contrarias a la Constitución.

En Ecuador, el único órgano con capacidad para controlar la constitucionalidad de las leyes es la Corte Constitucional. En ese sentido cabe examinar la argumentación constitucional.

La legitimidad material o argumentativa, que no es otra cosa que un proceso de convencimiento basado

en las mejores razones jurídicas; no consiste en dar afirmaciones sin más (Ibáñez y Otero 2010, 3). Para convencer o dar los argumentos que corresponden a cada caso, se usan varios criterios, como la credibilidad, la solidez del argumento y la veracidad. Además, se deben explicar las razones de las posiciones, las cuales deben estar justificadas.

Sobre el tema existen desarrollos doctrinarios que no difieren en mayor medida de los clásicos. Así, Alexy y McCormick consideran que la argumentación jurídica es un discurso práctico sustentado en la veracidad de los hechos y la seguridad de las premisas con las cuales se explican los hechos en relación con las normas (Alexy 1985), (Maccormick 1997).

Por su parte, Perelman se enfoca en los auditorios jurídicos, que se consideran particulares por la forma en la que deben ser convencidos (Perelman 1999). Finalmente, Atienza establece una forma de analizar la argumentación y su solidez mediante las interconexiones fácticas y normativas, a través de un árbol de análisis (Atienza 1993). Debido a la brevedad de este estudio, no se pueden agotar los esquemas argumentativos de las teorías estándar, pero para demostrar nuestra tesis es necesario tener claro cómo deben argumentar los jueces en sus sentencias.

En contraste desde una perspectiva crítica, Habermas, considera que el escenario en el cual se desarrolla la argumentación jurídica afecta a la libre deliberación porque los participantes están obligados por ley a argumentar en un proceso judicial; mientras que en las deliberaciones públicas dicha obligatoriedad no existe (Feteris 2007, 115).

Es central en la decisión judicial y la argumentación jurídica definir cómo se deben resolver los casos y con qué criterios; en particular, en materia constitucional. La argumentación jurídica identifica dos tipos de casos judiciales: fáciles y difíciles. Los casos fáciles se resuelven con la aplicación de una norma a un hecho determinado. En esta tipología, existe una regla jurídica clara y un hecho claro, en consecuencia se resuelve aplicando un silogismo. La justificación es interna porque no ha sido necesario explorar por fuera de la regla su interpretación o problema de aplicación.

Sin embargo, existen los casos difíciles que requieren de justificación externa, por la necesidad de interpre-

tación y solución de problemas de aplicación de las normas. En este tipo de casos, tanto en sus normas jurídicas como en los hechos fácticos, se presentan con una o más complejidades (Nino 2001,260).

Si consideramos que el ordenamiento jurídico está integrado por varios tipos de normas: reglas, principios y valores; podremos determinar que las leyes están predominantemente compuestas por reglas, es decir, normas con supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, las cuales podrían resolverse mediante justificación interna, siempre y cuando no existiera ninguna complejidad. Mientras que la Constitución contiene de forma elevada valores y principios, normas téticas o carentes de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, como el derecho a la igualdad (Dworkin 2012). Este tipo de normas que requieren de métodos de interpretación para darles contenido y determinar sus obligaciones, en consecuencia siempre requieren de justificación externa (Zucca et al. 32011, 99). Es la razón por la que los casos que involucran la aplicación de la Constitución resultan difíciles. También presentan antinomias de tipo contingente, esto es que si bien los principios en abstracto no son contradictorios, se vuelven contradictorios a causa de un hecho fáctico o caso concreto (Sanchís 2014,143).

La ponderación es un instrumento útil para el enjuiciamiento de casos concretos y normas que resulten ser contrarias a la Constitución. El test de proporcionalidad incluye los sub-principios de idoneidad (adecuación de los medios al fin constitucional), necesidad (la decisión menos grave para los derechos) y el último paso que es la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Alexy y Carbonell 2008,14).

En líneas generales, se puede afirmar que el derecho requiere de argumentación establecida por criterios y principios jurídicos que limitan la actuación del juez. Por su parte, la necesidad de interpretación del derecho requiere de métodos que permitan dotar de significados adecuados a las normas. Por adecuados me refiero a que los significados que se den a los principios o a las reglas deben estar dentro del ordenamiento jurídico, no por fuera de este porque resultarían arbitrarios (Escudero 2009,76). Este principio es aplicado para evaluar la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, Claudia Escobar realizó un estudio acerca de argumentación jurídica de las sentencias constitu-

cionales de Ecuador, con énfasis en la aplicación de los nuevos métodos de interpretación constitucional (Escobar 2011). Para lograr comprender técnicamente los parámetros con los cuales la Corte Constitucional resuelve sus casos, se revisaron los fallos constitucionales considerando dos periodos 2002-2008 y 2008-2011, con la finalidad de determinar el diálogo entre Tribunales y Cortes Constitucionales de la región. A partir de ese análisis y de la revisión que se realizó para este artículo, constan los resultados de las sentencias y jurisprudencia comprendidos en el periodo de 2012-2014. A ese efecto se resaltan algunos problemas argumentativos que afectarían a la calidad de las sentencias, en líneas generales se pueden identificar los siguientes problemas:

- a) Mínimo desarrollo de la jurisprudencia constitucional obligatoria en materias de medidas cautelares constitucionales, acción de protección, hábeas corpus, habeas data y acceso a la información pública. Es así que las sentencias en estas materias, vía procesos de selección y revisión se pueden contar con los dedos de la mano, caso Induac resuelto en sentencia No.- 001-10-JPO-CC que trata sobre fallos contradictorios en materia constitucional (CCE 2010) y, el hábeas data para personas jurídicas contenido en sentencia No.- 001-14-JPO-CC. Entre las dos sentencias existe un lapso de tiempo de cuatro años.
- b) Recepción acrítica y usualmente descontextualizada de las fuentes foráneas, por ejemplo, la réplica del modelo de selección de causas aplicado por la Corte Constitucional de Colombia, que por su fala de implementación en Ecuador afecta a la transparencia, objetividad y razonabilidad del proceso (Escobar 2011,250).
- c) En la primera fase se evidenció una alta citación de sentencias de órganos foráneos, denotan una falta de desarrollo jurídico propio, predominantemente se citan: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Constitucional de Colombia, Tribunal Constitucional Español y Tribunal Constitucional de Perú.
- d) Amplia determinación de problemas jurídicos que no corresponden a la solución del caso concreto, preguntas como la naturaleza jurídica de los principios constitucionales y de las garantías.

- e) Inadecuada aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad, en control abstracto de constitucionalidad, que lleva a que se expliquen los métodos pero que no se apliquen a los casos concretos.
- f) Predominantemente se usa la deducción literal de términos para definir la solución de los casos concretos, lo que afecta a la calidad de la argumentación.
- g) Existen sentencias contradictorias expedidas por el Pleno de la Corte Constitucional, un ejemplo son las sentencias que tratan sobre la inconstitucionalidad del juzgamiento en ausencia en materia de tránsito: La sentencia No.- 024-10-SCN, consideró que el núcleo esencial del derecho a la defensa material es estar presente en el juicio, en consecuencia consideró inconstitucional el artículo 178 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y Seguridad

Vial (en adelante LTTTSV). La norma sería temporalmente retirada, posteriormente mediante reforma S/N a la LTTTSV, publicada en Suplemento de Registro Oficial No.- 415 de 29 de marzo del 2011, la Asamblea Nacional volvió a poner la regla que permitía el juzgamiento en ausencia. La Corte Constitucional en sentencia No.- 008-13-SCN-CC consideró que no es posible conocer el tema por no existir incompatibilidad y no reunir los requisitos de la consulta de norma (CCE 2015).

Con estos elementos se puede verificar que la legitimidad material o argumentativa, se pone en grave riesgo y con ello puede afectarse al desarrollo del derecho constitucional en Ecuador. Otro elemento que agrava la situación es la ausencia de jurisprudencia, porque afecta al modelo constitucional en su conjunto. Finalmente, las sentencias contradictorias debilitan al propio control constitucional.

## LA ASAMBLEA NACIONAL Y LA ARGUMENTACIÓN POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN

La legitimación política, como se indicó, se basa en la deliberación y es concebida como el discurso del futuro (Aristóteles 2007, 35). A diferencia del discurso jurídico, que se encarga de casos individuales, el político presenta soluciones para casos en general. La Asamblea Nacional del Ecuador cumple con importantes funciones como la fiscalización del poder ejecutivo, así como posesionar, destituir, enjuiciar políticamente al Presidente de la República, nombrar ternas para concurso de jueces y magistrados, ratificar tratados internacionales, crear leyes, enmendar la Constitución, entre otras.

El general la asamblea o congreso nacional, por esencia, es un órgano de desacuerdos, lo cual supone altos niveles de argumentación. Verdaderamente, el debate político se entiende como la necesidad de realizar los valores democráticos medulares de una sociedad (Uprimmy et al. 2008, 18).

Ahora bien, si la Corte Constitucional está revestida de un estatus que la presenta como protectora de la Constitución, cabe preguntarse ¿cuál es el rol del parlamento en este escenario? En realidad para el constitucionalismo el parlamento, puede convertirse en una mayoría que atente constantemente contra la Consti-

tución, generando preocupaciones respecto a los derechos; porque existe la tentación de traspasar los límites establecidos por la Constitución Waldron 2005,19).

De otro lado, el parlamento es una garantía política que fortalece el sistema democrático representativo mediante la pluralidad de opiniones que representan en su conjunto (Storini ed. 2009).

Otro elemento que distingue a los parlamentos de las cortes es su tamaño, sus desacuerdos y su estructura. Los primeros están compuestos por organizaciones de movimiento y partidos políticos, por una estructura deliberativa (debate) y toma decisiones mediante procedimientos de votación. Asimismo, su función es la de crear derecho.

En cuanto a su tamaño, se afirma que mientras más grandes sean, habrá más deliberaciones, pero con algunas consecuencias.

Primero, cuanto más numerosa es la Asamblea, prevalecerá la pasión sobre la razón. Segundo, la variedad en la instrucción y el origen de sus miembros (en términos democráticos el pueblo debe estar reflejado en la Asamblea). Tercero, la elocuencia y habilidad de

debatir será captada por un pequeño número de personas que llevará la voz de los más débiles (Hamilton 2006,249).

Para lograr una adecuada deliberación racional de temas, la Asamblea cuenta con una estructura organizacional basada en comisiones, es decir grupos más pequeños. Finalmente, los votos motivados, imponen una condición moral de explicar y justificar las razones por las cuales un asambleísta considera justa o no una decisión. Estos elementos proyectan una manera de argumentar totalmente distinta a la de las cortes, en donde se priorizan los métodos jurídicos.

Por un lado, tenemos las garantías normativas que exigen el pronunciamiento de la Asamblea Nacional mediante debate, desacuerdos y toma de decisiones. Lo cual es adecuado en una democracia; sin embargo, es importante también el rol de las cortes, como entes de control de las arbitrariedades, considerando que existe una constante tentación a afectar los derechos e interponer los intereses de las mayorías.

Para finalizar, los distintos enfoques estructurales y de métodos entre la asamblea y las cortes, en cuanto a los argumentos, se pueden resumir en el siguiente cuadro:

Parlamentos	Tribunales o Cortes Constitucionales
a) Los parlamentos son susceptibles a interpretar la Constitución desde los intereses de grupos, las creencias políticas e incluso preferencias personales.	a) Las cortes constitucionales deben interpretar la Constitución como una norma jurídica y moral.
b) Los parlamentos deliberan sobre los derechos y necesidades de la población.	b) Las cortes usan argumentos técnicos basados en principios y métodos de interpretación del derecho.
c) Los parlamentos basan sus decisiones en votos que son producto del debate político.	c) Los desacuerdos deben ser expresados formalmente mediante votos salvados.
d) Los parlamentos están expuestos al voto popular.	d) Las cortes, usualmente, no están expuestas al voto popular.

Esta contextualización de las distintas formas de argumentar se concreta mediante diferentes estrategias y métodos; no se trata de afirmar cuál es la mejor, sino que las dos funcionen y cumplan sus roles. Podemos sostener que los dos enfoques de explicación de la Constitución conviven en un Estado y podrían causar contradicciones entre lo que se dice que debe ser la Constitución a través de la Corte Constitucional y lo que el parlamento dice que es la

Constitución. La primera explica la norma suprema desde la técnica moral deóntica del derecho, el deber ser; mientras que el segundo crea el derecho desde la realidad, los intereses de grupos y la visión política de la Constitución. Para poder identificar con claridad esta relación es importante revisar las sentencias de la Corte Constitucional desde el principio *in dubio pro legislatore* donde se proyecta una conexión de esta relación.

## EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO LEGISLATORE* EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

En base al principio democrático del Estado Constitucional, existe la presunción de constitucionalidad de las leyes, mientras no se declare lo contrario. El principio *in dubio pro legislatore* impone una carga argumentativa a quien presume que una norma es contraria a la Constitución y exige que se justifique porque la norma cuestionada no puede ser interpre-

tada conforme a la Constitución. De encontrar que la explicación y justificación generan dudas sobre la incompatibilidad de la ley con la Constitución, ésta se mantendrá en el ordenamiento jurídico.

Víctor Ferreres, sostiene que un juez debe suponer que la ley está conforme a la Constitución, no lo contra-

rio (Ferrerres 2012). Sobre la base de la tesis de James Thayer, sostiene que los jueces deben tener claro que no pueden invalidar todas las leyes que consideren inconstitucionales, sino solo aquellas que se presentan de forma manifiesta, que no dejen espacio a la duda razonable. El acto de declarar la inconstitucionalidad de una ley es sumamente grave para la organización de la República. Asimismo, se debe considerar que las leyes, para ser declaradas inconstitucionales, deben pasar por un estricto control de interpretación, como el test de proporcionalidad (Pulido 2011).

El beneficio de la presunción de constitucionalidad cumple con tres condiciones:

- a) Argumento epistémico: el juez debe presumir la validez de la ley porque la solución del conflicto de intereses presentada por el legislador tiene más valor que la solución judicial, este criterio tiene una base que se justifica en la legitimidad democrática del legislador y en la función de crear la ley para atender temas generales.
- b) Argumento de la igual dignidad política: el juez debe presumir la validez de una norma porque lo contrario afecta al principio de igual consideración de la dignidad de las personas, la razón es de fondo porque un juez desautoriza el argumento de una mayoría; y,
- c) Argumento de corregibilidad de errores: en caso de duda el juez debe presumir la validez y futura corrección del error, por parte del parlamento, en lugar de invalidar la ley (Ferrerres 2012, 151).

De otro lado existen argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad de las normas. El activismo judicial y el neo constitucionalismo, en sus versiones más profundas buscan empoderar a los jueces para preservar los criterios morales de la Constitución desplazando normas cuya inconstitucionalidad es dudosa e impulsan que los jueces desarrollen políticas públicas. En cualquiera de los dos escenarios, no pueden tolerarse violaciones claras y expresas a la Constitución, debe haber una forma de protegerla, sin que se llegue a generar un gobierno judicial (Tushnet 2013,85).

La Corte Constitucional del Ecuador, para mantener las normas en el ordenamiento jurídico, ha recurri-

do constantemente al principio *pro legislatore*. Sin embargo, usando el mismo argumento mas no el de interpretación conforme de la Constitución, ha elaborado sentencias modulativas, cuya finalidad es realizar correcciones a la legislación e incluso ha invadido las competencias legislativas. Lo cual resulta contradictorio porque el principio en favor del legislador protege que las decisiones sean tomadas únicamente por el órgano democrático y no por los jueces.

Mientras que el activismo judicial y el garantismo, son un control positivo de constitucionalidad que justifica la intervención del juez en los espacios legislativos. Esta contradicción está latente en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador. El principio *pro legislatore* está reconocido en el artículo 76.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Corte Constitucional, mediante sentencia de acción extraordinaria de protección No.- 110-14-SEP-CC, aplicó el principio *pro legislatore* sosteniendo que los jueces están obligados a aplicar las normas que están revestidas de constitucionalidad, mientras la Corte no haya declarado lo contrario, reafirmando el control concentrado, los jueces no pueden in-aplicar normas por considerarlas contrarias a la Constitución. La sentencia No.- 005-10-SIO-CC, por omisión constitucional, también se refiere al mismo principio para afirmar que la declaratoria de omisión constitucional a cargo del legislador es de última *ratio* (Valle, 2010). En este particular caso aplica el principio frente a la inexistencia de norma.

La sentencia que hace referencia a este principio de conservación del derecho es la No. 001-10-SIN-CC, sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, en donde la protección al legislador permitió que la Corte fungiera como legislador positivo, elaborando reglas jurídicas con efectos generales. Esta forma de actuar desvirtúa el principio *pro legislatore* que no necesariamente autoriza a que la Corte elabore reglas a modo de normas generales que reemplacen la labor del legislador.

Finalmente, este principio logra que los argumentos del parlamento sean comprendidos dentro del contexto de la forma en que estos funcionan, como es la deliberación y los desacuerdos. Sin embargo, no es una carta abierta para que el órgano jurisdiccional tome decisiones propias de la política.

## CONCLUSIONES

La legitimidad de origen y de ejercicio, son base para fortalecer el control de constitucionalidad. La falta de legitimidad tenderá a fortalecer al órgano legislativo y la dependencia de la ley será más fuerte debido a un débil desarrollo jurisprudencial constitucional.

La Corte Constitucional de Ecuador puede tener legitimidad formal debido al proceso que siguieron sus miembros para ser nombrados como jueces; pero cuando se revisa la legitimidad material existen varias dudas sobre la representación argumentativa que debe cumplir para aplicar la Constitución.

En el estudio se revisan dos enfoques, considerando la construcción de argumentos desde la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional, dejando claro que

el papel de los dos órganos será siempre respetar la Constitución. La objetividad del método jurídico, los criterios de interpretación y aplicación del derecho, se pueden contraponer a la libre deliberación de los parlamentos, a su tamaño y criterios; pero las dos formas de entender la Constitución son igualmente válidas y deberían contribuir a la construcción de un diálogo desde la moral, la contradicción y los desacuerdos.

En el presente trabajo se trata de analizar y ubicar la forma como se crea y explica el derecho desde distintas perspectivas institucionales política-constitucional en Ecuador. En ese sentido debe ser comprendido desde una visión general sobre las diferentes maneras de argumentar desde lo jurídico y político un mismo texto, la Constitución.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 1985. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. En *Derecho y Filosofía*. Barcelona-Caracas: Alfa.
- Alexy, Robert. 2008. La fórmula del peso. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Aristóteles. 2007. *La Retórica*. Buenos Aires: Gradifco.
- Atienza, Manuel. 1993. *Teorías de la argumentación jurídica: las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Dworkin, Ronald. 2002. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- \_\_\_\_\_. 2012. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Escobar, Claudia. 2011. *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y Corte Constitucional de Ecuador.
- Escudero, Jhoel. 2009. El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional. En *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito: INREDH.
- Ferreres, Víctor. 2012. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Feteris, Eveline. 2007. *Fundamentos de la argumentación jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gargarella, Roberto. 2008. "John Rawls: la razón pública y el papel del poder judicial". *Revista Praxis filosófica* [online], 2008, (Enero-Junio): [Fecha de consulta: 03 de mayo del 2015] Universidad de Caldas de Colombia, ISSN: 0120-4688 2008. Disponible en: <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=209014645015>
- Garrorena, Ángel. 2011. *Derecho Constitucional, Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Grijalva, Agustín. 2011. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador.
- Guastini, Ricardo. 2001. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. 2006. *El Federalista* 2da ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Ibáñez, Roberto, y Milagros Otero. 2010. *Los argumentos de la argumentación jurídica*. México: Porrúa.
- Kennedy, Duncan. 2010. *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Lasalle, Ferdinand. *Qué es la Constitución*. Bogotá: Elpha, 1999. [http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle\\_Ferdinand-Que\\_Es\\_Una\\_Constitucion.pdf](http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf)
- Maccormick, Neil. 1997. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Nino, Carlos. 2001. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Perelman, Chaïm. 1999. *Retóricas*. 2ª ed. Trad. San Paulo. De María Ermantina de Almeida Prado Galvão.
- Pulido, Bernal. 2011. *El derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, César. 2012. *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin* 2ª ed. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Sanchís, Luis. 2014. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Storini, Claudia. 2009. Garantía constitucional de los en la constitución ecuatoriana de 2008. En *La nueva Constitución del Ecuador, Estado e Instituciones*. Quito: Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar.

Tushnet, Mark. 2013. *Constitutionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra.

Uprimmy Rodrigo, John Farejohn, Karina Ansolabehere, y Dallas Ángel. 2008. *Los jueces: entre el derecho y la política*. Bogotá: ILSA.

Valle, Alex. "Inconstitucionalidad por omisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No.- 001-11-OI.SCN-CC." En *Foro Revista de Derecho Foro No. 13* (2010). ISSN: 1390-2466. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. [online] (Fecha de consulta: 06 de enero de 2015). Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2898/1/10-Jurisprudencia.pdf>

Waldron, Jeremy. 2005. *Derechos y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

Zucca, Lorenzo, Guillermo Lariguet, David Martínez, y Álvarez Silvana. 2011. *Dilemas constitucionales*. Madrid: Filosofía y Derecho, Marcial Pons

### **Jurisprudencia**

CSEEUU ver Corte Suprema [U.S]

Corte Suprema [U.S]. *Marbury vs. Madison*. Documento [online], [Fecha de consulta, 10 de julio del 2015], disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos30558.pdf>

CCE ver Corte Constitucional Ecuador

Corte Constitucional [Ecuador]. *Gaceta Constitucional No.- 001*, publicada en Suplemento de Registro Oficial No.- 351 de 29 de Diciembre del 2010.

\_\_\_\_\_ *Gaceta Constitucional No. 2*, publicada en Suplemento de Registro Oficial S/N de 19 de marzo del 2015.

\_\_\_\_\_ Sentencia No.- 001-10-SIN-CC.

\_\_\_\_\_ Sentencia No.- 005-10-SIO-CC.

\_\_\_\_\_ Sentencia No.- 110-14-SEP-CC.

\_\_\_\_\_ Sentencia No.- 0040-07-TC.

\_\_\_\_\_ Sentencia No.- 001-13-SCN-CC.

\_\_\_\_\_ Sentencia No.- 001-09-SCN-CC, 002-10-SEP-CC, 004-09-SAN-CC, 0029-06-TC, 002-10-SIC-CC, 024-10-SCN-CC, 005-09-SEP-CC, 006-09-SEP-CC y 008-09-SEP-CC.

PLENO DE LA COMISIÓN CALIFICADORA PARA LA PRIMERA RENOVACIÓN PARCIAL DE LAS JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL [Ecuador]. Reglamento. (Quito: 15 de junio del 2015).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [Ecuador]. Resolución S/N. Quito: Registro Oficial No. 451 de 22 de Octubre del 2008.