



# UNIVERSIDAD DE CUENCA

## Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales Carrera de Derecho

La legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad a los derechos económicos y sociales por parte de la Corte Constitucional del Ecuador

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales

Autora:

Camila Estefanía Valencia Galarza

CI: 0104602750

Correo electrónico: [camila.valencia.ge@gmail.com](mailto:camila.valencia.ge@gmail.com)

Director:

Ab. Diego Francisco Idrovo Torres., Mgs.

CI: 0103971784

**Cuenca, Ecuador**

13-septiembre-2021



## RESUMEN:

El presente trabajo analiza las instituciones jurídicas que le dotan de legitimidad y conveniencia al control constitucional en materia económica y social. Al ser un debate que se encuentra en la palestra del derecho constitucional, nuestro ordenamiento jurídico no está exento de ello porque establece un control de constitucionalidad robusto que abarca toda la actividad legislativa. Situación que se complica al tratar los derechos económicos y sociales que han estado históricamente subordinados a un componente financiero.

Para abordar esta problemática, se describe la postura elitista y radical de la democracia que tratan el papel de las altas cortes al realizar un control de normas, mismas que son insuficientes con respecto a los derechos económicos y sociales.

Asimismo, se estudia la manera en que los jueces constitucionales efectúan una revisión de normas a través del examen de un caso de la Corte Constitucional del Ecuador, el cual versa sobre una imposición tributaria que vulnera derechos de los adultos mayores y personas con discapacidad.

En definitiva, si bien existen argumentos plausibles que apoyan la falta de capacidad de jueces constitucionales para resolver sobre política económica y social, no es menos cierto que instituciones jurídicas como la democracia y distinción de poderes en un contexto deliberativo de la democracia otorgan legitimidad y conveniencia al control constitucional de los derechos económicos y sociales.

**Palabras claves:** Legitimidad. Conveniencia. Democracia deliberativa. Distinción de poderes. Derechos económicos y sociales.



**ABSTRACT:**

This work analyzes the legal institutions that give legitimacy and convenience to constitutional control in economic and social matters. Being a debate belonging to Constitutional Law, our legal system is not exempt from it -because it establishes a robust constitutionality control that encompasses all legislative activity. A situation that turns even complicated considering economic and social rights which -historically- have been subordinated to a financial component.

The elitist and radical position of democracy is describing to address this problem, which deals with the role of the High Court when carrying out control of norms, which are insufficient concerning economic and social rights.

Likewise, how Constitutional Judges review norms is studied through a case of the Constitutional Court of Ecuador, which deals with a tax imposition that violates the rights of the elderly and people with disabilities.

In short, although there are plausible arguments that support the lack of capacity of Constitutional judges to resolve economic and social policy, it is nevertheless true that legal institutions such as democracy and the distinction of powers in a deliberative context of democracy grant legitimacy and convenience to the constitutional control of economic and social rights.

**Keywords:** Legitimacy. Convenience. Deliberative democracy. Distinction of powers. Economic and social rights.



## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>RESUMEN:</b> .....	<b>2</b>
<b>ABSTRACT:</b> .....	<b>3</b>
<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>8</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ECONÓMICA Y SOCIAL</b> .....	<b>11</b>
<b>1.1 Control de Constitucionalidad</b> .....	<b>11</b>
1.1.1 Desarrollo del control constitucional: control difuso y abstracto.....	12
1.1.2 Desarrollo del control constitucional en el Ecuador .....	15
<b>1.2 Sobre los derechos económicos y sociales</b> .....	<b>19</b>
1.2.1 La regulación normativa de los derechos económicos y sociales: enfoque para su aplicación directa .....	20
1.2.2 La justiciabilidad de los derechos económicos y sociales: planteamiento de problemas y soluciones .....	28
<b>1.3 Legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad: Caso de los derechos económicos y sociales</b> .....	<b>38</b>
1.3.1 Institución jurídica: Democracia .....	39
1.3.2 Institución jurídica: Distinción de poderes.....	65
<b>CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR N°024-16-SIN-CC</b> .....	<b>70</b>
<b>2.1 Argumentos de los accionantes y accionados</b> .....	<b>71</b>
<b>2.2 Problemas jurídicos identificados</b> .....	<b>79</b>
<b>2.3 Análisis de la argumentación y medidas adoptadas por la Corte Constitucional al resolver el presente caso</b> .....	<b>83</b>



<b>CAPÍTULO III: LEGITIMIDAD Y CONVENIENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ECONÓMICA Y SOCIAL .....</b>	<b>99</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>107</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>109</b>



## Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

---

Camila Estefanía Valencia Galarza en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "La legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad a los derechos económicos y sociales por parte de la Corte Constitucional del Ecuador", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 13 de septiembre de 2021

---

Camila Estefanía Valencia Galarza

C.I: 0104602750



### Cláusula de Propiedad Intelectual

---

Camila Estefanía Valencia Galarza, autora del trabajo de titulación "La legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad a los derechos económicos y sociales por parte de la Corte Constitucional del Ecuador", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 13 de septiembre de 2021

Camila Estefanía Valencia Galarza

C.I: 0104602750



## DEDICATORIA

*A mi padre, a mi madre y a mi hermano, por el amor,  
paciencia y apoyo incondicional.*





## AGRADECIMIENTO

*A mi familia, en especial a mis abuelos quienes con su sabiduría y amor han guiado mi camino.*

*A mi tía Angelica, por sus enseñanzas para ser una gran profesional.*

*A los docentes de la carrera de Derecho de la Universidad de Cuenca, en especial a Diego director de este trabajo, quien ha puesto su paciencia y orientación en esta investigación.*

*A mis amigos Josué, Doménica e Isabel, por el cariño y el apoyo constante a lo largo de esta carrera.*



## INTRODUCCIÓN

Esta investigación analiza el debate actual sobre la legitimidad y conveniencia del control constitucional en materia económica y social. En este sentido, la legitimidad es controvertida porque se argumenta que existe una dificultad contramayoritaria en el papel de las Cortes Constitucionales, debido a que, la resolución de unos pocos (jueces constitucionales) no puede ir en contra de las decisiones de aquellos que representan la voluntad popular; afectando de igual forma la distinción de poderes.

Por otro lado, se contrapone a la conveniencia desde la idea de que los jueces deben ser consecuencialistas al emitir sus sentencias que trata sobre los derechos económicos y sociales. Por la razón de que, se ven a estos derechos como aquellos que -mayormente- requieren de prestaciones por parte del Estado, es decir, como subordinados a un elemento económico. Por ello, el problema radica de igual forma en la exigibilidad judicial de estos derechos que tiene íntima relación con su regulación normativa.

Dado que el Ecuador no está libre de tal dificultad, es menester el examen de como mediante una teoría plausible de la democracia es legítimo y conveniente el mencionado control. Así, el presente trabajo contiene tres capítulos. En el primero de ellos se identifica los fundamentos jurídicos del control de constitucionalidad en materia económica y sociales dentro del contexto de la democracia y distinción de poderes.

En el segundo capítulo, se determina cómo la Corte Constitucional del Ecuador ha ejercido un control constitucional de la actividad legislativa. A través de la sentencia No. 024-16-SIN-CC se explica la pertinencia del control a una imposición tributaria que inobserva derechos de personas con discapacidad y adultos mayores; así también los errores en los que se ha incurrido y como ello acarrea consecuencias económicas.

Finalmente, en el tercer capítulo se expone los argumentos de la legitimidad y conveniencia del control constitucional en materia económica y social que reposa en instituciones jurídicas como la democracia y distinción de poderes desde una teoría deliberativa de la democracia. Todo ello, con fundamentos teóricos y prácticos, sin dejar de mencionar interrogantes que deberán ser tratadas en futuras investigaciones.



## **CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ECONÓMICA Y SOCIAL**

### **1.1 Control de Constitucionalidad**

Diariamente se debate sobre la legitimidad del control constitucional ejercido por un grupo de jueces mediante el cual se puede declarar la inconstitucionalidad de normas que han sido expedidas a través de acto legislativo o por cualquier órgano político. Controversia que se manifiesta mayormente con respecto a los derechos económicos y sociales, por la razón de que históricamente han sido considerados como derechos de configuración legislativa. Desde una noción tradicional estos derechos generan fuertes erogaciones para los Estados y, por tanto, pueden ser manejados únicamente por los órganos del gobierno, dejando a lado cualquier tipo de intervención judicial.

La historia nos ha marcado con dos modelos de control: abstracto y concreto, ejercido por el órgano judicial. Estos responden a la necesidad de hacer reales los derechos fundamentales que propende a la concordancia del ordenamiento jurídico con la Carta Magna. Al establecer las constituciones contemporáneas un sin número de derechos, es menester que un órgano ejerza un control exhaustivo del cumplimiento de éstos, de lo contrario el paradigma que surge con estos cuerpos normativos quedará en el olvido.

Prima facie no existiría complicación al aceptar un control constitucional que se funda en el respeto y cumplimiento de la Norma Fundamental. Sin embargo, la situación se complica cuando el órgano encargado de ejercer su control toca un tejido sensible del Estado, que es el gasto público. Cuestión que se relaciona -como ya se mencionó- con los derechos económicos y sociales, debido a que, han sido reconocidos como derechos mayormente prestacionales.

Para tratar este problema, es imprescindible exponer el origen de estos modelos de control constitucional que fueron adoptados por los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados de tradición anglosajona y germánica. Con ello, posteriormente analizaré la influencia en la creación y desenvolvimiento del Control Constitucional en el Ecuador. En especial, la anuencia de nuestro Estado al modelo abstracto de control efectuado por un órgano independiente llamado Tribunal o Corte Constitucional.



### 1.1.1 Desarrollo del control constitucional: control difuso y abstracto

El control *difuso* de constitucionalidad entendido como aquel que se realiza en un caso *concreto* que conoce el juzgador, tuvo su origen en Estados Unidos de Norteamérica con la doctrina de la “*judicial review*”. Noción que fue abordada en la Convención Constitucional de 1787 aunque todavía no plasmada de manera directa en la Constitución del Estado Federal.

Una prueba de que la “*judicial review*” fue parte de la Convención Constitucional supone los comentarios a la Constitución escritos por Hamilton, Madison y Jay bajo el nombre de *El federalista*. En donde Hamilton (1787) en su artículo LXXVIII señala lo siguiente:

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que la sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa. (p.330)

Esto muestra que en el debate para la creación de la Constitución Estadounidense se expuso la importancia de un control constitucional con el fin de adecuar las normas inferiores a la Constitución. Cuestión que responde a la forma en cómo surgió el constitucionalismo norteamericano, esto es, como un proceso que propendía a la ruptura de tradiciones e instituciones británicas. De esa forma, con base en la teoría de la soberanía popular se creó un texto normativo que al emanar del poder constituyente supone superior a la legislación. (Sarasola & Suanzes, 2011)

Dicho de otra forma, “como pacto social, la Constitución aparece como pieza fundante del Estado, que organiza y limita los poderes públicos a la par que garantiza los derechos de los miembros del pueblo soberano” (Sarasola & Suanzes, 2011, p.3). Así el panorama, es lógico que se haya discutido en los artículos que conformaron el *Federalista* la “*judicial review*”. Al tener la noción de supremacía, esta deberá ser materializada mediante el poder judicial, lo cual no implica socavar las funciones del órgano representativo, mucho menos de las necesidades del pueblo.

Sin embargo, la Constitución de manera inmediata no abarcó este principio, lo cual respondía a cuestiones coyunturales de quienes estaban al frente de este debate, a saber: los Federalistas. Quienes no creían en la legitimidad de los órganos



jurisdiccionales para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. No fue hasta el paradigmático caso *Marbury vs Madison* en el gobierno del presidente republicano Jefferson donde los temores de los federalistas quedaron sin fundamento. Esto es, en la sentencia de este aclamado caso tomó relevancia la cláusula de supremacía que dio origen al control de constitucionalidad en su modelo difuso y concreto.

El caso inició ante el nombramiento de William Marbury como juez de paz en el distrito de Columbia el 2 de marzo de 1801, por parte de John Adams (federalista) en ese entonces presidente. Nombramiento que se basó en dos leyes que fueron aprobadas por el Congreso en el mes de febrero del mismo año, dado que sus funciones estaban próximas a expirar. Una vez posesionado Jefferson como presidente, dispuso a su Secretario de Estado Madison que se negase a dar las credenciales al juez Marbury. Teniendo como fundamento la perspicacia del gobierno federalista al tratar de colocar gente de su partido en cargos estratégicos. Esta demanda se presentó ante el Tribunal Supremo para que éste ordene al Secretario de Estado la entrega de las credenciales. Y estuvo amparada en la sección decimotercera de la *Judicial Act* de 1789 que autorizaba a este tribunal a emitir órdenes judiciales en casos justificados por los principios y usos de la ley. (Fernández, 1997)

El presidente del Tribunal, juez Marshall, creó precedente al declarar la inconstitucionalidad de la sección decimotercera de la *Judicial Act*, considerando que las atribuciones del congreso están limitadas por la Constitución, basándose en el siguiente argumento:

... La misión de los órganos jurisdiccionales había de consistir precisamente en decir qué cosa es ley y qué cosa no lo es. Y como una *ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla*; antes bien, *su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país* [énfasis agregado] frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso. Esto y no otro es la esencia de la función judicial. (Fernández, 1997, p. 182)

Como es evidente, el juez Marshall en la sentencia del referido caso dio origen a un control constitucional mediante el cual el juzgador debe velar por la adecuación de las leyes con la Constitución. Pero el mencionado control nació de manera difusa, esto quiere decir que no se dio la creación de un órgano especializado y superior para que declare la inconstitucionalidad de las leyes, sino que basta con que el juez en un caso concreto declare que una norma es contraria a la norma fundamental.



Por otro lado, el control *abstracto* generalmente conocido también como *concentrado* tiene su origen en Europa, más remotamente se lo sitúa en la creación del Tribunal Constitucional Austriaco en el año de 1919. No obstante, con anterioridad a esa fecha se han suscitado diferentes acontecimientos que es menester mencionar para comprender a cabalidad los inicios de este control.

Fernández (1997) explica como en el año de 1849 nació el proyecto *Kremsier* en el Imperio austro-húngaro, con el cual se pretendía fundar un Tribunal Supremo del Imperio encargado de “juzgar ... los litigios entre los Lander a la par que los conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas del imperio y las autoridades administrativas de los Lander. Se trataba, pues, de una suerte de Tribunal arbitral” (p. 196). Proyecto que un año más tarde retomó a la superficie mediante la Constitución del Imperio austro-húngaro, misma que tuvo corta vida jurídica. Posteriormente, con la Constitución de 1867 se dio paso a una ley constitucional que fundó un Tribunal del Imperio, sin embargo, éste no logró desarrollar como tal un control de constitucionalidad. (Fernández, 1997)

Sin duda, un hito fundamental se desarrolló en Alemania con la sentencia del “Reichsgericht” de 4 de noviembre de 1925, tal fue la importancia del caso que Fernández (1997) le consideró el “*Marbury vs Madison*” de Weimar – Alemania. En esta causa se suscitó el debate de si era función del juez, a pesar de estar sometido a la ley, declarar la no validez de una norma cuando se presume que está en contraposición con otras normas relevantes. El Tribunal del Reich concluyó que “la sumisión del juez a la ley no excluye que el juez pueda recusar la validez de una ley del Reich o de algunas de sus previsiones en la medida que se encuentren en oposición con otras disposiciones preeminentes”. (Fernández, 1997, p. 200)

Estos acontecimientos contribuyeron a que el control de constitucionalidad concreto se institucionalice a través de la creación del Tribunal Constitucional Austriaco el 25 de enero de 1919 y su posterior consolidación con la Constitución Austriaca de 1920 (Fernández, 1997). Órgano especializado encargado de conocer el recurso que facultaba declarar la inconstitucionalidad de las leyes aprobadas por las Asambleas legislativas. Los fundamentos de esta institución le corresponden a Hans Kelsen, quien influyó fuertemente en la creación de la Constitución Austriaca.



Kelsen (1949) promulgaba que el ordenamiento jurídico es jerárquico en tanto que las normas de cada espacio de la pirámide encuentran su fundamento en una superior. Lo cual se desarrolla sucesivamente hasta llevar a la norma fundamental que es la Constitución. Por consiguiente, todas las normas deben estar acorde a la norma madre, caso contrario se requiere de un órgano con la facultad de declarar -de ser el caso- su inconstitucionalidad. Es así, que el debate se concentró en definir si este control lo ejerce el poder judicial u otro órgano especializado creado para ese fin.

Kelsen (1949) se decantó por esta última opción, argumentado que la *judicial review* norteamericana es diferente al modelo europeo en tanto que el primero busca inaplicar una disposición y el segundo pretende declarar su inconstitucionalidad. Es decir, el modelo norteamericano *difuso-concreto* analiza una norma de acuerdo con un supuesto de hecho, mientras que el modelo austriaco *concentrado-abstracto* examina la constitucionalidad de la norma independientemente de su aplicación a un caso concreto. (Guerrero del Pozo, 2012)

En definitiva, el control de constitucionalidad tuvo un gran desarrollo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Las experiencias del régimen nazi configuraron una gran preocupación con respecto al órgano legislativo, considerando que éste respondía al escenario político de las mayorías, dejando así desprotegidas a las minorías. Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad se ha configurado en los países como necesario para salvaguardar los derechos fundamentales en tiempos de crisis. (Mounk, 2018)

Los motivos que llevaron al nacimiento del control constitucional son los mismos que le han dotado de legitimidad. Empero en la actualidad, no todos son plausibles democráticamente. Por ello la necesidad de analizar cómo el control constitucional, en especial en materia económica y social, es indispensable para cumplir con los fundamentos de la democracia. Sin antes referirse al surgimiento del control constitucional en nuestro país.

### **1.1.2 Desarrollo del control constitucional en el Ecuador**

En nuestros días, los modelos clásicos de control constitucional han mutado a causa de su regulación normativa y las prácticas constitucionales. El modelo concentrado ha



variado hasta el punto de configurarse a la par como concreto, lo que ha dado inicio al *control incidental* (Pizzorusso, 2006). Nuestro país también ha formado parte de esta transformación, lo cual se puede verificar en los preceptos constitucionales que se analizarán a continuación.

Según Larrea Holguín (2007) con la Constitución de 1869 promovida por Gabriel García Moreno, aparece un primer intento de control mediante el cual se otorga a la Corte Suprema de Justicia la atribución de suspender la vigencia de las leyes consideradas inconstitucionales. Además, en su artículo 43 se confiere a este órgano la facultad de decidir definitivamente sobre las objeciones de inconstitucionalidad que efectúe el presidente de la República.

De acuerdo con Guerrero del Pozo (2012) con la Constitución de 1929 se mantiene la idea de control<sup>1</sup> introducida en la de 1869. Sin embargo, se conservó la facultad del legislador de ser el único interprete de la Constitución<sup>2</sup>, función que en la actualidad le corresponde a la Corte Constitucional. Asimismo, un evento importante sucede en esta Constitución, se plasma por primera vez en el artículo 161 el principio de supremacía constitucional, estableciendo que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y que las normas infraconstitucionales deben ir acorde a la norma fundamental.

Posteriormente, en la Constitución de 1996 se crea el Tribunal Constitucional que se consolidó en la Constitución de 1998. En este último texto constitucional se incorpora una especie de modelo *difuso* de control de constitucionalidad, mediante el cual los jueces ordinarios contaban con la facultad de inaplicar normas contrarias a la Constitución, para que, a posteriori, el Tribunal Constitucional se pronuncie ante la mencionada consulta de constitucionalidad, sin que su decisión afecte la sentencia emitida por los jueces ordinarios. (Guerrero del Pozo, 2012)

En 2008 el poder constituyente crea la Corte Constitucional y lo configura como el máximo órgano de control e interpretación constitucional (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008, Art. 429). Además, modifica la facultad de los jueces ordinarios con la cual se podía alegar la existencia de un control difuso. Así sostiene que:

---

<sup>1</sup> Véase el artículo 67 de la Constitución del Ecuador de 1929.

<sup>2</sup> Véase el artículo 114 de la Constitución del Ecuador de 1869 y el artículo 163 de la Constitución del Ecuador de 1929.





Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que *una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos* que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, *suspenderá* [énfasis agregado] la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional que ... resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. (CRE, 2008, Art. 428)

Al haberse establecido que el juez ordinario debe **suspender** la tramitación de la causa, trajo como consecuencia que su efecto ya no sea de carácter difuso porque inmediatamente el juez a quo no inadmite la norma -como si le facultaba la Constitución de 1998- sino efectúa una consulta al órgano competente. Por lo que, con la constituyente de 2008 -mediante este precepto constitucional- se introdujo lo que en doctrina se denomina *control incidental*, por el carácter de ser prejudicial (Romero, 2012), que tiene además la connotación de ser concentrado y concreto<sup>3</sup>. Lo cual significa que en un proceso judicial el juez sustanciador podrá suspender la tramitación de la causa a fin de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de una norma jurídica concreta.

Por otra parte, también el control abstracto ha variado, hasta el punto de incluir caracteres que lo identifican como concreto. Es decir, la Corte Constitucional cuando analiza la constitucionalidad de una norma en abstracto no se aleja por completo de supuestos de hecho. Esto lo ha demostrado las sentencias modulativas, mismas que han establecido como se debe interpretar la norma en casos concretos para que no derive en inconstitucional; todo esto con la finalidad de cumplir con el principio pro legislatore. (Guerrero del Pozo, 2012)

Es así que, “se advierte una tendencia que pudiéramos llamar sincrética consistente en combinar elementos procedentes de ambos modelos en el seno de un mismo sistema jurídico” (Pietro Sanchís, 2008, p. 821). Justamente este es el escenario de nuestro Estado. Se han combinado los dos modelos hasta el punto de centralizar toda atribución

---

<sup>3</sup> Es decir, se rompe con el paradigma tradicional europeo en el cual tuvo influencia Kelsen acerca de que el control de constitucional concentrado tiene la característica de ser abstracto. Para un desarrollo mayor del control incidental en el Ecuador véase: Romero, J. (2012). Control Concreto de Constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad. In J. Montaña (Ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.



de control al órgano independiente que es la Corte Constitucional. Con un matiz, el principio de aplicación directa de la norma a la que está obligado todo juez a quo o ad quem. (CRE 2008, Art. 11 numeral 3)

En otros términos, la confluencia de ambos modelos ha ocasionado que se consolide un paradigma robusto de control constitucional con amplias atribuciones a la Corte Constitucional. Por ello, en 2009 entra en vigencia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la cual faculta a este órgano independiente llevar a cabo un examen *abstracto* -no en el sentido estricto de la palabra como se explicó- de todas aquellas normas que tienen fuerza de ley. Incluso de actos administrativos y normativos con carácter general (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 2009, Art. 75), pudiendo declarar su inconstitucionalidad al verificar su falta de compatibilidad con la norma fundamental. (LOGJCC, 2009, Art. 74)

Además, a raíz de este sincretismo entre los dos modelos de control constitucional, el abstracto es aún más amplio al permitir un tipo de veeduría constitucional por parte de la ciudadanía a través de la acción pública de constitucionalidad interpuesta de manera individual o colectiva (Montaña, 2011). Como se visualiza, el control es extenso y abarca básicamente todo acto legislativo o normativo, circunstancia que se ha complicado cuando estas normas regulan aspectos económicos y sociales del país o se contraponen a derechos de esta índole.

Como se ha visto, son vastas las facultades de la Corte Constitucional en el desarrollo de un control abstracto de constitucionalidad. Si hacemos una revisión exhaustiva de los artículos pertinentes de la CRE y LOGJCC se observará el abanico de atribuciones que ostenta este órgano con respecto a todo acto legislativo. Cuestión que, ha ocasionado reconsiderar las instituciones jurídicas que le otorgan legitimidad cuando ésta amplia facultad se concentra en los derechos económicos y sociales. Dificultad que tiene íntima relación con el desarrollo de estos derechos y su problema al momento de su revisión por el órgano judicial, debido a que, por lo general requieren de fuertes erogaciones del Estado. Circunstancia que se abordará a continuación.



## 1.2 Sobre los derechos económicos y sociales

La concepción clásica de los derechos económicos y sociales ha estado ligada a las erogaciones del Estado. Se ha universalizado el carácter prestacional lo que ha conllevado que los distintos países debatan su inclusión en las constituciones. En un principio, el modelo de configuración legislativa a través de normas programáticas que supone una remisión de ley parecía el que más se adecuaba al componente económico de estos derechos. Sin embargo, otros optaron por incorporarlos mediante principios que responden a un gradual cumplimiento. En algunos casos no recibieron inclusión en las cartas magnas, por el contrario, lo dejaron como parte de la política pública.

Está claro que gran parte de los derechos económicos y sociales suponen gasto público, pero esto no es absoluto. El Estado garantiza aquellos no solo por intermedio de prestaciones positivas sino también negativas. El malestar en contra del Estado social ha promovido que estos estén destinados a ser derechos de segunda categoría, priorizando así a las prerrogativas civiles y políticas por no requerir mayores acciones.

Desvirtuar aquello no ha sido sencillo, se ha necesitado del crecimiento y evolución de la sociedad con lo cual ha quedado evidente los altos costos de materializar los derechos políticos y civiles. Justamente las acciones tanto positivas como negativas permiten que los derechos en general sean viables. Considerar a unos más y a otros menos costosos es una cuestión de grado que responde a la naturaleza de cada uno, pero que no se puede tomar como la regla general. Indudablemente el derecho a la salud, vivienda digna y alimentación van a generar más egresos que otros. Empero, el Estado no solo protege estos derechos de esa forma, sino requiere también de regulaciones, abstenciones, limitaciones que responden a un contexto con el cual se ha caracterizado a los derechos de primera generación.

Esta complicación en su regulación normativa por motivos de presupuesto está íntimamente relacionada con su exigibilidad judicial. Muchas de las veces se ha manifestado que los derechos económicos y sociales no son de aplicación directa por parte de los jueces. Por los siguientes motivos: por ser derechos costosos; porque no son derechos individuales; y, por la razón de que no se consideran como normas jurídicas con fuerza vinculante. Por lo tanto, lo que se busca en los párrafos siguientes es explicar esta problemática, la manera en cómo ésta se puede mitigar -al menos en nuestro país-



a través de la teoría de Guastini acerca de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, por el motivo de que aquella permite la exigibilidad de estos derechos y por ende su aplicación directa. De esta forma, se demostrará que los argumentos que miran a los derechos económicos y sociales como dependientes de su componente económico ha quedado obsoleta.

### **1.2.1 La regulación normativa de los derechos económicos y sociales: enfoque para su aplicación directa**

El debate sobre la configuración normativa de los derechos económicos y sociales no es reciente. Muchos países se han preguntado cuál es la mejor forma para regular estos derechos en armonía con la idea de que éstos requieren -mayormente- de acciones positivas del Estado. La cuestión se vuelve aún más importante, cuando en muchas ocasiones la manera en cómo estos derechos se encuentran conceptualizados en los textos normativos ha influido directamente en su exigibilidad, es decir, en la forma en que se ejerce el control constitucional a través del cual los magistrados deciden en materia económica y social.

La regulación de los derechos económicos y sociales surge frente a la crisis del Estado Liberal. Aquel que hacía énfasis en los derechos civiles y políticos que se conformaron como derechos de primera generación. Muchos sostuvieron que estos derechos requerían únicamente de acciones negativas del Estado, por lo que, es viable su exigibilidad a través del poder judicial (Pisarello, 2007). En el atalaya de esta concepción abstencionista del Estado y del interés individual no cabía la respuesta a ciertas necesidades de la población que se originaron con el desarrollo de la misma.

Por tanto, el Estado social nace en un contexto histórico donde se presentan las siguientes características:

- i) El individuo es incapaz de satisfacer por sí solo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;
- ii) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;
- iii) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad. (Contreras, 1996, p.13)



De esta forma, en los diferentes países del mundo buscaron la manera de que estas problemáticas sean satisfechas, de modo que, emergen estos derechos que obtuvieron relevancia internacional con el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Desde su nacimiento los derechos económicos y sociales fueron cuestionados, por creer que únicamente requerían de obligaciones prestacionales de los Estados (concepción tradicional de estos derechos).

Franklin D. Roosevelt fue un gran difusor de la necesidad de implementar en los diferentes Estados los derechos económicos y sociales. En el año de 1941 emitió un discurso donde sentó la noción de la implementación en Estados Unidos de la segunda Carta de Derechos, específicamente mencionó cuatro libertades: “libertad de expresión, libertad de culto, libertad para vivir sin miseria y la libertad para vivir sin temor (...) La libertad para vivir sin temor está eternamente ligada a la libertad para vivir sin miseria (...) Tales libertades debería existir en todo el mundo” (Sunstein, 2018, p. 20). Sin duda, un gran precedente para considerar la importancia de estos derechos, en vista de que la urgencia de incluirlos proviene de un país considerado históricamente como liberal.

En este contexto, es menester analizar cómo estos derechos se consolidaron en los Estados, ya sea superando la concepción tradicional de que son derechos que suponen fuertes erogaciones del Estado, o tomando partida de aquella. Los derechos económicos y sociales fueron mayormente incluidos en las constituciones, a excepción del caso estadounidense. La Constitución Federal de Estados Unidos no abarcó estos derechos de manera expresa por la razón de que su norma fundamental es pragmática. Los norteamericanos creyeron -en gran forma- que cada derecho que se incluya en la Constitución debe ser exigible en las cortes. Por lo tanto, los derechos económicos y sociales al ser imposibles -aun así, en países de primer mundo- de garantizar absolutamente a todos, no deberían ser incluidos como preceptos constitucionales. (Sunstein, 2018)

Además, su regulación constitucional trae consigo el otorgar a los jueces el poder para decidir sobre estos derechos, lo cual es un problema, dado que -muchas de las veces- éstos están sujetos al debate político y requieren de planificación del gobierno porque utilizan el presupuesto del Estado. Roosevelt creía en la inclusión de los derechos



económicos y sociales no como parte de una enmienda, sino como compromisos constitutivos de la nación. Consideraba que los derechos son “instrumentos o herramientas pragmáticas, diseñadas para proteger intereses humanos. Cuanto más cruciales son los intereses, más importantes son los instrumentos” (Sunstein, 2018, p. 201). Aunque, en definitiva, en Estados Unidos gran parte de los derechos sociales fueron alcanzados a través de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>.

Dejando a lado este caso excepcional, muchos países incluyeron estos derechos a través de sus constituciones. Con esto se dio paso a las siguientes interrogantes: ¿cómo debe ser la redacción de los preceptos constitucionales que suponen la materialización de los derechos económicos y sociales? ¿se deben incluir mediante principios rectores o a través de normas programáticas? Preguntas que encuentran una posible respuesta en los ejemplos que se expondrán a continuación.

Sunstein (2018) mencionó que la Constitución de la India es un prototipo de cómo incluyeron a los derechos mediante principios rectores<sup>5</sup>. El Estado queda obligado a través de todo su aparataje estatal a reconocer los derechos de sus habitantes. “Si una Constitución reconoce el derecho a una buena educación o el derecho a la asistencia médica, presiona seriamente al gobierno a legislar respetando tales derechos” (Sunstein, 2018, p. 117). Por ello, se funda un sentimiento de satisfacción en las personas de que sus prerrogativas serán materializadas, pero dicho incumplimiento puede generar problemas al momento de su exigibilidad frente al ente judicial. Puesto que, estos derechos reconocidos mediante principios configuran únicamente metas o fines que deberán perseguir las instituciones del Estado en aras de garantizar los derechos económicos y sociales. Dicho de otra manera, al no establecerse obligación en específico se corre el riesgo de que éstos no puedan tener efectos reales.

Al contrario, la Constitución Sudafricana abarca normas programáticas que coadyuvan al reconocimiento de los derechos económicos y sociales (Sunstein, 2018). Normas que,

---

<sup>4</sup> Sobre el análisis de cómo la Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó tácitamente los derechos económicos y sociales véase: Sunstein, C. (2018). *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*. Siglo Veintiuno. (pp. 162-182); y, Mounk, Y. (2018). *El pueblo contra la democracia*. Editorial Paidós. (pp. 75 – 79)

<sup>5</sup> Teniendo en cuenta que el autor toma de manera implícita la definición de principios del autor Luigi Ferrajoli en su obra *los fundamentos de los derechos fundamentales*, esto es, como mandatos de optimización, que se cumplen gradualmente.



según Crisafulli (1952, como se citó en Da Silva, 2003) “en vez de regular, desde el primer momento de modo directo e inmediato (...) establecen aquello que los gobernantes deberían o podrían hacer relativo a los asuntos determinados” (p. 124). Entre sus disposiciones más relevantes establecen “adoptar las *medidas legislativas* – y de otra índole- razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la *gradual concreción de tal derecho*” (Sunstein, 2018, p. 117). Como se observa, existe una remisión al poder legislativo para que regule ciertas situaciones sociales de los habitantes, mismas que tendrán la característica de ser progresivas, pues se habla de una gradual concreción de tal derecho que conjetura la creación de normas que regulan la problemática a largo plazo.

Como se observa, estos dos modelos (de principios rectores y normas programáticas) presentan ventajas y desventajas. El primero, encuentra su aspecto positivo en que genera una seria presión en los órganos del Estado para que observen los derechos que tienen una dimensión constitucional. Empero, la cuestión negativa recae sobre el hecho de que los preceptos constitucionales formulados mediante principios -desde el concepto de Ferrajoli- son bastante ambiguos, esto justamente con la finalidad de que se produzca una interpretación amplia. Por lo que, de acuerdo con Sunstein (2018) corren el riesgo de que no se cumplan en la realidad pues establecen únicamente metas que complican el panorama de su exigibilidad judicial. Dice el autor que no se ha comprobado -fehacientemente- que aquellos países que establecen estos principios han logrado un cabal cumplimiento de los mismos.

El modelo sudafricano presenta la ventaja de formular normas que se refieren a obligaciones que en específico deben realizar ciertas entidades. Se trata de la remisión que es característico de las normas programáticas, que en la práctica es mucho más conveniente. Debido a que, como manifiesta Sunstein (2018), no satura las capacidades judiciales al esperar que estas definan el espectro de protección frente a un eventual incumplimiento, más bien admite un pronunciamiento sensato de este ente, pues se delega al órgano representativo la importante función de priorizar necesidades<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Sunstein (2018) sostiene que el modelo sudafricano es mejor en cuanto a la redacción de disposiciones que intentan materializar derechos sociales. Sostiene que estos derechos tienen un costo que no puede ser inobservado por el país en cuestión. Así un modelo que sea sincero con su presupuesto y sus



Sin embargo, se pueden encontrar ciertas condiciones en la norma que forman una zona de penumbra y que su concretización dependa exclusivamente de la tarea de otro órgano. En el presente caso, la Constitución sudafricana al referirse a medidas legislativas en *función de los recursos que estuvieran a su alcance* con respecto a ciertos derechos sociales genera un espacio donde la norma no es clara y configura una remisión que puede ocasionar graves problemas. ¿Cómo se puede saber que realmente se utilizaron los recursos suficientes? ¿Cómo exigir a un juez que el órgano legislativo adopte las medidas necesarias? La administración podría alegar que los recursos utilizados fueron los que estuvieron a su alcance o mencionar que sí se han adoptado las medidas necesarias, pero ¿qué sucede si su opinión es subjetiva? Esto efectivamente va a producir una incertidumbre entre los habitantes e incluso complicar el panorama judicial que se suponía era una ventaja de la Constitución sudafricana. Entonces, ¿cuál es el mejor modelo?

Es difícil decantarse por uno u otro paradigma. Como se expuso, ambos tienen ventajas y desventajas. En atención a lo cual, considero que la tarea de cada país es analizar en específico su modelo por intermedio del cual incorpora estos derechos sociales y económicos, con la finalidad de corregir errores y empezar a consolidar un arquetipo de acuerdo con sus necesidades. Sin invisibilizar el factor cultural que determina justamente las penurias de la sociedad, que deben ser observadas.

En nuestro país, con la Constitución del 2008 se introduce un nuevo paradigma, donde se instaura un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1). Lo cual trae consigo la consolidación de un Estado social, en donde la Constitución abarca un catálogo de derechos sociales que van acorde a la cosmovisión del buen vivir; y una Constitución económica que promueve la construcción de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible. (CRE, 2008, Art. 276 numeral 2)

El arquetipo ecuatoriano ha dado cabida a lo que, Francisco Palacios Romero (2008) llamó, la constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. El cual se estructura por medio de una lista de derechos económicos y sociales redactados a través

---

capacidades funciona mucho mejor y es más pragmático. El tema de la exigibilidad judicial de estos derechos, tomando en cuenta el ejemplo sudafricano que Sunstein menciona en su obra, será desarrollado ampliamente en el próximo apartado.





de derechos individuales y colectivos, principios, normas programáticas y -en algunos casos- mediante reglas de conducta. Palacios Romero (2008) define el modelo constitucional ecuatoriano como aquel de “omnicomprensión social e implicación individual y colectiva. Es un constitucionalismo social extenso, garantista, sincrético, reglamentista, cuasi-administrativo y participativo”. (pp. 46-47)

Con la Constitución de 2008 el Ecuador se transforma en un Estado de derechos, con un paradigma social y económico. Aunque, para que éste tenga efectos reales y pueda consolidarse es indispensable plantear una solución plausible que elimine -al menos en gran medida- los problemas mencionados acerca de las normas que regulan derechos económicos y sociales y su efecto en la exigibilidad judicial. En atención a lo cual, pienso que aquella vía razonable se encuentra en las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico desarrolladas por Ricardo Guastini (2001). Mismas que deberán ser aplicadas gradualmente y difundidas en el seno de la cultura ecuatoriana.

El emitir razones que hacen posible la exigibilidad de los derechos económicos y sociales sin duda alguna contribuye a la aceptación de su control constitucional. Teniendo en cuenta que, el límite de aquel proceso de constitucionalización, en lo referente al desarrollo del control de constitucionalidad, son las instituciones jurídicas que le dotan de legitimidad y conveniencia al mismo. Esto, con el fin de no utilizar las condiciones de constitucionalización como justificación para cualquier decisión de la Corte Constitucional con respecto a estos derechos, lo cual ocasiona total arbitrariedad y generaría un sentimiento de desdén hacia dicho órgano.

Siguiendo a Guastini (2001) el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico supone una “transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales” (p. 153). En otros términos, requiere de una “Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de actores políticos así como las relaciones sociales” (Guastini, 2001, p. 153). Este proceso debe cumplir con ciertas condiciones<sup>7</sup>, que en mi opinión superan las desventajas identificadas anteriormente en el prototipo de la Constitución de la India

---

<sup>7</sup> Sobre un análisis exhaustivo de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico véase: Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Editorial Fontamara S.A.



(principios) y la de Sudáfrica (normas programáticas); sin dejar de lado que, supone un cambio que se da gradualmente. Aquellas son las siguientes<sup>8</sup>:

- *Fuerza vinculante de la Constitución*: Guastini (2001) expresa que en las diferentes constituciones -al menos en las contemporáneas- se establece una declaración de derechos ya sea a través de principios generales o de disposiciones programáticas. Estas normas -cualquiera que fuere su contenido o su estructura- es una "(...) norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efecto jurídicos" (Guastini, 2001, p. 158). Por ende, las dificultades que conciernen a los principios y a las reglas quedan desvirtuadas, por la noción de que al ser normas constitucionales per se tienen fuerza vinculante.
- *Constitución rígida*: las constituciones rígidas están protegidas por cuanto solo pueden ser modificadas por procedimientos especiales. Asimismo, de acuerdo con Guastini (2001) esto supone la difusión de una máxima que responde a la supremacía de la constitución, esto es, que la legislación ordinaria no puede ir en contra de la constitucional. Según el autor, esta condición incluso apela a la importancia de incluir principios constitucionales -expresos o implícitos- que no puedan ser modificados ni por el proceso de revisión constitucional. De esta forma, se obliga al poder legislativo a crear leyes de conformidad con la Constitución, y de esta manera, no podrán verse inaplicados derechos sociales y económicos considerados fundamentales por su dimensión constitucional<sup>9</sup>.

En definitiva, los modelos de regulación a través de principios o normas programáticas han tenido inconvenientes al momento de materializar los derechos sociales. La dificultad

---

<sup>8</sup> En este punto, se expondrán las condiciones que atañen a las normas constitucionales, debido a que, en el siguiente punto se analizará las condiciones que se refiere a la exigibilidad de dichas normas.

<sup>9</sup> Claramente esta frase muestra como Guastini -en este punto- fundamenta el control de constitucionalidad basado en la idea de que la constitución perdura en el tiempo y de su evidente supremacía. Por lo que, es necesario que exista un mecanismo que garantice aquello a través del adecuamiento del ordenamiento jurídico con las normas constitucionales. No obstante, en la actualidad existen diferentes debates acerca de que las constituciones son, antes que rígidas, flexibles. Lo que genera que el fundamento del control constitucional varíe. Si no hay rigidez que proteger, ¿qué garantiza el control de normas? Debate que corresponde analizar en el siguiente apartado, sin antes dejar en claro que mi postura, hasta el momento, no es decantarme ni rechazar la idea de una constitución rígida; mi opinión se visualizará diáfananamente en el último capítulo de esta investigación. Lo que se pretende, en este punto y en el inmediato posterior, es indicar que las condiciones de constitucionalidad que menciona Guastini son importantes porque ayudan a corroborar la existencia de la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos así sea mediante la noción de una constitución rígida.



para regular estos derechos no es actual, ha surgido desde su necesidad de configurarlos frente a penurias que han brotado con el desarrollo de la sociedad. Los problemas con estos modelos radican en que muchas veces responden a la noción de que son derechos costosos que requieren de cierta habilidad para su configuración constitucional.

Situación que se atenúa con la aplicación de un proceso de constitucionalización en el cual toda norma formulada como principio o norma programática que se refiere a derechos económicos y sociales tiene fuerza vinculante (Guastini, 2001). En otras palabras, los Estados a través de todo su aparataje deben aplicar estos derechos de manera directa, tomando en cuenta que son verdaderas normas jurídicas. Lo cual a su vez permite la exigibilidad de los mismos, pues la Corte Constitucional se encuentra con el deber de tratarlos como tal al momento de efectuar un control de constitucionalidad, dentro de un marco de legitimidad y conveniencia.

En este orden de ideas, considero que es fundamental que en los diferentes ordenamientos jurídicos se considere el significado que Sunstein (2018) le da a estos derechos en su obra *Las cuentas pendientes del sueño americano*. Siguiendo la línea de Roosevelt, el autor define a los derechos económicos y sociales como instrumentos pragmáticos diseñadas para proteger intereses humanos. Lo cual significa que, se debe visualizar a éstos alejados de concepciones que en la actualidad resultan obsoletas, verbigracia las que se refieren a sus diferencias con los derechos civiles y políticos. Es decir, son herramientas pragmáticas que se desprenden de cualquier tipo de discusión teórica que complique su protección y desarrollo.

Además, se debe estimar que las constituciones contemporáneas -muchas de ellas- son transformadoras, por lo que "(...) establecen ciertas aspiraciones que se entienden enfáticamente como una impugnación de las prácticas de larga data" (Sunstein, 2018, p. 224). De esta forma, lo que pretende el constituyente es incluir normas que significan verdaderas garantías individuales, esto es, "(...) normas jurídicas, materialmente constitucionales y pertenecientes al bloque de constitucionalidad" (Estrada, 2013, p. 251). Aquello tiene relación con lo mencionado por Guastini (2001) acerca de la fuerza vinculante de las normas constitucionales, es decir, que la Constitución tenga efectos reales.



Es cierto que, la estructura de estos derechos puede resultar fundamental en aquellos casos en los que está en juego el presupuesto del Estado; sin embargo, no hay que olvidar que con la noción de Guastini (2001) sea cualquiera la forma en que se regulen estos derechos, al tener una dimensión constitucional, son considerados normas jurídicas obligatorias y vinculantes que deben ser aplicados directamente en virtud del principio de supremacía constitucional. Es así, que el propio sistema se ha revestido de mecanismos que permiten su protección y aplicación, que serán analizados en el apartado siguiente.

He ahí la tarea de cada país que había comentado. Tenemos la responsabilidad de analizar los preceptos constitucionales, su regulación y dificultades en su exigibilidad, con la finalidad de consolidar un paradigma que realmente garantice los derechos económicos y sociales. En el presente apartado se ha esbozado la construcción teórica de Ricardo Guastini con la cual se ha tratado -y se tratará en el siguiente punto- de analizar las circunstancias que deberá observar el Estado ecuatoriano con la finalidad de alcanzar una debida constitucionalización de los derechos económicos y sociales. Constitucionalización que de igual forma tenga sustento en la práctica al momento de efectuar el control constitucional. Por el motivo de que, esta teoría permite visualizar a estos derechos como verdaderas normas jurídicas con fuerza vinculante, lo que a su vez posibilita la exigibilidad judicial de los mismos; todo ello enmarcado en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

### **1.2.2 La justiciabilidad de los derechos económicos y sociales: planteamiento de problemas y soluciones**

Consideraciones, por una parte, acerca de que los derechos sociales suponen fuertes erogaciones para los Estados; y, por otro lado, que estos se regulan a través de disposiciones que no verdaderamente suponen normas jurídicas vinculantes, ha ocasionado que se cuestione su exigibilidad ante el poder judicial. Estas dos circunstancias están relacionadas entre sí. Como se dijo en el apartado anterior, la forma en cómo estos derechos se han incluido en las constituciones ha estado -mayormente- supeditada a concepciones teóricas que creen que éstos únicamente admiten obligaciones positivas del Estado. Por esta razón muchos derechos sociales se han



incorporado mediante normas programáticas. Es así, que la regulación de estos con base en aspectos tradicionales ha influido directamente en su exigibilidad.

Aun siendo nuestro país un Estado social de derecho, en la práctica, existen objeciones cuando se trata de la exigibilidad judicial de los derechos económicos y sociales. Críticas que se fundan en el carácter prestacional de estos y en la imposibilidad de que se materializan judicialmente si es que se encuentran configurados mediante normas programáticas. Por lo que, cabe analizar estas dos circunstancias con el propósito de esbozar razones que desvirtúan aquello, haciendo énfasis en la teoría de Guastini que se ha venido desarrollando. Esta permite visualizar a las disposiciones de los derechos económicos y sociales como verdaderas normas jurídicas que tienen fuerza vinculante, por lo que se propende a una constitucionalización del ordenamiento jurídico de manera gradual.

La primera dificultad que responde a un contexto histórico se refiere a que con el surgimiento de los derechos económicos y sociales se ha difundido la idea de que estos suponen obligaciones prestacionales para el Estado. Por ejemplo, al hablar especialmente del derecho a la salud, educación, vivienda y seguridad social. De esta manera, han estimado que gran parte de las decisiones con respecto a las erogaciones que un Estado debe emanar del poder político, en especial del legislativo, debido a que, se debe priorizar las necesidades de los habitantes para que el gobierno de turno delegue los recursos necesarios a distintos sectores.

Es decir, desde esta perspectiva la dirección de los recursos tiene que estar únicamente en manos del gobierno y del máximo órgano de representación, con el propósito de plasmar la división de poderes. De modo que, el poder judicial no podría -de ninguna forma- inmiscuirse en dichas decisiones, puesto que ocasiona un entorpecimiento en las capacidades judiciales. Cuestión que encuentra respaldo en la idea de que los jueces poco conocen sobre economía y sobre las necesidades de todo el Estado.

Justamente su exigibilidad judicial se ha puesto en tela de duda por opiniones de este tipo: la satisfacción de los derechos económicos y sociales depende de los recursos disponibles del Estado. Esto ha ocasionado que sean vistos como derechos de segunda categoría y que su aplicabilidad depende del factor económico (Abramovich & Courtis, 1997). Estas suposiciones, en muchas ocasiones, han quedado desvirtuadas por la



dinámica del Estado en aras de garantizar los derechos económicos y sociales. Esto quiere decir que, el aparato estatal frente a estos derechos tiene una amplia gama de obligaciones tanto positivas como negativas. Las cuales siguiendo a Abramovich y Courtis (1997) se las puede determinar de la siguiente manera:

1. Obligaciones Positivas:

- *Disponer de fondos del Estado:* esta responsabilidad ha sido la más difundida hasta el punto de caracterizar a los derechos económicos y sociales como dependientes de un componente económico. Esta obligación comprende, por ejemplo: la adquisición por parte del gobierno central de las vacunas para el COVID-19 dentro del contexto de la emergencia sanitaria, con el objetivo de garantizar el derecho a la salud de sus habitantes.
- *Emitir regulaciones para garantizar el efectivo ejercicio de un derecho:* en este punto los autores manifiestan que el Estado, dentro de sus obligaciones, está la de crear disposiciones jurídicas que permitan realizar ciertos actos jurídicos, por ejemplo: en el caso ecuatoriano, el presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 193 de 23 de octubre de 2017 emitió el Reglamento para el Otorgamiento de Personalidad Jurídica a las Organizaciones Sociales, esto en el marco del efectivo goce del derecho a asociarse.
- *Emitir regulaciones que limiten o restrinjan las facultades de las personas privadas:* ciertos derechos económicos y sociales requieren de la intervención del Estado mediante la cual se limite el accionar de personas privadas o grupos económicos que puedan afectar los mismos. En el caso del derecho al trabajo, en nuestro país con el Código del Trabajo se busca que los empleadores no despidan injustificadamente al trabajador, salvo por las causales de visto bueno establecidas en dicho cuerpo normativo, en caso de no cumplir aquello estará sujeto a cumplir con la correspondiente indemnización. Por otro lado, los consumidores y competidores requieren que el Estado regule el mercado con la finalidad de promover sus derechos y de evitar la competencia desleal. Así, en el Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y Control prohíbe a los operadores económicos aquellas prácticas o acuerdos



entre ellos, con los cuales buscan manipular precios que afecten a los consumidores o sacar a un operador del mercado.

- *Prestación de servicios en forma exclusiva o mixta:* el Estado, en el contexto de derechos sociales y económicos, presta servicios públicos, ya sea de manera exclusiva o mediante delegación a empresas mixtas o a la iniciativa privada. Por ejemplo, en el ámbito del derecho a la salud, el Estado ecuatoriano a través de su aporte estatal ha conformado una Red Pública Integral de Salud que está conformada con hospitales pertenecientes al Ministerio de Salud para el caso de personas no afiliadas. Sin embargo, este servicio también puede ser prestado por la Red Privada Complementaria de Salud que corresponde a aquellas entidades privadas y al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que presta el servicio a aquellos que se encuentren afiliados. En estos últimos, el Estado no provee el servicio directamente, pero garantiza el derecho a la salud a través de un marco jurídico que suponga limitaciones o restricciones a estas entidades. Por mencionar otro caso, el derecho a la educación no lo presta únicamente el Estado. Existen instituciones privadas que brindan este servicio, pero el gobierno central interviene emitiendo las reglas del juego, restringiendo, por ejemplo, la privación del ejercicio de este derecho por temas de discriminación.

## 2. Obligaciones negativas:

Tradicionalmente los derechos civiles y políticos se han caracterizado como aquellos que requieren exclusivamente de abstenciones del Estado para garantizar su cumplimiento. Al ser así, son fácilmente exigibles en vía judicial. Como se ha explicado, esto no es una verdad absoluta puesto que tanto los derechos civiles y políticos como los económicos y sociales requieren de este tipo de obligaciones por parte del aparataje estatal. De tal suerte que estos últimos también podrán ser exigibles mediante el poder judicial.

Sobre este tema, Pisarello (2003) ha comentado lo siguiente:

Todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas. El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, (...) o la regulación general que garantice el pluralismo informativo. (...) Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. (pp. 29-30)



En ese sentido, se ha podido observar cómo los Estados -y en específico el Estado ecuatoriano- poseen un abanico de obligaciones que se refieren a los diferentes derechos fundamentales. Los derechos económicos y sociales no suponen únicamente erogaciones del Estado, sino responsabilidades que se cumplen a través de distintos actos y abstenciones. Por su parte, los derechos civiles y políticos no solo conjeturan obligaciones negativas, por el contrario, también trae consigo la disposición de fondos, verbigracia: el derecho a elegir y ser elegido, mediante el cual el Estado crea toda una estructura para las elecciones, coordinación y otorgamiento de fondos para campañas, equipamiento de urnas, entre otras cosas. Por consiguiente, la idea de que los derechos económicos y sociales no son exigibles por la razón de que abarcan obligaciones prestacionales ha quedado superada.

Ahora bien, cabe analizar la segunda dificultad de exigir judicialmente los derechos económicos y sociales que responde a la razón de que sus normas no han sido consideradas como vinculantes. En especial porque estos -en muchos casos- se han regulado por medio de normas pragmáticas. Este punto tiene relación con lo que se ha mencionado en el anterior apartado. Muchas de las veces los motivos que han complicado que estos derechos puedan reclamarse vía judicial ha sido la forma en cómo se encuentran redactados. He ahí la importancia de sostener que al tener dimensión constitucional per se constituyen normas jurídicas y tienen fuerza vinculante. Pero esta idea no siempre prevaleció.

Sunstein (2018) fue quien se opuso a esta dificultad sin remitirse a la fuerza vinculante absoluta de los preceptos constitucionales. Él considera que se debe tomar en cuenta el componente económico de los derechos sociales al momento de su regulación normativa. Por eso, está a favor de que estos derechos se garanticen por intermedio de normas programáticas que tengan en cuenta el presupuesto del Estado y las atribuciones de los órganos políticos en el manejo de los mismos. A partir del análisis del caso sudafricano, el autor afirma que, aún si los derechos económicos y sociales se regulasen mediante normas programáticas, estas pueden ser exigibles a través de los jueces sin que esto ocasione una saturación en las capacidades judiciales.

El tribunal sudafricano en el caso *Grootboom vs Gobierno de la República de Sudáfrica* se pronunció acerca del derecho a la vivienda. La decisión del tribunal fue paradigmática





en virtud de que declaró que el gobierno no ha garantizado este derecho, pero no en la dimensión individual con respecto a que toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, más bien con relación a los programas que el gobierno desarrolla en aras de cumplir dicha prerrogativa. (Sunstein, 2018)

El proceso judicial inició con la demanda de varias personas, mayores de edad y niños entre ellas principalmente la señora Grootboom, que vivían en condiciones deplorables. Años anteriores habían exigido al gobierno una vivienda de menor costo dado que no tenían donde residir. Al no materializarse aquello, construyeron casas con materiales reciclables en un terreno baldío. Posteriormente el dueño de dicho lugar consiguió una orden de desalojo, a la cual los accionantes se opusieron. Sin embargo, luego fueron despojados, destruyendo así sus pertenencias y quemando sus refugios. Ante esta situación, alegaron que se han vulnerado sus derechos constitucionales contenidos en el artículo 26 (derecho a la vivienda) y 28 (derecho de los niños) de la Constitución de Sudáfrica. (Sunstein, 2018)

El derecho a la vivienda está regulado en la Constitución de Sudáfrica de la siguiente forma: “1. Todo individuo tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada. 2. El Estado deberá adoptar las *medidas legislativas* [énfasis agregado] -y de otra índole- razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción de este derecho ...” (Sunstein, 2018, p. 228). Como se visualiza, la disposición establece una remisión de ley, en la cual el gobierno -a través de sus instituciones- deberá normar el acceso a una vivienda adecuada.

El tribunal sudafricano analizó la política del gobierno con la que se pretendía atender a aquellas personas que no tenían acceso a una vivienda utilizando el criterio de *razonabilidad* de la medida adoptada, en base a la hermenéutica del precepto constitucional (Abramovich & Courtis, 2001). Decidiendo que, el gobierno sudafricano vulneró este derecho porque no había implementado un sistema donde atiende las necesidades imperiosas de un grupo de personas que se hallaban en condiciones precarias y urgentes. Es decir, no efectuó un programa de corto plazo, con respecto a habitantes que requerían el acceso a estas viviendas en un tiempo razonablemente reducido. (Sunstein, 2018)



Este tribunal plasmó una nueva perspectiva sobre la exigibilidad de los derechos económicos y sociales. Sentó precedente al analizar la constitucionalidad de la política de vivienda adoptada por el gobierno con el propósito de verificar si la misma fue razonable con lo que establece la norma constitucional acerca de la vivienda. Disposición constitucional que cabe recordar fue redactada de manera programática. En este sentido, los juzgadores fueron cuidadosos con el presupuesto del Estado al no decidir que, a pedido de cada persona, estas tienen derecho a una vivienda adecuada.

En cambio, determinó que una parte de las erogaciones del Estado deben ser destinadas a aquellos que se encuentran en situaciones urgentes, por lo que, el programa no solo puede ser a largo plazo (Sunstein, 2018). Esto es, “el Estado para superar el examen de razonabilidad, debería conocer antes de formular sus medidas qué sectores son los que tienen necesidades más urgentes y mayor vulnerabilidad (...) los más vulnerables en el acceso o el goce de este derecho social en particular”. (Abramovich & Curtis, 2001, p. 73)

En este contexto, queda desvirtuada la problemática acerca de que los derechos sociales no pueden ser exigibles judicialmente porque dependen de medidas legislativas. Así la Constitución incluya a los derechos económicos y sociales a través de normas programáticas, estos pueden ser analizados jurídicamente y de esta manera los juzgadores podrán señalar si han sido o no vulnerados.

Por tanto, los jueces pueden efectuar un tipo de control frente a las obligaciones del gobierno que pueden quedar olvidadas en el debate político y así desde la hermenéutica de preceptos constitucionales indicar como las medidas deben ser tomadas con respecto a los hechos suscitados en un proceso concreto. El caso sudafricano es testigo de aquello.

Ahora bien, cabe mencionar la idea difundida con las constituciones contemporáneas acerca de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y con ella la noción de que las normas que incorporan estos derechos deben ser tomadas, en el seno de la cultura jurídica del país en cuestión, como verdaderas normas jurídicas vinculantes y por tanto exigibles directamente ante los jueces. Guastini (2001) dice que, para alcanzar la mencionada constitucionalización se debe tomar en cuenta las siguientes consideraciones que engloba la forma en la que se desarrolla la exigibilidad judicial de



los derechos. Circunstancias que es recomendable que el Estado ecuatoriano las sopesa con la finalidad de consolidar un sistema que verdaderamente materialice los derechos económicos y sociales contenidos en su norma fundamental.

- *La sobreinterpretación de la Constitución:* según Guastini (2001) la Constitución puede ser sobreinterpretada y así extraer normas implícitas que regulan las situaciones sociales y políticas. De esta forma no se da paso a las lagunas, y se genera un escenario donde se manifiesta la seguridad jurídica, pues el ordenamiento jurídico cuenta con normas reguladas previamente. Por tanto, “no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una political question, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes”. (Guastini, 2001, p. 160)
- *La aplicación directa de las normas constitucionales:* desde la concepción clásica la Constitución solo está conformada por la parte orgánica, que regula la estructura del Estado y su relación de éste con los ciudadanos. Desde esta posición, la Constitución no puede ser aplicada directamente por los jueces porque ésta no tiene efectos reales, estos pueden y deben aplicar la ley, que concretiza las relaciones sociales (Guastini, 2001). Esto no es cierto, muchas constituciones contemporáneas incluyen una parte dogmática que contiene un catálogo de derechos que regula las relaciones entre particulares. Es por eso, que los jueces a través de mecanismos adecuados pueden aplicar directamente la Constitución, así sea cuando se trate de principios o normas programáticas -como ha quedado demostrado con el caso sudafricano-, cuestión que es posible si es que se propende a la fuerza vinculante de la Constitución y a su sobreinterpretación.
- *La interpretación conforme de las leyes:* Guastini (2001) menciona que la interpretación de las leyes, en un Estado que busca la constitucionalización del ordenamiento jurídico, debe ser conforme la Constitución. Los jueces en lugar de expulsar una norma del ordenamiento jurídico la interpretan de tal forma que, bajo cierta perspectiva, sea constitucional, por lo que sigue vigente. Esta condición también es conocida como la actividad que los Tribunales o Jueces constitucionales realizan en las sentencias modulativas. A través de la



hermenéutica de una norma definen las circunstancias en las que la misma está en armonía con la Constitución, norma que de otra forma sería inconstitucional.

- *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas:* en esta cabe mencionar tres aspectos. El primero depende mucho del contenido de la Constitución y las facultades que este otorga al tribunal o Corte Constitucional con respecto a las decisiones políticas. Por ejemplo, en el caso ecuatoriano siempre que el ejecutivo emita un decreto declarando estado de excepción la Corte Constitucional debe realizar el respectivo control de constitucionalidad, es decir, realiza el control de decisiones políticas. Como segundo aspecto está la manera en que Tribunales o Cortes Constitucionales efectúan el control de constitucionalidad de decisiones legislativas, ya sea "... respetando la discrecionalidad política del legislador, o, al contrario, meter en la discusión las decisiones legislativas aun cuando no sean claramente inconstitucionales" (Guastini, 2001, p. 163). Esto, por el motivo de que, las constituciones contemporáneas comprenden la existencia de un órgano superior de control e interpretación de la Constitución, que ejerce sus funciones a través de distintas acciones y tipos de control. Finalmente, como tercer punto, se refiere a qué tanto los órganos del Estado utilizan en sus argumentos disposiciones constitucionales para justificar sus decisiones.
- *La garantía jurisdiccional de la Constitución:* para que en un Estado sea posible la constitucionalización del ordenamiento jurídico se requiere, por una parte, de mecanismos que, frente al incumplimiento de normas constitucionales se activan garantías jurisdiccionales que permiten cesar la actividad u omisión vulneradora de derechos constitucionales y dar paso a una reparación. Por otro lado, además, esta condición permite el control de constitucionalidad de disposiciones legislativas con el propósito de señalar si están acorde o no a la Constitución, mediante un control concreto o abstracto. En concordancia, Guastini (2001) dice que, "la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución". (pp.155-156)



En definitiva, se ha mencionado como los Estados cuentan con un amplio abanico de obligaciones tendientes a materializar los derechos económicos y sociales. Estas responsabilidades abarcan tanto acciones como abstenciones de todo el aparataje estatal. Por lo que, frente a la ineficacia de los mecanismos jurisdiccionales tradicionales para hacer real la exigibilidad de estos derechos, se requieren de nuevas formas que en la mayoría de los casos ha conformado toda una estructura de justicia constitucional.

Se han establecido garantías jurisdiccionales tales como acción de protección, habeas data, acción por y de incumplimiento, habeas corpus y extraordinaria de protección que permiten el cumplimiento de las distintas obligaciones del Estado frente a estos derechos. Además, en las constituciones contemporáneas se ha concedido la facultad de control de constitucionalidad a los Tribunales o Cortes Constitucionales lo cual permite un ordenamiento jurídico conforme los derechos económicos y sociales contenidos en la Constitución. Esto, por ejemplo, a través de las acciones públicas de inconstitucionalidad donde se revisa la constitucionalidad de actos administrativos, actos normativos de carácter general, leyes, decretos, entre otras actividades legislativas.<sup>10</sup>

Con esto, queda claro que la dificultad de hacer reales los derechos económicos y sociales por su efecto prestacional o por su configuración legislativa es obsoleta. Dando paso a diferentes razones plausibles que permiten la exigibilidad judicial de estos derechos, tales como: las extensas obligaciones por parte del Estado para garantizar aquellos, su igualdad con los derechos civiles y políticos, su justiciabilidad aún si se encuentran regulados mediante normas programáticas y, la teoría de la constitucionalización del ordenamiento jurídico de Guastini (2001) que propugna una Constitución con fuerza vinculante y de aplicación directa.

Ahora bien, con todos estos argumentos ¿por qué el control constitucional con respecto a los derechos económicos y sociales es controvertido? Tal parece que la respuesta tiene relación con la manera en cómo éste se ha desarrollado. Las concepciones tradicionales aún están vigentes a pesar de que el paradigma ha cambiado, lo cual complica el ejercicio de esta facultad por parte de la Corte Constitucional. Los órganos políticos y la

---

<sup>10</sup> En nuestro sistema normativo la Corte Constitucional tiene amplias atribuciones que denota un control de constitucionalidad amplio. Al respecto véase el artículo 436 de la Constitución de la República y 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional donde se encuentran las competencias de este órgano.



sociedad en general se disgustan por las decisiones de este ente acerca de los derechos económicos y sociales por sus efectos en el presupuesto del Estado. Desde luego no todo ha sido negativo. Muchos derechos se han reconocido a raíz de este control, sin embargo, la dificultad no ha cesado. Lo cual llama a reconsiderar las instituciones jurídicas que le dotan de legitimidad y conveniencia al control constitucional en materia económica y social con el fin de que esta práctica no traspase el límite de un Estado democrático.

### **1.3 Legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad: Caso de los derechos económicos y sociales**

Después de haber analizado las circunstancias que a lo largo del tiempo han dificultado la aplicación y justiciabilidad de los derechos económicos y sociales y al haber llegado, en la medida de lo posible, en un consenso acerca de esta problemática; cabe referirse ahora a las instituciones jurídicas que le dotan de legitimidad y conveniencia al control de constitucionalidad en el caso en que se ven inmiscuidos o afectados estos derechos.

Me referiré fundamentalmente a dos: democracia y distinción de poderes<sup>11</sup>, mismos que están íntimamente relacionados<sup>12</sup>. Estos son necesarios para entender la justificación de un control de normas en el caso de los derechos económicos y sociales. Pero también son útiles para identificar los límites de este accionar con el fin de no caer en un gobierno de nueve magistrados que ha sido altamente criticado -con justa razón- por socavar el Estado democrático.

Desde antaño, se ha debatido el tema de si es legítimo que un grupo de jueces ejerza el control de normas que han sido creadas por el poder legislativo o ejecutivo, siendo estos últimos representantes del pueblo. La situación se complica aún más si es que las disposiciones controladas regulan una política social o económica, por estar éstas

---

<sup>11</sup> Siendo respetuosa con los términos, considerando que la distinción de poderes contiene tres principios: división de poderes, separación de poderes y pesos y contrapesos. Al respecto véase: Gómez Velásquez, A., & Montoya Brand, M. (2017). Una revisión contemporánea a la doctrina de la distinción de poderes. *Civilizar*, 17(32), 49. <https://doi.org/10.22518/16578953.817>.

<sup>12</sup> Estas dos instituciones están íntimamente relacionadas porque es necesario primero analizar una concepción plausible de la democracia que le dota de legitimidad al control constitucional a la política económica y social, para luego examinar el rol de los poderes en este contexto, lo cual le otorga conveniencia a dicho control. Por ello, se ahondará sobre estas dos instituciones en apartados diferentes, situación que mejorará el entendimiento de aquellas.



históricamente sujetas a los gobernantes o al parlamento, al ser consideradas como *cuestiones políticas*<sup>13</sup>.

Pero no solo su legitimidad es importante, sino también su conveniencia. Éste último elemento ha sido defendido como una manera de hacer reales estos derechos que han estado subordinados a un componente económico que ha dificultado su justiciabilidad. En este sentido, es primordial referirse a que, desde la concepción deliberativa de la democracia y de la distinción de poderes, es legítimo y conveniente que los jueces realicen este control. Sin olvidar los temores de aceptar aquello y los límites de los juzgadores en el marco de esta competencia.

### 1.3.1 Institución jurídica: Democracia

Definir la democracia sin duda es una tarea compleja, todavía más si nos alejamos de su componente práctico que nos permite mantenernos alerta frente a cuestiones que, en los peores casos, podría ocasionar una desconsolidación. Por ello, es fundamental tener presente el pronunciamiento de Sartori (1993) al hablar sobre esta institución jurídica: “si vamos a definir la democracia de manera irreal, no encontraremos nunca realidades democráticas” (p. 3) En este sentido, lo que se busca es partir de una concepción plausible de la democracia que permita adoptar un control de constitucionalidad a la política económica y social.

En este orden de ideas, antes de definir a la democracia, cabe plantear el problema con esta institución jurídica que le dota de legitimidad al control constitucional. La dificultad en aceptar que este posee un componente democrático parte del concepto de democracia que se adopte. Como dice Sartori (1993), alejarse del elemento pragmático no permite visualizar con imparcialidad la realidad. Ello significa configurar el *deber ser* y *ser* de este término para llegar a un acuerdo plausible de lo que es la democracia.

En el contexto del control de constitucionalidad, tal como sostiene Nino (1989) y Gargarella (2012), el inconveniente con la democracia tiene su causa en la manera en

---

<sup>13</sup> Doctrina originada por el conjunto de pronunciamientos de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en especial en el caso paradigmático Nixon vs United States. Para un análisis más detallado de esta doctrina véase: Silva Irazazaval, L. (2016). Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del poder judicial. El caso de los Estados Unidos. *Estudios Constitucionales*, 14, 231–262. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200008>.



cómo sus críticos definen a la misma. En virtud de ello, estos autores parten de la idea de una democracia deliberativa como aquella que permite el control de normas y que de hecho le dota de legitimidad a esta acción.

Para definir cómo esta es la mejor postura -con ciertos matices a los cuales me referiré en el momento adecuado- es menester, en primer lugar, analizar algunas críticas acerca del carácter antidemocrático de este control. Para posteriormente exponer tres posturas que han justificado este accionar desde una visión poco plausible de la democracia, es decir, desde una atalaya poco realista, y como éstas no han desvirtuado algunas críticas fundamentales.

Sin duda, un gran crítico del carácter democrático del control de constitucionalidad es Jeremy Waldron. Con respecto a la legitimidad del control judicial el autor menciona que "... la dificultad democrática no es definitiva, puesto que las decisiones de las cortes constitucionales pueden fundarse en otras fuentes de legitimidad. Pero la dificultad democrática no desaparece; la existencia de otras fuentes de legitimidad no la hace desaparecer". (Waldron, 2018, p. 23)

Es decir, según este autor, muchas veces aquellos que intentan justificar la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, en especial en el caso de los derechos económicos y sociales, lo hacen a través de otras fuentes de legitimidad que en realidad no están dotadas del componente democrático. Así, él acepta que en realidad existen buenas razones para justificar el control de normas pero que estos motivos no siempre son democráticos. He ahí el error de los constitucionalistas al momento de analizar esta institución jurídica. Muchos buscan argumentos, pero la mayoría son antidemocráticos, lo cual no soluciona esta problemática.

Un buen ejemplo que muestra estas fuentes no democráticas de legitimidad son las fuertes ideas de supremacía constitucional (Waldron, 2018). En este contexto, el poder judicial es aquel encargado de aplicar la Constitución y de velar que el ordenamiento jurídico esté de acuerdo con ella. Sin embargo, en algunos casos existen dificultades en la interpretación de este texto constitucional, en consecuencia ¿quién está capacitado para alcanzar una solución? o todavía peor ¿por qué el órgano representante de la población no puede decidir sobre este inconveniente? Al no tener una respuesta a estas





interrogantes dentro de los límites de la democracia, esta supuesta justificación del control constitucional cae y la dificultad democrática prevalece.

La preocupación acerca de la capacidad del pueblo de autogobernarse y el temor de un régimen sometido aumentan, por lo que se requiere una avenencia coherente. De esta manera surge la importancia de un adecuado concepto de democracia y de la tarea de los constitucionalistas en no evadir tan menester debate. Hay que partir pues, de acuerdo con Waldron (2018), de que "... las cortes no ostentan la misma base de legitimidad que las decisiones de un legislativo electo" (p. 16). Esta afirmación no supone -al menos en mi criterio- la inexistencia de un componente democrático, justamente este es el deber de la presente investigación.

Las decisiones del poder legislativo tienen su fundamento en una democracia representativa donde el poder recae en efecto en todos los individuos. Así al existir desacuerdos, este autor alude que, la gente es más afable al aceptar derrotas, pues parten de la idea de que se ha llevado un proceso equitativo en donde todos tuvieron la oportunidad de ganar y cada uno pudo ejercer su voto. Pienso que esta noción es bastante ambigua e incluso puede caer en una paradoja, debido a que, el sistema de las mayorías no siempre satisfizo intereses de minorías. Y sin negar la historia, con el nacimiento de mayorías tiranas.

Por otro lado, Waldron (2018) estima que las decisiones judiciales, que provienen de un control de normas que tiene como efecto declarar la inconstitucionalidad o inaplicación<sup>14</sup>, no están revestidas de un procedimiento equitativo. Las votaciones de los jueces se basan en una mayoría simple, cuando en el poder legislativo la toma de decisiones es mucho más compleja. En definitiva, cree que un grupo de jueces no tienen legitimidad democrática – o al menos hasta el momento no hay argumentos plausibles de aquello- para ejercer un control de normas y tener la última palabra sobre cuestiones fundamentales. Entonces, de conformidad con el autor "esto significa que no es posible

---

<sup>14</sup> Para un análisis de los modelos de control de constitucionalidad y sus efectos al declarar la inconstitucionalidad o inaplicación véase el apartado 1 en: Waldron, J. (2018). Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 27, 7–28. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1>



recurrir a la equidad democrática como una fuente de legitimidad del control de constitucionalidad. Esa es la dificultad democrática”. (p. 20)

Además, este autor reflexiona acerca de argumentos cuasi democráticos al momento de legitimar el control constitucional. Verbigracia el caso de las acciones públicas de constitucionalidad que están presentes en nuestro sistema jurídico. Esto permite que las personas puedan acceder a mecanismos de justicia y alegar vulneración a derechos económicos y sociales. Empero, el autor cree que estas vías no son suficientes para dar respuesta efectiva a la dificultad democrática. Lo cual me lleva a pensar que solamente es escéptico en aceptar algún carácter democrático del control de normas.

Estos conflictos empeoran al momento en que una Corte se refiere a situaciones sociales o económicas por sus evidentes efectos en el sistema político de un Estado. Según Waldron (2018) se efectúa una “judicialización de la política” (p. 15) lo que trae consigo malestares de la población por ser una decisión de origen judicial y no legislativo (donde se cree que existe un procedimiento equitativo). Puesto que, los jueces -no electos popularmente- ordenan su criterio acerca de la economía lo cual arranca el poder de decisión de las mayorías acerca de sus condiciones sociales y económicas. (Uprimny, 2001)

De igual forma, Uprimny (2001) reflexiona acerca de las críticas que consideran que los jueces a través de sus decisiones imponen un modelo económico. Existe una suerte de constitucionalización de su opinión, lo que configura una deslegitimación social por parte de ciertos sectores de la población que se sienten afectados por las medidas tomadas por la Corte o por los efectos de anulación de una ley. Esto rompe con el ideal de una sociedad pluralista y el Estado pasaría a gobernarse por un grupo de individuos que toman decisiones con efectos económicos importantes.

Como ejemplo paradigmático de posturas antidemocráticas de la Corte al momento de tratar políticas sociales y económicas mayormente apoyadas fue lo sucedido con el New Deal en Estados Unidos. En el gobierno de Roosevelt se trató de incorporar a través de leyes un intervencionismo económico y garantías para los trabajadores. Lo cual fue duramente detenido a través de las decisiones de la Corte Suprema al anular dichas disposiciones legislativas. (Sunstein, 1993)



De esta manera se ha instaurado un sentimiento de desdén y desconfianza en los jueces al momento de tomar decisiones que tienen influencia en el presupuesto del Estado. Estas observaciones acerca de un carácter antidemocrático del control de normas son fundamentales y muy bien fundadas. Aunque esto no elimina la posibilidad de buscar un argumento aceptable dentro de la frontera de la democracia, teniendo en cuenta que, la existencia de un control en el cual se involucran los derechos económicos y sociales es fundamental para la prevalencia de un Estado de derechos y justicia, como es el nuestro. En los siguientes párrafos cabe referirse a posturas que han tratado de legitimar democráticamente el control de normas, pero que, no han tenido éxito por partir de una definición inaceptable de democracia. Esto ha producido que el remedio sea peor que la enfermedad. En consecuencia, las críticas no se han difuminado, por el contrario, han aumentado hasta el punto de consolidar el carácter antidemocrático del control. Por esta razón es menester dar respuesta coherente a la dificultad democrática que enfrenta el control constitucional en materia económica y social.

1. *Postura conservadora y su vertiente elitista:*

Desde una postura conservadora de la democracia se sostiene que “para la toma de decisiones políticas correctas o imparciales no es necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por tales decisiones” (Gargarella, 2012, p. 67). Es decir, anula la visión tradicional difundida de la democracia acerca de las decisiones mayoritarias. En este sentido, su vertiente *elitista* hace algo similar, pero incluye un elemento que justifica el control de normas efectuado por los jueces. Así Gargarella (2012) define a esta corriente como aquella que cree que una buena decisión es cuando se haya tomado a través de un proceso reflexivo de un grupo de individuos letrados capaces de determinar cuál es la mejor opción en un caso específico.

Esta postura dio origen a críticas que manifiestan su preocupación frente al carácter *contramayoritario* del control constitucional<sup>15</sup>. Término que fue acuñado por Alexander Bickel (1962) y que sirve para explicar el problema de aceptar un mecanismo institucional

---

<sup>15</sup> Jeremy Waldron (2018) se pronuncia en este punto y considera que el término *contramayoritario* está mal utilizado porque en el sentido estricto de la palabra este habla de decisiones que no se toman a través de la regla de las mayorías. Cuestión que no está ausente en la votación de una decisión judicial. Los jueces utilizan al igual que el legislativo el voto por mayorías, pero éste último es más complejo. Lo que genera preocupación para este autor pues la constitucionalidad de una ley depende de una votación simple.



mediante el cual un órgano es capaz de frenar las decisiones de otro que cuenta con la legitimidad de las mayorías. Es así como se genera un cambio del modelo democrático a uno elitista donde la decisión ya no recae en el pueblo sino en el poder judicial. (Álvarez, 2003)

Con esta perspectiva de la democracia se considera que un grupo de jueces ilustrados y afables son los indicados para llevar a cabo un control constitucional de normas inferiores, con el cual se busca reafirmar la voluntad mayor establecida en la Constitución. En este sentido, se pone altas expectativas en los jueces como aquellos guardianes del poder constituyente que reposa en la norma madre. Un autor reconocido que profesó este razonamiento es Alexander Hamilton (1787), él manifestó que "... el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras" (p. 296).

Básicamente se refería a que los jueces son fieles lectores de la Constitución por lo que está plenamente justificado que aquellos anulen leyes con base en la supremacía constitucional. No obstante, evitaron reflexionar acerca del ejercicio hermenéutico de los jueces al momento de este control. Desde su punto de vista, los jueces únicamente leen el texto fundamental y lo aplican, aunque en la realidad no sucede lo mismo. Como menciona Gargarella (2012) muchos de ellos interpretan la Constitución frente a casos difíciles.

Esta postura no ha sido del toda beneficiosa para los derechos económicos y sociales como es el caso de Estados Unidos. Esta Constitución no contiene expresamente la segunda carta de derechos -discusión que se abordó en el apartado anterior- por lo tanto, al referirse que el control consiste en hacer efectiva la carta fundacional, por consecuencia, estos derechos no pueden exigirse judicialmente.

Esta vicisitud no se mostró de manera similar en las constituciones de Latinoamérica. Estas contienen una parte dogmática de estos derechos, en especial la nuestra; empero ¿es necesario regirse solamente por lo establecido en la Constitución alegando un principio de supremacía? ¿es posible que los jueces encuentren soluciones actuales que sean mejores para el caso de los derechos económicos y sociales? Una posible respuesta a estas interrogantes lo encontramos en lo alegado por Gargarella (2013):



Teorías interpretativas diferentes podrían decirnos, por ejemplo, que con independencia de lo que algunos constituyentes hayan pensado en su momento, la Constitución nos invita a que decidamos hoy, colectivamente, cuál es la mejor política a seguir, en materia de derechos sociales, que sea compatible con un derecho constitucional comprometido con ideales de justicia e igualdad (pp. 118-119).

Ergo, la posibilidad de que las constituciones cambien de manera implícita está presente en algunas teorías interpretativas (Gargarella, 2012). Mediante las cuales no se pretende ser voceros de la norma fundamental, por el contrario, se trata de alcanzar una solución que no necesariamente se encuentra en dicho texto, sino en el derecho natural, en las tradiciones, consensos sociales, principios, entre otros<sup>16</sup>. Así se recurre a otras vías a través de las cuales se trata de alcanzar un autogobierno y no uno regido por un poder constituyente de años atrás.

Por consiguiente, la tarea de los jueces no parece ser tan fácil como los que justifican el control constitucional por propender a la supremacía y hacer efectiva la voluntad general. Los juzgadores hacen mucho más que eso. Interpretan la misma de tal forma que incluso han llegado a admitir nuevos acuerdos constitutivos en beneficio de la sociedad que está en constante desarrollo. Siendo este el panorama, la teoría conservadora en su vertiente elitista se queda corta al tratar de fundamentar democráticamente un control de normas con la única razón de que los jueces conocen la respuesta correcta.

No digo que los motivos sean malos, de hecho, existen varios casos paradigmáticos que han alcanzado el reconocimiento de derechos sociales alrededor del mundo; sin embargo, la cuestión que se discute es: ¿cuál es su legitimidad? Y si se busca por el lado de la democracia, mal haríamos en decir que solo un grupo de personas está capacitado para decidir por todos. Se requieren argumentos más profundos, sin dejar a lado el problema evidente de las mayorías que será abordado oportunamente. Como dijo John Ely (1997) se puede alcanzar un fundamento para el control de normas, pero éste no se encuentra en la posición de que el poder judicial, y no el legislativo, está más capacitado para manifestar la voluntad del pueblo.

---

<sup>16</sup> Para un desarrollo amplio acerca de la interpretación y sus diferentes perspectivas como fundamento del control de constitucionalidad véase el texto: Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. En su sección apéndice al capítulo 2.



Por lo tanto, considero que esta teoría parte de un concepto irreal de democracia, aquel que incluso podría caer en una meritocracia que supone una desviación de esta institución jurídica. Se cree que un grupo virtuoso debe tomar decisiones importantes en materia económica y social. Aquello no desvirtúa las críticas de que estos individuos en realidad no ostentan legitimidad social, por ende, sus medidas rompen con el paradigma pluralista por no representar la postura de ciertos grupos (Uprimny, 2000). Tampoco hace frente a la crítica de que mediante la imposición por parte de los jueces de un modelo económico se puede llegar a truncar planes de gobierno que se desarrollan de manera progresiva. (Waldron, 2018)

Se ha tratado de defender la representación de los intereses de la sociedad por intermedio de los Jueces alegando que, las cortes supremas o constitucionales al ser un grupo minoritario y por lo tanto conformado por personas de sectores vulnerables, son las más capaces para velar por las necesidades de estos grupos. Aquello se ha desvirtuado con exámenes estadísticos en diferentes países de Latinoamérica y Europa Occidental donde consta que el poder judicial, en efecto, no está integrado por individuos que provienen de sectores precarios, sino de familias con economía media alta y alta (Bercholz, 2006). Esto coadyuva a que las críticas sobre posturas conservadoras y elitistas perduren. ¿Cómo un grupo no instituido por minorías segregadas puede tomar mecanismos para reconocer sus derechos? Interrogantes que no se pueden hacer caso omiso al momento de presentar una visión alternativa de democracia como fundamento de este control de normas.

Aun siendo estas magistraturas grupos minoritarios no es fundamento suficiente para la legitimidad democrática al momento de ejercer un control de normas. No se puede justificar este accionar como aquel encargado únicamente de defender a intereses pequeños. Como dice Nino (1992):

Es cierto que siempre hay un riesgo grande de que las decisiones mayoritarias favorezcan a los intereses mayoritarios, pero ese riesgo no se remedia desplazando esa decisión a una minoría, con lo que se corre el riesgo peor de que se favorezcan los intereses minoritarios. (p.687)

Por la naturaleza del control constitucional y la importancia de sus detracciones acerca de su carácter antidemocrático, es fundamental -como se dijo desde un inicio- partir de una visión plausible de la democracia que sea capaz de abordar estos problemas y de



proponer una solución mediante la cual se acepte la legitimidad y conveniencia de un control de normas en donde se ven inmiscuidos los derechos económicos y sociales.

## 2. *Postura radical:*

Según la anterior vertiente los jueces eran los mejores custodios de la voluntad general, por el contrario, la presente postura afirma que el poder legislativo es el único encargado de esa tarea. Por lo que, los magistrados deben someterse al poder legislativo. Esta visión parte de una idea fuerte de soberanía popular, como la defendida por Rousseau (2015). Él consideraba que la toma de decisiones debe reposar estrictamente en la voluntad del pueblo, solo recurriendo a esta generalidad se alcanza acuerdos correctos. Y si es que existe alguna discrepancia esta debe ser tomada como un malentendido de lo que ha expresado la voluntad general.

Con base en la soberanía del pueblo se limitó las funciones de los juzgadores. Ellos estaban impedidos de efectuar un control fuerte de normas por creer que cualquier intervención en la voluntad general es ilegítima. Así se extendió el principio de separación de poderes como fundamental en un Estado. Si los jueces operaban en la zona legislativa se consideraba que éste estaba legislando (Gargarella, 2012), poder que no le corresponde en estricto respeto de la democracia. Todavía peor la participación de los jueces en políticas sociales y económicas por el motivo de que tradicionalmente estas fueron cuestiones políticas.

De acuerdo con Gargarella (2012) esta postura se desarrolló fundamentalmente en la Francia Posrevolucionaria y en EEUU después de su Independencia. En esos años existía el temor de un gobierno de pocos, por lo que la soberanía popular era primordial y tenía que prevalecer sobre todos los poderes. Incluso hubo desacuerdos en aceptar una democracia representativa por el hecho de tener que delegar el poder que ya se había recuperado. (Gargarella, 2012)

Según Gargarella (2012) en estos dos países la función de los jueces estaba tan restringida que se llegó a sancionar a magistrados por truncar la actividad legislativa<sup>17</sup>. Entonces el poder judicial debía permanecer sometido a la ley, básicamente la recitaban sin emitir opinión o análisis alguno (Montesquieu, 1990). Es decir, era inaceptable asumir

---

<sup>17</sup> Sobre los conflictos en EE. UU. entre el poder legislativo y judicial véase: Berger, R. (1977). *Congress v. The supreme Court*. Harvard University Press.



un control de normas en donde el poder judicial cuestione las acciones del órgano legislativo.

En Estados Unidos el panorama cambió con las discusiones de los padres fundadores en la creación de la norma fundamental. Se buscó frenar estas acciones radicales mediante la estructuración de un poder judicial que pueda defender la supremacía del texto constitucional que, como se dijo, constituye una visión elitista (Gargarella, 2012). Sin embargo, en Francia algunos de estos argumentos radicales se mantuvieron, según Nino (1989) esto dio paso a que se consolide un control constitucional *ex ante*. Donde la norma puede ser cuestionada siempre que estuviere en contradicción con la Constitución y este procedimiento se realiza con anterioridad a que la norma entre en vigencia. Debido a que, una vez promulgada la ley ésta tiene efectos jurídicos y no puede ser declarada inconstitucional.

Como dije, todo depende de la idea de democracia con la cual partimos. “En efecto, si la justificación de la democracia está basada en la soberanía popular, en definitiva el único órgano de expresión de esa soberanía es el Poder Legislativo” (Nino, 1989, p. 86). Siendo así ¿es plausible la visión de soberanía popular de la democracia para legitimar un control constitucional en materia económica y social? Claramente no, porque aceptar este concepto de democracia acarrearía la restricción de los Tribunales o Cortes Constitucionales en políticas que suponen -mayormente- erogaciones del Estado y que por tanto les corresponden a los representantes de la población. En lugar de legitimar se estaría socavando el carácter democrático de este control constitucional, pues lo que se refiere a estos derechos ha sido atribuido generalmente a la voluntad general, por ser el pueblo el que debe decidir sobre su futuro económico y social.

¿Cuál es el problema con este razonamiento radical de la democracia? La respuesta parece inclinarse, de acuerdo con lo que menciona Gargarella (2012), hacia la idea de falibilidad de las mayorías en la toma de decisiones. Y en la paradoja de un control ejercido por quienes van a ser controlados, esto es “... para ver si tienen el derecho de hacer lo que han decidido que quieren hacer” (Dworkin, 1984, p. 225). Las mayorías no siempre han llegado a consensos imparciales. En ocasiones el poder legislativo ha estado sesgado por grupos de poder que han frenado el reconocimiento de derechos sociales o económicos. He ahí la importancia de un control fuera de su seno.





Jeremy Waldron (2018) acerca de un sistema donde se respeta el carácter mayoritario de la democracia en el cual el órgano legislativo es aceptado por provenir de un proceso equitativo; alega que: "... cuando la gente considera que estos sistemas operan de manera competente, libres de corrupción y no están diseñados para oprimir, las personas están prestas a reconocer las decisiones de dichos sistemas y a cumplir con sus mandatos" (p.17). Esto no es cierto, las decisiones mayoritarias fallan y si bien este no es argumento suficiente para justificar democráticamente el control de constitucionalidad, es un juicio que no puede quedar fuera del debate.

En países latinoamericanos, donde las expresiones de las mayorías han estado al servicio de burócratas, políticos populistas e inclusive han ayudado a mantener dictaduras (Cunill, 1997); las decisiones en el poder legislativo algunas veces -o siendo más escéptica, siempre- responden a necesidades de los grupos de poder. Por esta razón, la idea de Waldron en la confianza estricta de los procesos legislativos, o de la teoría radical en la perspectiva de la soberanía popular como fundamental en una democracia; responde a una visión poco realista del sistema político.

Las democracias en específico las representativas no funcionan fácilmente como se las definen, esto es, como gran voceras de la voluntad general. Considerar que el poder legislativo va a actuar siempre en pro de todos los individuos es partir -nuevamente- de un paradigma irreal de la democracia. La toma de decisiones del poder legislativo muchas veces no toma en cuenta intereses de grupos minoritarios históricamente segregados o, en el peor de los casos, se encuentran inmiscuidos en casos de corrupción que genera un sentimiento deplorable en los ciudadanos.

Así, en el marco de los derechos económicos y sociales se puede dar el caso que, en la agenda política estos planes progresivos queden olvidados dificultando así el ejercicio de los mismos. O que al momento de regularse no se tome en cuenta la esfera intocable de estos derechos, generando una regresividad en su reconocimiento. Igualmente, la configuración legal puede no ser razonable con la necesidad de un grupo específico de la población. A la sazón ¿es adecuado que estos errores no sean verificados mediante un control ajeno a quienes se quiere controlar? Evidentemente la respuesta es negativa, se requiere de un control constitucional que se enmarque en los límites de un Estado democrático.



Mounk (2018) analiza cómo las democracias se desconsolidan porque las personas cada vez se sienten menos representadas. Más aún si llega al poder un gobierno populista que afirma ser la única “voz del pueblo real” (p.57) hasta el punto de “...silenciar a la oposición y de destruir otros centros de poder rivales” (p.57). Por ello Gargarella (2012) denominó a esta postura como *soluciones populistas* que se presentan al debate democrático del control de constitucionalidad. En este escenario, en palabras de Yascha Mounk, estaríamos frente a una *democracia sin derechos*<sup>18</sup>.

En este orden de ideas, la convicción de que las mayorías no siempre representan los intereses de los individuos, en especial en materia económica y social, legitima -en parte- el control de normas. Digo en parte porque la falibilidad de las mayorías no es razón absoluta para fundamentar el control de constitucionalidad. Por el motivo de que, se podrá caer en un escenario donde la protección absoluta de los derechos a través de instituciones como la Corte Constitucional termine con los fundamentos de un Estado democrático (Mounk, 2018). Es así, que surge la necesidad de replantearse su legitimidad democrática y partir de un concepto plausible de democracia que deje ver la importancia del control constitucional.

En tal sentido, la postura radical o populista no es suficiente para justificar democráticamente un control de constitucionalidad en materia económica y social, por el contrario, presenta visiones de una democracia que no toma en cuenta la falibilidad de las mayorías en la toma de decisiones. Es decir, expone un remedio que es más grave que la enfermedad. Para que un sistema funcione de manera coherente y en aras de reconocer estos derechos es necesario más que la simple postura de una visión elitista o populista del control de normas.

### 3. *Postura Genuinamente Radical:*

Ahora bien, es menester analizar dos autores que presentan un fundamento contemporáneo al carácter democrático del control de constitucionalidad, que se engloban en una postura que Gargarella (2012) llama como *genuinamente radical*. Se desarrollarán algunos puntos de estos autores, así como pequeñas críticas que servirán

---

<sup>18</sup> Con base en lo que menciona este autor, debemos entender que estamos frente a un escenario donde se apela de manera estricta a la democracia hasta llegar a desnaturalizarla, lo cual trae como consecuencia que los derechos se vean desconocidos. Para un análisis más profundo de aquello véase el capítulo 1 en: Mounk, Y. (2018). *El pueblo contra la democracia*. Editorial Paidós.



para exponer en los siguientes párrafos mi visión acerca de la legitimidad del control en materia económica y social, a partir del concepto de una democracia deliberativa.

La postura genuinamente radical parte de la falibilidad de las mayorías pero considera sustancial la reflexión colectiva para la toma de decisiones correctas (Gargarella, 2012). Esto es, no asume la confianza excesiva de las mayorías, es más, acepta que los representantes muchas veces actúan persuadidos por grupos de poder o por sus propios intereses. Aseveración que es fundamental. Como bien se manifestó anteriormente el creer estrictamente que la voluntad mayoritaria actúa según las necesidades de todos los individuos trae problemas de legitimidad a mecanismos que propenden desarrollar derechos constitucionales, como es el caso del control de normas.

En este sentido, Bruce Ackerman (1991) apoya la importancia de procesos colectivos donde la sociedad se organiza y desarrolla compromisos. Fomenta un autogobierno en el cual la función del poder judicial es el respeto de los acuerdos sustanciales del pueblo. Como se observa, no se decanta por una visión elitista donde un grupo de jueces decide sobre cuestiones fundamentales de la población. Asimismo, lejos de admitir una postura radical en la cual el magistrado es fiel lector de la ley, el autor expone que los jueces tienen el deber de controlar que los legisladores no irrespeten los acuerdos que provienen de movilizaciones ciudadanas con el propósito de materializar derechos<sup>19</sup>.

Así Ackerman (1991) propone una concepción dualista de la democracia en el que las decisiones de la voluntad mayoritaria tienen dos niveles y por tanto unas están dotadas de mayor trascendencia que otras. Las decisiones de primer nivel son sustanciales porque provienen de acuerdos sociales que inclusive pueden ser posteriores a los atribuidos por el poder constituyente en la norma madre. Esto dota de gran importancia a procesos de reflexión de la población donde deciden sus condiciones de vida. Generalmente el autor pone en este grado a las anuencias constitucionales, declaraciones de derechos y todas aquellas que surgen de un proceso extraordinario organizado por la población donde determinan cambios profundos.

Por otro lado, las decisiones de segundo nivel provienen de mayorías legislativas o de sus mandatarios, que se efectúan en el diario vivir (Ackerman & Rosenkrantz, 1991).

---

<sup>19</sup> Al respecto puede verse también: Ackerman, B. (1998). *We the People: Transformations*. Harvard University Press.



Políticas que no tienen el mismo valor que las de primer grado, haciendo ver que en este proceso se involucran los representantes del pueblo y en el cual los ciudadanos tienen poco interés. De esa manera, este nivel no puede ir en contra del primero, por ser los acuerdos de la población los límites de toda autoridad que realiza actividad legislativa. (Ackerman, 1991)

Dentro de este contexto, la función de los jueces se basa en “preservar las decisiones más fundamentales del pueblo frente a las decisiones elaboradas por los legisladores en el día a día” (Gargarella, 2012, p. 157). Es decir, su deber es respetar lo pactado por la sociedad, más no resolver lo que cree mejor para ella. Por eso Ackerman (1991) manifiesta que, no se debe defender la supremacía de los derechos fundamentales sobre las decisiones de voluntad mayoritaria porque significa que se toma a estos derechos como *cartas de triunfo*. Al contrario, se tiene que considerar que estas prerrogativas son respetadas -aún por los órganos de segundo nivel- por la razón de que provienen de un proceso justamente democrático. De esta manera se apacigua la tan aclamada dificultad entre derechos y democracia<sup>20</sup>.

Concuerdo con algunas críticas que realiza Gargarella a esta visión dualista de la democracia propuesta por Bruce Ackerman. Es evidente la dificultad que surge en aceptar dos niveles de decisiones. Primero, por el hecho de que el límite entre el uno y el otro es tenue; y segundo, porque el desarrollo de cada uno supone conjeturas subjetivas de la participación ciudadana. No se puede aceptar como absoluto que cierto tipo de decisiones corresponde a un proceso de reflexión colectiva. La organización de la sociedad en movilizaciones o para alcanzar acuerdos sociales varía, pueden responder a grupos grandes o pequeños, a mayorías o minorías segregadas. Por lo que, “existen diferencias entre distintas decisiones, pero que estas no permiten delinear separaciones tan drásticas ... sino simples diferencias de color o tonalidad”. (Gargarella, 2012, p. 159)

Por otro lado, es perjudicial tener como segundo nivel a decisiones políticas que en lo económico y social deciden sobre condiciones básicas de la población. Además,

---

<sup>20</sup> Dificultad que asimismo es tratada en el libro: Mounk, Y. (2018). *El pueblo contra la democracia*. Editorial Paidós.



aseverar que las personas tienen poco interés en la política que se realiza a diario es un postulado subjetivo (Gargarella, 2012). Muchos individuos se ven afectados por esta política diaria y justamente por esa razón buscan auxilio en la vía judicial, por ejemplo, a través de acciones públicas de inconstitucionalidad como se da en el caso ecuatoriano. Si afirmamos que en las cuestiones políticas no se involucra la sociedad y que es algo que le compete solamente a los mandatarios y representantes, estaríamos aceptando la dificultad antidemocrática del control de normas cuando se ven inmiscuidos los derechos económicos y sociales.

Ackerman (1991) dice que el poder judicial está para respetar las decisiones que devienen de fuertes declaraciones de los ciudadanos. Estas pueden ser alegadas inclusive para fundamentar la contrariedad con las de segundo nivel. En primer lugar, es bueno que se potencialice la visión del cumplimiento de compromisos constitutivos aún posteriores a la Constitución. Empero, es peligrosa una visión dualista si es que se la define desde un punto absolutista donde dichos acuerdos se derivan -siempre- de fuertes movilizaciones ciudadanas que por su carácter son inhabituales. Debido a que, muchas cuestiones sustanciales no tienen la trascendencia de una movilización, responden tal vez a una pequeña, o a un contexto no extraordinario sino recurrente.

Ackerman (1991) refleja su posición al reflexionar acerca del New Deal. Él cree que la actitud de los jueces fue la adecuada al frenar las políticas intervencionistas propuestas por el gobierno de Roosevelt que obtuvieron el nombre de New Deal. Por el motivo de que, las leyes intervencionistas suponían un cambio estructural en el sistema norteamericano y que por tanto iban en contra de acuerdos sociales de la población. Así Gargarella (2012) menciona que, esta postura se deriva de una manifestación tradicional del principio de frenos y contrapesos que supone atacar al otro poder y caer en el error de no generar un diálogo entre poderes donde se solucione el conflicto suscitado. En este contexto, creo que la postura de Ackerman con respecto al New Deal no fue del todo beneficiosa para la sociedad como lo menciona este autor; debido a que, de acuerdo con Sunstein (1993) estas políticas intervencionistas también tuvieron un fin social, como el de mejorar las condiciones de los trabajadores. Aquella necesidad por ejemplo respondía a anuencias de un gremio de trabajadores que pudieron o no responder a las movilizaciones que define Ackerman. Esto demuestra que muchos



acuerdos sociales no tienen el rol excepcional que menciona el autor. Y de ser así, se corre el riesgo de no encajar en el primer nivel, lo que conlleva a que los juzgadores no tengan como trascendentales estas anuencias como en el caso del New Deal. Como dijo Gargarella (2012) solamente hay decisiones con distintas tonalidades.

Al mismo tiempo, es importante analizar el fundamento democrático del control de constitucionalidad expuesto por John Ely que se enmarca de igual forma en lo que Gargarella (2012) llama como: postura genuinamente radical. Ely (1997) parte del concepto de una democracia representativa, en la cual las decisiones de cuestiones valorativas les corresponden a los políticos y, el poder judicial es el encargado de vigilar únicamente que los procedimientos de toma de decisiones se realicen de acuerdo con las garantías de los individuos.

Ely -al igual que Ackerman- respeta aquellos procesos de reflexión colectiva. No obstante, el primero se decanta por un contexto representativo donde las autoridades canalizan los intereses sustanciales de los ciudadanos (Ely, 1997). En ese marco, Gargarella (2012) piensa que este autor implícitamente aprueba una democracia pluralista donde se busca el no acaparamiento de un poder sobre otros. Él critica dicha posición porque observa que el pluralismo encuentra su preocupación meramente en el equilibrio estructural y no en el fondo de los problemas de la sociedad que pueden requerir acciones, mas no simples omisiones en las atribuciones de cada poder.

Ely (1997) fundamenta un control de normas efectuado por jueces que actúan como guardianes del debido proceso. Estos cuidan que exista una verdadera participación de los posibles afectados por una decisión. Es decir, al contrario de lo que manifestaba Ackerman, Ely se decanta por lo que parece una postura negativa, en la cual los jueces intervienen únicamente para que el procedimiento no se desarrolle de mala forma. Esto es, “la democracia es vista solo como una forma de evitar abusos de unos grupos respecto de otros”. (Gargarella, 2012, p. 176)

En cierta medida, esta postura busca que los jueces limitan su esfera de participación. Volvemos una vez más al punto de vista en el que los jueces no pueden intervenir en cuestiones políticas que tratan valores sustanciales, sino solamente se encargan de verificar que se cumplan las reglas del juego. El poder judicial controla “si las condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho



o no” (Nino, 1989, p. 87). Y son perfectos para esta tarea al estar ajenos al calor del debate.

Tal parece que Ely busca un equilibrio en el sistema en el cual nadie pueda interferir de manera arbitraria (Gargarella, 2012). Si partimos de esa idea se vuelve complicado fundamentar democráticamente el control de constitucionalidad a la política económica y social. Así como los demás autores su visión es importante, trae consigo reflexiones como las del poder judicial como guardián de las reglas del juego. Pero pierde relevancia frente a la fibra delicada de este control, esto es, cuando se toca el presupuesto del Estado.

Las decisiones que intentan materializar estos derechos recaen en los representantes o en los mandatarios del pueblo. Si nos adherimos completamente a posturas desarrolladas anteriormente sería imposible alcanzar una solución coherente para la dificultad democrática del control de constitucionalidad en esta materia. Como dice Sunstein (1993), para el equilibrio de un sistema se requiere que los jueces hagan más que mantenerse en una simple posición abstencionista.

Muchas prerrogativas requieren de acciones, prestaciones, erogaciones del Estado y frente a éstas ¿es factible que no exista control alguno? o ¿es conveniente que tribunales -de acuerdo con Ely- solo verifiquen si se ha cumplido con un debido proceso? ¿qué sucede si a pesar de verificar un procedimiento adecuado para una política económica y social ésta no cumple con las penurias de la sociedad que no necesariamente están en el texto constitucional? Por todas estas interrogantes es fundamental que un órgano actúe como protector de la democracia. Y para cumplir con aquello no basta las posturas desarrolladas, se requiere de una concepción distinta de democracia que busque razonablemente legitimar la conveniencia de un control a los derechos económicos y sociales.

#### *4. La democracia deliberativa como fundamento del control constitucional a la materia económica y social:*

El análisis de las tres posturas: elitista, populista y genuinamente radical dejó en evidencia la dificultad que existe al justificar el control de normas a la luz de la democracia. Muchos argumentos son buenos, pero se quedan cortos al momento de hacer frente a las críticas acerca del carácter antidemocrático cuando el control involucra



a los derechos sociales y económicos. No todo ha sido deficiente, a lo largo de este apartado se han extraído ideas de las distintas vertientes que servirán para la exposición de la legitimidad y conveniencia democrática.

Es menester mencionar que, encontrar un concepto de democracia que se adecúa al control en materia económica y social permitirá indagar en la institución jurídica de la distinción de poderes. Esto por la íntima relación y dependencia de estas dos, en la legitimidad y conveniencia de dicho control. Aquellos fundamentos teóricos aplicables a la realidad ecuatoriana facilitarán el examen del caso práctico propuesto en el capítulo II.

Para exponer la democracia deliberativa como argumento para la legitimidad del control de constitucionalidad tomaré principalmente lo desarrollado por Nino (1989) y Gargarella (2012). En especial, Gargarella (2013) menciona que, esta postura es aplicable para el caso de los derechos económicos y sociales porque permite un fortalecimiento de la actividad legislativa a través de procesos de diálogo donde se garantiza la imparcialidad en la toma de decisiones acerca de las condiciones básicas de los ciudadanos. Empero, no dejaré a un lado ciertos matices que considero son necesarios esbozar.

Es primordial comenzar por el concepto de democracia deliberativa para posteriormente exponer las razones de cómo este sirve para legitimar el control de normas en materia económica y social. Habermas (1998) fue reconocido por exponer algunas características del proceso comunicativo en la toma de decisiones. Considera fundamental la opinión pública para legitimar un sistema político, esto es, el poder reside en el pueblo. Resalta el autogobierno por la razón de que, en todo proceso legislativo es fundamental la comunicación de la población posiblemente afectada.

Siguiendo a Habermas (1998), para la institucionalización de un proceso deliberativo se debe tomar en cuenta tres principios:

- Principio Discursivo: en el cual los individuos puedan expresar su opinión en la formación legislativa, por lo que, una norma es válida si "...todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales" (p. 172).





- Principio de Democracia: en la toma de una decisión se considerará la regla de la mayoría, pero siempre que se haya cumplido con un proceso deliberativo y que por tanto a raíz de aquel se haya configurado un consenso.
- Principio de Legitimidad: el procedimiento de las decisiones políticas es legítimo cuando se ha efectuado un acuerdo racional, a consecuencia de un diálogo donde todos los individuos tuvieron la oportunidad de participar en condiciones de igualdad y libertad, por lo que han aceptado una determinada solución.

“La democracia se convierte así en el procedimiento que transforma el poder comunicativo en normas jurídicas y decisiones políticas” (Monsiváis, 2006, p. 296). Elster (1999) sigue estos argumentos manifestando que, las decisiones adquieren el componente democrático cuando han participado los individuos que puedan verse afectados por aquellas, comunicación que se realiza ya sea de manera directa o mediante sus representantes. Por otro lado, el procedimiento es deliberativo cuando el consenso social se ha conseguido a través de un diálogo racional e imparcial entre sus participantes.

Así, Nino (1989) es mucho más sincero al exponer que a través de un procedimiento deliberativo las soluciones que se consigan tienen una “mayor *posibilidad* [énfasis agregado] de ser moralmente correctas” (p.87). Esto debido a fuertes críticas que ha recibido esta postura al admitir la falta de plausibilidad de este concepto de democracia para las sociedades contemporáneas. En la pluralidad de opiniones el consenso es visto como un ideal, debido a que, no todos los que participan en el diálogo emiten argumentos racionales que frente a sus errores o sus malas interpretaciones aceptan una decisión distinta que ha adquirido el valor de ser correcta.

En el diálogo para la toma de decisiones legislativas o políticas muy pocas veces se deja espacio para la participación directa de la ciudadanía. Quienes deliberan ciertamente son los representantes y mandatarios del pueblo. Lo cual parece contradecir al menos los principios de Habermas en el proceso deliberativo que tal parece configuran un ideal donde los ciudadanos participan en condiciones de libertad e igualdad en un diálogo racional. Esto es, “la regla de mayoría es legítima en sí misma, pero no se acomoda bien en el marco de la deliberación como ideal de justificación política”. (Monsiváis, 2006, p. 301)



Los actores políticos a través de un mecanismo de mayorías deciden sobre las condiciones sociales y económicas de la población. Si algunos individuos dejan de verse representados por ellos sus argumentos quedarían en el olvido y el ideal deliberativo quedaría bajo el cúmulo de los intereses personales de los políticos o de grupos de poder. Esto resalta el problema de las mayorías que fue manifestado oportunamente, por eso creo que Nino es más honesto -o su argumento se desarrolla en una sociedad contemporánea donde el diálogo racional no es la regla general- al decir que un proceso de deliberación aumenta las *posibilidades* de que una decisión sea imparcial.

Por otra parte, pese a las dificultades mencionadas, Gargarella (2012) considera que la vía de la democracia deliberativa es la más adecuada en la búsqueda de la legitimidad del control de constitucionalidad, por ello, este autor menciona los siguientes aspectos positivos de un proceso de diálogo:

- En una deliberación los argumentos pueden ser contrapuestos y los participantes se podrían percatar de errores o contradicciones lo que enriquece dicho proceso.
- Existen varias exposiciones que amplían los temas tratados, brindan información que puede ser útil para los actores que participan en el diálogo.
- Al escuchar distintas posiciones el sujeto inmerso en el debate puede percatarse de los intereses de otras personas que no tomó en consideración en su exposición. Este proceso de solidaridad y empatía implica renunciar a cuestiones personales que están viciando el proceso a través del cual se quiere alcanzar un acuerdo social.
- Finalmente, la comunicación entre individuos tiene un efecto educativo. Cada persona aprende del prójimo, lo cual le puede llevar incluso a modificar sus argumentos iniciales.

Lo referido permite justificar la premisa de que la toma de decisiones imparciales no surge desde un proceso de reflexión individual de los jueces, sino de uno colectivo que se nutre de distintas opiniones hasta llegar a una solución correcta (Gargarella, 2012). Como se observa, esta visión tiene relación con la postura genuinamente radical. Pues él considera que esta vertiente tiene como punto de partida el hecho de que todos los ciudadanos están en condiciones de igualdad para decidir sobre sus circunstancias. Por tanto, las decisiones imparciales no deben emanar de un proceso llevado a cabo por un



grupo pequeño de personas ilustradas (una forma de aristocracia), que creen saber lo correcto para cada caso propuesto. Es decir, no acepta la postura elitista donde los jueces están en mejor posición para buscar lo que es conveniente para la sociedad.

En este contexto, Gargarella (2012) se nutre de esta democracia deliberativa y la posiciona como aquella que le dota de legitimidad al control de constitucionalidad, en especial en materia económica y social. Adopta este concepto para tres cuestiones fundamentales: i) Legitimar la actuación de las Cortes o Tribunales Constitucionales al momento de vigilar que la creación de una norma cumpla con este proceso de deliberación que le dota de validez a la misma, cuidando el entorpecimiento por grupos de poder o la segregación a minorías. ii) Fundamentar la necesidad de que los jueces tengan en cuenta los aspectos de la democracia deliberativa con el propósito de no involucrarse en cuestiones de moral privada. iii) Fomentar a los jueces la utilización de procesos de diálogo al momento de revisar una ley. Esto es, la adopción de mecanismos útiles y legítimos que les liberan de ostentar la *última palabra*.

Habermas (1998) también se ha pronunciado sobre el primer aspecto. Considera que la tarea de los jueces consiste en revisar "... las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes, empezando por las estructuras de comunicación de un espacio de la opinión pública cruzado por el poder que ejercen los medios de comunicación de masas" (p. 338). Es decir, los jueces actúan como guardianes de la democracia al verificar si se ha cumplido con las condiciones comunicativas en la formación legislativa. De igual forma, Mejía (2007) menciona que por intermedio del control de normas se comprueba si la actividad legislativa ha sido legítima, dicho de otro modo, que haya cumplido con un proceso de diálogo. Igualmente, John Ely (1997) toma esta visión para fundamentar un control constitucional donde los jueces deben verificar el cumplimiento de procedimientos, más no decidir sobre cuestiones sustantivas.

Gargarella (2013) va más allá de lo expuesto por Ely. Aquel considera que en el control de políticas sociales y económicas los magistrados no solo se centran en los procedimientos, sino que el control es más activo que el de Ely por referirse también a si estos son deliberativos. "Los jueces deben examinar con el escrutinio más estricto todas aquellas normas que no hayan surgido de un debate público robusto" (p. 124). A saber, se encargan de determinar si en las leyes o políticas se han tomado en cuenta la opinión



de los posiblemente afectados y desafiar las que se basan únicamente en los intereses personales de los representantes o de grupos de poder.

Como segundo punto, Gargarella (2012) a través de la democracia deliberativa fundamenta las esferas de decisión de los poderes públicos, siendo posible únicamente la de la moral pública. En esta se ven inmersos los intereses colectivos que tienen efectos económicos y sociales. Decisiones que deben cumplir con un proceso de diálogo social en donde no existan coacciones a grupos minoritarios o mayorías empobrecidas. Así, se trata de evitar que el interés de grupos de poder prevalezca sobre el de la colectividad y es ahí donde el control de constitucionalidad juega su papel fundamental.

Por otro lado, la esfera privada abarca decisiones que le corresponden personalmente a cada individuo por tratarse del modo en cómo lleva su vida. Nino (1992) dice que “el valor epistémico del proceso democrático no se aplica a las decisiones sobre ideales de excelencia humana o de virtud personal” (p. 698). En este espacio no puede participar el poder político y el judicial. Esto no significa que no se pueda legislar sobre aspectos privados, al contrario, los argumentos deben ser válidos y fundamentados en los efectos que pueden abarcar a terceros. En esto, los jueces adquieren un deber fundamental que es “impedir que los poderes públicos interfieran en cuestiones de moral privada mediante el dictado de leyes perfeccionistas<sup>21</sup>”. (Gargarella, 2012, p. 280)

Finalmente, Gargarella (2012) denota la importancia del concepto de democracia deliberativa para fomentar un verdadero diálogo entre los poderes. Sin que esto justifique que el judicial adquiera la última palabra. En este sentido, existen mecanismos como la técnica del reenvío que permiten desprender las críticas y el carácter antidemocrático que adquieren los jueces al tomar la última palabra en la solución de un conflicto de una norma que llega a su conocimiento.

La comunicación entre poderes, que se tocará en el próximo apartado, supone una condición que le dota de legitimidad democrática al control de constitucionalidad más aún en el caso de los derechos económicos y sociales que son regulados por los

---

<sup>21</sup> Gargarella (2012) considera que las leyes perfeccionistas son aquellas que buscan determinar el comportamiento de un individuo basado en el carácter moral del legislador. La tarea del juez es desafiar estas leyes mediante un control de norma. Por más difusa que parezca la distinción entre moral pública y privada, es positiva en el sentido de que emite argumentos importantes para la protección -en palabras de Robert Alexy- de la esfera intocable de los derechos de las personas.



representantes o mandatarios del pueblo. Se busca que cierta cartera del Estado o el órgano legislativo reflexionen sobre una norma que ha tenido consecuencia en los derechos de la población. Así la última palabra recaer en la soberanía y no en el poder judicial. Con esto se busca “la promoción del dialogo institucional, la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema institucional”. (Gargarella, 2012, p. 196)

Como se mencionó en un inicio, es fundamental partir de un concepto plausible de democracia para legitimar el control constitucional en materia económica y social. Muchos han intentado esta tarea y han brindado argumentos que sin duda enriquecen el debate, pero que vistos de cierto ángulo parecen insuficientes. Las críticas acerca del carácter antidemocrático del poder judicial de igual forma han ayudado a replantear el tema de la dificultad democrática de dicho control, lo cual ha ocasionado que esta problemática se trate en la academia o en la investigación jurídica.

Creo que es fundamental partir de la idea de Waldron (2018): muchos han emitido argumentos de legitimidad del control constitucional, pero pocos de ellos son democráticos. Al igual que este autor pienso que existen buenas razones para justificar la intervención judicial en la actividad legislativa, sin embargo, algunas no cumplen con cierto concepto de democracia. Lo cual no le quita legitimidad sino únicamente de legitimidad democrática. Con esto, quiero explicar que hay veces donde la Corte Constitucional ha tenido que intervenir de forma tal vez cuasi democrática para resguardar derechos fundamentales. Si es así, muchas críticas estarían bien fundadas, pero como dice Sartori (1993) se debe también observar las realidades democráticas y no solo ver a la democracia desde un ideal.

En este aspecto, es acertado lo que menciona Nino (1989) acerca de que el límite al control de constitucionalidad puede ser borroso porque “es una cuestión de razonabilidad, es una cuestión de sentido común”. La realidad pocas veces responde a la teoría, sin duda por ello es complicado que esta última se adecue totalmente a los ideales propuestos. Entonces ¿se puede legitimar democráticamente al control de constitucionalidad? Por supuesto que sí, hay buenas razones para hacerlo, no obstante,



estos argumentos se apegan a un concepto propuesto de democracia por lo que si se utiliza algún otro podría encontrarse dificultades que a prima facie no las negaría.

Desde una democracia deliberativa el control a la política económica y social es visto como aquel que permite resguardar las penurias de la sociedad que en ocasiones no llegan al poder político. La existencia de un órgano encargado de vigilar el proceso democrático es importante porque analizará si se ha cumplido con la apertura al diálogo social con los posiblemente afectados. Empero, este mecanismo no puede ser visto como uno que responde estrictamente a la protección de minorías, por el motivo de que, el fundamento no se puede dejar a escenarios fortuitos donde una corte alejada de la corrupción responda positivamente al resguardo de los derechos sociales y económicos. Con ello quiero exponer que los fundamentos democráticos deben ser mucho más fuertes que los que han tratado de ver a las Cortes Constitucionales como las heroínas. Esto no significa que no lo hayan sido o que a través de ellas no se hayan reconocido un sin número de derechos en épocas de crisis. Por el contrario, la legitimidad democrática es más que eso, lo cual permite enfrentar las contrariedades de mirar al control de constitucionalidad como un mecanismo fortuito que depende de la benevolencia de sus magistrados.

El control de normas es fundamental porque resguarda la democracia y vela por el cumplimiento de las reglas del juego. Y en ese proceso la deliberación está presente en virtud de que permite un acercamiento directo de sectores sociales con sus representantes y mandatarios. A manera de ejemplo se encuentran las audiencias en las acciones públicas de inconstitucionalidad en la que se da paso a que tanto el Estado como los ciudadanos expongan sus preocupaciones y defiendan sus razones de la constitucionalidad o no de una norma. Este diálogo nutre a los participantes porque se da la aproximación que muchos han sentido perdida en el desarrollo de la actividad legislativa.

Además, las audiencias públicas permiten la comunicación de otros sectores a través del *amicus curiae*<sup>22</sup>. Se constituye un debate que es característico de una democracia

---

<sup>22</sup> Mecanismo vigente en nuestro sistema de justicia que permiten la participación de cualquier persona interesada en la constitucionalidad o no de la norma que se discute en una audiencia pública por acción de inconstitucionalidad. Con el *amicus curiae* las personas de distintos sectores pueden presentar su visión



consensual y deliberativa. En el caso de los derechos económicos y sociales estos diálogos son fundamentales porque las normas tienen efecto directo en el diario vivir de los ciudadanos. Y puede ser el caso de que cierta disposición vulnera derechos fundamentales o que en el caso de las políticas estas no cumplan adecuadamente con las necesidades de la población.

Ahora bien, como he manifestado insaciablemente, el caso de los derechos económicos y sociales es complejo por las fuertes erogaciones que -en la mayoría de los casos- supone materializar estos derechos. Al ser un tema controversial se ha consolidado una dificultad democrática en el control de esta materia por ser catalogada como cuestiones que corresponden a los políticos y no a los jueces. Como se ha dicho, en este punto la legitimidad y conveniencia se complica debido al temor de que magistrados constitucionalicen el sistema económico o que emitan decisiones que generan un alto costo para el Estado. (Uprimny, 2001)

Hay que mencionar que, a través del concepto de democracia que sostiene Gargarella, la intervención de los jueces en materia económica y social está debidamente fundamentada. Sin embargo, creo que es necesario mencionar ciertos matices a su postura. El autor al momento de explicar el diálogo entre poderes denota la relevancia de que el poder judicial no ostente la última palabra. Así "... el poder judicial se encarga directamente de instar al Legislativo a que vuelva a reflexionar sobre su decisión, y si así fuera, los legisladores entonces se verían incentivados a reagruparse y repensar dicha medida" (Gargarella, 2012, p. 196 ). Lo alegado es bastante ambiguo y en su texto que se ha analizado a lo largo de este apartado: *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, no explica con claridad que es equivalente a que los juzgadores no tengan la última palabra.

Por ejemplo, por intermedio de mecanismos idóneos como el principio de razonabilidad utilizado en el caso *Grootboom vs Gobierno de la República de Sudáfrica* (Abramovich & Courtis, 2001), los jueces pueden determinar que una medida no ha sido adecuada

---

al respecto como una ayuda al juez para que resuelva con más elementos de los esbozados por las partes procesales.



con las necesidades de cierto sector de la población<sup>23</sup> ¿Esto involucraría tener la última palabra? Desde la visión de Gargarella la respuesta será positiva porque supone decidir de forma definitiva que la medida no es razonable. Pero, por otro lado, se podrá decir que la decisión no conlleva tener la última palabra, por cuanto es el órgano encargado de legislar aquel que adecuará las condiciones de la política para que esté conforme a la Constitución.

Creo que las decisiones en un control de constitucionalidad y en especial en materia económica y social deben ser precisas. Se tiene que debatir tanto la razonabilidad como el sistema de derechos afectado por la medida en específico. Verbigracia, decisiones como las del caso *Grootboom vs Gobierno de la República de Sudáfrica* son sumamente convenientes, por el motivo de que se determinó las falencias de un sistema de viviendas, sin la necesidad de alegar un derecho individual de cada persona que podría generar un alto costo en su cumplimiento<sup>24</sup>.

En efecto, no se puede tomar a los jueces como pioneros en la protección de los derechos económicos y sociales más bien conviene resaltar el interés en un adecuado manejo de políticas y acciones legislativas por parte de los mandatarios y representantes del pueblo. La motivación de la Corte Constitucional debe exteriorizar su legitimidad democrática al actuar como guardiana de las reglas del juego. Y evitar el protagonismo aludiendo que en primer lugar estos derechos se materializan mediante otras garantías, en las que las jurisdiccionales se activan únicamente frente a la falla de aquellas.

Los jueces no crean las leyes sociales o las políticas económicas. Los magistrados verifican que estas hayan cumplido con un proceso democrático deliberativo. Pueden emitir argumentos que generan obligaciones concretas a los legisladores frente a la necesidad de cierto sector de la población. Es decir, se involucran más de lo que parece alegar Gargarella como una simple reflexión en la cual la potestad de reconsiderar la

---

<sup>23</sup> Recordemos que en este caso paradigmático el Tribunal Constitucional Sudafricano decidió que el gobierno no había tomado una *medida razonable* en su plan de vivienda para las personas que se encuentran en situación de extrema urgencia. Los jueces no alegaron un derecho a la vivienda individual de este sector, por el contrario, se centraron en analizar la razonabilidad de la política de vivienda y recordar al gobierno que su prioridad también es con aquellas personas que se encuentra en situaciones precarias.

<sup>24</sup> Esto ayuda a desvirtuar las críticas mencionadas en Uprimny (2001) acerca de que las decisiones de los jueces no toman en cuenta el presupuesto del Estado. Haciendo frente al costo de los derechos sociales los juzgadores pueden analizar leyes o políticas y determinar si estas son o no constitucionales sin provocar malestar en el seno del gobierno por tomar una decisión sin ningún criterio técnico financiero.





medida queda en el legislativo. Aquello no solucionaría ningún problema, si pretendemos que sea el legislativo el que considere si ha actuado mal, regresamos al planteamiento de la postura radical donde el órgano que se quiere controlar es controlado por el mismo. Los Tribunales y Cortes Constitucionales participan como entes que presentan una visión concreta al problema social limitados por las funciones que les corresponden a otros poderes del Estado. En este proceso los representantes se ven con el deber de adecuar los parámetros que ha recomendado este órgano y generar un proceso de debate más arduo donde inclusive puede mejorar el análisis efectuado por los magistrados. Su tarea radica en decidir el tema social y económico de mejor forma que en aquel momento en que se dictó la norma, tomando en cuenta los errores o inobservancias que se han detectado a través de un control constitucional.

En este sentido, al declarar que una norma no es razonable supone fomentar el diálogo entre poderes y no darles la última palabra a los jueces. Comunicación que Gargarella (2012) manifiesta como característica en una democracia consensual. Mediante esta deliberación la Corte podría decidir la inconstitucionalidad de una ley sin entorpecer las demás funciones de los poderes del Estado ni generar efectos financieros fuertes. Asimismo, de esta manera dejaría de ser cómplice de un sistema que no es idóneo con los derechos económicos y sociales.

Por consiguiente, una vez que se ha desarrollado el modelo de democracia deliberativa como aquella que le dota de legitimidad y conveniencia al control de constitucionalidad a la política económica y social, es menester referirse al rol de los poderes del Estado en este contexto democrático que promueve el dialogo y comunicación. Es fundamental que los poderes funcionen de tal manera que coadyuven al reconocimiento de los derechos económicos y sociales. Por lo tanto, es necesaria una cooperación con la finalidad de que el control de normas, ejercido por un Tribunal o Corte Constitucional, no sea visto como un mecanismo que socava las funciones de los órganos con potestades legislativas o que elimina todo ideal de democracia.

### **1.3.2 Institución jurídica: Distinción de poderes**

Al partir de una visión deliberativa de la democracia es sustancial referirse al rol de los poderes en este contexto democrático que coadyuva a la legitimidad y conveniencia del



control de constitucionalidad a los derechos económicos y sociales. Desde una noción comunicativa, los poderes deben estar debidamente estructurados y cooperan en la protección de los derechos de la población. Se generan diálogos que favorecen al mejor desarrollo de las condiciones de vida de los ciudadanos, más aún en materia social y económica

A raíz del quiebre de la monarquía se vio la necesidad de *dividir* los poderes del Estado para enfrentar el absolutismo y buscar una limitación al exceso del poder político (Locke, 1959). No siendo suficiente esta división plantearon la *separación* con el fin de evitar la concentración del poder en una sola entidad (Gómez & Montoya, 2017). Así, se dio paso a la estructuración de tres órganos, representantes del poder ejecutivo, legislativo y judicial. Empero, esta fragmentación no solo fue física sino funcional, por ello se consolidó un sistema de atribuciones que estaba singularizado, en el cual no se acepta injerencia alguna. (Montesquieu, 1990)

La separación era tal, que no permitía la comunicación entre poderes. Mucho menos se aceptaba la idea de un control judicial por pensar que aquel al anular una ley entorpece las funciones del legislativo. Posteriormente, frente a los excesos principalmente del órgano legislativo surge la premura de implementar un principio de *pesos y contrapesos* con el cual se resguarda el límite de cada poder, evitando así arbitrariedades que perjudican la estructura del Estado.

Un precursor de llevar a efecto el principio de pesos y contrapesos fue James Madison (2010). En *El Federalista* escribió la urgencia del equilibrio entre los poderes a través de la facultad de un poder de intervenir en funciones que estrictamente les corresponden a otros, con el propósito de evitar exuberancias en el ejercicio de cada atribución. Gargarella (2012) al desarrollar la postura radical -mencionada en el apartado anterior- explicó cómo esta preocupación surge posterior a la independencia de Estados Unidos donde las acciones del poder legislativo estaban destinadas a frenar cualquier control supuestamente destinado a socavar la voluntad popular.

Continuando con Gargarella (2012), este autor menciona que la postura de Madison acerca de este principio estuvo bien para el contexto en el cual se originó, sin embargo por las necesidades que aquejan a los estados contemporáneos el sistema de pesos y contrapesos debe ser visto como aquel que propende la comunicación entre poderes,



más no como un arma con la capacidad de destruir al prójimo y eliminar su independencia. Esto es fundamental para comprender la función de este principio en una democracia deliberativa donde el diálogo es requisito sine qua non para la toma de decisiones.

En consecuencia, los derechos económicos y sociales se vieron plenamente afectados por la visión tradicional de la distinción de poderes. Por la razón de que esta perspectiva generó exclusividad sobre estos derechos al poder ejecutivo y legislativo. Los representantes del pueblo eran los encargados de disponer de los recursos conforme manifestaban las leyes. La política social y económica se consideró de formación programática que estaba supeditada a la creación legislativa por el costo que generaba materializar dichos derechos, como bien se explicó en el segundo punto del presente capítulo.

Estados Unidos es un claro ejemplo de las complicaciones que originó la separación estricta de poderes en su versión más tradicional. Tan controvertido fue el tema que varios pronunciamientos de la Corte Suprema Federal determinaron que algunas materias son cuestiones políticas y que por tanto no están sujetas a justiciabilidad (Irrarázaval, 2016). Los derechos económicos y sociales no fueron la excepción, al creer que siempre requieren de la disposición de recursos se constituyó como una cuestión política en la cual los jueces no tenían competencia para emitir criterio alguno.

Como se dijo en líneas anteriores, la noción de no justiciabilidad de estos derechos fue superada. Ahora, sin embargo, queda hacer frente a las nuevas necesidades de los estados contemporáneos y con ello el rol de cada poder en la protección de los derechos económicos y sociales. Como vimos, desde una visión tradicional es imposible que los jueces puedan intervenir en temas que conllevan a la distribución del presupuesto. Por este motivo, junto con la constitucionalización del ordenamiento jurídico donde los derechos sociales son considerados normas jurídicas con fuerza vinculante y con una visión deliberativa de la democracia, es necesario contar con una noción comunicativa de la distinción de poderes, para alcanzar la protección de estos derechos.

Así el panorama, es primordial expresar ciertas ideas en las que el principio de distinción de poderes legitima el control constitucional en materia económica y social.



Como primer punto es importante tener claro que los derechos se materializan en primera ocasión mediante otros mecanismos: legislativos y de políticas públicas. Por lo que, solamente cuando estos fallan es necesaria la intervención de las Cortes Constitucionales como guardianas del cumplimiento de procesos democráticos en la toma de decisiones sobre las condiciones de vida de los ciudadanos.

Creo que es necesario dejar de ver a la justicia constitucional como un poder que adquiere facultades legislativas cuando por críticas de dificultad democrática es indispensable que no las realice. Además, esto podría causar un efecto contraproducente y eliminarse definitivamente del debate político los derechos económicos y sociales. Sobre este aspecto el autor Juan Antonio Cruz (2013) indica que:

... Buscamos una protección eficiente, real y no meramente simbólica -peor aún ideológica- de los derechos. Debemos rechazar y oponernos a versiones reduccionistas y formalistas que con ingenuidad (o malicia) ven en los mecanismos jurídicos la única clave para la protección efectiva de los derechos. (p.87)

Es decir, se debe tener claro que los representantes tienen obligaciones con el pueblo. Son ellos los que cada vez deben adecuar las normas a las penurias de la sociedad, inclusive en momentos de crisis donde adquiere la obligación de destinar los recursos principalmente a sectores sociales y económicos<sup>25</sup>. Esto no sustrae la posibilidad de que en un control constitucional se analice la razonabilidad de una medida, o que se proteja los derechos económicos y sociales mediante el análisis constitucional de una norma. La Cortes Constitucionales pueden y están para hacerlo, pero esto no debe ser la regla general porque con base en un principio democrático es el órgano legislativo el que está para responder a la escasez de la población mediante la actividad legislativa.

Por lo tanto, desde la teoría de los pesos y contrapesos, las cortes constitucionales al ejercer un control de constitucionalidad en materia económica y social no están involucrándose en las funciones que -por estructura- les corresponden a otros poderes del Estado. Los jueces frenan disposiciones legislativas que se hayan dictado mediante un proceso que dista mucho de ser democrático, un proceso que ha beneficiado a las voces predominantes del país o uno que se haya suscitado en desmedro de sectores afectados por las medidas en cuestión.

---

<sup>25</sup> Al respecto véase la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



Así, el “órgano legislativo preserva su autoridad, pero al mismo tiempo recibe la ayuda de las demás partes del gobierno, de forma tal de asegurar decisiones finales más respetuosas de los puntos de vista de los involucrados” (Gargarella, 2013, p. 126). Entonces, el control de constitucionalidad está perfectamente legitimado desde un principio de pesos y contrapesos que permite un enfoque contemporáneo de los poderes del Estado. En el que, ante la falibilidad de las mayorías exista un mecanismo que permita resguardar el sistema de derechos y así evitar una posible desconsolidación del sistema democrático. (Mounk, 2018)

En un control de normas -mediante el diálogo entre poderes- los magistrados podrán presentar datos estadísticos al legislativo, información que por lo general se presenta en las audiencias públicas. También está en la facultad de advertir que la medida legislativa está negando compromisos constitutivos de la sociedad (Ackerman, 1991) o está restringiendo derechos que forman parte de un bloque de constitucionalidad o convencionalidad. De igual forma podrá intervenir de manera más incisiva en apoyo al legislativo, instando el cumplimiento de parámetros dentro de plazos establecidos. (Gloppen, 2006)

Por lo tanto, son muchas las acciones que pueden realizar los jueces en pro de los derechos económicos y sociales, pero siempre ejerciendo un diálogo entre los poderes. A saber, sin que esto signifique socavar las funciones de otros poderes o la misma soberanía que la constituye el pueblo. Como se dijo, es cierto que el límite del control constitucional parece borroso (Nino, 1989), pero esto no quiere decir que no sea legítimo democráticamente o que sus efectos no sean convenientes. Justamente la función de los constitucionalistas radica en repensar el paradigma y fomentar la implementación de mecanismos, ya sea a través de leyes o mediante el incentivo de líneas jurisprudenciales que generan un *stare decisis* en los jueces de las Cortes Constitucionales, para que dicho límite sea cada vez más claro.

- ❖ En el siguiente capítulo de esta investigación se analiza un caso práctico resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador que permite verificar los aspectos positivos y errores frente a un control constitucional en materia social. Al mismo tiempo se emitirá recomendaciones en la toma de decisiones judiciales con el propósito de que estas vayan acorde a un sistema democrático deliberativo y donde el principio



de pesos y contrapesos interviene para comunicar ciertas necesidades al órgano encargado de legislar sobre los derechos económicos y sociales.

## **CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR N°024-16-SIN-CC**

La asamblea nacional constituyente del 2008 reconoce a la Corte Constitucional como el mayor órgano de interpretación y control constitucional (CRE, 2008, Art. 429). En lo tocante al control<sup>26</sup>, le atribuye a este órgano una gran cantidad de atribuciones que le permite ejercer una revisión de leyes, actos administrativos, actos normativos con efectos generales, declaración de estado de excepción, entre otros (CRE, 2008, Art. 436) (LOGJCC, 2009, Art. 75). No cabe duda que, al establecer la CRE como la LOGJCC un control robusto que abarca -básicamente- toda la actividad legislativa, se genera una fricción entre: democracia y derechos.

Para evitar este conflicto es necesario que el control constitucional goce de legitimidad y conveniencia. Todavía más cuando se tratan los derechos económicos y sociales que tradicionalmente han estado a cargo de los representantes de la población. En este sentido y al haber expuesto en el primer capítulo los argumentos teóricos acerca de la democracia y distinción de poderes desde una óptica que permita la justiciabilidad de estos derechos, corresponde en este capítulo el examen de un caso práctico.

A través del análisis de una sentencia se podrá verificar como la Corte Constitucional se refirió a la materia económica y social, y determinar si las medidas adoptadas fueron legítimas y convenientes. Así pues, es fundamental el estudio de la parte argumentativa de la jueza constitucional ponente, debido a que, es ahí donde se observará si sus fundamentos son plausibles en el marco de la democracia deliberativa. Teniendo en cuenta que, como se dijo en el anterior capítulo, este concepto de democracia es

---

<sup>26</sup> Es menester mencionar que el control al cual me refiero es el que, el legislador en el Artículo 75 de la LOGJCC ha llamado como abstracto. A pesar de que, en este artículo se observan varias facultades que en sentido estricto no forman parte del modelo de control constitucional conocido como abstracto o *ex ante*. Este debate no deja de ser importante, sin embargo, para efectos de la presente investigación lo llamaré como menciona la ley. Sin dejar a un lado la consideración de que muchas de las atribuciones de la Corte Constitucional al momento de ejercer un control se encasillan de mejor forma en un modelo *concreto*, pues se tiene en cuenta los hechos. Por lo tanto, con la finalidad de no desviarme de los objetivos de esta investigación este debate entre si el legislador debió configurarlo como concreto y no abstracto, no será abordado.



compatible con un modelo de control de constitucionalidad a los derechos económicos y sociales.

Asimismo, el presente caso es fundamental para el objeto de esta investigación porque la sentencia **N°024-16-SIN-CC** se refiere a una acción pública de inconstitucionalidad presentada por oriundos del cantón Limón Indanza en contra de un acto normativo con efectos generales (Ordenanza), emitido por el Concejo Municipal del Cantón Limón Indanza. Por el motivo de no reconocer derechos de grupos vulnerables en el cobro de un tributo.

En efecto, el control de la atribución que corresponde a los Gobiernos Autónomos Descentralizados para crear, como en este caso, el tributo por contribuciones especiales de mejoras genera consecuencias económicas. Además, esta sentencia es importante porque las ordenanzas constituyen una facultad legislativa de los GADS, esto es, la Corte está ejerciendo una revisión de aquello que en específico le corresponde al Concejo Municipal. Por consiguiente, hay que preguntarse: ¿la manera en cómo realizó la Corte Constitucional este control de constitucionalidad es concebible con las características de la democracia deliberativa? La respuesta se encuentra en los siguientes puntos.

## **2.1 Argumentos de los accionantes y accionados**

Los accionantes: Luis Aurelio Samaniego Jara, Marcos Gilberto Torres Sarmiento, Lía Rebeca Cárdenas Averos, Henry Patricio Peláez Arévalo, Jorge Danilo Molina Lituma, Segundo Alejandro Gómez Íñiguez y Manuel Cruz Cuji Landi, el 5 de junio de 2013 presentaron acción pública de inconstitucionalidad en contra de la *ordenanza general para el cobro de contribuciones especiales de mejoras a beneficiarios de obras públicas ejecutadas en el cantón Limón Indanza*, publicada en el Registro Oficial N° 396 del 2 de marzo de 2011 (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016). Este acto normativo se regula con el objeto de determinar el cobro del tributo de contribución especial de mejoras para “los propietarios de inmuebles urbanos por el beneficio real o presuntivo que a estos proporcione la construcción de una obra pública en el territorio del cantón Limón Indanza”. (*Ordenanza General Para El Cobro de Las Contribuciones Especiales de Mejoras a Beneficiarios de Obras Públicas Ejecutadas En El Cantón Limón Indanza* [Ordenanza General], 2011, Art. 1)



En su parte pertinente, la ordenanza determina que solamente las siguientes personas estarán excluidas del pago de este tributo:

- a) Los predios que no tengan un valor equivalente a veinticinco remuneraciones mensuales básicas mínimas unificadas del trabajador en general; y b) Los predios que hayan sido declarados de utilidad pública por el Consejo Municipal y que tengan juicios de expropiación, desde el momento de la citación al demandado hasta que la sentencia se encuentre ejecutoriada, inscrita en el Registro de la Propiedad y catastrada. En caso de tratarse de expropiación parcial, se tributará por lo no expropiado. (Ordenanza General, 2011, Art. 18)

Por otra parte, en su disposición transitoria primera el mencionado cuerpo normativo prescribe: “La presente ordenanza será aplicable a todas las obras de adoquinado, aceras o bordillos, terminadas, cuyas liquidaciones del tributo se encuentren pendientes de emisión” (Ordenanza General, 2011, Disposición transitoria primera).

Tanto el artículo 18 como la disposición transitoria primera son fundamentales para el desarrollo del presente caso. Es así, que en la Sentencia N° 024-16-SIN-CC (2016) se puede observar principalmente tres argumentos de los accionantes:

- i) Alegan que la Ordenanza que regula el cobro del tributo de contribuciones especiales de mejoras no reconoce las exenciones que les corresponden a los adultos mayores, discapacitados y mujeres jefas de hogar con recursos económicos bajos.
- ii) Igualmente, manifiestan que con la Ordenanza se pretende una recaudación excesiva que no responde a la capacidad contributiva de los habitantes del cantón Limón Indanza. En consecuencia, dicen que no existen registros de que se haya realizado un estudio socio económico que verifique si la población tiene recursos suficientes para cargar con el pago del aludido tributo.
- iii) También se refieren a que, con la disposición transitoria primera de la Ordenanza emitida por el Concejo Municipal se dispone un tributo por obras que se construyeron con anterioridad a este acto normativo, en consecuencia, la obligación tributaria es retroactiva.

Con estos motivos los accionantes expresan que se han vulnerado los siguientes derechos en su dimensión ius fundamental: i) el derecho de los adultos mayores a las exenciones tributarias y el acceso a una vivienda digna (CRE, 2008, Art. 37 numerales 5 y 7); ii) el derecho a las exenciones tributarias y vivienda digna de las personas con





discapacidad (CRE, 2008, Art. 47 numerales 4 y 6); y iii) el principio de irretroactividad del régimen tributario (CRE, 2008, Art. 300). De modo que, plantearon como pretensión:

... La inconstitucionalidad de la Ordenanza General para el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras a beneficiarios de Obras Públicas ejecutadas en el Cantón Limón Indanza, publicada en el Suplemento del Registro Oficial °. 396 de miércoles dos de marzo de dos mil trece; ordenándose además que se quede sin efecto los títulos de crédito emitidos con base a la inconstitucionalidad de esta norma municipal. (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016)

Es evidente que los accionantes solicitan un examen no solo de sus derechos como grupo de atención prioritaria sino también acerca de los efectos económicos de la Ordenanza General.

Por consiguiente, en su primer argumento los accionantes aluden los derechos de los adultos mayores y personas con discapacidad que forman parte del grupo de atención prioritario. Este grupo de personas se encuentran desprotegidas y en posición de vulnerabilidad “por una incorrecta o insuficiente protección o la falta de eliminación de barreras que impiden el disfrute de los derechos humanos” (Trinidad, 2012, p. 129). Por esta razón, los Estados han reconocido a través de sus normas fundamentales prerrogativas que les permitan el ejercicio de actividades, planes de vida y desarrollo personal en igualdad de condiciones. Verbigracia, el Estado ecuatoriano en el capítulo tercero de la Constitución desarrolla la manera en cómo las instituciones públicas, privadas y los particulares deben actuar de conformidad a la protección de este grupo de personas que, por motivos de género, raza, edad, entre otros, encuentran limitantes que requieren ser eliminadas.

Así también, se refieren a mujeres jefas de hogares con recursos económicos escasos. Sin olvidar, que la Organización de Naciones Unidas [ONU] considera a las mujeres como parte del grupo vulnerable (Trinidad, 2012). Vulnerabilidad que como menciona Pilar Trinidad Núñez (2012) no significa debilidad, de hecho, es una circunstancia de desfavorecimiento que puede atenuarse con el cumplimiento de exigencias sociales que buscan alcanzar una normalidad en el acceso a oportunidades, que permite el efectivo goce de los derechos que le corresponde al ser humano. (Mariño Menéndez, 2001)

Llama la atención la forma en como los accionantes manifiestan la inconstitucionalidad de la Ordenanza General. Tanto en el primer argumento como en el segundo, exponen sus preocupaciones acerca de las consecuencias económicas en el patrimonio de los



habitantes del cantón Limón Indanza por el cobro del tributo. Esta alegación tiene como objetivo que la Corte Constitucional se refiera a cuestiones que tienen evidentes efectos económicos. Es decir, hacen alusión en general a las condiciones sociales y económicas de toda la población del cantón y no solamente a los derechos de los grupos de atención prioritaria.

Así, los accionantes exponen que el tributo es desmesurado, expresamente dicen que “la ordenanza impone un cobro excesivo de valores por contribución de mejoras ... No se ha llevado a cabo un estudio socio económico que permita ... la posibilidad de cancelar los títulos de crédito por parte de las personas de escasos recursos” (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, pp. 10-11). Sin embargo, hay que advertir que los accionantes no se refieren a una disposición concreta de la Ordenanza General ni especifican el grupo de la población que no cuenta con los recursos necesarios para asumir el cobro en cuestión.

No obstante, se deduce que estos fundamentos hacen una fuerte mención al tema de la pobreza. Situación por la cual existen ciudadanos que se encuentran afectados por el tributo creado por el Concejo Municipal. En definitiva, el tema de inconstitucionalidad, como se mencionó, no solo abarca los derechos sociales de los adultos mayores y personas con discapacidad, sino existe un argumento que permite inferir que se inobserva el principio de capacidad contributiva de los destinatarios de la norma. Por ello, en la demanda los accionantes solicitan a la Corte Constitucional la eliminación de los títulos de crédito (con efecto retroactivo), esto, por el grave daño que ha ocasionado la Ordenanza en los derechos de los oriundos de Limón Indanza.

Lo alegado por los accionantes acerca de una imposición tributaria sin límites, si bien no fue abordado con la importancia que merece por parte de la defensa técnica, si dejó en evidencia que existe una posible afectación a los derechos constitucionales de los sujetos pasivos por una tributación que no toma en consideración sus posibilidades económicas. Si las condiciones de la mayoría del cantón Limón Indanza son precarias, los accionantes debieron manifestar de manera clara una disposición de este acto normativo y redactar como ésta afecta a los diferentes derechos en su dimensión ius fundamental. Por ejemplo, se pudo hacer un análisis más profundo del derecho a una



vivienda digna y la capacidad económica de todos los afectados y no únicamente de las personas con discapacidad o adultos mayores.

La vivienda tiene una connotación importante en el derecho nacional e internacional. Nuestra Constitución reconoce el derecho a la vivienda digna y la responsabilidad del Estado en la regulación y reconocimiento de políticas, programas, leyes que garanticen el efectivo goce de la vivienda (CRE, 2008, Art. 375). De igual manera, el Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales manifiesta que uno de los aspectos fundamentales en el marco de una vivienda adecuada constituye el *gasto soportable*. Factor que obliga a los Estados parte a “adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso”. (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1991, Prr. 8 literal c)

Como se observa, el derecho a una vivienda digna está relacionado con los recursos del propietario y los gastos que este pueda soportar. Es por esto, que el beneficio que recibe el inmueble por objeto de la contribución especial de mejoras debe estar de acuerdo con la capacidad económica del sujeto pasivo del tributo. En definitiva, “mal podría la autoridad exigir el pago de una obligación a un contribuyente que no tiene la facultad económica para responder con la responsabilidad impuesta por la Autoridad”. (Chiriboga, 2014, p. 41)

En definitiva, la tarea del Concejo Municipal al hacer uso de su facultad legislativa al momento de crear tributos no es sencilla. Abarca un examen extenso de la compatibilidad entre el beneficio que supone la contribución especial de mejoras y la capacidad contributiva del ciudadano, que responde a derechos constitucionales como el derecho a la vivienda digna (CRE, 2008, Art. 375) y a principios constitucionales como es el de cumplir con un régimen tributario equitativo y de suficiencia recaudatoria. (CRE, 2008, Art. 300)

Dentro de este contexto, los accionantes debieron ser más enfáticos en el elemento de la capacidad económica de los sujetos pasivos del tributo que envuelve gran parte de sus argumentos. Sin duda, es un caso complejo que ameritaba un análisis de derechos sociales y condiciones de vida de la población de Limón Indanza. La Corte Constitucional enfrentó un gran reto, por la razón de que su decisión se enmarcaba en la determinación



de gastos de varias personas y de los eminentes efectos económicos en la gestión del municipio de Limón Indanza que abarcaba el pronunciarse sobre la irretroactividad del acto normativo.

Siendo este el panorama, compete en este momento referirse a la contestación a la acción pública de inconstitucionalidad por parte de la Procuraduría General de Estado y del Municipio de Limón Indanza. La primera institución, como primer argumento menciona que la facultad que ostentan los Gobiernos Autónomos Descentralizados para crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras a través de ordenanzas está reconocida en la Constitución (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016). De esta manera cita los artículos 226, 240, 264, 270, 287 y 301 de la norma madre, que en resumen establecen la atribución de los municipios de financiarse a través de la creación de tributos (tasas y contribuciones especiales de mejoras) mediante actos normativos con efectos generales.

Esto, con la finalidad de exponer que la Ordenanza General estaría lejos de ser inconstitucional debido a que surge de una facultad legislativa reconocida en la norma fundamental, que tiene íntima relación con la autonomía de las instituciones de derecho público a generar sus propios recursos. De esta forma, como segundo y último argumento menciona la potestad exclusiva de los Municipios para decidir acerca de los límites de las exoneraciones de este tributo (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016). Así alega que, los artículos 55, 57 literal c, 576, 578 y 592 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización [COOTAD] prescriben la competencia de los municipios con respecto a su financiamiento por intermedio de las contribuciones especiales de mejoras. (*Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016*)

En concreto, la Procuraduría General del Estado dice que se rechace la acción pública de inconstitucional por la siguiente razón:

... Si la propia Constitución faculta a los gobiernos autónomos descentralizados municipales emitir ordenanzas para el cobro de contribuciones especiales de mejoras, como la facultad de exonerar o extinguir dichas tasas, significa también que están facultados dichos entes municipales, para establecer el límite de exoneración especial de mejoras, como sucede en el caso, y que los propios recurrentes citan, en consecuencia no existe ninguna vulneración de las normas constitucionales invocadas por los accionantes. (*Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, pp. 13-14*)



Posteriormente, por parte del municipio comparecen el alcalde y procurador síndico manifestando que, de igual forma, la atribución del Concejo Municipal de Limón Indanza para crear tributos está determinada tanto en el Constitución como en la Ley. Así, citan los siguientes artículos: 264 de la Constitución; artículos 53, 55 y 57 del COOTAD; y, artículo 35 del Código Tributario. Precisan que no se ha actuado de manera arbitraria ni fuera del margen de las competencias municipales que prescribe el ordenamiento jurídico. (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016)

Además, en la sentencia N° 024-16-SIN-CC (2016) consta que, los accionados aluden que los accionantes evitan decir si es que se trata de una inconstitucionalidad en la forma o fondo, cuestión que ellos manifiestan como indispensable para la presentación de la acción. Con respecto a los derechos de los adultos mayores y discapacitados fundamentan su argumento en que el artículo 14 de la Ley Especial del Anciano y artículo 22 de la Ley de Discapacitados no prescriben las exoneraciones en el pago de tributos. Por lo que, concluyen que su actuación ha sido apegada a ley.

Finalmente, sobre la cuestión de la irretroactividad que los accionantes alegaron como inconstitucional, afirman que:

... No era posible señalar el cobro de valores por obras no ejecutadas en la presente administración, cuando en realidad lo que se está haciendo es aplicar el contenido de las ordenanzas publicadas en el Registro Oficial N° 876 del 19 de febrero de 1988. (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, pp. 14-15 )

Los accionados no se refieren acerca de la capacidad contributiva de las personas que residen en el Cantón Limón Indanza. Por ello, no respondieron si es que efectuaron los estudios socio económicos para determinar si los sujetos pasivos pueden soportar la carga económica que significa el pago del tributo. Eso demuestra que su análisis tiene como punto central el hecho de que la determinación de tributos es una cuestión que exclusivamente le compete a la administración pública. De modo que, no habría razón alguna para que se discuta su facultad si la misma ley le atribuye discrecionalidad al momento de definir exoneraciones.

Esta postura de las instituciones del Estado es muy similar a la vertiente radical de la democracia que se analizó en el capítulo anterior. En el radicalismo es esencial que las atribuciones legislativas no estén sujetas a control por cuanto solo los órganos encargados de realizarlas cuentan con el respaldo de las mayorías (Gargarella, 2012).



Lo que buscan los accionados es básicamente la falta de competencia de los jueces constitucionales de analizar la constitucionalidad de un acto normativo que se ha dictado de conformidad a la misma Constitución y leyes pertinentes.

Tanto la Procuraduría del Estado como el Municipio de Limón Indanza resaltan la importancia de que los Gobiernos Autónomos Descentralizados decidan acerca de su financiamiento, sin intromisión de otros órganos del Estado. Por esta razón, niegan la vulneración de derechos constitucionales y en realidad evitan darles relevancia a las disposiciones constitucionales citadas por los recurrentes. Exponen que no han inobservado los derechos de los grupos de atención prioritaria por no estar reconocidos en leyes que ellos han examinado, es decir, no existe una argumentación de acuerdo con la Constitución y peor aún con respecto a instrumentos internacionales de derechos humanos.

Dentro del dialogo que caracteriza a la democracia deliberativa, es fundamental que las instituciones del Estado defiendan la constitucionalidad de sus leyes con hechos y actos en pro de los derechos de los ciudadanos. En este contexto, quienes comparecen por parte del Municipio debieron presentar los estudios necesarios que determinen que existe compatibilidad entre el beneficio de la contribución especial de mejoras y la capacidad económica de la población. Lejos de ejercer una justificación constitucional, los accionados hicieron un análisis meramente legal que no responde al cambio de paradigma que vive nuestro país. Aquello evidentemente afecta a la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos, pues si dejan de verse como normas con fuerza vinculante estarán destinados a quedar como meras declaraciones en documentos fundacionales.

De ello, resulta necesario decir que los argumentos de los accionados pudieron encaminarse a la comunicación y así romper la brecha grande que existe entre administración y administrados. Si es que se sopesa la falibilidad de las mayorías y los órganos representativos, el municipio tiene la obligación de rendir cuentas y responder constitucionalmente las siguientes preguntas: ¿por qué no se otorgó exenciones tributarias a grupos de atención prioritaria?, ¿por qué se prescribió la irretroactividad? y ¿por qué se consideró fundamental la emisión del mencionado tributo? Esto, debido a que, la situación que se discute es de gran trascendencia por el motivo de que se



encuentra en juego la constitucionalidad o no de una norma que versa sobre las condiciones sociales y económicas de las personas del cantón Limón Indanza, mismas que repercuten en su diario vivir.

## **2.2 Problemas jurídicos identificados**

La juez ponente analiza el artículo 78 segundo inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) que establece el plazo para proponer la acción pública de inconstitucionalidad en razón de la forma. El tiempo es de un año, que se cuenta desde el año siguiente a su entrada en vigencia. La Ordenanza General fue promulgada el 2 de marzo de 2011 y la acción se interpuso el 5 de junio de 2013, por lo tanto, al haber transcurrido más tiempo del previsto por la ley la jueza se refiere solamente al control material en donde se determina la conformidad o no de las normas impugnadas con la Constitución. Así, en la sentencia N° 024-16-SIN-CC (2016) fija los siguientes problemas jurídicos a resolver:

1. La ordenanza general para el cobro de las contribuciones especiales de mejoras a beneficiarios de obras públicas ejecutadas en el cantón Limón Indanza, publicada en el Registro Oficial N° 396 del 2 de marzo de 2011, ¿vulnera el derecho a exenciones en el régimen tributario de las personas adultas mayores y de las personas con discapacidad, reconocidos en los artículos 37 numeral 5 y 47 numeral 4 de la Constitución de la República?
2. La disposición transitoria primera de la ordenanza general para el cobro de las contribuciones especiales de mejoras a beneficiarios de obras públicas ejecutadas en el cantón Limón Indanza, publicada en el Registro Oficial N°396 del 2 de marzo de 2011, ¿vulnera el principio de irretroactividad del régimen tributario establecido en el artículo 300 de la Constitución de la República? (p.17)

A partir de lo mencionado por los accionantes y accionados, los hechos relevantes del caso son:

- i) La Ordenanza General no contiene exoneraciones para los adultos mayores y personas con discapacidad.
- ii) Existiría una imposición tributaria excesiva que no se ha realizado con base en un estudio socio económico que permita conocer la capacidad de pago de la población del cantón Limón Indanza.
- iii) A través de la Ordenanza General se pretende el cobro de contribuciones especiales de mejoras por obras inconclusas y anteriores a la vigencia del acto normativo.



Por tanto, de acuerdo con estos hechos ¿son suficientes los problemas jurídicos que ha identificado la jueza ponente? Y ¿cuáles son sus argumentos para limitarlos de tal forma? Para contestar estas preguntas es necesario tener en cuenta que, la precisión del problema jurídico surge una vez que se han esbozado los hechos y normas para la resolución del caso concreto. Luego, la juez clasifica la información tomando como punto de partida las cuestiones relevantes para la solución del caso.

En las acciones públicas de inconstitucionalidad los accionantes tienen un papel primordial porque son los encargados de desarrollar el contexto en el cual una norma no está de acuerdo con la Constitución. Para este proceso recolectan datos, clasifican hechos e identifican la falta de compatibilidad de una disposición jurídica con la norma fundamental. Luego, a través de un ejercicio argumentativo transmiten estos fundamentos a los jueces constitucionales.

Posteriormente, los accionados están en su derecho a pronunciarse y defender la constitucionalidad de la norma impugnada. Con ello, los magistrados fijan los puntos que se tocarán a lo largo de la sentencia con la finalidad de tomar una decisión acerca de la compatibilidad o no de una norma jurídica con la Constitución. En este ejercicio, los jueces constitucionales precisan los hechos que adquieren la calidad de jurídicos y las disposiciones constitucionales relevantes para la solución de la acción.

Hay que tener en cuenta que, la Constitución -en especial la nuestra- está conformada por reglas, principios y disposiciones programáticas, más aún con respecto a los derechos económicos y sociales. Así, de acuerdo con Guastini (2001) todas estas normas son jurídicas y por tanto pueden y deben ser aplicadas por el órgano judicial. Con esto, es menester referirse al artículo 300 de nuestra Constitución que desarrolla los principios rectores del régimen tributario. Con respecto a esta norma los accionantes aludieron vulneración solamente al principio de irretroactividad, no obstante, los recurrentes no toman en cuenta otros principios fundamentales para el caso como es el de equidad y suficiencia recaudatoria.

En la demanda -como se dijo- se menciona que la población de Limón Indanza carece de recursos para cubrir el tributo de contribución especial de mejoras. Además, se dice que el mismo es calculado de manera exorbitante generando un costo alto que los ciudadanos no están en las condiciones para cancelar. Estos fundamentos son





perfectamente atribuibles al detrimento de los principios constitucionales del régimen tributario: equidad y suficiencia recaudatoria.

El principio de equidad es sustancial porque está vinculado con la capacidad contributiva de los sujetos pasivos, la solidaridad en el manejo de tributos y la igualdad como fundamental en la determinación tributaria (Saltos, 2017). Así, con la aplicación de un régimen tributario equitativo se busca influir en la justa distribución de recursos a través de la recaudación de la renta (Masbernat, 2013) e incentivar en un régimen que tome como primordial la capacidad económica de los ciudadanos. Por lo tanto, la defensa técnica debió reflexionar si a través de sus alegaciones se demostraba el detrimento a un sistema no solo irretroactivo sino también equitativo.

Por otro lado, la suficiencia recaudatoria se basa en que el Estado deberá recaudar únicamente lo necesario para cumplir con sus fines y beneficios a la población. Esto es, "... el Estado no puede ejercer su potestad tributaria en forma desmedida y arbitraria en su afán de obtener mayores recursos, esta potestad debe estar limitada y se lo hace a través del establecimiento de principios tributarios que rijan el sistema" (Rivera, 2013, p.40). Los recurrentes alegaron que el tributo se calcula de una manera que produce un exceso en la recaudación tributaria por parte del GAD Municipal. Si esto es así, los accionantes debieron transmitirlo en la acción y manifestar que existe una vulneración a este principio constitucional.

Con estos elementos, y considerando que estos principios de acuerdo con el cambio de paradigma suponen verdaderas normas aplicables, los accionantes debieron transmitir los mismos a los jueces constitucionales con la finalidad de que se realice un examen exhaustivo y se verifique si ciertas disposiciones de la Ordenanza General vulneran principios constitucionales que amparan la capacidad contributiva, equidad y suficiencia recaudatoria del régimen tributario. Aquellos, al evitar referirse a estos hechos como relevantes y al no manifestar la normativa fundamental para el desarrollo del caso, dejaron al lado argumentos que están sujetos a un análisis constitucional.

En consecuencia, la falta de conectividad entre el planteamiento y determinación del problema jurídico provocó que no se valoren consideraciones sobre los efectos económicos del tributo que son sumamente importantes. Digo esto, porque para pasar de la información a la definición del problema la jueza ponente debe tener claro que



existe una conexión clara entre lo que se expone y lo que ella identifica como puntos a resolver, con el fin de evitar arbitrariedades (Tantaleán, 2019).

Por consiguiente, respondiendo las interrogantes, los problemas jurídicos no son suficientes.

A pesar de ello, en el contexto en el cual nos encontramos, no es legítimo solicitar a la jueza ponente que realice el fundamento jurídico que en primer lugar le correspondía a los accionantes. Tampoco creo que se congruente alegar que por principio de *iura novit curia* -que es primordial en el desarrollo de procedimientos constitucionales- la jueza ponente una vez analizados los argumentos de los recurrentes debió referirse a otros principios del régimen tributario que se encuentran en el artículo 301 de la Constitución. No hay que olvidar que la naturaleza de la acción pública de constitucionalidad se basa en señalar la disposición jurídica que no va conforme a la Constitución (LOGJCC, 2009, art. 74 y art 91 numeral 3). Los accionantes al no hacer aquello mal se podría decir que por un principio de *iura novit curia* la jueza ponente debió fijar como problema jurídico más principios que los previstos por los accionantes. Por el contrario, si los accionantes hubieran manifestado disposiciones jurídicas, y si estas eran compatibles con sus argumentos de la capacidad económica de los sujetos pasivos del tributo, es más sencillo que la jueza constitucional por un principio de *iura novit curia* defina como problema jurídico la vulneración al principio de equidad y suficiencia recaudatoria del régimen tributario.

Aunque, en el presente caso la jueza ponente de todas formas hizo algo que -en mi opinión- ocasionó excederse en sus atribuciones, como es definir como primer problema jurídico el análisis de omisiones normativas que es totalmente diferente a un proceso de acción pública de inconstitucionalidad<sup>27</sup>. Lamentablemente, el pasar la línea significa caer en las críticas al sistema de control de constitucionalidad que tanto trabajo ha costado desvirtuarlas.

---

<sup>27</sup> Debido a que, la omisión normativa consiste en:

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley. (CRE, 2008, Art. 436, numeral 10)



Dicho con otras palabras, los límites que la jueza ponente utiliza para definir los problemas jurídicos son bastante confusos. En el primero, parece excederse y configurar un problema que se refiere a lo que claramente se efectúa en un proceso de inconstitucionalidad por omisión. Y, por otro lado, en el segundo, trata lo que efectivamente pretende la presente acción, esto es, la inconstitucionalidad de una norma. Este accionar coadyuva a que se cuestione la legitimidad y conveniencia del control constitucional por cuanto se ha aplicado un procedimiento no previsto para la presente acción, lo que además genera extralimitarse en las funciones como jueces constitucionales otorgadas por la Constitución.

### **2.3 Análisis de la argumentación y medidas adoptadas por la Corte Constitucional al resolver el presente caso**

Para el análisis de la argumentación de la jueza ponente en la Sentencia No. 024-16-SIN-CC se tomará en cuenta la estructura general del silogismo en las decisiones judiciales -en lo que fuere aplicable a la presente acción-, con algunos matices principalmente esbozados por el autor Guarinoni. Esto, con la finalidad de realizar un examen ordenado y razonable, sin profundizar en el debate de los argumentos de los jueces al momento de emitir una sentencia, esto es, la validez de la estructura del silogismo, la retórica, los tópicos, etc., por la razón de que corresponden otros objetos de estudio.

El silogismo tradicional está conformado por una premisa normativa, que constituye la norma o por lo general el conjunto de normas que el juzgador cree necesarias para la solución del caso. Mismas que pueden requerir interpretación lo cual da lugar a un abanico de resoluciones según el análisis de cada magistrado (Guarinoni, 2011). En el caso de la acción pública de inconstitucionalidad los jueces constitucionales deberán verificar las normas contenidas en el texto madre que se encuentran afectadas por una ley, acto administrativo o acto normativo con efectos generales como en el presente caso.

Igualmente, se encuentra la premisa fáctica que tiene que ver con los hechos que adquieren relevancia una vez que se subsumen al caso general que contiene la norma (Guarinoni, 2011). Por lo tanto, lo que se busca es identificar qué hechos la jueza ponente tomó como relevantes para la resolución del presente caso. Es decir, se analizará



también los fundamentos fácticos que le llevó a la juzgadora a aceptar parcialmente la inconstitucionalidad de la norma.

Finalmente, se elabora la conclusión normativa, que según Guarinoni (2011) es “una norma dirigida al juez, quien justificará su decisión a partir de ella” (p. 221). Con otros términos, esta conclusión supone un razonamiento lógico que se deduce de las premisas que se han dictado en el caso en cuestión. Empero, la decisión o resolución del juzgador como bien menciona Guarinoni (2011) -he aquí los matices al silogismo tradicional- es un acto de voluntad que puede ser distinto a la conclusión normativa, justamente por esta razón la conclusión normativa es para el juez y, a partir de ello, él decidirá lo que corresponda.

Una vez claro -a modo de resumen- la estructura del argumento es menester referirse a cómo la jueza ponente desarrolló los problemas jurídicos determinados en la Sentencia N° 024-16-SIN-CC, (2016) que se está analizando.

**La ordenanza general para el cobro de las contribuciones especiales de mejoras a beneficiarios de obras públicas ejecutadas en el cantón Limón Indanza, publicada en el Registro Oficial N° 396 de 2 de marzo de 2011, ¿vulnera el derecho a exenciones en el régimen tributario de las personas adultas mayores y de las personas con discapacidad, reconocidos en los artículos 37 numeral 5 y 47 numeral 4 de la Constitución de la República? (p.18)**

Con respecto a este problema jurídico, la jueza constitucional toma como premisa normativa para la injerencia de su conclusión el siguiente artículo:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución. (LOGJCC, 2009, Art. 84)

Con ello, la jueza ponente hace una observación acerca de los derechos constitucionales que se debieron incluir en la Ordenanza General como parte de una obligación del Concejo Municipal en el ejercicio de sus facultades legislativas. Luego, se refiere a los derechos de las personas adultas mayores y discapacitados, en los cuales se reconoce las “exenciones en el régimen tributario”(CRE, 2008, Art. 37 numeral 5 y Art. 47 numeral 4). Con lo cual concluye que, el Estado ecuatoriano reconoce beneficios para estos



individuos que conforman un grupo de atención prioritaria (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016). Dentro de estas prerrogativas, consta expresamente las exenciones de cualquier tributo, por lo que nos encontramos frente a una norma clara.

Asimismo, continua con el análisis y lleva a efecto un control de convencionalidad de los derechos de los adultos mayores y personas con discapacidad. Menciona que, los instrumentos internacionales, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, adquieren una categoría jerárquica alta en la que los operadores de justicia se encuentran obligados de observarlos con el propósito de propender a la protección integral de los derechos (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016). Así, en la sentencia aludida la jueza constitucional considera que se debe aplicar los siguientes cuerpos normativos: Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y; la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores.

Estos instrumentos normativos en sus partes pertinentes establecen la obligación de los Estados Partes de adoptar las *medidas legislativas* adecuadas para que este grupo de individuos gocen de sus derechos en condiciones de igualdad (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016). Claramente, se visualiza un deber que le corresponde a cada país en el respeto íntegro de los derechos de las personas con discapacidad y adultos mayores. Esto es, reafirman su condición de protección especial y por ende la necesidad de un ordenamiento jurídico que no inobserve sus beneficios.

Con estos fundamentos la jueza constitucional afirma lo siguiente, que es menester transcribirlo de manera literal:

Teniendo en consideración la amplia protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad y adultas mayores contemplados en la Norma Suprema, así como en convenios y tratados internacionales de derechos humanos y, retomando el mandato establecido dentro del artículo 84 de la Constitución de la República, es claro que para el caso materia de este análisis, el Consejo Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Limón Indanza, al estar facultado constitucionalmente con potestad legislativa y por tanto competente para crear normas, éste debe respetar el contenido de estos derechos al momento de desarrollar y expedir el contenido de sus ordenanzas. Esto con la finalidad de que sea armónico y concordante el señalado cuerpo normativo con la jerarquía constitucional. (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, pp. 20-21)



Es decir, toma como fundamental el bloque de constitucionalidad del cual se encuentra investido nuestro ordenamiento jurídico. Así, ratifica el deber de los órganos encargados de legislar de aplicar en todo momento la Constitución, con el objeto de cumplir con un Estado democrático de derechos y justicia que se encuentra establecido en el artículo 1 de la CRE. Dentro de este contexto, hay que señalar que por más autonomía que tengan los Gobiernos Descentralizados siempre deberán actuar dentro del margen de la norma madre.

Luego, analiza la contribución especial de mejoras y la conceptualiza como aquella “con el fin de cubrir los gastos generados por una obra pública o el establecimiento de un servicio”(Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, p. 21). Asimismo, utiliza varias fuentes doctrinarias que se refieren al sentido y esencia del mismo, por ejemplo según el autor Giannini (1957, como se citó en la Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016) este tributo nace cuando se genera un beneficio al sujeto pasivo y su monto debe ser calculado con base en la ventaja recibida.

En el mismo sentido, el COOTAD prescribe que:

El objeto de la contribución especial de mejoras es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública.

Los concejos municipales o distritales podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes. (Art. 569)

Así, la jueza ponente concluye que la facultad legislativa de los Concejos Municipales para dictar las contribuciones especiales de mejoras es constitucional, pese de no haber considerado enunciados normativos constitucionales que apoyen su afirmación. De modo inmediato, precisa que “... dentro del análisis de la Ordenanza General ... no se identifica beneficio tributario alguno para personas con discapacidad o adultas mayores, sino beneficios de otro tipo” (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, p. 22). En este punto cita el artículo 18 de la Ordenanza General que se refiere a la exoneración de la contribución especial de mejoras en el cual no se toma en cuenta a este grupo de atención prioritaria.

Por lo que, frente al hecho de que la Ordenanza General no contiene exenciones al tributo de contribución especial de mejoras para los adultos mayores y discapacitados y, considerando el deber constitucional de los órganos encargados de legislar contenida en



el artículo 84 de la CRE, la jueza constitucional llega a la conclusión de que el Concejo Municipal dictó una Ordenanza en detrimento de su obligación de adecuar las normas jurídicas a los derechos contenidos en la norma fundamental.

Pero, la decisión de la jueza ponente no culmina ahí, debido a que, después menciona un hecho que es fundamental: los accionantes no impugnaron una disposición jurídica determinada de la Ordenanza General, por el contrario, alegaron que en general la Ordenanza *no contiene* un artículo que prescriba las exenciones tributarias a favor de los discapacitados y adultos mayores; por lo que, se suscitó una omisión (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016). Ergo, si los accionantes no impugnaron una norma ¿es coherente que la jueza ponente analice su constitucionalidad en la acción planteada?

La jueza responde esta interrogante y expresamente manifiesta que:

... Este criterio va en contra de la esencia de la acción pública de inconstitucionalidad propuesta, pues ésta tiene como objeto garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de incompatibilidades normativas entre normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, pp. 23 - 24)

No conforme con ello, señala otra premisa normativa contenida en una fuente jurisprudencial. Explica como la Corte Constitucional ha expresado que el deber fundamental de los jueces consiste en "... el efectivo control para que la Constitución tenga su aplicación correcta y real, es decir, que todo el ordenamiento jurídico -con sus normas infraconstitucionales- estén en franca armonía con la Constitución y que los derechos fundamentales tengan vigencia efectiva" (Sentencia N° 005-13-SIN-CC, 2013, p. 7).

Con base en ello, ratifica que lo que pretenden los accionantes no es pertinente, debido a que, ellos no impugnan una disposición en específico sino se refieren a que el Concejo Municipal de Limón Indanza en su Ordenanza General omitió regular los beneficios de los adultos mayores y discapacitados con relación a la contribución especial de mejoras. De modo que, esta omisión tiene su propio procedimiento que es el control constitucional de las omisiones normativas que supone un examen "cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales". (LOGJCC, 2009, Art. 128)

En lugar de declarar improcedente la acción, teniendo como conclusión normativa que los accionantes no impugnaron una disposición jurídica, resuelve regular el problema



jurídico con la finalidad de proteger los derechos constitucionales. En otras palabras, toma como punto de partida el precedente jurisprudencial citado en la Sentencia N° 005-13-SIN-CC y el hecho de la falta de reconocimiento de las exenciones tributarias de los grupos de atención prioritaria y decide que existe una omisión normativa. Por consiguiente, ordena que:

... El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Limón Indanza, en ejercicio de sus potestades normativas, reforme la Ordenanza General ... con la inclusión de los beneficios tributarios señalados en beneficio de tales grupos de atención prioritaria, para que exista perfecta armonía y concordancia con la Constitución y la normativa internacional de derechos humanos. (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, p. 25)

Esta resolución ocasiona que se apliquen los efectos de un procedimiento de inconstitucionalidad por omisión y no de una acción de inconstitucionalidad que es lo que se pretende en el presente caso. Por ello, la jueza ponente manda que el GAD Municipal de Limón Indanza subsane su omisión normativa e incluya en la Ordenanza General los derechos de las personas pertenecientes al grupo de atención prioritario en el término de 30 días. (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016)

Prima facie, la decisión no es incompatible con la democracia deliberativa por cuanto propende a la comunicación y que sea el mismo Concejo Municipal quien discuta la reforma de la Ordenanza General en un ámbito de pluralidad. Éste deberá decidir la manera en la cual se incluirán los derechos de las personas con discapacidad y adultos mayores. No obstante, este beneficio desaparece cuando esta resolución se toma en el marco de un procedimiento de omisiones normativas que no corresponde a la acción que se lleva a cabo, lo cual vulnera toda seguridad jurídica y ocasiona que la decisión tenga un efecto antagónico al dialogo.

Además, pienso que en este punto es fundamental entender la reflexión del autor Guarinoni (2011): muchos se confunden entre la conclusión normativa y la decisión judicial, cuando la primera apela a la lógica y la segunda es un acto de voluntad del magistrado. Como se puede observar, del razonamiento de la jueza ponente se infiere que la acción es improcedente por cuanto no era el procedimiento para tratar deficiencias normativas, no obstante, en su decisión determinó la omisión del GAD Municipal Limón Indanza y ordenó la reforma de la Ordenanza.

¿La decisión fue legítima?, dicho en otros términos ¿la decisión tiene como fuente de legitimidad a la democracia? Según los argumentos teóricos desarrollados en el primer





capítulo creo que, desde una visión de la democracia deliberativa, la resolución no fue democrática, pero esto no quita que la resolución tenga otra fuente de legitimidad. Como bien señaló Waldron (2018) la legitimidad no es solo democrática y pienso que el presente caso es fiel ejemplo de aquello. Si bien la resolución no cumple con un panorama donde el Estado se proclama como democrático, el ordenar la reforma de la Ordenanza General tiene otra razón de legitimidad por el motivo de que se está resguardando derechos fundamentales.

Empero, lo que interesa en la presente investigación es determinar la legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad a partir de la democracia y distinción de poderes. Si esto es así, la Corte no utilizó la comunicación entre poderes porque realizó un examen constitucional que no estaba previsto en el presente caso. Como es evidente, este accionar es un detrimento a la seguridad jurídica y supone una mala coordinación entre los poderes por cuanto se encuentra una intromisión en atribuciones específicas - como es la determinación de tributos- a través de procedimientos incorrectos, no previstos bajo un concepto de democracia.

Como se dijo en el primer capítulo, es necesario que los jueces constitucionales tengan en cuenta su rol como un medio para promover la deliberación entre los poderes y eliminar la brecha entre las instituciones del Estado y los destinatarios de las normas. Para ello, se debe actuar observando procedimientos que se han establecido en la norma madre y demás normativa pertinente. No hacerlo configura una arbitrariedad que concede la razón a los formalistas del derecho cuando critican la revisión de normas y la caracterizan como una atribución autoritaria. De igual manera, el no actuar dentro de los límites de una democracia deliberativa provoca incertidumbre tanto en la población como en los demás órganos del Estado, lo cual complica el panorama del control constitucional que supone un mecanismo importantísimo para garantizar derechos fundamentales.

**La disposición transitoria primera de la ordenanza general para el cobro de las contribuciones especiales de mejoras a beneficiarios de obras públicas ejecutadas en el cantón Limón Indanza, publicada en el Registro Oficial N° 396 del 2 de marzo de 2011, ¿vulnera el principio de irretroactividad del régimen tributario establecido en el artículo 300 de la Constitución de la República? (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, p. 25)**



Ahora bien, con respecto al segundo problema jurídico la jueza ponente examina lo que en esencia significa la acción de inconstitucionalidad, es decir, el análisis de un acto normativo para resolver si es o no compatible con la Constitución. En otras palabras, toma como punto de inicio una disposición jurídica para establecer si esta vulnera el principio de irretroactividad del régimen tributario contenido en el artículo 300 de la CRE. Entonces, surge la siguiente duda: ¿Por qué la jueza ponente en un segundo momento elige examinar la inconstitucionalidad de la norma y no una omisión normativa como lo hizo con el primer problema jurídico?

No hay respuesta o justificación para aquello. Esto muestra que la jueza constitucional se aleja de los procedimientos democráticos previstos para el efecto lo cual le resta legitimidad desde el atalaya de la democracia. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece mecanismos a través de los cuales la Corte Constitucional está facultada para efectuar el control abstracto de constitucionalidad previsto en la Constitución de la República. El respeto de estos procedimientos permite que los jueces constitucionales gocen de capacidad para resolver cada problemática de forma específica, garantizando un Estado democrático que busca el respeto de las competencias exclusivas -en este caso- de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y, de los derechos de los ciudadanos.

Es necesario que los jueces constitucionales tengan presente que su competencia tiene límites, más aún cuando hablamos de una legitimidad del control de constitucionalidad desde la democracia deliberativa y distinción de poderes. En un modelo que busca la deliberación, es fundamental que los jueces constitucionales se comuniquen con los involucrados en el proceso de control, sin que exista desmedro de uno en beneficio de otro. Entonces, mal haríamos en afirmar que se ha promovido el dialogo cuando se ha examinado la Ordenanza General -que proviene de un procedimiento democrático- a través de un control que no estaba previsto en el presente caso, por el contrario, muchos podrían alegar que se ha actuado de forma autoritaria. Este accionar ocasiona, como se dijo, un detrimento en la seguridad jurídica del Municipio de Limon Indanza por cuanto se perdió la certeza y previsibilidad de que se aplique en debida forma lo que abarca la acción pública de inconstitucionalidad.



En este orden de ideas, cabe analizar la estructura de la decisión de la jueza constitucional con respecto al principio de irretroactividad del régimen tributario. En primer momento, la jueza desarrolla su criterio acudiendo a fuentes doctrinarias y llega a la conclusión de que la retroactividad tributaria no está prohibida salvo genere daño a los contribuyentes (*Sentencia N° 024-16-SIN-CC*, 2016). Por lo que, procede al examen de la capacidad legislativa de los Gobiernos Autónomos Descentralizados para expedir contribuciones especiales de mejoras y por consiguiente su facultad -de ser el caso- de determinar la retroactividad del cobro del tributo.

Con respecto al principio de reserva de ley, la Constitución establece que: "... solo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones" (CRE, 2008, Art. 301). Esto abarca que:

"... Determinadas materias deben ser reguladas exclusivamente por normas expedidas por el órgano legislativo, constituyéndose en una importante garantía del *orden democrático* [énfasis agregado] que asegura a la ciudadanía representada por el Parlamento, la facultad de definir y regular las materias de especial importancia a través de debates plurales y transparentes dotados de legitimidad". (*Sentencia N° 002-14-SIN-CC*, 2014, p. 40)

Está bastante claro que el establecimiento de tributos es una potestad exclusiva de los órganos legislativos, en este caso, el Concejo Municipal. Este reconocimiento de la jueza ponente confirma el cuidado con el cual debe ejercer el control por cuanto está examinando una actividad que por su naturaleza es legítima, ya que se realiza en el marco de la representación democrática. Por consiguiente, la jueza ponente no puede actuar de manera injustificada, socavando la deliberación y convirtiendo el control de constitucionalidad en antidemocrático.

Con ello, la jueza ponente procede a examinar si la disposición transitoria primera contiene una retroactividad y si esta perjudica a los contribuyentes. La Ordenanza General (2011) prescribe que: "la presente Ordenanza será aplicable a todas las obras de adoquinado, aceras o bordillos terminadas, cuyas liquidaciones del tributo se encuentran pendiente de emisión" (Disposición transitoria primera). De acuerdo con este aspecto, los accionantes manifiestan que con esta disposición se pretende el cobro de obras que ya fueron terminadas o de obras que quedaron inconclusas, lo cual genera un daño grande a los contribuyentes. (*Sentencia N° 024-16-SIN-CC*, 2016)



Al respecto, la jueza constitucional afirma que, al prescribir la Ordenanza que existen liquidaciones pendientes de emisión "... establece la existencia previa de una obligación tributaria ... que se beneficiaron de obras ya realizadas por la municipalidad en el pasado, sin que para ese momento hubiere existido una ordenanza que contemple tal obligación tributaria" (*Sentencia N° 024-16-SIN-CC*, 2016, p. 27). Frente a esto, la jueza constitucional recuerda que la obligación tributaria surge una vez que se cumpla el hecho generador del tributo.

El Código Tributario (2005) establece que: "se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo" (Art. 16). En este contexto, es necesario verificar cual es el presupuesto de la contribución especial de mejoras contenido en la norma pertinente para saber cuándo este tributo surte efectos jurídicos. Así, el COOTAD (2010) acerca del hecho generador de las contribuciones especiales de mejoras, establece que: "el objeto de la contribución especial de mejoras es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles por la construcción de cualquier obra pública municipal o metropolitana". (Art. 569)

En concordancia con estas premisas normativas, la jueza ponente afirma que con anterioridad debió existir una norma que dé origen a la obligación tributaria. Así, en sentencia afirma que "es claro que debió existir una norma previa ... que contenga la obligación tributaria ... de pagar una contribución especial por mejoras al verificarse el beneficio real o presuntivo en favor de los bienes inmuebles de su propiedad" (*Sentencia N° 024-16-SIN-CC*, 2016, p. 28). Por lo tanto, al haberse realizado las obras y luego expedirse el acto normativo con el que nace la obligación tributaria, la jueza constitucional concluye que la disposición transitoria primera de la Ordenanza General es retroactiva.

¿Esta retroactividad prescrita en la disposición transitoria primera de la Ordenanza General es perjudicial para los contribuyentes? La jueza constitucional cree que sí, ya que se genera un daño para los sujetos pasivos de la contribución especial de mejoras por la razón de que se les impone una obligación de hacer, que es el pago de dicho tributo (*Sentencia N° 024-16-SIN-CC*, 2016). Además, determinó que este cobro de la obligación tributaria sin norma previa vulnera el artículo 300 de la CRE y 172 del



COOTAD, disposiciones jurídicas que reconocen los principios del régimen tributario en los cuales se encuentra el de irretroactividad.

Sin embargo, como se ha visto, las decisiones judiciales no se agotan con la conclusión normativa a la que llegan los magistrados (Guarinoni, 2011), que en el caso del segundo problema jurídico, es que la disposición transitoria primera de la Ordenanza General es retroactiva y dicha retroactividad es perjudicial para los sujetos pasivos. La resolución de la jueza constitucional, recordando a Guarinoni (2011) que dice es un acto voluntario, va mucho más allá de declarar la inconstitucionalidad y de expulsar del ordenamiento jurídica la parte que no está conforme con la decisión.

Esto es, la jueza establece un reemplazo a dicho contenido inconstitucional y menciona que la disposición transitoria primera deberá quedar en los siguientes términos: “la presente Ordenanza será aplicable a todas las obras de adoquinado, aceras o bordillos que se encuentren en construcción al momento de su promulgación en el Registro Oficial” (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, p. 29). Así, nace la importantísima interrogante: ¿es legítimo y conveniente, desde el punto de vista de la democracia deliberativa y distinción de poderes, que la Corte Constitucional legisle? Para los críticos del control constitucional la respuesta es sencilla y responde a una negativa rotunda que muchas veces no encuentra justificación coherente sino se deja llevar por sesgos que en mi opinión deben desaparecer al momento de realizar un análisis jurídico.

Antes de responder tan controvertida pregunta, es oportuno recurrir a los argumentos de legitimidad y conveniencia de las decisiones judiciales en el ámbito socioeconómico. Mucho se ha dicho sobre el primero en el capítulo anterior, y se ha llegado a la aquiescencia de una legitimidad en el contexto de una democracia deliberativa. Entonces, partiendo de este punto no es positivo que los jueces constitucionales legislen a consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica, debido a que, esto significaría que la Corte Constitucional adquiriera una postura elitista (Gargarella, 2012) en la que toma las decisiones que le competen a otro órgano, justificándose en que solo ellos están en la capacidad de decidir lo mejor.

Asimismo, no es conveniente que la Corte Constitucional legisle ya que desde antaño esta es una facultad que por representatividad democrática le corresponde a los órganos legislativos. Esto no quiere decir que la actividad legislativa esté libre de control o que la



Corte Constitucional no tenga legitimidad democrática, todo lo contrario, conforme lo dicho en el primer capítulo queda claro que es necesario y está completamente justificado que exista un equilibrio entre los poderes del Estado, lo que permite – y vuelve conveniente- que exista una revisión que no esté a cargo de los mismos órganos que se desea controlar. (Dworkin, 1984)

Empero, el control de constitucionalidad no puede socavar lo que se supone trata de proteger: las reglas del juego en un Estado democrático. Entonces, es necesario que los jueces constitucionales tomen medidas judiciales eficaces sin que esto signifique inmiscuirse en las funciones de otros órganos. Las resoluciones que tomen los jueces constitucionales deben estar encaminadas al cumplimiento de los fundamentos de la sentencia. Que tomen decisiones distintas a las de legislar no supone que estas sean “débiles”. El no involucrarse en las funciones que les corresponde a otros órganos no es analógico a no ejercer control alguno o tener excesiva confianza en la actividad legislativa y el principio de mayorías. Debido a que, el no hacer nada correspondería sumarse a los planteamientos de una posición radical (Gargarella, 2012), cuestión que tampoco se busca.

Lo que se requiere es que los jueces constitucionales mediante una visión comunicativa de la democracia tomen los medios adecuados para afrontar los problemas jurídicos, mismos que deben promover el dialogo y el reconocimiento de derechos económicos y sociales. Esto conllevaría a que se anulen las críticas de su falta de legitimidad democrática para ejercer una revisión de normas y la poca conveniencia para decidir sobre el tema socioeconómico debido a su escasa capacidad técnica (Uprimny, 2001). Con este panorama, se busca que los jueces sean activistas del diálogo y “... una vía intermedia entre la restricción judicial y la juristocracia”. (Rodríguez, 2016, p. 492)

En este sentido, es fundamental distinguir las medidas judiciales fuertes de las débiles. Según Tushnet (2008, como se citó en Rodríguez, 2016) la diferente radica en la extensión de lo que se ordena y el nivel de obligatoriedad que esto supone. En la misma línea, Rodríguez (2013) desarrolla que, muchas de las críticas a las medidas judiciales fuertes radican en el hecho de que –gran parte del tiempo- los jueces no solo dictan una solución para el problema concreto sino determinan cuales son los parámetros que obligatoriamente se deben incluir en la norma en cuestión por motivos de



inconstitucionalidad. Este último escenario se asemeja mucho al caso que se está analizando en el presente capítulo. La jueza constitucional definió el espectro de la inconstitucionalidad hasta el punto de legislar y adherir el texto que ella creyó necesario para resolver la retroactividad del tributo de contribución especial de mejoras.

Desde el punto de vista de la conveniencia, no hay que negar que los jueces no son expertos en la materia económica, no obstante, existen vías mediante las cuales pueden resolver un problema jurídico de una manera correcta y eficaz. Lo cual lleva a enmendar las prácticas judiciales con el fin de que cumplan estándares de una democracia deliberativa. Estas complicaciones no suponen la falta de justiciabilidad de los derechos económicos y sociales, por el contrario, confirma la complejidad del tema y la necesidad de contar con los medios idóneos para garantizar la materialización de dichos derechos. En definitiva, dentro de una decisión judicial es primordial tener en cuenta tres factores: “... el contenido sustantivo, medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento” (Rodríguez, 2016, p. 494). Estos elementos deben estar en correcta armonía para que las resoluciones de los jueces se cumplan en su integridad. Es necesario que los jueces constitucionales elijan las medidas más eficaces y en concordancia con los derechos vulnerados. Además, deben tener en cuenta las atribuciones de cada órgano y las consecuencias de sus resoluciones, sin que esto signifique optar por una postura cómoda al momento de resolver problemas tan serios como son los socioeconómicos. Antes de analizar como la jueza ponente utilizó estos factores es menester entender en que consiste cada uno.

De acuerdo con Rodríguez (2016) el primer elemento radica en la forma en que los jueces han declarado la vulneración de los derechos económicos y sociales, esto es, una cuestión de grado en cuanto al reconocimiento de estos derechos. Por otro lado, según este autor de acuerdo a las medidas judiciales que toman los jueces las sentencias pueden ser monológicas, que establecen mandatos claros o; dialógicas, que “... tienden a establecer las principales líneas de los procedimientos y fines amplios, y, en línea con el principio de separación de poderes, le asignan la carga a los organismos públicos ...” (p. 494). Finalmente, el mecanismo de seguimiento es independiente a los derechos reconocidos y las medidas judiciales que se han elegido al respecto. Este proceso es aquel que indicará la fuerza de intervención de los jueces en la ejecución de la sentencia.



En el caso que se está examinando, en el segundo problema jurídico la jueza constitucional declara la vulneración al principio de irretroactividad del régimen tributario. Así, manifiesta que los derechos de los contribuyentes del cantón Limón Indanza se ven perjudicados por la imposición de una carga tributaria cuyo hecho generador no se ha verificado. Con este fundamento declara la inconstitucionalidad parcial de la disposición transitoria primera de la Ordenanza General ordenando que la misma se reemplace con un texto que ella redactó.

El problema, como se dijo, radica en el hecho de que la jueza constitucional se atribuyó una facultad legislativa y estableció el texto que debe constar en la Ordenanza General. Esta medida, según lo mencionado por Rodríguez (2016), puede considerarse de índole monológica, debido a que, impone una orden precisa que es la reforma del texto en los términos que ella redactó. De otra forma, si se hubiese optado por el diálogo la jueza hubiera emitido los fundamentos en los cuales el órgano encargado deberá reformar la Ordenanza General. Considerando que es el Concejo Municipal el que goza de legitimidad democrática para discutir acerca de la forma en que se debe modificar la Ordenanza General para que esta sea compatible con la Constitución.

Con esta medida dialógica, en un proceso de seguimiento se buscará una vez más la comunicación y se verificará si el GAD Municipal Limón Indanza ha cumplido con la Constitución en aras de que los derechos de los sujetos pasivos del tributo no se vean afectados. De esa manera, se podrá realizar diferentes acciones como las que prescribe el artículo 21 de la LOGJCC con la finalidad de que la sentencia se cumpla. Por lo tanto, lo que interesa es que a través de medidas adecuadas las instituciones accionadas cumplan con lo resuelto en la sentencia y que esto genere un proceso de diálogo y no de resistencia.

De manera antagónica a lo conveniente en el presente caso, la jueza constitucional se arrogó potestades que le corresponden al Concejo Municipal de Limón Indanza y legisló a causa de la inconstitucionalidad dictada. Este accionar puede ocasionar resistencia en el órgano accionado por la razón de que la emisión de tributos tiene fuerte carga de representatividad democrática, tanto es así que la misma Corte Constitucional en Sentencia N° 002-14-SIN-CC (2014) determinó que existe una reserva de ley. Por lo





tanto, los jueces constitucionales deben actuar con mucho cuidado ya que están ejerciendo la revisión de un acto normativo que tiene repercusiones económicas.

Finalmente, como último punto es menester mencionar los efectos de la acción pública de inconstitucionalidad. La LOGJCC (2009) establece que:

Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales. (Art. 96, numeral 4)

Esto significa que, de manera general el efecto de declarar inconstitucional una disposición jurídica es irretroactivo. Solo por las razones expuestas en la norma citada los efectos de la sentencia podrán retrotraerse. En el presente caso, con respecto al problema jurídico que se está analizando la jueza ponente declaró inconstitucional las palabras “terminadas, cuyas liquidaciones del tributo se encuentren pendientes de emisión” (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, p. 30) y dispuso que la Ordenanza quede en los siguientes términos: “La presente Ordenanza será aplicable a todas las obras de adoquinado, aceras o bordillos que se encuentren en construcción al momento de su promulgación en el Registro Oficial” (Sentencia N° 024-16-SIN-CC, 2016, p. 31).

Es decir, a partir de la fecha en que se dictó la sentencia la presente Ordenanza comienza a regir para lo venidero, pero ¿qué sucede con los títulos de crédito que se emitieron con base en las obras terminadas por cuanto la Ordenanza General prescribió el cobro de la contribución especial de mejoras de forma retroactiva? A primera vista se pensaría que estos títulos no se encuentran afectados por la sentencia, porque ésta rige para lo venidero y por lo tanto los sujetos pasivos deben cancelar el tributo, situación que efectivamente sucedió.

Por otra parte, otros podrían entender que la jueza ponente al legislar que la presente Ordenanza no es retroactiva y rige para aquellas obras que se encuentren en construcción, se infiere que desde que tuvo vida jurídica la Ordenanza General surtía efectos para el futuro, por lo que, se deberá eliminar los títulos de crédito emitidos a partir de la entrada en vigencia de dicho acto normativo. Como es evidente, el efecto de declarar inconstitucional la presente disposición jurídica y más aún el legislar ordenando la no retroactividad, generó una duda que da paso a distintas interpretaciones con una gran posibilidad de que esta medida judicial no se cumpla satisfactoriamente.



Pues, ¿qué sentido tendría que se declare la irretroactividad de la Ordenanza General pero se deje vigentes todos los títulos emitidos con base a la retroactividad que prescribía dicho acto normativo? Efectivamente, ninguno. Una vez que se promulgó dicha Ordenanza la misma surtió efectos y se emitieron títulos de crédito sin reconocer las exenciones tributarios de los grupos de atención prioritaria y se tomó como beneficio del tributo obras ya culminadas. Por esta razón, los accionantes de manera expresa en su pretensión solicitaron que se eliminen los títulos de crédito. Es decir, la jueza ponente tenía conocimiento de que el Municipio de Limón Indanza estaba llevando a cabo un proceso de cobro por contribución especial de mejoras que deviene de la Ordenanza dictada.

Por lo que, al decidir que la Ordenanza General rige para lo venidero la jueza constitucional de manera expresa debió manifestar que los efectos de dicha inconstitucionalidad deben ser retroactivos, con el fin de preservar los derechos constitucionales de la población de Limón Indanza y no generar un daño irreparable en su patrimonio. Por el contrario, prefirió legislar y así generar dudas que ocasiona que el cumplimiento de la sentencia no sea eficaz, dado que de todas formas los accionantes y demás personas afectadas por dicha Ordenanza cancelaron los títulos de crédito que se emitieron a raíz de la puesta en vigencia de este acto normativo.

Sin lugar a duda, las decisiones que tienen consecuencias económicas son las más difíciles. Como se ha dicho a lo largo de esta investigación, existe cierta renuencia al momento de revisar asuntos socioeconómicos. Muchas son las críticas que han llevado a los teóricos del derecho a replantear las condiciones en las que el control de constitucionalidad a la política económica y social es legítimo y conveniente. Al ser resoluciones que repercuten directamente en la económica del país, de instituciones o, como en este caso, de Gobiernos Autónomos Descentralizados, deben manejarse de tal forma que su control no genere un efecto contraproducente, como es la resistencia de los órganos del Estado o la creencia de que la justicia constitucional es burocrática y autoritaria.

En conclusión, a partir de fundamentos teóricos que se han esbozado en el primer capítulo se ha examinado un caso práctico en el cual se planteó una acción pública de inconstitucionalidad de una Ordenanza General. En el desarrollo de este análisis se han



manifestado importantes consideraciones que permiten visualizar ciertas falencias al momento de realizar un control de constitucionalidad en materia económica y social. Se ha tratado además de incluir algunas recomendaciones de las opciones que pudo tomar la Corte Constitucional en el presente caso con el fin de que se materialice la noción de legitimidad y conveniencia de este accionar desde el punto de vista de la democracia deliberativa y la distinción de poderes.

- ❖ Al contar con los elementos teóricos y prácticos corresponde en el siguiente capítulo unir estos dos y presentar los argumentos que dan luz verde al control de constitucionalidad de la política económica y social, y cómo este es ejercido por los jueces constitucionales. Así, al finalizar se emitirán ciertos retos actuales que deberán enfrentar los Estados en materia de revisión de normas que tienen repercusiones económicas.

### **CAPÍTULO III: LEGITIMIDAD Y CONVENIENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ECONÓMICA Y SOCIAL**

Mi interés por el derecho constitucional me ha llevado al análisis de la legitimidad y conveniencia del control constitucionalidad en materia económica y social. En la actualidad, muchos autores desarrollan importantes reflexiones que justifican la revisión de normas por parte de un Tribunal o Corte Constitucional. Sin embargo, las dificultades cada vez son mayores y los argumentos que han criticado al mismo -al menos en el ámbito de los derechos económicos y sociales- ha conllevado a reconsiderar el paradigma de las instituciones jurídicas en las que se funda este control constitucional. En el primer y segundo capítulo se han esbozado argumentos teóricos y prácticos que nos permiten concluir que, si bien existen argumentos plausibles que apoyan la legitimidad y conveniencia del control constitucional a la política económica y social; por otro lado, también se encuentran problemas al momento de ejercer el mismo, razón por la cual las Cortes Constitucionales son fuertemente criticadas hasta referirse -nuevamente- a ellas como ajenas a la democracia. Por ello, en las próximas líneas se expondrá, a modo de conclusión, los argumentos de la legitimidad y conveniencia del control de constitucional a los derechos económicos y sociales, así como mi perspectiva



frente al fenómeno que hasta la fecha no ha sido superado por lo que deberá ser abordado en futuras investigaciones.

El control constitucional a los derechos económicos y sociales encuentra su legitimidad y conveniencia en dos instituciones jurídicas: democracia y distinción de poderes. Los mismos que deben ser vistos a través de un modelo deliberativo de la democracia, que propende al dialogo, comunicación y cooperación entre los poderes del Estado. De esa forma, la revisión de normas se consolida como un mecanismo que coadyuva a la protección de los derechos económicos y sociales en un Estado democrático.

El Control Constitucional goza de legitimidad, debido a que, mediante un proceso de dialogo se verifica que las normas o políticas estén de acuerdo con los derechos económicos y sociales contenidos en la Constitución. Por lo tanto, para no devenir en las críticas acerca del carácter antidemocrático del órgano encargado de la revisión de leyes, los jueces constitucionales deben tener claro que su rol en la protección de estos derechos es subsidiario. Ya que de manera habitual corresponde garantizar estos derechos a través de leyes sociales y políticas económicas dictadas por los representantes políticos de la población.

Además, desde el modelo deliberativo de la democracia es totalmente legítimo que exista un órgano independiente con la facultad de revisar los pronunciamientos de las mayorías que -en algunas ocasiones- presenta incompatibilidades u omisiones normativas en la materia económica y social. Por tanto, los magistrados constitucionales actúan como guardianes de la democracia en los procedimientos de toma de decisiones que modifican las condiciones diarias de la población.

En este contexto, es fundamental el papel que cumplen los poderes del Estado en una democracia que tiene como requisito *sine qua non* que las decisiones sean debatidas y contrapuestas mediante un proceso de dialogo. Así, el poder ejecutivo, legislativo y judicial cooperan para que los derechos constitucionales no se vean vulnerados. Lo cual requiere también de una visión contemporánea de la teoría de pesos y contrapesos que permite la comunicación entre poderes, antes que, la intromisión como órganos omnipresentes en funciones que no les corresponde según el mandato constitucional. (Gargarella, 2012)



Con estos fundamentos, es posible responder las dificultades de la postura elitista que ha tratado de legitimar dicho control. Como se manifestó en el primer capítulo, el elitismo expone que los jueces son fieles lectores de la norma madre (Gargarella, 2012), esto es, no hacen más que aplicar la norma a cada caso concreto. Por consiguiente, reafirman la voluntad del constituyente al estar en mejor posición que cualquier otro órgano para entender el sentido de la voluntad popular que reposa en los mandatos constitucionales. (Hamilton, 1974)

Aquel postulado presenta problemas que complica la legitimidad del control constitucional porque muestra a un pequeño grupo de personas (ilustrados) en mejor posición para ratificar la voluntad de la población -en este caso- en materia económica y social. Entonces, si hablamos de la representación de las necesidades de los ciudadanos, el poder judicial se encuentra en desventaja frente al órgano legislativo que está conformado por una pluralidad. Por ello, esta postura resulta insuficiente para justificar un control constitucional de estos derechos.

Por otra parte, el elitismo también hace énfasis en que los jueces no actúan de manera antidemocrática porque sus funciones radican en aplicar las disposiciones constitucionales a casos concretos. Sin embargo, la realidad nos ha mostrado que este planteamiento no es del todo cierto, ya que muchas de las veces los jueces interpretan la Constitución e incluso extienden su alcance. Esta tarea se ha demostrado en algunas sentencias que han generado desdén hacia los jueces constitucionales por interpretar cuestiones fundamentales que debieron pertenecer al debate público<sup>28</sup>.

En efecto, al ser incompatible esta postura con la legitimidad democrática del control constitucional, es fundamental que los jueces constitucionales tengan cuidado de emitir argumentos elitistas en la motivación de sus sentencias. Por ejemplo, la Corte Constitucional del Ecuador, en el análisis de la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal acerca de la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación<sup>29</sup>, sustentó su postura en fundamentos que

---

<sup>28</sup> En nuestro caso, por ejemplo, la sentencia del matrimonio igualitario (Sentencia No. 1 1-18-CN/19) y del aborto (Sentencia No. 34-19-IN/21), han sido muy controvertidas y muchos han alegado que los jueces interpretaron de manera extensiva la Constitución, o que incluso se generó una mutación constitucional.

<sup>29</sup> Cabe mencionar que, el aborto es un tema controversial que sin duda amerita un dialogo que fortalezca el debate y la toma de decisiones. De igual manera tiene implicaciones en el derecho a la salud relativo a la gratuidad o no de este procedimiento, lo que a su vez tiene consecuencias económicas.



se adecúan a una posición elitista del control de normas lo cual complicó la anuencia de su decisión en algunos sectores de la población.

Esto es, la Corte Constitucional efectuó este control constitucional sin convocar a audiencia pública lo cual fue una principal crítica a nivel nacional, y principalmente en el voto salvado de la jueza Carmen Corral Ponce: "... este caso requería de la convocatoria a una audiencia para que un tema tan sensible y polémico sea debatido y confrontado públicamente..." (Sentencia 34-19-IN/21, 2021, p. 84, prr. 16). Sin duda, este pronunciamiento visibiliza que este caso ameritaba un mejor manejo del dialogo que, por razones de la mayoría de los jueces constitucionales, fue negado<sup>30</sup>, por lo que se tomó la decisión de resolver el caso en el pleno.

Por ello, es fundamental que la legitimidad del control constitucional esté ligado a una democracia deliberativa que permite la comunicación con los destinatarios de las normas y con los demás poderes del Estado. El dialogo realza el debate y permite que la revisión de normas no esté sujeta a críticas que se generan cuando en los argumentos de las sentencias se sostiene una postura elitista. En el caso citado anteriormente, si bien la decisión de la Corte Constitucional está a la altura del reto, no es menos importante que tuviese en sus manos mecanismos legítimos que propenden al debate y a disminuir el rechazo de la población a tan importante decisión.

Ahora bien, con respecto a la conveniencia, es menester mencionar que es un aspecto práctico que apela a cómo los jueces actúan el momento de emitir una sentencia en un control constitucional a los derechos económicos y sociales. Al igual que la legitimidad, la conveniencia se fundamenta en la democracia y distinción de poderes en el contexto de un modelo deliberativo de la democracia.

Con respecto a la primera institución jurídica, desde una democracia deliberativa el control constitucional es conveniente porque frente a una omisión normativa o incompatibilidad con los derechos económicos y sociales, los jueces constitucionales

---

<sup>30</sup> Ramiro Ávila Santamaría, en su voto concurrente, sobre la convocatoria a audiencia pública manifiesta: Los argumentos para resolver esta causa, según el criterio mayoritario de jueces y juezas, estaban expuestos con detalles en las demandas y en los múltiples amicus curiae que sostuvieron ambas posiciones en tensión. Una audiencia sobre un tema que genera controversias y pasiones no hubiese aportado a tener más argumentos para la resolución de la causa. Mas bien, hubiese sido el espacio para confrontaciones innecesarias y para generar un malestar social. (Sentencia 34-19-IN/21, 2021, p. 66, prr.90)



intervienen garantizando los mismos a través de un dialogo que rompe la brecha entre los que dictaron la norma y los afectados por ella. A través de la comunicación, que de manera efectiva se realizan en las audiencias públicas, la Corte Constitucional protege estos derechos sin que sea necesario emitir sentencias que entorpezca el ejercicio de las potestades de los órganos públicos.

De esta manera, la teoría de los pesos y contrapesos interviene con el objeto de que los poderes cooperen entre sí. Esta comunicación, en un procedimiento de control constitucional, significa identificar errores y señalar los mismos al responsable para que los corrija. En efecto, la Corte Constitucional garantiza los derechos económicos y sociales que se quedaron fuera del debate público, y así, dialoga con el órgano encargado de materializarlos para que realice las acciones necesarias con el fin de reconocerlos.

En este orden de ideas, es conveniente que exista un control constitucional porque los órganos mayoritarios no siempre responden a las penurias de la sociedad, ocasionando que normas o políticas económicas y sociales resulten insuficientes para la población. Este argumento responde a la falibilidad de las mayorías y al daño que ocasionó una confianza excesiva en ellas. Por esta razón, la posición que Gargarella llama populista o radical resultó deficiente con respecto al control constitucional de estos derechos.

Como ya se dijo, la postura populista describe a la democracia como la expresión de la voluntad popular, la misma que no puede ser interrumpida por ningún órgano. Esta dio origen a un control constitucional ex ante en Francia, en el cual se podía cuestionar la constitucionalidad de una ley solamente antes de su vigencia (Nino, 1992); e incluso esta posición llegó a considerar que, la revisión de las actividades del poder legislativo, al ser el mayor representante del pueblo, deben ser realizadas por él mismo. Aquello contraviene lo que acertadamente aludía Dworkin (1984): el control no puede efectuar el mismo órgano que debe ser controlado.

En Ecuador, por ejemplo, el control de constitucionalidad de leyes le correspondía al Congreso Nacional hasta el año 1992. Según, Agustín Grijalva (2011) esto "... revela un fuerte arraigo de la noción de soberanía parlamentaria en la cultura jurídica y política ecuatoriana" (p. 216). Situación que cambió totalmente con el nuevo paradigma constitucional que se consolidó en la constituyente de 2008. A partir del cual, el poder



legislativo es visto como aquel que representa al pueblo por el motivo de que así lo establece la Constitución. En consecuencia, éste se debe a la norma madre y sus leyes deben estar conforme a ella. De esta manera, surge la necesidad de un órgano independiente que verifique el cumplimiento de esta supremacía constitucional, que en nuestro caso es, la Corte Constitucional.

Así pues, la postura radical, que con el tiempo mostró una crisis de representación de los órganos políticos, generó que varias constituciones contemporáneas establezcan un control constitucional de leyes ejercido por un Tribunal o Corte Constitucional. En consecuencia, al persistir el debilitamiento de los representantes del pueblo, muchas Cortes adquirieron un gran protagonismo. En nuestro caso, la actual Corte Constitucional por sentencias como la del matrimonio igualitario (Sentencia No. 11-18-C) y despenalización del aborto en casos de violación (Sentencia No. 34-19-IN/21), ha sido catalogada -por algunos sectores- como *activista*; lo que evidencia que existe debilitamiento de las movilizaciones sociales en el debate político y mayor interés del reconocimiento de derechos a través de la vía judicial.

Empero, el engrandecer a las Cortes Constitucionales no significa otorgarles el poder para que ellas se arroguen funciones que no les competen, como legislar. En el caso analizado en el segundo capítulo, se verificó que nuestra Corte Constitucional redactó la norma que deberá remplazar a la declarada por ella inconstitucional. Lo cual provocó que dicte una ley con carácter general y obligatorio, atribución que únicamente le corresponde al órgano legislativo. Como bien menciona Ramiro Ávila (2012), “si las juezas o jueces se atribuyeren libremente las competencias de legislar sin duda estarían atentando con el principio de la división de poderes”. (p. 222)

Desde luego, esto demuestra que los inconvenientes en el control de constitucionalidad a los derechos económicos y sociales se encuentran en la conveniencia, que responde a un aspecto práctico, es decir, a la manera en cómo los jueces toman decisiones en estos casos. Debido a que, el conflicto acerca de la legitimidad se ve atenuado en ordenamientos jurídicos en donde la misma Constitución prevé un control constitucional, como el nuestro, de leyes, decretos, actos administrativos y actos normativos de carácter general. Por lo tanto, la Corte Constitucional cuenta con mandato constitucional y lo que





queda es ejercerlo de manera que no involucre un desconocimiento de las funciones de los órganos legislativos y del carácter deliberativo de la democracia.

En este punto, cabe responder la gran interrogante que pone en tela de duda la conveniencia del control constitucional en materia económica y social: ¿es posible que los jueces constitucionales garanticen estos derechos de tal forma que no ocasione un alto costo en la económica de los Estados? La respuesta no es sencilla, por eso las críticas acerca de que los jueces no tienen los conocimientos técnicos para decidir sobre la política económica están bien fundadas y merecen especial atención.

Si bien los jueces no están en la capacidad para decidir acerca de la distribución de recursos, con base en una teoría deliberativa de la democracia, están en una buena posición para resguardar estos derechos que pueden ser desconocidos en leyes o políticas públicas. Utilizar principios como el de razonabilidad para verificar si las leyes cumplen con los derechos fundamentales ha tenido resultados alentadores en sentencias como las del -ya citado- caso *Grootboom vs Gobierno de la República de Sudáfrica*. Decisión que, logró palear la crisis con respecto al derecho a la vivienda, sin que esto signifique una sentencia de alto costo imposible de materializar.

Verbigracia, en Ecuador, en la sentencia de la despenalización del aborto por violación la Corte Constitucional no reguló la gratuidad de esta práctica, que si bien es un derecho que no puede verse desconocido y un tema de salud pública, la jueza ponente de manera explícita reconoció que el proyecto de ley “deberá ser conocido y discutido con los más altos estándares de deliberación democrática” (Sentencia 34-19-IN/21, 2021, p. 50, prr. 195). Aquello es prometedor para el control constitucional que busca la comunicación entre los poderes y el no entorpecimiento en la gestión de recursos de los representantes políticos.

Este límite que tienen las Cortes Constitucionales con respecto a las consecuencias económicas de sus decisiones no significa que deben efectuar un control superfluo o estar al servicio de los órganos legislativos. Con total independencia, los jueces constitucionales deben analizar cada caso en concreto y tomar las medidas que permitan cumplir con los estándares de una democracia deliberativa. En efecto, deben reconocer el límite de sus atribuciones y cuidar que los procedimientos democráticos cumplan con la norma fundamental.



Un buen ejemplo de ello es el Dictamen No. 3-20-EE/20A en donde la Corte Constitucional del Ecuador emite dictamen desfavorable respecto del Decreto Ejecutivo No. 1109 (de 27 de julio de 2020 ) donde el presidente dispuso “la recaudación anticipada del impuesto a la renta con cargo al ejercicio fiscal 2020” (art 1). En este control la jueza ponente expresó su preocupación de que se tomen medidas ordinarias a través de un régimen de excepcionalidad, lo que ocasiona la falta del debate público en aspectos económicos que afectan a gran parte de la población.

Igualmente, la jueza constitucional destacó el hecho de que la pandemia ha generado graves consecuencias a largo plazo en la economía del país, por lo que, es necesario que el gobierno a través de leyes y políticas públicas disminuya estos efectos. Así, expresamente mencionó que “... la recaudación anticipada del impuesto a la renta pretende solucionar una emergencia sanitaria económica que puede y debe ser solventada a través de mecanismos jurídicos y democráticos ordinarios”. (Dictamen No. 3-20-EE/20A, 2020, p. 7, prr. 25)

Así, la jueza ponente a través de un dictamen debidamente motivado explicó las razones de por qué es inconstitucional que se elimine del debate político medidas ordinarias que repercuten en la economía de varias personas. A través del análisis de la razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad del Decreto No. 1109 advirtió al ejecutivo que “medidas como la recaudación anticipada de impuestos, gozan de más legitimidad si se lo hace mediante los mecanismos establecidos por la Constitución, que promuevan la deliberación y fortalezcan la democracia”. (Dictamen No. 3-20-EE/20A, 2020, p. 6, prr.24)

Si bien es cierto, posteriormente la Corte Constitucional emitió dictamen favorable para la recaudación anticipada del impuesto a la renta<sup>31</sup>, cabe mencionar que, las recomendaciones expuestas en el Dictamen No 3-20-EE/20A fueron adoptadas por el poder ejecutivo en aras de que los recursos recaudados sean destinados a sectores que coadyuvan a la constitucionalidad de dicha medida. En tal caso, la recaudación anticipada dejó de ser inconstitucional cuando el ejecutivo justificó razonablemente la necesidad de adoptar un mecanismo excepcional que no vulnera el cauce ordinario que se tomará para enfrentar la crisis económica. Esto no es antagónico a lo manifestado anteriormente, por el contrario, reafirma los beneficios del Dictamen No. 3-20-EE/20A,

---

<sup>31</sup> Véase Dictamen No. 5-20-EE/A de la Corte Constitucional, de fecha 4 de septiembre de 2020.



ya que se consiguió un dialogo efectivo donde el ejecutivo adoptó las preocupaciones de la Corte Constitucional con respecto al ejercicio de funciones en contra de los límites de la Constitución.

En síntesis, a lo largo de esta investigación se ha argumentado como las instituciones jurídicas: democracia y distinción de poderes, desde el paradigma deliberativo de la democracia, justifican la legitimidad y conveniencia del control constitucional en materia económica y social, en especial en el caso ecuatoriano. Además, se ha expuesto recomendaciones y casos donde jueces constitucionales han adoptado decisiones que protegen derechos económicos y sociales disminuyendo las críticas relativas a que los recursos son limitados.

Sin embargo, no hay que negar que las Cortes Constitucionales enfrentan una tarea compleja y de gran responsabilidad. Pues, acaso ¿existe algún modelo idóneo que nos asegure que los jueces constitucionales siempre van a decidir de determinada manera? O ¿hay parámetros concretos que nos llevan a una decisión razonable en lo económico y social? Pienso que estas interrogantes son las mismas que aquejan a aquellos que buscan una teoría de interpretación que disminuya la discrecionalidad de los magistrados. En efecto, la actividad de los jueces no siempre responde a supuestos previstos en la norma; por lo tanto, existe gran probabilidad que en algunos casos estos apelen al sentido común, a la creatividad o al equilibrio entre derechos y consecuencias económicas.

## **CONCLUSIONES**

Diariamente en el campo del derecho constitucional se debate acerca de las decisiones de las altas cortes que versan sobre los derechos económicos y sociales en un proceso de revisión de normas. Por ello, en la presente investigación se ha expuesto como la democracia y la distinción de poderes en el contexto de una democracia deliberativa dotan de legitimidad y conveniencia al control constitucional en materia económica y social.

El problema que envuelve al control constitucional de estos derechos está relacionado con la exigibilidad judicial de los mismos. Debido a que, mayormente los derechos económicos y sociales han estado subordinados a un componente económico que ha



impedido que sean aplicados directamente por los magistrados. En este sentido, por principio de separación de funciones, son los órganos políticos los encargados de definir la esfera de su materialización, dejando así a los jueces sin la capacidad de pronunciarse al respecto.

Aquello se desvirtúa con la teoría de constitucionalización del ordenamiento jurídico de Guastini, mediante la cual todo derecho, ya sea configurado como norma programática o como principio, es una verdadera norma jurídica que puede ser aplicada directamente por los magistrados. Esto, a su vez, apoya la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales haciendo posible un control constitucional de los mismos.

Ahora bien, ya con esta tesis, es posible identificar la postura elitista y radical que han tratado de justificar el control constitucional. Mismas que, miran a la democracia y distinción de poderes como insuficientes para dar respuesta a la problemática de la revisión de normas en materia económica y social. Tanto la una como la otra, no rompen con la tensión existente entre derechos y democracia, sino únicamente sostienen argumentos poco plausibles con respecto a la legitimidad y conveniencia de dicho control.

En consecuencia, la teoría de la democracia deliberativa es aquella que brinda los fundamentos jurídicos necesarios para considerar que el control constitucional de la política económica y social es totalmente viable; ya que mitiga sus críticas a través de procesos de diálogo y de toma de decisiones imparciales. Esto es, los jueces constitucionales ejercen la revisión de la actividad legislativa mediante la comunicación entre poderes, sin entorpecer la función que por naturaleza le corresponde a cada uno.

En efecto, si bien existen sentencias aceptables con respecto a estos derechos, esto es, que no necesariamente han ocasionado fuertes erogaciones del Estado sino una adecuada comunicación entre poderes que ha posibilitado la reparación de los derechos económicos y sociales vulnerados; no es menos cierto que, como en el caso analizado en el segundo capítulo existen errores al momento de ejercer el control de normas que puede llegar a inferir que la actividad de los jueces constitucionales es arbitraria.

Por lo tanto, creo que el problema actual es, más allá de considerar legítimo o no al control constitucional, si el mismo es conveniente, por el motivo de que no existen parámetros claros que nos den la seguridad de que los jueces constitucionales van a



decidir en equilibrio con los recursos disponibles. Sin duda, existe una discrecionalidad en la decisión judicial que preocupa a los constitucionalistas y a los órganos políticos porque se resuelve sobre cuestiones fundamentales que tienen evidentes efectos económicos.

## REFERENCIAS

### Obras consultadas:

- Abramovich, V., & Courtis, C. (1997). *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. In M. Abregù & C. Courtis (Eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Del Puerto
- Ackerman, B. (1991). *We the People: Foundations*. Harvard University Press.
- Ackerman, B., & Rosenkrantz, C. (1991). Tres concepciones de la democracia constitucional. In *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Bercholz, J. (2006). *La división de poderes. Cuestiones actuales sobre el rol del poder judicial*. Universidad de Buenos Aires.  
[http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/bercholz-la\\_division\\_de\\_poderes.pdf](http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/bercholz-la_division_de_poderes.pdf)
- Bickel, A. (1962). *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. The Bobbs-Merrill Company.
- Contreras, J. F. (1996). *Defensa del Estado social*. Universidad de Sevilla.
- Cruz, J. (2013). Los derechos sociales y sus garantías: Un esquema para repensar la justiciabilidad. En J. Espinoza de los Monteros & J. Ordóñez (Eds). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Tirant Lo Blanch.
- Cunill, N. (1997). *Repensando lo público a través de la sociedad*. Editorial Nueva Sociedad.
- Da Silva, J. (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Elster, J. (1999). La autooblicación. En J. Elster & R. Slagstad (Eds.), *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre.
- Estrada, S. (2013). Algunos aportes desde la teoría de los principios jurídicos a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Naturaleza y función del principio de no regresividad. En J. Espinoza de los Monteros & J. Ordóñez (Eds.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gargarella, R. (2013). Justicia dialógica y derechos sociales. En J. Espinoza de los Monteros & J. Ordóñez (Eds.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Tirant Lo Blanch.
- Gloppen, S. (2006). Analyzing the Role of Courts in Social Transformation. En R. Gargarella, P. Domingo, & T. Roux (Eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Ashgate.
- Grijalva, A. (2011). *Constitucionalismo en Ecuador*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Guarinoni, R. (2011). Razonamiento judicial e interpretación de la ley. En C. Alarcón & R. L. Vigo (Eds.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*. Marcial Pons.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Editorial Fontamara S.A.
- Guerrero del Pozo, J. (2012). Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad. En J. Montaña (Ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Trotta.
- Hamilton, A. (1974). Artículo LXXVIII. En *EL Federalista* (2da ed., p. 330). Fondo de Cultura Económico.
- Kelsen, H. (1949). *Teoría general del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria.
- Larrea Holguín, J. (2007). *Derecho constitucional ecuatoriano*. Corporación de Estudios



y Publicaciones.

- Locke, J. (1959). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Ágora.
- Madison, J., Hamilton, A., & Jay, J. (2010). *El federalista* (2nd ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Mariño Menéndez, F. (2001). Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Universidad Carlos III.
- Mejía, O. (2007). Elites, eticidades y constitución. En V. Hoyos (Ed.), *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Clacso.
- Montaña, J. (2011). El derecho a renacer: aproximación fenomenológica a la justicia constitucional en Ecuador. En J. Montaña (Ed.), *Apuntes de derecho procesal constitucional. Aspectos generales*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Montesquieu. (1990). *El espíritu de las leyes*. Porrúa.
- Mounk, Y. (2018). *El pueblo contra la democracia*. Editorial Paidós.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea.
- Palacios, F. (2008). Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay. En A. Grijalva & R. Martínez (Eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Pietro Sanchís, L. (2008). Supremacía, Rigidez y Garantía de la Constitución. En M.-G. Ferrer & A. Zaldívar Lelo de Larrea (Eds.), *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*. Marcial Pons.
- Pisarello, G. (2003). *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Editorial Icaria S.A.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Editorial Trotta S.A.
- Rodríguez, C. (2016). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En M. García & M. Ceballos (Eds.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.



Romero, J. (2012). Control Concreto de Constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad. En J. Montaña (Ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Rousseau, J. J. (2015). *El contrato social*. Mestas Ediciones.

Sartori, G. (1993). *¿Qué es la democracia?* Editorial Patria.

Sunstein, C. (1993). *The partial constitution*. Harvard University Press.

Sunstein, C. (2018). *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*. Siglo Veintiuno.

### **Publicaciones periódicas:**

Abramovich, V., & Curtis, C. (2001). La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana. *Jueces Para La Democracia*, 40. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174843>

Álvarez, F. (2003). Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (Refutaciones al carácter contramayoritario del Poder Judicial). *Dikaion*, 12, 283–314. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252>

Fernández, F. (1997). Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. *Pensamiento Constitucional*, 4(4), 167–216. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3302/3144>

Gómez, A., & Montoya, M. (2017). Una revisión contemporánea a la doctrina de la distinción de poderes. *Civilizar*, 17(32), 49. <https://doi.org/10.22518/16578953.817>

Irrarázaval, L. A. S. (2016). Las Cuestiones Políticas: Una Doctrina Sobre Los Límites Del Poder Judicial. El Caso De Los Estados Unidos. *Estudios Constitucionales*, 2(07180195), 231–262. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200008>

Masbernat, P. (2013). Principios constitucionales tributarios en la sentencia Roles No 1399-09-INA y No 1469-09-INA, acumulados, Concepción. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20, 155–191. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000100007>

Monsiváis, A. (2006). Democracia deliberativa y teoría democrática: una revisión del valor de la deliberación pública. *Revista Mexicana de Sociología*, 68, 291–330.





[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-25032006000200004&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-25032006000200004&script=sci_abstract)

- Nino, C. S. (1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, 4(183), 79–88. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1049078>
- Pizzorusso, A. (2006). La justicia constitucional italiana entre modelo difuso y modelo concreto. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría Del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 4, 249–250. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2060304>
- Saltos, M. (2017). Los principios generales del derecho tributario según la Constitución del Ecuador. *Revista Empresarial*, 11, 61–67. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6128116.pdf>
- Sarasola, I., & Suanzes, J. V. (2011). Conceptos de constitución en la historia. *Historia Constitucional*, 12, 487–492. <https://doi.org/10.17811/hc.v0i12.312>
- Tantaleán, R. (2019). El problema de investigación jurídica. *Derecho y Cambio Social*, 57, 451–503. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7014404>
- Trinidad, P. (2012). La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4(1989–6565), 125–168. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4844064>
- Uprimny, R. (2000). Justicia constitucional, derecho sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC (II parte). *Pensamiento Jurídico*, 13, 287–319. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39986>
- Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Precedente. Revista Jurídica*, 35–66. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1382>
- Waldron, J. (2018). Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. *Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 27, 7–28. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1>

### **Legislación consultada:**

Código Tributario [CT]. 14 de junio de 2005 (Ecuador).

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización [COOTAD]. 19 de octubre de 2010 (Ecuador).



Constitución de la República del Ecuador [CRE]. 20 de octubre de 2008 (Ecuador)

Decreto Ejecutivo No. 1109 [Lenín Moreno Garcés Presidente Constitucional de la República]. La recaudación anticipada del impuesto a la renta con cargo al ejercicio fiscal 2020. 27 de julio de 2020.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. 22 de octubre de 2009. Registro Oficial No. 52.

Observación General No 4 [Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales]. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). 1991

Ordenanza General [Consejo Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado de Limón Indanza]. Para el cobro de las contribuciones especiales de mejoras a beneficiarios de obras públicas ejecutadas en el cantón Limón Indanza. 02 de marzo de 2011.

#### **Sentencias:**

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 005-13-SIN-CC; 9 de abril de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 002-14-SIN-CC; 14 de agosto de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 024-16-SIN-CC; 6 de abril de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen de Constitucionalidad No. 3-20-EE/20A; 10 de agosto de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 34-19-IN/21; 28 de abril de 2021.

#### **Otras Fuentes:**

Chiriboga, V. (2014). *Examen del principio de beneficio en la contribución especial de mejora en el Ecuador*. [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador]. Repositorio Institucional - Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.

Rivera, G. (2013). *Análisis de las reformas tributarias y su incidencia en la recaudación fiscal con respecto al impuesto a la renta en el quinquenio 2007-2011* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador]. Repositorio Institucional - Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.