|  |
| --- |
| **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 002-09-SAN-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN:**  **del neoconstitucionalismo al nuevo constitucionalismo democrático en Ecuador; una lectura crítica**  *ANALYSIS OF THE JUDGMENT NO. 002-09-SAN-CC OF THE CONSTITUTIONAL COURT FOR THE TRANSITION PERIOD: from neo-constitutionalism to the new democratic constitutionalism in Ecuador; a critical reading*  **Germana de Oliveira Moraes**  Doctora en Ciencias Jurídico-Políticas  Profesora decana del Curso de pos-graduación en Derecho,  Universidad Federal de Ceará  Jueza Federal de la 5ª Región  Brasil  Artigo recebido em: 20/06/2017 Aprovado em: 06/09/2017 |

**Resumen**

Analiza la Sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Presenta aportes al constitucionalismo democrático de la Sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Aborda la permanencia del Estado constitucional y del carácter principialista del neoconstitucionalismo. Estudia la conformación por la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición de un nuevo sistema mixto de control de constitucionalidad. Analiza la afirmación de la Corte Constitucional como órgano máximo de interpretación constitucional, la consolidación por la Justicia Constitucional del carácter constitucional de los derechos establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales, y por tanto, sujetos al control de constitucionalidad. Estudia el análisis de la constitucionalidad material del dictamen 01421, delimitado por la Normativa Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos, resuelta a partir de la interpretación del principio del Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo 1° de la Constitución del 2008) y de la consecuente posibilidad de aplicación de los principios generales de interpretación constitucional, en especial, de la Fórmula de peso, que estructura la ponderación de derechos, ínsita a la técnica de proporcionalidad.

Palabras-clave: Estado constitucional. constitucionalismo democrático. justicia constitucional. control de constitucionalidad. sentencia nº002-09-SAN-CC. Corte Constitucional del Ecuador.

**Abstract**

Analyzes Judgment No. 002-09-SAN-CC of the Constitutional Court of Ecuador for the transition period. It presents contributions to the democratic constitutionalism of Judgment No. 002-09-SAN-CC of the Constitutional Court of Ecuador for the transition period. It addresses the permanence of the constitutional state and the principialist character of neo-constitutionalism. It studies the formation by the Constitutional Court of Ecuador for the period of transition of a new mixed system of control of constitutionality. It analyzes the affirmation of the Constitutional Court as the maximum body of constitutional interpretation, the consolidation by the Constitutional Court of the constitutional character of the rights established in international treaties and conventions in the field of human rights, considered as fundamental rights, and therefore subject to the control of constitutionality. It studies the analysis of the material constitutionality of the ruling 01421, delimited by the Constitutional and International Norms of Human Rights, resolved from the interpretation of the principle of the Constitutional State of Rights and Justice (article 1 of the Constitution of 2008) and the consequent possibility of applying the general principles of constitutional interpretation, especially of the weight formula, which structures the weighting of rights, based on the technique of proportionality.

Keywords: Constitutional state. constitutionalism. constitutional justice. control of constitutionality. judgment nº002-09-SAN-CC. Constitutional Court of Ecuador.

1. **LA SENTENCIA N° 002-09-SAN-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN**

L

a Corte Constitucional del Ecuador, el 02 de abril de 2009,   mediante la Sentencia No. 002-09-SAN-CC, en el uso de su competencia  para el Período de Transición *(artículo 44 numeral 3 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias  de la Corte Constitucional para el Período de Transición)*   resolvió la acción por incumplimiento propuesta por los ciudadanos Silvia Game Muñoz y Alfredo Luna Narváez  en contra el en contra el dictamén No. 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por elProcurador General del Estado y en  contra el acto administrativo omiso del Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, por la presunta inaplicación del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades que establecía en su literal b) la exoneración de impuesto para la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años anteriores al modelo de la fecha de autorización realizada por el Consejo Nacional de Discapacidades.

 Los accionantes, personas con discapacidad,  informaron que el Gerente General y el Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana se negaron  a embarcar sus automóviles ortopédicos en función del dictamen No. 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Procurador General del Estado en el que estableció la inaplicabilidad del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades por ser contrario al artículo 37 literal i) de la Ley Orgánica de Adunas; artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres; y, artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz.

El citado  dictamén No. 01421 de 23 de junio de 2008, según la Procuraduría General del Estado, pretende proteger los derechos al ambiente sano y del consumidor previstos en los artículos 163 y 272 de la Constitución Política de 1998, los cuales la  aplicación del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades podría poner en riesgo.

Los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana afirmaron  que han atendido oportunamente el requerimiento de los accionantes y que la importación no se realizó porque ellos no habían presentado la factura o proforma, a fin de individualizar el vehículo que pretendían importar, incumpliendo lo dispuesto por el artículo 44 literal b) de la Ley Orgánica de   Aduanas y el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado.

 En la Sentencia  No. 002-09-SAN-CC, la Corte Constitucional del Ecuador ejerció el control de constitucionalidad de dos maneras: primero,  como incidente de la resolución de un caso contencioso en contra de los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y a favor de la ciudadana Silvia Game Muñoz y del ciudadano Alfredo Luna Narváez. Después, ejerció  el control abstracto de constitucionalidad oficioso del dictamen Nº 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado. No obstante haya entendido que la pretensión de los accionantes relacionada a la inconstitucionalidad del  dictamén 01421 no pudiese ser objeto de revisión vía acción por incumplimiento, decidió que "*la Corte no puede dejar de referirse a la constitucionalidad del dictamen 01412 y de otras normas inmersas en el caso",* porque "*a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, como en efecto es la acción por incumplimiento, el juez constitucional está facultado para revisar el fondo de un asunto controvertido*". (1)

 En el control concreto de constitucionalidad, como incidente como órgano de revisión judicial  de la resolución de un caso contencioso en contra de los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la Corte Constitucional del Ecuador examinó cuatro  importantes cuestiones: 1°) la competencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición; 2°) la naturaleza, alcance y efectos de la Acción por Incumplimiento; 3°) la aplicación temporal del dictamén   Nº 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado y la consecuente conclusión por la irretroactividad del citado acto del Poder Público; 4°) atribución de sentido al vocablo "factura" previsto en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, valiéndose de la interpretación conforme el artículo 44 de la Ley Orgánica de Aduanas.

En el control abstracto del dictamen Nº 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado, cabe resaltar cuatro relevantes temas jurídicos: 1º) el examen de los límites de la jurisdicción constitucional, al investigar la pertinencia, en el ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano, de la declaratoria de inconstitucionalidad de oficio de normas conexas para el caso concreto; 2º) la incompetencia de la Procuraduría General del Estado, bajo la Constitución de 2008, para hacer la interpretación constitucional, lo que incluyó  la investigación de la naturaleza jurídica de esos actos, en el ejercicio del control oficioso de la constitucionalidad formal del dictamen antes citado; 3º) la consolidación por la Justicia Constitucional del carácter constitucional de los derechos establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales, y por tanto, sujetos al control de constitucionalidad; 4º) el análisis de la constitucionalidad material del dictamén 01421, delimitado por la Normativa Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos, resuelta a partir de la aplicación de los principios constitucionales, en especial de la fórmula de la técnica de la ponderación, ínsita al criterio de proporcionalidad y expresa en la fórmula del peso de Robert Alexy.

          En el ejercicio del control concreto de constitucionalidad del dictamen en contra de los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la Corte Constitucional del Ecuador procedió a la interpretación conforme del artículo 44 de la Ley Orgánica de Aduanas.  Negó la acción por incumplimiento planteada en contra del Procurador General del Estado, por improcedente, considerando la imposibilidad de aplicación retroactiva del dictamén Nº 01421, que no afecta los derechos de los accionantes, una vez que haya sido emitido en fecha posterior al momento en que obtuvieron las respectivas autorizaciones del CONADIS y al amparo de lo previsto en los dictámenes Nº 27235 y 27338 de 24 y 25 de agosto de 2006. En contra del Señor Gerente de la Corporación Aduanera Ecuatoriana concedió la acción por incumplimiento y  con apoyo en los artículos 86 numeral 3 de la Constitución de la República y 44 numeral 3 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, determinó a los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana que cumpliesen con el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades y con los dictámenes emitidos por el Señor Procurador General del Estado el 24 y 25 de agosto de 2006, que no impiden las exenciones tributarias para la compra de vehículos ortopédicos o no ortopédicos usados hasta antes de tres años, en el plazo de 15 días, a partir de la presentación de las facturas, proformas o documentos asimilables para el caso de automóviles usados para emitir órdenes de embarque de los automóviles ortopédicos de hasta tres años de fabricación, solicitadas por las partes.

En el ejercicio de oficio del  control abstracto de constitucionalidad del dictamen  01421 (art. 436 numeral 3 de la Constitución de la República), reconoció  la incompetencia de la Procuraduría General del Estado para interpretar la Constitución y declaró, además, la inconstitucionalidad por el fondo del dictamen Nº 01421 de 23 de junio de 2008 por ella emitido y su expulsión del ordenamiento jurídico, debiendo, en consecuencia, "*el Señor Procurador General del Estado en adelante, abstenerse de emitir dictámenes en los que se haga interpretación de normas constitucionales, bajo pena de incurrir en arrogación de funciones*". (2)

La Corte garantizo, así, los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, como las personas con discapacidad, los cuales concretizan el principio constitucional de la igualdad y no discriminación (art. 11.2 de la Carta Constitucional del 2008),  las exenciones de impuestos para la compra de vehículos ortopédicos o no ortopédicos usados hasta antes de tres años, apoyadas (art. 35.4) y autorizadas (artículo 47.4) por la Constitución de 2008 y en diversos instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es parte, además de previstos en la regla del  artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades.

1. **APORTES AL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE LA SENTENCIA NO. 002-09-SAN-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN**

La Sentencia  No. 002-09-SAN-CC, emitida, en 2009,  por la Corte Constitucional, con este importante precedente judicial del período de transición del  Derecho constitucional ecuatoriano, *no obstante* la adopción de fundamentos de la teoría neoconstitucionalista, para motivarla, contiene,   además, relevantes aportes al constitucionalismo democrático en América Latina, con la apertura de caminos para su consolidación jurisprudencial y doctrinaria. Sea porque los fundamentos teóricos por ella  adoptados, recogidos del neoconstitucionalismo, persisten en la conformación de la doctrina del nuevo constitucionalismo latino americano, sea porque indicó nuevos rumbos para significativos cambios introducidos por la Constitución ecuatoriana del 2008.

1. **La permanencia del Estado constitucional y del carácter principista  del neoconstitucionalismo**

En la Sentencia  Nº 002-09-SAN-CC, la  Corte Constitucional del Ecuador, adoptó expresamente, con apoyo en la doctrina de Miguel Carbonell, Ricardo Guastini, Carolina Silva Portero, entre otros, una comprensión del Derecho, inspirada en el  neoconstitucionalismo principialista.

         De modo explícito, ratificó,  siguiendo la teoría neoconstitucionalista,   la permanencia del Estado constitucional y del carácter principialista  y que persisten en el constitucionalismo democrático de Latinoamérica, *"las posiciones sobre la necesaria impregnación constitucional",* el reconocimiento *de "la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico"* y el fortalecimiento de *"su presencia determinadora en el desarrollo e interpretación del mismo" (3)*

Conforme  se lee en la Sentencia, la Corte Constitucional del  Ecuador no aceptó las técnicas de interpretación del Procurador del Estado, porque estarían inmersas en la ciencia jurídica del Estado liberal, marcada por el paradigma del positivismo, según el cual:

*"el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era la boca de la ley"* y *"el Parlamento conformado por la burguesía, era el que ejercía dominio sobre cualquier otra función del Estado, así, vía legal se restringían derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios (contenido material) pasaban a un segundo plano".*

Se afirma en la Sentencia, a partir de la interpretación:

*"de la nueva forma o modelo de Estado, contenida en el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) profundamente distinto de aquel previsto en la Constitución Política de 1998 (...) El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia", que "el Ecuador ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley o acto a la Constitución de la República."* (4)

Se destacan en la transcripción anterior y en el excepto abajo reproducido, recogidos de la citada Sentencia, rasgos marcantes del  paradigma del neoconstitucionalismo, vale decir, el Estado constitucional en el cual prevalecen la fuerza de la Constitución y de los principios, conforme expresado en su motivación:

*"El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al  Estado de derecho sometiendo todo poder (legislativo y   ejecutivo, incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir, que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social" (5)*

Con apoyo en la  teoría neoconsitucionalista  principista, en la Sentencia  No. 002-09-SAN-CC de 2009, la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, parte de la  premisa de que:

*"el contenido material del constitucionalismo encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Así, dentro de una adecuada interpretación constitucional, las reglas deben ser interpretadas siempre a la luz de los principios y valores previstos en la Constitución. Los principios constituyen la materialización de los derechos y su estructura (normas éticas) hace necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de Derecho"  (6)*

Al reconocer  que los principios hacen parte del  ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano, que el Derecho se ha re materializado y el contenido material del constitucionalismo encuentra reflejos en principios (mandatos de optimización) y valores, y que los mismos generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional en el ejercicio de las competencias para el Período de Transición, dio continuidad y amplió el perfil principialista  heredado de la Teoría del neoconstitucionalismo e incorporado al nuevo constitucionalismo ecuatoriano por la Carta Política del 2008. Aunque la Constitución del 1998, en el artículo 18 (7) no hubiera realzado la fuerza de los principios como criterio de interpretación, en la Sentencia Nº 002-09-SAN-CC, la Corte, cuando interpretó el principio fundamental antes mencionado, se apoyó en la disposición literal de la parte final del artículo 427 de la Constitución del 2008, según la cual “*En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional*”.

Como  destacan Viciano Pastor y  Martínez Dalmau, al caracterizar el nuevo constitucionalismo latino americano:

*"las nuevas constituciones son esencialmente principistas. Los principios, tanto implícitos como explícitos, abundan en sus textos, en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente. El efecto jurídico de los principios, principalmente como criterios de interpretación, es incuestionable y, en determinadas ocasiones se hace referencia expresa a ellos al determinar el razonamiento vinculante de los tribunales constitucionales con base en el tenor literal del texto, o en la constitución en su integralidad."(8)*

"Como fruto de la constante y renovada relación dialéctica entre los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, el "derecho por reglas" del Estado de Derecho cedió lugar, en el constitucionalismo contemporáneo, al "derecho por principios". (...) Se observa en los días de hoy, esa tendencia a la cristalización de los principios en normas escritas, sobre todo mediante la constitucionalización de principios enunciados, primitivamente, por la jurisprudencia y por la doctrina. (...) Actualmente, no se cuestiona la idea de que el ordenamiento jurídico está formado tanto por reglas (o normas en sentido estricto), como por principios generales." (9)

Fijadas tales  premisas, la Sentencia No. 002-09-SAN-CC aplicó el principio fundamental "Estado Constitucional de derechos y Justicia", resolviendo el caso,  *"de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional"*. La  motivación de la Sentencia reside con prioridad  en la atribución del sentido a la fórmula del paradigma del "*Estado Constitucional de derechos y Justicia"*, contenida en el artículo 1 de la Constitución de la República (2008)  e insertada en el Capítulo de los Principios fundamentales:

*Art. 1.-* ***El Ecuador  es un Estado constitucional de   derechos y justicia social,*** *democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se    organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

        Según la Corte Constitucional,  la interpretación contenida en el Dictamen del Procurador General del Estado,  bajo examen, resultaría *"desproporcionada, irrazonable, inconstitucional y atentatoria al principio del Estado Constitucional de derechos, consagrado en el artículo 1 de la Constitución de la República."*  (10)

Conforme consta en la Sentencia:

*"el análisis de aplicabilidad e inteligibilidad efectuado por el Señor Procurador General del Estado con respecto a normas  legales, supra legales, (Convenio Automotriz) y constitucionales no llevó en consideración criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que justifiquen el fin logrado, más aún, si se considera que dicho análisis de aplicabilidad ha repercutido directamente en el ejercicio de derechos fundamentales e inherentes a la población  discapacitada", derechos garantizados en la Constitución de la República, en Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador y normas de rango legal". (11)*

Tras invocar las lecciones de Miguel Carbonell, para quien "*entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad*", entre otros citados,  con soporte en la Teoría de los Derechos Fundamentales y en la  Fórmula del peso, de Robert Alexy, utilizó la ponderación, inherente a la proporcionalidad, como el método de aplicación de los principios, para dirimir las antinomias detectadas en la cuestión de fondo que involucra el examen de la inconstitucionalidad en el caso, conforme se verá a continuación.

La Sentencia, al seguir el análisis de Miguel Carbonell sobre "*El neoconstitucionalismo en su laberinto*", el cual enfatiza las conexiones entre los textos constitucionales posteriores a la segunda guerra mundial "*que contienen altos niveles de normas materiales"*,  con  las prácticas jurisprudenciales en parte resultantes de esas normas y los desarrollos teóricos novedosos, "*los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial*" que "contribuyen en ocasiones no solamente para explicar un fenómeno jurídico, incluso a crearlo” (12), coherentemente, optó por la ponderación, como una de las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, con base en la Ciencia del Derecho, mediante la aplicación de la Fórmula del peso, desarrollada en la Teoría de Robert Alexy.

1. **La conformación por la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición de un nuevo sistema mixto de control de constitucionalidad: el fortalecimiento de la competencia de control jurisdiccional**

Más allá de adoptar un constitucionalismo principialista, al garantizar los derechos de las personas con discapacidad, tratadas por la Constitución ecuatoriana de 2008 (art. 35) como personas de atención prioritaria,  la Corte Constitucional expandió las fronteras del control de constitucionalidad, con la conformación de un innovador modelo de Justicia Constitucional, mediante la sofisticación del sistema mixto y, precisamente en este caso, mediante la  aplicación del principio de conexidad, cuanto al control abstracto.

Según Patricio Pazmiño Freire*, "característica esencial del modelo constitucional nacido en Latinoamérica es la irrupción de un nuevo sistema de control constitucional"*. Explica el autor  en su libro *"Aproximación al nuevo constitucionalismo - Debates sobre sus fundamentos":*

*"Los estudiosos del derecho público comparado han resaltado con un elemento novedoso de la nueva ola constitucional    iberoamericana, la tendencia a la transformación del tradicional sistema difuso de control constitucional heredado del   constitucionalismo norteamericano por un modelo mixto más cercano al paradigma europeo de control constitucional  concentrado, eso sí introduciéndole substanciales y significativas modificaciones" (13)*

Dicha Sentencia fortaleció la Jurisdicción constitucional ecuatoriana, al expandir sus fronteras: estableció importantes marcos para la delimitación de las competencias de la Corte Constitucional, como organismo de cierre, responsable por la supremacía de la Constitución y por la armonía y estabilidad del ordenamiento jurídico, competencias ésas  de revisión judicial de constitucionalidad y de interpretación constitucional. Suministró parámetros para la nueva configuración del sistema híbrido de control de constitucionalidad previsto en la Constitución de 2008. En fin, delineó los primeros trazos del nuevo dibujo de un modelo latinoamericano innovador de Justicia Constitucional.

La Corte Constitucional del Ecuador, el 02 de abril de 2009,   mediante la Sentencia Nº 002-09-SAN-CC, en el ejercicio de su competencia  para el Período de Transición, establece un importante marco procedimental para la redefinición del perfil de un nuevo sistema de control  de constitucionalidad, en el cual se destaca como característica principal una conformación mixta, en la cual coexisten mecanismos procesuales del tradicional sistema difuso de control de constitucionalidad de revisión judicial por jueces ordinarios, inspirado en el constitucionalismo norteamericano, con el sistema abstracto de control de constitucionalidad el cual se viabiliza mediante la  actuación de la Corte Constitucional encargada de tutelar la supremacía de la Constitución, de acuerdo con los moldes del modelo europeo.

En esta Sentencia,  configuradora de un nuevo sistema mixto de control de constitucionalidad, se destaca, además, en lo que concierne al control abstracto,  el examen de la pertinencia en el ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano, de la declaratoria de oficio de inconstitucionalidad de normas conexas para el caso concreto.

* 1. **El examen de los límites de la jurisdicción constitucional, al investigar la pertinencia, en el ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano, de la declaratoria de oficio de inconstitucionalidad de normas conexas para el caso concreto**

En el constitucionalismo ecuatoriano, se afirma el principio de conexidad, esa novedad introducida por la Constitución de 2008, en cuanto a control abstracto, conforme el numeral 3 del artículo 436:

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

***3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.***

          Según Agustín Grijalva Jiménez:

*"esta atribución permitirá a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas jurídicas inconstitucionales relacionadas directamente con normas jurídicas de las cuales se ha demandado su inconstitucionalidad. La actuación de oficio por un Tribunal Constitucional, como se sabe, es excepcional, pero en este caso la excepción es razonable puesto que si los jueces ordinarios pueden suspender o no aplicar una norma jurídica en una causa, con mayor razón la Corte Constitucional debeestar facultada para realizar tal control, pero con efectos definitivos dado su carácter de órgano de cierre"*   (14)

La posibilidad de la Corte Constitucional, en la condición de organismo concentrado de control de la constitucionalidad, conocer y declarar  de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas para el caso concreto involucra la controvertida problemática de la auto-contención o de los límites de la jurisdicción, ya comparable, en la expresión de Schneider *"a la cuestión de la cuadratura del círculo"*. *(15)*

Actualmente, la  legitimidad democrática de la ampliación de las competencias de los organismos judiciales de control directo de constitucionalidad viene siendo objeto de varios debates actuales entre los constitucionalistas. Contra la alegación de déficit democrático, se contrapone Carlos Gaviria, al tratar de la actuación de la Corte Constitucional de Colombia, presentando una justificativa  democrática para sus procederes:

*De manera que, si nosotros vamos a justificar los procederes de la Corte Constitucional podemos decir esto:  si el constituyente originario es el depositario de la voluntad popular y si ese constituyente le dio a la Corte las facultades que le dio, y en función de los fines que los consignó y con el propósito fundamental de conseguir la paz, a los jueces les corresponde aplicar la justicia constitucional, tanto por la vía de la acción de inconstitucionalidad como por la vía de amparo, por la vía de la tutela.*

*Amparar esos derechos con el objeto de contribuir a que Colombia sea una sociedad democrática, una sociedad equitativa, una sociedad decente, donde, por fin, la paz pueda tener lugar, a la manera de sociedades donde la situación es distinta, en donde la democracia se aproxima a una vigencia plena. La democracia, de todos modos, es una utopía, en el sentido de que es difícil señalar una sociedad donde el ideal democrático tenga una vigencia plena, pero sí hay sociedades que se acercan bastante a ese ideal democrático. Nosotros estamos bastante alejados de ese ideal, y por tanto, el ideal de la paz y el ideal de la democracia en Colombia van de la mano, y la Corte Constitucional lo que ha hecho, no es usurpar la legitimidad al Congreso, sino cumplir una función que le atribuyó el constituyente y en función de los propósitos que éste tenía en mente. (16)*

La Corte constitucional ecuatoriana, además de ampliar los límites del control judicial de la constitucionalidad de los actos normativos, afirmó su competencia como órgano máximo de interpretación constitucional.

1. **La afirmación de la Corte Constitucional como órgano máximo de interpretación constitucional: la delimitación de la competencia de la Procuraduría General de la República para emitir dictámenes interpretativos de la Constitución**

La Corte constitucional ecuatoriana, además de ampliar los límites del control judicial de la constitucionalidad de los actos normativos, afirmó su competencia como órgano máximo de interpretación constitucional, ante el Poder ejecutivo, al delimitar la competencia de la Procuraduría General del Estado para emitir dictámenes interpretativos de actos normativos.

En  el control abstracto de oficio (art. 436 - 3 de la Constitución de 2008) del dictamen Nº 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado, hizo el análisis de la constitucionalidad formal u orgánica y concluyó por la  **incompetencia de la Procuraduría General del Estado para interpretar la Constitución.**

En la Sentencia Nº 002-09-SAN-CC analizó la constitucionalidad del citado dictamen y la conformidad con el articulo 237 numeral 3 de la Constitución de la Republica de 2008  de los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que lo facultó a emitir dictámenes vinculantes sobre la forma en que deben ser entendidas y aplicadas las normas constitucionales, al pronunciar juicios de  inteligencia o aplicabilidad de las normas de carácter constitucional.

La Corte entendió  que el juicio de inteligencia y aplicación de leyes que la Procuraduría General del Estado efectúa resulta una interpretación y que, en la especie, *"El señor Procurador, en ejercicio de su interpretación, determinó la forma como debían entenderse y aplicarse los artículos 53, 163, 23 numeral 3, 92 y 272 de la Constitución Política de la República de 1998 (vigente en ese entonces) y 6 del Convenio de Complementación el en sector Automotriz"* (19)

Decidió, sin embargo, que el  artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado *"en lo relacionado a la solución de consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de normas constitucionales se encuentra en manifiesta contradicción al respecto de los preceptos constitucionales del artículo 429 y 436 numeral 1* los cuales consagran la corte constitucional como "órgano máximo de interpretación" y "la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano", como también al respecto del artículo 237 numeral 3 que restringe la función de asesoramiento legal y la *solución*de las consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, solamente *en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades y organismos.*  En las  palabras claras  de la Jueza Constitucional Sustanciadora Doctora Ruth Seni Pinoargote:

*"Resulta necesario recordar que, bajo el régimen de la Constitución de 1988, el Tribunal Constitucional del Ecuador no fue el máximo órgano de interpretación constitucional, y por tanto, no existía yuxtaposición de competencias con respecto a la facultad interpretativa - constitucional del Procurador General del Estado. No obstante, con la vigencia de la nueva Constitución de la República, la Corte Constitucional del Ecuador, órgano rector de la Justicia Constitucional, se convierte en la máxima instancia de interpretación y control constitucional."*

La Corte Constitucional optó para la resolución de este caso por restringir la aplicación del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante la sentencia "reductora" con operación "ablativa". Resuelve "mediante inconstitucionalidad reductora la expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano de la palabra "constitucionales" que consta en el artículo 3 literal e) y artículo 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado".

En  el control abstracto de oficio del dictamen Nº 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado, en la Sentencia Nº 002-09-SAN-CC, procedió a la inconstitucionalidad reductora de los artículos 3 literal e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y concluyó por la  incompetencia de la Procuraduría General del Estado para emitir dictámenes en los que se haga interpretación de normas constitucionales**.**

Así, no se manifestó expresamente sobre la inconstitucionalidad formal del dictamen 01421, limitando el control de la constitucionalidad de este acto del poder público en su aspecto material.

Los artículos 3 e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado los cuales atribuían la competencia al Procurador General para emitir dictámenes de interpretación constitucional no fueron todavía *acogidos* por la nueva  Constitución de la República del 2008. Por vía de consecuencia, el dictamen 01421, a falta de amparo legal y por incompetencia del Procurador General del Estado, tampoco fue *acogido* por el  nuevo orden constitucional ecuatoriano.

Se cuestiona si la declaración de la inconstitucionalidad formal  del dictamen 01421 de la Procuraduría General del Estado no sería suficiente para expulsarlo del ordenamiento jurídico ecuatoriano y así garantizar las exenciones tributarias a toda la población discapacitada o, por otro lado, si  sería realmente necesario también ejercer el control de fondo. Por lo que parece la respuesta seria afirmativa y por lo tanto no sería necesario avanzar en el ejercicio del control de su constitucionalidad material.

No obstante, la Corte Constitucional para el período de transición, en la Sentencia Nº 002-09-SAN-CC, a mí parece que para no se escusar de ejercer el control de la constitucionalidad de fondo del citado dictamen  01421, optó por la técnica ablativa.

Estableció  como límites del análisis de la constitucionalidad material abstracta del dictamen 01421 del Señor Procurador General del Estado, además de la Normativa Constitucional, la Normativa Internacional de los Derechos Humanos.

1. **La consolidación  por la Justicia Constitucional del carácter constitucional de los derechos   establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales, y por tanto, sujetos al control de           constitucionalidad.**

Se observa, además, en la Sentencia Nº 002-09-SAN-CC, la consolidación por la Justicia constitucional ecuatoriana del carácter constitucional de los derechos establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales,  y por tanto, sometidos al control de constitucionalidad.

La Corte constitucional, además de reafirmar la internalización en el ordenamiento jurídico de los tratados y convenios internacionales ratificados por Ecuador  y el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos humanos en ellos establecidos,   lo que ya constaba en el  orden constitucional precedente (artículos 18 y 163 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1988) (v. notas 2 e 6), consideró la Normativa Internacional de Derechos humanos como límite de **todo el ordenamiento jurídico**, y, también,   su sumisión al control de constitucionalidad. En este punto, se identifica un avance más en el  sentido de la concretización del nuevo constitucionalismo ecuatoriano.

Para Patricio Pazmiño, uno de los rasgos del constitucionalismo latino- americano contemporáneo corresponde "*al triunfo definitivo de la tesis del carácter constitucional directo del derecho internacional de los derechos humanos sobre los ordenamientos constitucionales nacionales, lo que implica reconocer el carácter fundamental de los derechos establecidos en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos." (17)*

Los accionantes arguyen que el incumplimiento del artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades viola las disposiciones contempladas en los siguientes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, de los cuales el Ecuador es parte: 1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (art. 11); 2) Observación Nº 5 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las personas con  discapacidad, en relación al artículo 11 del PIDESC; 3) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador (art. 18); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 20 literal b); 4) Acuerdo de Cartagena y Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia (Art. 1; 5) Carta Andina de Derechos Humanos (art. 48).

Según la Corte Constitucional, en su dictamen, el Señor Procurador del Estado optó por aplicar el Convenio de Complementación en el sector Automotriz, un instrumento con materia comercial, la Ley Orgánica de Aduanas y La Ley de Tránsito y Transportes Terrestres,  y, así,  desaplicó los derechos humanos relacionados a las personas discapacitadas, protegidos por innúmeros tratados internacionales, contemplados como derechos fundamentales en la Carta constitucional ecuatoriana y previstos de modo expreso en el artículo 23 de la Ley Reformatoria de la Ley sobre Discapacidades del país.

Se lee en la Sentencia:

*En el momento en que el Señor Procurador atribuyó una jerarquía superior al Convenio de   Complementación en el Sector Automotriz,  por sobre el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, vulneró preceptos contemplados en la Constitución   y en  otros instrumentos internacionales, que lógicamente prevalecen   sobre cualquier norma de rango legal. Los derechos humanos  constituyen el límite de cualquier Convenio o instrumento en materia comercial y por consiguiente, siempre prevalecerán sobre éstos. Así también, los instrumentos internacionales de Derechos humanos ratificados por el Ecuador prevalecen sobre cualquier norma de rango legal, como  en efecto son la Ley Orgánica de  Aduanas y la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres. (18)*

La Corte Constitucional del Ecuador, con base en los principios concernientes al ejercicio de los derechos, previstos en los artículos 11 numeral 3 e 426 de la Constitución del 2008, concluyó que la Normativa Internacional de los Derechos Humanos constituye límite **de todo el ordenamiento jurídico.**

Los citados artículos de la Carta Fundamental reconocen  la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador es parte. El artículo 426 de  la Constitución ecuatoriana actual atribuye alas juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, el deber de aplicación directa de  las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

En ese caso ecuatoriano, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos fueron invocados por los accionantes,  en favor del derecho de las personas discapacitadas  que, con  apoyo también en el principio constitucional de la igualdad y no discriminación,  reivindican para sí y para la  población discapacitada en general,  la importación libre de impuestos de automóviles ortopédicos y no ortopédicos  de hasta tres años anteriores al modelo de la fecha de autorización, conforme contemplan las disposiciones del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades.

Así, la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición estableció  como límites del análisis de la constitucionalidad material abstracto del dictamen 01421 del Señor Procurador General del Estado, además de la Normativa Constitucional, la Normativa Internacional de los Derechos Humanos.

1. **El análisis de la constitucionalidad material del dictamen 01421, delimitado por la Normativa Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos,  resuelta a partir de la interpretación del principio del "Estado Constitucional de Derechos y Justicia", (artículo 1° de la Constitución de 2008) y de la consecuente posibilidad de  aplicación de los principios generales de interpretación constitucional, en especial, de la fórmula de ponderación de principios, ínsita a la técnica de proporcionalidad.**

Si no más subsiste ley en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que autorice el Procurador General del Estado a emitir dictámenes de interpretación constitucional, el dictamen 01421, impugnado, resulta inválido, por vicio de incompetencia, de modo que no hay como superar la cuestión relativa a la suficiencia del control formal del dictamen 01421 y a la consecuente falta de necesidad del control de fondo.

        Tampoco parece posible ejercer la competencia jurisdiccional atribuida  por el artículo 436 - 3, a la Corte para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas conexas, porque, en cuanto a este aspecto,  la Corte realizó el análisis de la constitucionalidad material del dictamen 01421 en símismo y no de otras normas a ele conexas.

De toda suerte, la opción de la Corte Constitucional del Ecuador por la aplicación parcial  de la Fórmula del Peso, de Robert Alexy, para solucionar "conflicto de derechos", tal como consta en la Sentencia en cuestión, suscita algunas reflexiones.

Se sabe, y así consta en la Sentencia N° 002-09-SAN-CC *"mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios mediante ponderación*"(fl. 30) de modo que la fórmula del peso desarrollada por Robert Alexy se destina  a solucionar la colisión de principios y no, como fue hecho en la Sentencia, a dirimir el conflicto entre derechos previstos en reglas.(19)

A pesar del uso de la expresión "ponderación de derechos", en verdad, lo que se hizo en la Sentencia fue una ponderación entre  los principios constitucionales de igualdad y no discriminación (art. 11.2) y los principios constitucionales que garantizan los derechos  a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (art. 23 -6) y los derechos de los consumidores, previstos en la Constitución de la República del Ecuador de 1998.

Es posible notar, además, una confusión terminológica entre los derechos a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (art. 23.6 de la Constitución de 1998) con  los derechos del medio ambiente (art. 3.3 de Constitución de 1998) considerados indistintamente como una de las variables de la fórmula del peso en contraposición a la otra variable, el derecho a exención tributaria de la población discapacitada contemplado por los artículos 11.2, 35 y 47.4 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

A primera vista, llama la atención que la atribución de peso a "los derechos", o mejor, "a los principios', haya sido hecha, injustificadamente,  con base en preceptos contenidos en Cartas constitucionales distintas. En cuanto a la acción afirmativa de las exenciones tributarias que concretiza el deber estatal de atención prioritaria a las personas con discapacidad y el principio de igualdad y no discriminación, con amparo, en la Carta de la República del Ecuador 2008 y en cuanto a "los derechos al medio ambiente sano", con amparo en las normas de la constitución ecuatoriana anterior de 1998.

          Otro punto a considerar sería interrogar si, no obstante las disposiciones literales del articulo 11 literal 6 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (art. 11. 6. Todos los Principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía), existiría en el nuevo orden constitucional ecuatoriano una disposición semejante "a la  inviolabilidad de la dignidad humana", tratada en parte como regla y en parte como principio, en la órbita de la cual existiría un amplio abanico de condiciones de precedencia que confiere prevalencia a un determinado principio sobre los demás principios. En este punto, se cuestiona si hay realmente equivalencia o igual jerarquía entre los pesos abstractos de los principios de igualdad y el de protección al medio ambiente.

          Esa interrogante tiene sentido ante la constitucionalización del Buen Vivir o *Sumak kawsay* en la Carta Fundamental de 2008, que ya en su Preámbulo proclama la decisión del pueblo soberano del Ecuador de "*construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el* ***sumak kawsay***". Después, en el artículo 14 " se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumakkawsay.* Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. Finalmente, el   Art. 10 y el capítulo séptimo (art. 71 a 74) reconocen los derechos de la naturaleza. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. (art. 10). "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos(art. 71)."

¿El Buen  Vivir debería haber sido tenido en cuenta en el proceso de tomada de decisión de la Corte? Considerando los artículos de la Constitución de 2008 citados antes sobre la protección al medio ambiente, en particular en el artículo 14, la variable  relativa a "los derechos del medio ambiente y del consumidor", ¿debería haber tenido en cuenta el Buen Vivir? ¿Por qué?

                 Robert Alexy, el referente teórico elegido por la Corte en esta Sentencia, afirma  que la máxima da proporcionalidad proviene lógicamente de la naturaleza de los principios, considerada la proporcionalidad en sus tres máximas parciales, de adecuación,  de necesidad (mandamiento del medio menos gravoso) y de la proporcionalidad en sentido estricto (mandamiento de sopesar propiamente dicho). (20)

           Al explicitar la estructura de la ley de la ponderación, o de la Fórmula del Peso,  sustenta Robert Alexy que la racionalidad está contenida en la propia idea general de proporcionalidad:

*La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no                satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Esta estructura elemental muestra que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como por ejemploHabermas o Schlink, cuando afirman que la ponderación, “para la que hacen falta criterios racionales”, se lleva a cabo “de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado” ocuando dicen que “en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en  definitiva […se hace valer] sólo la subjetividad del juez” y que “las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto […] en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo”*(21)

                 Conforme se observa, la máxima de la proporcionalidad y, en particular,  la submáxima de adecuación del principio de la proporcionalidad, según la cual la medida solamente será adecuada, idónea, o apropiada se fuera de naturaleza a alcanzar el resultado que se busca, se intercepta con la noción de racionalidad.

En la jurisprudencia constitucional y en la doctrina anglosajónica, la irracionalidad se define  como "*la tomada en consideración por la autoridad decisoria, de elementos impertinentes, o al olvido de otros elementos pertinentes*". (22)

¿Sería el Buen Vivir un elemento pertinente, imprescindible a la tomada de decisión? Podrían los jueces constitucionales, en el oficio de interpretación de la Constitución, recurrir a la Ciencia del Derecho para conferir un significado al Buen Vivir?

          Conforme explica Raul Zaffaronni sobre el Buen Vivir o *Sumak kawsay*, en su libro "Pachamama y el Humano", "el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de Pachamama va acompañada de la exigencia de su respeto, que se traduce en la regla básica ética del *sumak kawsay*, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética – no la moral individual - que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza."

Según  Zaffaronni:

*No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.*

*(...)De este modo, Gaia, que entre nosotros se llama Pachamamay no llega de la mano de elaboraciones científicas, sino como manifestación del saber de la cultura ancestral de convivencia en la naturaleza, se incorpora al derecho constitucional como otro aporte del constitucionalismo latinoamericano al universal, así como en Querétaro –en 1917- se inauguró nada menos que el constitucionalismo social.*(23)

           Rubén Martinéz Daumal afirma que el Buen Vivir es seguramente una de las incorporaciones más relevantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamenta el proyecto constitucional ecuatoriano en el objetivo filosófico-jurídico de alcanzar El Buen Vivir de la población, planteado como marco de derechos y obligaciones, y que "*el Buen Vivir es, por esta razón, no solo un objetivo de los poderes públicos, sino un límite al ejercicio de gobierno que, en caso de actuar en contra de la previsión constitucional, estaría vulnerando la Constitución, y activaría todos los mecanismos constitucionales previstos para paliar esta situación.*"(24)

Si en la Sentencia tenía en cuenta el Buen Vivir, no sé si la decisión sería diferente. Incluso podría ser el mismo. Para mí, esta Sentencia se pude clasificar dentre "*los casos dificiles*", así llamados  por Ronald Dworkin

1. **CONSIDERACIONES FINALES**

La Corte Constitucional del Ecuador, el 02 de abril de 2009,  mediante la Sentencia No. 002-09-SAN-CC, en el uso de su competencia  para el Período de Transición, al hacer el análisis de la constitucionalidad material, mediante la aplicación de la Fórmula de Peso de Robert Alexy, con la ponderación entre las exenciones tributarias que concretizan, con amparo en el principio de la igualdad y no discriminación a las personas discapacitadas, y el principio de protección al medio ambiente, con apoyo en el principio del Bien Vivir,   se vio delante de este "*gran desafío de nuestro  tiempo de articular y de  compatibilizar las macro políticas ambientales, exigencias del mandato ecológico (Gudynas, 2009), introducido en la  constitución ecuatoriana, de mayor preservación de los ecosistemas, con las macro políticas sociales minimizadoras de las  desigualdades sociales y regionales, sobre todo en los países menos desarrollados del Hemisferio Sur*."

  Según se explicó antes, no obstante, en la Sentencia comentada, haya partido del referente de la Teoría del neoconstitucionalismo, la Corte ecuatoriana para el Período de transición introdujo significativos aportes al constitucionalismo latino americano, clareando los pasos siguientes del camino,  en lo que concierne al diseño del "Estado constitucional de derechos y Justicia"; a la confirmación del constitucionalismo principialista; a la reconfiguración de una nueva Justicia Constitucional, mediante la afirmación de su competencia como órgano máximo de interpretación constitucional y la expansión de los límites del control judicial de la constitucionalidad y la consolidación del carácter constitucional de los derechos  establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales, y por tanto, sujetos al control de constitucionalidad.

Sin embargo, se abstuvo de tener en cuenta, en su proceso de tomada de decisión,  una de las más importantes contribuciones de la Constitución ecuatoriana del 2008 al Derecho Constitucional y a la Ciencia del Derecho, el Buen Vivir. No se detuvo, quizá por prudencia o por no ser oportuno, (al afinal, el 2 de abril de 2009, la nueva Constitución del 2008  ténia poco más de siete meses), en conferir un sentido al principio del Buen Vivir o *Sumak kawsay,* tampoco en definir su alcance.

Éste es uno de los principales retos que se descortina con el nuevo constitucionalismo latino americano,  para los juristas y sobretodo para los jueces y las juezas de la Corte Constitucional, que tienen la competencia máxima en materia de interpretación constitucional y ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las reglas y de los principios.

Solamente la Corte Constitucional tiene competencia para decidir  si hay o no excepciones a la disposición constitucional que confiere igual jerarquía e igual peso abstracto a los principios y, a semejanza del Tribunal Constitucional da Alemania en relación al principio de la dignidad de la persona humana, declarar si el principio del Buen Vivir tiene precedencia y prevalencia o no sobre los demás principios *en colisión*, definiendo, así, el alcance del giro ecocéntrico inaugurado en 2008 por la Constitución de Montecristi.

Cabe, además, tan solamente a la Corte decidir si sería posible aplicar la técnica de la proporcionalidad, cuando una de las variables del peso fuese el principio del Bien Vivir, relacionado a la protección al medio ambiente, ya sea cuando involucre el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay* (art. 10), como cuando involucre los derechos de la naturaleza (art. 14 e arts. 71 a 74)  Si sería posible seguir la fuerte tendencia doctrinaria y jurisprudencial europea, de acuerdo con la cual "la proporcionalidad ocurriría en el fondo mismo de la  propia esencia de los derechos fundamentales", desarrollada en el momento histórico en el cual los derechos fundamentales resultan de una concepción antropocéntrica del Derecho.

Superadas esas dudas, de cualquier forma, compete apenas a la Corte, dar la última palabra sobre el peso del principio del Buen Vivir relativamente a otros principios constitucionales en cada caso concreto.

Una lectura crítica de la Sentencia  No. 002-09-SAN-CC nos lleva a cuestionar sobre la aplicabilidad del uso de la formula allí utilizada, creada a partir de la Fórmula  del peso de Alexy, la cual fue concebida con base en el perfil antropocéntrico del Derecho, cuando uno de los principios a ponderar es el del Buen Vivir, que introdujo, mediante la Constitución de la República del Ecuador de 2008,  el giro ecocéntrico del Derecho. ¿Sería posible adoptar la fórmula del peso de Alexy? ¿Sería necesario readaptarla? ¿Sería más apropiado crear una nueva técnica de interpretación o de aplicación de los principios constitucionales, sobre todo cuando implica el dilema entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos? No tengo respuestas, sólo preguntas para todos nostros,   en particular, para los jueces y juezas constitucionales.

Al final, es el pronunciamiento de la Corte constitucional ecuatoriana que definirá los lindes del cambio o de la ruptura paradigmática de las normas constitucionales, en su aspecto material, vale decir, si efectivamente, la Constitución de 2008, con el principio del Buen Vivir, fornece un nuevo modelo socio ambiental y tiene potencialidad de producir un cambio profundo en el constitucionalismo democrático en nuestra querida América Latina.

La escucha, durante estos dos días, de una serie de diferentes análisis de las Sentencias fortalece mi confianza en la Corte Constitucional del Ecuador, que tiene un rol importante en este momento de definición de la Historia de la humanidad.Se observa la sabiduría para discernir cuándo avanzar y cuándo retirarse. La jurisprudencia de La corte constitucional ecuatoriana enciende la llama de esperanza que despunta  justo aquí, en la bella región volcánica de las altas cordilleras andinas, esperanza de todos que todos los seres vivos pueden Buen Vivir, vale dicer, tener una vida en plenitud y armonía con la naturaleza.

Ahora  que termino,  uso una palabra que no está en portugués, ni en vuestra bella lengua española. Tampoco está en *Portunhol*. Termino con una palabra de la lengua *quéchua*:

*URPICHAY!* (Muchas gracias!)

**Referencias**

(1) Ecuador. Poder Judicial. Corte Constitucional del Equador para el Período de Transición. Sentencia No. 002-09-SAN-CC, disponible en internet enhttps://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias.

(2) id, ibid.

(3) Pastor y Dalmau, El nuevo constitucionalismo en América Latina, en Aspectos Generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, Corte Constitucional del Ecuador, Quito 2010, p. 18.

(4) Ecuador. Poder Judicial. Corte Constitucional del Equador para el Período de Transición. Sentencia No. 002-09-SAN-CC, disponible en internet en https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias, p. 28.

(5) id. ibid.

(6) id. ibid.

(7) Ecuador. Constitución de la República del Equador, promulgada en 1998. Art. 18.Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

(8) Pastor y Dalmau, El nuevo constitucionalismo en América Latina, en Aspectos Generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, Corte Constitucional del Ecuador, Quito 2010, p. 16.

(9) Moraes, Germana. "Controle jurisdicional da Administração Pública" (Control jurisdiccional de la Administración Pública), 2a ed, São Paulo, Dialéctica, 2004, p. 25.

(10) Ecuador. Poder Judicial. Corte Constitucional del Equador para el Período de Transición. Sentencia No. 002-09-SAN-CC, disponible en internet enhttps://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias.

(11) id. ibid.

(12) Carbonell, Miguel. El neoconstitucionalismo en su labirinto, en Teoría del neoconstitucionalismo - ensayos escogidos, Madrid, Editorial Trata, 2007, p 9-11.

(13) Pazmiño, Patricio. Aproximación al nuevo constitucionalismo - Debates sobre sus fundamentos, Quito, Imprenta: RisperGraf C.A.,2012, p. 113.

(14) Grijalva, Agustín. Evolución histórica del control constitucional en Ecuador, en Constitucionalismo en Ecuador, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición. 2012, Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5, p. 192.

(15)Schneider, Hans Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación de poderes, en Democracia y Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

(16) Gaviria, Carlos. Colegitimidad democrática y control constitucional en Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana / Dunia Martínez Molina, editora. 1a reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Memorias de encuentros académicos, 1), p.36.

(17) Ecuador. Constitución de la República del Equador, promulgada en 1998.Art. 163.-Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía 1998.

(18) Pazmiño, Patricio. Aproximación al nuevo constitucionalismo - Debates sobre sus fundamentos" - Debates sobre sus fundamentos", Quito, Imprenta: RisperGraf C.A.,2012, p. 113.

19) Ecuador. Poder Judicial. Corte Constitucional del Equador para el Período de Transición. Sentencia No. 002-09-SAN-CC, disponible en internet en https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias. p. 30

(20) Alexy, Robert."Teoria dos Direitos Fundamentais."(Teoría de losDerechosFundaentales - traducción Virgílio Afonso da Silva), 2a ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 116

(21) Alexy, Robert. La Fórmula del Peso, en El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 13.

(22) Moraes, Germana. "Controle jurisdicional da Administração Pública"(Control jurisdiccional de la Administración Pública), 2a ed, São Paulo, Dialéctica, 2004, p. 87.

(23) Zaffaroni, Eugenio. La Pachamama y el Humano. 1a. ed. Buenos Aires: Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.2011, p.111.

(24) Dalmau, R. Martinéz. El nuevo diseño institucional ecuatoriano. Democracia, funciones y legitimidad en la Constitución ecuatoriana del 2008, en Agora Política, n. 2,junio 2010, p. 31.

(25) Moraes, Germana. "Pelos direitos de Pachamama e pelo Bem Viver: um modelo sócioambiental ecocêntrico, comunitário e solidário", (Por los derechos de Pachamama y por el BuenVivir: un modelo socio ambiental ecocéntrico, comunitario y solidario) en DerechoSocioambiental: una cuestión para América Latina. Curitiba, 2014, p. 178.