

PRESENTACIÓN DEL DOSSIER:
LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL POR MEDIO DEL DERECHO
Dossier's Presentation: Social Transformation Through Law

ANDRÉS CERVANTES VALAREZO¹
Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador

Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación.

Rudolf von Ihering

1. ¿La transformación social por medio del derecho?

Que el Derecho es un sistema neutro de normas jurídicas que luego es aplicado por asépticos jueces independientes e imparciales es una fábula apropiada para el novato estudiante que pisa por vez primera la facultad. Sin lugar a duda, “esta posición tradicional, reproducida como ideología profesional —generación tras generación— al interior de las facultades de derecho, estaba vinculada a una idea de los materiales jurídicos (la constitución, las leyes, las sentencias judiciales) y del saber construido a su alrededor (la “ciencia jurídica” como productos técnicos, apolíticos, objetivos y neutrales de regulación sociales, bajo el ideario del ‘imperio de la ley’ como opuesto al ‘gobierno de los hombres’” (Kennedy, 2013, 12).

Asumir el origen político de los materiales jurídicos y el rol de la ideología —liberal o conservadora— en la actividad de los operadores jurídicos implica afrontar el problema en lugar de ignorarlo y tiene utilidad para repensar nuestros arreglos institucionales. Entre estos, podemos mencionar el procedimiento de selección de los jueces que integran los tribunales de cierre del sistema jurídico, quienes son los que deciden los conflictos morales que polarizan a nuestra sociedad.

Dada la indeterminación del Derecho y de la influencia de la ideología política —a veces incluso ignorada por el propio operador jurídico—, las disposiciones jurídicas admiten varias interpretaciones. Entonces, la interpretación del Derecho es un acto en parte cognitivo, en la medida en la que el intérprete se limite a identificar las alternativas sobre el significado plausible de las disposiciones jurídicas; es un acto parcialmente volitivo, en tanto que el intérprete elige una opción interpretativa y desecha otras plausibles. Por otro lado, se ha argumentado también que los jueces realizan “construcciones jurídicas” cuando el significado que atribuyen al texto normativo se encuentra por fuera de las interpretaciones plausibles en el marco de una determinada comunidad jurídica (Guastini, 2015).

Si asumimos estas premisas como punto de partida, la “tensión dialéctica entre regulación y emancipación” resulta evidente (de Sousa Santos, 2012, p. 58). Por un lado, el

¹ Abogado. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas y Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona y Máster en Derecho Constitucional por la Universitat de Valencia. Profesor de introducción al derecho procesal en la Universidad San Francisco de Quito (USFQ) y de derecho constitucional en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) en Ecuador. Correo electrónico: andres.cervantes@upf.edu; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4644-3977>.



Derecho tiende a ser esencialmente conservador en el sentido de que busca regular y preservar un determinado estado de cosas y, en esa lógica, tiene un efecto legitimante y naturalizador de las conductas sociales. En contrapartida, el Derecho tiene también un potencial emancipador o transformador en la medida en la que plasma el deber ser al que aspiran nuestras sociedades.

La cuestión no es menor en el caso latinoamericano, pues nuestras constituciones importaron el ideal del Estado de Derecho y, sin embargo, ya desde el período de independencias

el contraste entre un statu quo comandado por los privilegios y las jerarquías sociales y las constituciones inspiradas en principios y derechos universales era demasiado grande. El choque entre el pasado y el futuro era inevitable. Los dos mundos, el del ser y el del deber ser, se miraban extrañados (García Villegas, 2014, pp. 121-122).

En efecto, el ideal del Estado de Derecho y la vigencia plena de los derechos humanos, previsto como promesa en nuestras constituciones, debe enfrentarse con una dosis de la fuerza inexorable de la realidad. América Latina es la región más desigual del planeta y el 10% más rico en la región concentra una porción de los ingresos mayor que en cualquier otra región del globo, mientras que el 40% más pobre recibe la menor parte del ingreso (13%), según el informe del PNUD de 2019.

No se puede ignorar la última oleada de reformas constitucionales surgida a finales del siglo XX y principios del XXI (Colombia 1991, Argentina 1994, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009). A este movimiento se le denominó en los foros académicos como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Al respecto, se ha sostenido acuciosamente que:

estas “Constituciones con dos almas” muestran declaraciones de derechos crecientemente amplias y generosas (“estilo siglo XXI”), a la vez que una organización del poder tan cerrada y verticalista como lo fuera en sus comienzos (“estilo siglo XIX”). La buena noticia es que, poco a poco, esas declaraciones de derechos robustas comienzan a cobrar vida, aquí y allá, despertando de un sueño de décadas, y gracias a una muy lenta activación promovida por el Poder Judicial (Gargarella, 2015, p. 171).

Definitivamente, esta evolución en las declaraciones de derechos y la apertura del derecho local al derecho internacional de los derechos humanos implicó un cambio trascendental. Conlleva, en pocas palabras, a pasar “de ver el derecho como el producto de una élite dedicada a obstruir el cambio social —una visión sostenida por progresistas de la región entre 1960 y 1970—, a verlo como un instrumento crucial para la transformación social” (Von Bogdandy y Urueña, 2020, 18).

Estas constituciones de nueva data robustecen en su texto los llamados DESCAs (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales) y apuntan a la transformación de inequidades históricas por medio de la inclusión de grupos desaventajados. Sin embargo, como bien apunta Gargarella, las constituciones latinoamericanas tienen “dos almas” y un diseño del aparato público que permite, en la práctica, volver nugatorias las tan anheladas promesas de cambio.

La idea de la falta de neutralidad del Derecho no es una cuestión ajena al medio ecuatoriano. Por ejemplo, fue puesto de manifiesto por el ex juez de la Corte Constitucional del Ecuador, Ramiro Ávila Santamaría. En su voto salvado en el caso 75-16-IN/21 se debía resolver sobre la constitucionalidad de una ley que obligaba a las compañías aseguradoras privadas

a reembolsar a la red pública de salud el costo de los tratamientos médicos que una persona que cuenta con seguro privado se practique en hospitales públicos (CCE, 2021).

El voto mayoritario de la Corte concluyó que esta forma de financiamiento del derecho a la salud resultaba inconstitucional, contraria al artículo 366 de la constitución, por no tratarse de ingresos permanentes. Por el contrario, en su voto salvado, Ávila Santamaría argumentó:

Me parece que en este caso se puede apreciar la importancia de la ideología en la resolución de las causas. Por ideología, entre paréntesis, entiendo al conjunto de valores, principios, ideas que caracterizan la forma de pensar de una persona o colectividad. No restrinjo la concepción de ideología a lo que pregona una tendencia o partido político. Todas las personas, pues, tienen ideología. En consecuencia, el derecho, se quiera reconocer o no, tiene una carga ideológica tanto en la creación de las normas como en su interpretación y aplicación (CCE, 2021).

Luego concluyó indicando:

He dicho que en este caso se puede visualizar la perspectiva ideológica. En esta sentencia, que tiene como resultado la inconstitucionalidad de una norma que establece una fuente adicional de financiamiento a la salud pública, se beneficia a las empresas privadas. Esta es una típica interpretación liberal económica de la Constitución. La interpretación que acabo de realizar, en cambio, es una que podría ser considerada igualitarista o comunitarista (CCE, 2021).

Abordando desde otro enfoque, en el voto salvado de la sentencia No. 1221-13-EP/20, el juez Alí Lozada, presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, indicó que: “la justicia es un imperativo constitucional (art. 1) que esta Corte debe buscar siempre, pero esta búsqueda debe hacerse a través, y no al margen, del Derecho” (CCE, 2020). El caso estaba relacionado a los requisitos que deben verificarse en un caso para que la Corte Constitucional pueda juzgar sobre el mérito de la causa. El argumento de Lozada es que la justicia como valor no debe alcanzarse sacrificando las formas procesales que dotan al ordenamiento de seguridad jurídica.

El perfil de Ávila Santamaría se ajustaría al de un juez que admite sin tapujos su ideología y como la misma debe plasmarse en la decisión judicial, lo que implica ser “un juez activista” en la terminología utilizada por Duncan Kennedy. En cambio, Lozada contemplaría a los materiales jurídicos como un mecanismo de restricción, inclusive para hacer valer su ideología o su particular concepción de la justicia en sus decisiones jurisdiccionales. En palabras de Duncan Kennedy, su perfil se ajustaría al de un juez conciliador.

El estudio de los perfiles judiciales ha despertado atención especialmente en los Estados Unidos. Así desde investigaciones multidisciplinarias se ha sostenido que existen jueces “héroes”, que son aquellos dispuestos a invocar la constitución para invalidar las leyes; jueces que, en cambio prefieren ser deferentes a las acciones y decisiones de los poderes políticos; jueces que no favorecen cambios radicales por medio de sus decisiones sino tan solo el cambio incremental, y, finalmente, jueces que simplemente prefieren no decidir cuestiones complejas (Sunstein, 2013).

Que el Derecho es un instrumento que puede promover la transformación social o estancarla es algo que puede comprobarse recordando algunos casos tristemente célebres del constitucionalismo americano. Una misma constitución, la estadounidense de 1776, permitió a la Corte Suprema de los Estados Unidos avalar la doctrina *separated, but equal* (“separados, pero iguales”), que avaló la segregación racial en lugares públicos como los medios de transporte en el fallo *Plessy v. Ferguson* (1896). Esta doctrina fue abandonada solo después de

muchos años en el fallo *Brown v. Board of Education* (1954) que elimina la segregación racial de la educación pública estadounidense.

Este tipo de decisiones judiciales son producto de lo que Jellinek denominó *mutaciones constitucionales*, esto es, un cambio informal del significado de la constitución. De este modo, como nos recuerda Mauricio Maldonado Muñoz:

Los así llamados derechos sociales nacen de una mutación ulterior, la que suele llamarse libertad social, entendida como aquella que debe tutelar la «capacidad jurídica y material para concretar las posibilidades abstractas garantizadas por las constituciones liberales». En otras palabras, proteger derechos como la salud o la educación no implica un detrimento de la libertad de los individuos; al contrario, se trata de una ampliación de sus posibilidades efectivas: una persona sana es más libre que una persona enferma, una persona educada es más libre que una persona ignorante (Maldonado Muñoz, 2020).

En efecto, en nuestra sociedad podemos encontrar casos en los que las decisiones judiciales tienen alcances transformadores. Es preciso traer a colación la decisión de la Corte Constitucional en el caso 11-18-CN/19 en la que interpretando la constitución ecuatoriana y la opinión consultiva 24-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se llega a la conclusión, nada obvia si se atiende a la literalidad del artículo 67 de la constitución, de que la norma fundamental no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta decisión dio paso a que el Registro Civil ecuatoriano celebre estos matrimonios y los reconozca ante la ley (CCE, 2019).

En la misma línea, en el caso 34-19-IN/21 la Corte Constitucional del Ecuador resolvió despenalizar el aborto en casos de violación. Anteriormente la ley penal (Art. 150 COIP) eximía de sanción penal únicamente cuando el aborto hubiere sido practicado “en una mujer que padezca de discapacidad mental”. La mayoría de la Corte declaró esta legislación inconstitucional por considerarla contraria a los derechos a la integridad —física, psíquica, moral y sexual—, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación (CCE, 2021).

De la mano de la discusión sobre si el Derecho debe o no ser utilizado para la transformación social, se ha venido discutiendo sobre el *activismo judicial*. El origen del término se puede atribuir a Arthur Schlesinger, quien, en un artículo de la revista *Fortune*, de 1947, trazó el perfil de los jueces de la Suprema Corte estadounidense clasificándolos de “activistas” y a otros de “campeones de la autocontención judicial”. De este modo, los activistas estarían inclinados a utilizar el poder judicial en favor de una determinada concepción de bien social, mientras que los autocontenidos estarían más enfocados en reconocer un mayor espacio de deferencia al legislador (Henning, 2022, 15).

Calificar a un juez como activista implica reconocer que tiene una “agenda” de intereses y que sus decisiones judiciales no se ajustan a un Derecho supuestamente objetivo sino a sus particulares concepciones de justicia. Nuevamente, en el caso ecuatoriano, vale la pena referirse al voto concurrente del otrora juez de la Corte Constitucional, Ramiro Ávila Santa María, quien en el caso sobre la despenalización del aborto por violación mencionó:

70. El término “activismo judicial” que se ha usado de modo peyorativo en la Corte, y fuera de ella, con el ánimo de descalificar ciertas posturas jurídicas de algunos jueces y juezas, lo que denota es la vocación por la aplicación y el desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución.

71. Cada juez y jueza, en los proyectos en los que se es ponente por sorteo, defiende su posición. Las posiciones, como constan en las sentencias, los múltiples votos salvados y concurrentes, reflejan teorías y convicciones jurídicas sobre distintos temas. La defensa jurídica de

un proyecto, que tiene una visión del derecho, no debería entrar en la concepción peyorativa de la palabra “activismo”.

72. Si defender una teoría del derecho cuando se interpretan los hechos de un caso a la luz de la Constitución significa “activismo jurídico”, entonces todos los jueces y juezas sin excepción lo serían. Si se acusó de activismo a unos jueces y juezas, entonces quienes objetaron, por sus razones jurídicas y sus concepciones sobre la vida, también serían activistas (CCE, 2021).

Lógicamente, en un caso controversial como era la despenalización del aborto existieron votos salvados de jueces de la Corte Constitucional. Por ejemplo, el voto de la juez Carmen Corral Ponce apunta a una interpretación literal de la constitución que coincide con sus particulares valores de justicia:

29. Es decir, desde la lectura literal, sistemática-teleológica y de la voluntad del Constituyente en su integralidad, no puede darse paso a interpretación alguna que anule la defensa de la vida desde la concepción, lo contrario implica una modificación del texto de la Constitución que le corresponde al poder constituyente, mas no al poder constituido como es el que ejerce la Corte Constitucional. 30. El Constituyente no lo diferenció, y el ser que es fruto de una violación, el concebido por una violación no es diferente del ser humano que fue concebido en una relación consentida (CCE, 2021).

Con estos ejemplos pretendo poner de manifiesto que la cuestión sobre la supuesta neutralidad del Derecho y el rol de los jueces —activismo judicial— no resulta ajena al contexto ecuatoriano. El tema aún permanece, en buena parte, inexplorado. Pienso que deben formularse preguntas de investigación que den luz a este debate. Por ejemplo: ¿Cuál es el rol concreto de los jueces en la promoción y defensa de los derechos sociales?, ¿deben sustituir a los poderes públicos en la formulación de las políticas públicas? Al respecto, Leonardo García Jaramillo apunta:

En lugar de formular propuestas concretas de política pública y diseñar los instrumentos para implementarlas, un juez activista tiene una importante función institucional que cumplir en la fase de agendamiento político del problema. Ilumina una situación de violación de derechos oscurecida por la desidia política para impulsar al Estado-aparato a tomar medidas de diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas. Ayuda a destrabar la acción pública acompañando dialógicamente el proceso, por ejemplo, mediante la realización de audiencias de cumplimiento a las órdenes impartidas (García Jaramillo, 2019).

También debemos preguntarnos respecto de las consecuencias del litigio estratégico y el rol de las altas Cortes en la democracia. Como ilustraba Von Ihering: “Todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación” (Ihering, 2008). Esta bella frase resume la idea de que el ser humano debe luchar por sus derechos todos los días, pues mal haría en darlos por garantizados. Y pienso entonces si la judicialización y el litigio estratégico de este tipo de casos perjudica la transformación social incremental, pausada, pero certera. No debe olvidarse que las grandes conquistas históricas de los derechos fueron frutos de movimientos políticos y sociales sostenidos en el tiempo.

Como menciona Roa (2020, pp. 12-13), “los cambios sociales son el resultado de procesos largos, complejos y lentos en los que intervienen diversos actores y factores. Es por lo menos ingenuo pensar que los tribunales pueden realizar completamente una transformación

social”. Si esta afirmación es correcta resulta legítimo preguntarse: ¿Deben las altas Cortes expropiar los conflictos jurídico-sociales de la discusión en los parlamentos y las protestas en las calles?, ¿Debe todo ser judicializado?, ¿Cuál debe ser el alcance de las decisiones de los tribunales constitucionales en estos asuntos?, ¿Qué grado de transparencia y participación debe ser garantizado por los tribunales en la resolución de causas de trascendencia social?

Insisto en que la cuestión no es ajena a nuestro entorno. El voto salvado de la juez Carmen Corral Ponce es incisivo respecto de la transparencia de la toma de decisión en el caso relativo a la despenalización del aborto:

46. Es del todo obvio que este caso requería de la convocatoria a una audiencia para que un tema tan sensible y polémico sea debatido y confrontado públicamente, pero esta posibilidad fue negada por la mayoría de siete juezas y jueces en reiteradas ocasiones, haciendo caso omiso a mis justos pedidos. Esa mayoría decidió no abrir al debate ni a la discusión pública y transparente de este asunto de vital importancia y que involucra miles de vidas. Entre las razones para negar la audiencia están que no era necesaria ni obligatoria, que era inconveniente levantar falsas expectativas en la población, conociendo que una mayoría de jueces ya se había consolidado alrededor del tema, y por el temor a posibles recusaciones contra ciertos jueces (CCE, 2021).

Por su lado, la juez Teresa Nuques, en el mismo caso, hace eco de la necesidad de que la cuestión haya sido previamente objeto de discusión en el legislativo:

La participación democrática en los procesos de creación de las leyes penales es decisiva e imprescindible; ante lo cual queda a salvo el control de constitucionalidad que puede realizar esta Corte ex post sobre el producto de dicha configuración legal, pero es indudable que la forma de ley resulta ser un momento necesario pues esta forma legal garantiza la compleja intermediación de los intereses sociales.

Ante un asunto de trascendencia nacional, como el sujeto a análisis, debe de procurarse la obtención de una decisión que sea producto del diálogo y la deliberación democrática desde las vías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuyo agotamiento no se devalúa de la decisión de mayoría. En virtud de lo manifestado, expongo la necesidad de facilitar e institucionalizar el diálogo entre poderes y de estos con la ciudadanía, que se ejerzan competencias de forma legítima y que es necesario que las excepciones a la antijuridicidad del aborto sean tratadas habiéndose agotado toda las instancias que comprendan el diálogo e involucramiento de la ciudadanía y poderes del Estado, lo que no puede ser sustituido por una demanda de inconstitucionalidad que pretende modificar la configuración sustantiva de un delito con excepciones que no han sido previstas ni tratadas siquiera por el órgano legislativo (CCE, 2021).

Me parece adecuado destacar la importancia de mecanismos como los votos concurrentes y salvados en las Altas Cortes para la transformación social por medio del Derecho. La experiencia histórica demuestra que los votos minoritarios de hoy pueden ser la jurisprudencia dominante en el futuro. Además, desde mi punto de vista, analizar el perfil judicial individual es imprescindible para comprender cuando un juez, a pesar de tener desacuerdos se alinea con la posición mayoritaria y también cuales son las temáticas y posiciones sobre las que no existe posibilidad de conciliación (Kelemen, 2013). Por ejemplo, en el caso 24-16-is/21, la jueza Daniela Salazar de la Corte Constitucional de Ecuador, manifestó:

En los casos en los que el precedente sea aplicable y yo cumpla el rol de jueza ponente, insistir en mi posición minoritaria solo derivaría en resorteos innecesarios que dupliquen la cantidad de recursos humanos e institucionales que se requieren para resolver el caso, recursos que hoy por hoy son muy escasos.

Por ello, una vez expresadas las razones de mi disidencia, cuando existan decisiones reiteradas que confirmen la opinión de mayoría, considero que lo más adecuado para el bienestar institucional del Organismo es reconocer el carácter vinculante de dicho precedente y acogerme a este criterio, a menos que el caso concreto permita desarrollar nuevas razones para continuar abriendo el camino hacia un necesario cambio jurisprudencial en esta materia.

[...] las opiniones distintas a la mayoría fortalecen el debate democrático y la deliberación, evidencian la independencia interna de la Corte y desarrollan formas alternativas de comprender el derecho que sirven para cuestionar la jurisprudencia de la Corte, favoreciendo con el tiempo el desarrollo jurisprudencial (CCE, 2021).

Entonces, si asumimos que el Derecho no es un instrumento neutro y que puede ser utilizado por los operadores jurídicos tanto perpetuar determinadas injusticias como ser una vía para la transformación social; y, que la interpretación del Derecho es un acto en parte volitivo del operador jurídico, podría llegar a pensarse que el problema no tiene solución y, por tanto, que la discusión es estéril. Pienso todo lo contrario: afrontar plenamente esta realidad debe conducirnos a repensar y mejorar los procedimientos de selección de los jueces que integran las altas cortes, adoptando procesos que, además de meritocráticos, permitan conocer a la ciudadanía las posiciones políticas sobre los asuntos que apremian a la sociedad.

2. Presentación del dossier

El dossier que se presenta se compone por cuatro textos que de forma directa o mediata abordan temáticas relacionadas a la transformación social por medio del Derecho. En primer lugar, me referiré al trabajo del investigador independiente Yandri Chinga, que presenta un artículo titulado “La Corte Constitucional del Ecuador ¿El sexto poder del Estado?”

El artículo es de particular importancia en la medida que pone de manifiesto la situación institucional de los jueces y juezas de la Corte Constitucional. Ello dado que conforme con la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no son sujetos de juicio político ante la Asamblea Nacional; tampoco pueden ser juzgados penal o civilmente por sus decisiones jurisdiccionales, es decir, no existe el prevaricato del juez constitucional; y, finalmente, la destitución de un juez de la Corte Constitucional solo puede ser acordada por el Pleno de dicho organismo.

Por otro lado, la Corte Constitucional parecería tener las competencias propias de una sexta función del Estado, adicional a la ejecutiva, legislativa, judicial, de transparencia y control social y la función electoral. Al ser la Corte Constitucional un órgano autónomo, cuyas decisiones son vinculantes y definitivas, su rol en asuntos controvertidos es dirimente. Nuestro autor comenta casos de interés como el dictamen No. 001-14-DRC-CC por el cual se dio vía libre a la reelección presidencial indefinida en detrimento del principio de alternancia en democracia. Con este ejemplo, el autor busca destacar la importancia de la independencia de la Corte Constitucional de otros poderes del Estado. Justamente, si se aspira a que esta institución actúe con vocación transformadora de la realidad social aquella no puede ser obsecuente con el poder de turno.

En todo caso, el autor reflexiona sobre el excesivo haz de competencias de este organismo y las posibilidades de que aquel inconmensurable poder sea utilizado con fines

reñidos con los valores y principios que pregona la Constitución, con el objetivo de favorecer un determinado proyecto político. Además, el autor destaca y analiza diversos casos que demuestran la intervención de la Corte en temas de trascendencia social, entre estos, el reconocimiento al matrimonio igualitario, fallos relacionados a la identidad de género y el reconocimiento de la familia homoparental, así como la despenalización del aborto en casos de violación y del reconocimiento de los menores de edad como sujetos con libertad para consentir sobre su libertad sexual.

En segundo lugar, debo introducir el trabajo del profesor colombiano Jorge Roa que se titula “La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador”.

Los lectores encontrarán en el trabajo del profesor Roa una concepción particular e interesante del control de constitucionalidad a la luz de la democracia deliberativa y del constitucionalismo transformador. Sostiene que las cortes constitucionales pueden y deben entablar un diálogo con el legislador democrático y canalizar el diálogo público, sin que su intervención mine los elementos básicos del sistema democrático.

Para ello, Roa inicia señalando que para un sector de la literatura (como Jeremy Waldron o Roberto Gargarella) las altas cortes suelen estar integradas por “una especie de élite dentro de la sociedad”, esto es, por “un grupo minoritario de personas elegidas entre los sectores académicos o políticos” que se mantienen lejanos a los intereses de la mayoría democrática. Con el conocido argumento de la dificultad contra mayoritaria se pretende deslegitimar el control de constitucionalidad y apelar a la deferencia para con las decisiones de los poderes constituidos.

Empero, la justicia constitucional se presenta como un espacio de deliberación pública porque es un espacio al que pueden comparecer “minorías insulares o discretas que son poco atractivas para el sistema de representación parlamentaria”. Del mismo modo, porque ante los tribunales constitucionales se presentan y discuten argumentos que muy probablemente no fueron objeto de debate político en el parlamento.

De este modo, nuestro autor apuesta por un modelo de legitimación activa amplio en las acciones constitucionales; en mecanismos deliberativos como los *amicus curiae* y las comisiones de investigación, así como la reducción de formalismos para facilitar el acceso de la ciudadanía a la justicia constitucional. Igualmente, nos indica que la vocación transformadora de la justicia constitucional se evidencia al momento en que se adoptan sentencias estructurales para problemas complejos o cuando los tribunales constitucionales ordenan al ejecutivo formular o reformular una determinada política pública a fin de satisfacer derechos, así como cuando emiten una directriz al legislativo para que subsane una omisión legislativa o bien reforme legislación inconstitucional.

En tercer lugar, debo abordar el trabajo de los investigadores independientes Iliana López y Luis Fernando Haro, quienes presentan un texto titulado “Adopción homoparental en Ecuador: derecho de igualdad y no discriminación e interés superior del niño”.

De acuerdo con el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana, “la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”. Los autores defienden la tesis de que esta normativa es lesiva del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y del derecho a gozar de una familia. De acuerdo con los autores, aunque la constitución explícitamente reconozca la existencia de diversos tipos de unidades familiares, la norma fundamental realiza distinciones injustificadas en favor de las parejas heterosexuales y en perjuicio de familias mono y homoparentales.

Así las cosas, los autores comentan que en algunos países de la región como Colombia, Argentina, México y Chile se permite la adopción para parejas del mismo sexo y que en sus constituciones no existe una prohibición constitucional explícita, como sí existe en el caso

ecuatoriano. En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional rechazó pronunciarse sobre el tema en cuestión mediante el dictamen No. 8-09-IC /21, de fecha 18 de agosto del 2021. Sin embargo, el voto salvado del entonces juez Ramiro Ávila Santa María expresó lo siguiente:

Si la norma constitucional se basa en un prejuicio, sin demostración fáctica alguna, además, de que toda pareja homosexual no brinda un ambiente para el ejercicio y desarrollo de los niños y niñas, podría ser una norma discriminatoria y contraria a otros principios constitucionales y que se reconocen en instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existe, pues, una tensión entre la prohibición constitucional establecida en la Constitución y otros derechos y principios establecidos en la Constitución y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el Ecuador (párr. 16).

Tomando como base el criterio antes expuesto, nuestros autores argumentan en favor de que la Corte Constitucional declare la inaplicabilidad del artículo 68 de la norma fundamental, sin necesidad de la modificación formal de la constitución sino mediante una mutación constitucional utilizando el control de convencionalidad.

Finalmente, debo introducir el artículo de Alexis Marega de la Universidad de Santa Fe en Argentina que se titula: “Feminismo empresarial: análisis de la paridad de género en los órganos de las personas jurídicas”.

Se trata de un texto supremamente interesante, el autor nos expone que la legislación comercial argentina no exige a las personas jurídicas una composición de sus órganos de gobierno y administración que respete la paridad de género. Sin embargo, la Inspección General de Justicia (IGJ) dictó las Resoluciones 35/2020 y 35/2020 que disponen la obligatoriedad de cumplir con la paridad de género en la composición de sus directorios.

El autor nos presenta, además, un estudio interesante de la Comisión Nacional de Valores (CNV), el cual determinó que “en los directorios de 255 empresas bajo oferta pública relevadas, solo el 11,2% de los cargos directivos son ocupados por mujeres, un 49% de empresas no registran mujeres en ningún cargo directivo, el 95% tiene como presidente a un hombre y el 91,4% un vicepresidente hombre”.

Adicionalmente, el trabajo lleva a cabo un interesante ejercicio de derecho comparado con legislación europea que sí garantiza cuotas de género como el caso de Noruega mediante una ley de 2003 y Bélgica en el 2011. Inclusive, se destaca que no cumplir con esta normativa implica la disolución de las sociedades mercantiles como sanción. Sin embargo, el autor pone de manifiesto que este tipo de regulación no debe ser aplicada a pequeñas sociedades familiares formadas, por ejemplo, por dos hermanos varones.

Finalmente, el autor reseña y nos da luces sobre una reciente decisión de la Cámara Nacional Civil, Sala M, que ordena la modificación del Reglamento del Jockey Club, a fin de que cualquier persona, sin distinción de sexo o género, pueda solicitar la filiación a la mencionada Asociación Civil, lo que se presenta como condición indispensable para formar parte del órgano de administración.

Como podrán notar, nos encontramos ante un dossier que merece la atención de todos aquellos interesados con la idea de lograr la paulatina transformación social por medio del Derecho. Las experiencias y casos que se reseñan en este volumen son demostrativas de que los tribunales constitucionales pueden visibilizar e incluir en el dialogo público a los históricamente excluidos y pueden garantizar la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad que predicen las cartas constitucionales.

Referencias bibliográficas

- Bogdandy, A., & Urueña, R. (2020). Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina. *Anuario de Derechos Humanos*, 15-34.
- Corte Constitucional Ecuador (2020). Sentencia No. 1221-13-EP/20, del 29 de junio de 2020. Ponente: Hernán Salgado Pesantes.
- Corte Constitucional Ecuador (2019). Sentencia No. 1 1-18-CN/19 (matrimonio igualitario), del 12 de junio de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría.
- Corte Constitucional Ecuador (2021). Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, del 28 de abril de 2021. Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo.
- Corte Constitucional Ecuador (2021). Sentencia No. 24-16-IS/21, del 2 de junio de 2021. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.
- Corte Constitucional Ecuador (2021). Sentencia no. 75-16-IN/21, del 25 de agosto de 2021. Ponente: Hernán Salgado Pesantes.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1896). *Plessy v. Ferguson*. Sentencia del 18 de mayo de 1896.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1954). *Brown v. Board of Education of Topeka*. Sentencia del 17 de mayo de 1954.
- García Jaramillo, L. (2019). “Activismo judicial”: un viejo concepto para nuevos desafíos. *Legis ámbito jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/constitucional-y-derechos-humanos/activismo-judicial-un-viejo-concepto-para#:~:text=El%20activismo%20judicial%20se%20define,que%20fundamentan%20sus%20decisiones%20en>
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho*. Sociología política del campo jurídico en América Latina. IEPRI.
- Gargarella, R. (2015). El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano». *Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral*, 48(1), 169-174.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), 11-48.
- Henning, M. (2022). *Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido*, en *Activismo judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina* (tomo I), eds. Fuchs, MC y Henning, M. Konrad Adenauer Stiftung.
- Ihering, R. V. (2008). *La lucha por el Derecho*, trad. Posada, A. edición y estudio preliminar a cargo de Monereo Pérez, JL. Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho).
- Kelemen, K. (2013). Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*, 14(8).
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo Veintiuno Editores.
- Maldonado-Munoz, M. (2020). Towards a Genealogy of the Constitution. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 20, 165.
- Roa, J. (2020). El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper.
- Santos, BDS. (2012). *Derecho y emancipación*. Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Sunstein, C. (2014). Constitutional personae. *The Supreme Court Review*, 2013(1), 433-460.