

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede – Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios
al Inaplicar preceptos Contrarios a la Constitución Política del Ecuador

Christian Masapanta Gallegos

Tutor: Agustín Grijalva

Tesis realizada en Quito

2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

Christian Masapanta Gallegos

Quito, 31 de octubre del 2008

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede – Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios
al Inaplicar preceptos Contrarios a la Constitución Política del Ecuador

Christian Masapanta Gallegos

Tutor: Agustín Grijalva

Tesis realizada en Quito

2008

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito determinar si ¿ha funcionado correctamente la inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución por parte de los jueces ordinarios ecuatorianos frente a la tutela efectiva de los derechos ciudadanos?. Interrogante que a través de los distintos capítulos que componen la presente tesis pretende ser resuelta mediante la confrontación de dos tendencias – legalismo vs. constitucionalismo- en donde los actores judiciales juegan un papel trascendental a la hora de interpretar las normas existentes, observar su apego al texto constitucional y si fuere el caso declararlas inaplicables.

Dentro del trabajo se recurre a un estudio entre otras fuentes de las normas contenidas en la Constitución ecuatoriana codificada en 1998, así como de la nueva Constitución del 2008, en donde realizamos un estudio crítico de las debilidades y fortalezas que cada una de estas Cartas Políticas presentan.

Los principales temas abordados en la tesis los podemos sintetizar en: la tensión existente entre jueces y legisladores, asumiendo un estudio del “principio contramayoritario” según el cual los jueces no gozarían de una legitimidad democrática; lo cual conlleva a realizar un análisis de la democracia procedimental propia de la denominada “soberanía parlamentaria”, y la democracia sustancial en donde hace su apareamiento la llamada “soberanía constitucional”.

Partimos de un estudio de la institución del control constitucional de manera general para luego direccionarnos hacia el análisis del control difuso de constitucionalidad. También recurrimos a la revisión de casos emblemáticos de inaplicación de preceptos inconstitucionales, mismos que de manera sumaria los exponemos ejemplificativamente.

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia del profundo agradecimiento que guardo hacia la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede-Ecuador, y por medio de aquella a todos los profesores que durante estos meses de estudio me brindaron solidariamente los conocimientos y experiencias que una Maestría Internacional amerita, en especial al Dr. Agustín Grijalva brillante docente universitario quien con su adecuada tutoría colaboró en gran medida a la culminación de este trabajo de investigación.

A los señores Ministros y ex compañeros de la Primera Sala de lo Penal, Colutorio y Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Quito por darme ánimo para cursar la presente maestría.

A toda mi familia quienes estuvieron siempre junto a mí, en especial a mis queridas hermanas Silvana, Patricia y Doris; a todos mis compañeros y compañeras de la Universidad Andina entre las que se destacan mis queridas amigas Ely, Fer, Monze y Valery por el apoyo brindado al encontrarnos lejos de nuestras familias, estar a mi lado en los buenos y malos momentos, por sus sabios consejos y por enseñarme que la amistad es uno de los más grandes sentimientos del ser humano; y finalmente gracias al Divino Niño Jesús “Rey de Reyes”; por brindarme la paz, y la tranquilidad espiritual necesaria en toda persona para alcanzar sus ideales.

En una sociedad en la que el dinero y el afán de lucro ha determinado que una persona no valga por lo que es sino por lo que tiene; estas personas demostraron desinteresadamente que el ser humano aún es filantrópico; mi gratitud para todas ellas.

DEDICATORIA

A mis padres:

Quienes siempre me han brindado su apoyo incondicional;
inculcándome los más valiosos valores morales y éticos
sembrando en mí persona las primeras semillas de luz
que formaron mi personalidad.

Christian

ÍNDICE

Introducción.....	10
--------------------------	-----------

CAPÍTULO I

EL CONTROL JUDICIAL DIFUSO DE LAS NORMAS INCONSTITUCIONALES Y SUS MODALIDADES.

1.1.	Tipos de control constitucional.....	14
	1.1.2. Control difuso	17
	1.1.3. Control concentrado.....	19
	1.1.4. Control mixto.....	20
1.2.	El principio contramayoritario del poder judicial sobre el control de las normas inaplicables por ser inconstitucionales.....	25
1.3.	Interpretación de las normas constitucionales y discrecionalidad del juzgador al declararlas contrarias a la Constitución.....	30
	1.3.1. Interpretación judicial de las normas y control de constitucionalidad.....	30
	1.3.2. Discrecionalidad en manos del juzgador.....	32
1.4.	El control judicial en el derecho comparado latinoamericano.....	34

CAPÍTULO II

CONTROL DIFUSO E INAPLICABILIDAD DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR.

2.1.	Evolución del control difuso y concreto en el Ecuador.....	42
	2.1.1. Revisión histórica del control difuso y concreto de constitucionalidad en el Ecuador.....	43
2.2.	Situación actual del control constitucional difuso	

y concentrado ecuatoriano.....	51
2.2.1. La experiencia ecuatoriana en el tema de inaplicación de oficio de normas contrarias a la Constitución.....	55
2.3. Efectos que produce la declaratoria de inaplicabilidad de preceptos inconstitucionales.....	59

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS CASOS DE INAPLICABILIDAD DE NORMAS INCONSTITUCIONALES EXISTENTES EN EL ECUADOR Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

3. 1. Análisis de la inaplicabilidad de la detención en firme en el Ecuador.....	63
3.1.1. Reseña esquemática.....	64
3.1.2. Primera resolución del Tribunal Constitucional ecuatoriano.....	65
3.1.3. Segunda resolución del Tribunal Constitucional ecuatoriano.....	66
3.2. Análisis de la inaplicabilidad de la prohibición a jueces y magistrados de realizar declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social.....	72
3.2.1. Reseña esquemática.....	72
3.2.2. Fundamentación de la inaplicación.....	73
3.2.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional ecuatoriano.....	74
3.3. Análisis de la inaplicabilidad de la criminalización de la inmigración de extranjeros deportados por el Estado ecuatoriano.....	76
3.3.1. Reseña esquemática.....	76
3.3.2. Fundamentación de la inaplicación.....	78
3.3.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional ecuatoriano.....	79

3.4.	Análisis de la inaplicabilidad de las leyes de punto final y obediencia debida en la Argentina.....	80
3.4.1.	Reseña esquemática.....	81
3.4.2.	Normas internacionales que tutelan la inaplicabilidad.....	83
3.4.3.	Consideraciones del juzgado.....	83
3.5.	Propuestas al control difuso de inconstitucionalidad en cuanto a la inaplicabilidad de normas.....	85
	Conclusiones finales.....	90
	Bibliografía.....	95

INTRODUCCIÓN.

El control de la constitucionalidad de las normas es uno de los pilares fundamentales sobre el cual se asienta la democracia de la mayoría de países del orbe. Aquella tarea ha sido encomendada a distintos actores a través de la historia, sin embargo debido a la connotación tutelar de derechos por parte de la Función Judicial, es menester por parte de estos agentes ejercer un control que tienda no solo a limitar el poder proveniente de las otras funciones del Estado, sino que en una acometida mucho más extensa establezca una supremacía material de la Constitución.

El presente trabajo bajo el título de *“El control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios al inaplicar preceptos contrarios a la Constitución Política del Ecuador”*, intenta enfocar la problemática de la inacción judicial en temas de inaplicabilidad de normas inconstitucionales, lo cual constituye una seria violación a los derechos fundamentales reconocidos a las personas.

Para llevar adelante esta tarea partimos de una pregunta central respecto a ¿cuáles son los problemas y perspectivas que la inaplicabilidad de normas contrarias a la Constitución comportan a la justicia ordinaria al ejercer un control difuso de constitucionalidad?, interrogante que la despejaremos mediante la información incorporada en cada uno de los capítulos de esta tesis.

Entre los objetivos de esta tesis destacamos: mostrar las ventajas y problemas que la institución inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución genera; comprobar en que medida la inaplicabilidad de preceptos inconstitucionales es asumido por los actores judiciales; y evidenciar los factores externos que pueden condicionar un eficiente activismo judicial en temas de respeto a las normas constitucionales.

Para el cumplimiento de tales objetivos me he valido de la perspectiva teórica orientada en el constitucionalismo como marco disciplinario interno, incorporando el nuevo paradigma de la “democracia constitucional” como elemento central en torno al cual va a girar la actividad de los jueces a la hora de ejercer un control difuso, la cual contrastaré con la “democracia plebiscitaria” propia de realidades como la ecuatoriana en donde existe aún apego de los actores judiciales al texto de la ley.

Los procedimientos metodológicos de los cuales nos valdremos incluirán los métodos cualitativo y comparativo con el propósito de analizar la doctrina existente en tema de control difuso de constitucionalidad tanto del Ecuador como de otros países.

La recolección de datos se hará mediante varios tipos de fuentes como: las normas contenidas en la Constitución Política del Ecuador y de otros países que mantienen el sistema de control difuso, de igual manera la jurisprudencia de varios países; en cuanto a la doctrina se contó con valiosos criterios emitidos por eminentes tratadistas nacionales y extranjeros como Hernán Salgado Pesantez, Luis Prieto Sanchís, Roberto Gargarella, Luigi Ferrajoli, Víctor Bazán, Nestor Pedro Sagüés, Domingo García Belaunde, entre otros, adicionalmente el trabajo se halla respaldado con entrevistas realizadas a operadores judiciales ecuatorianos.

El trabajo de investigación tiene un alcance doctrinario, el mismo que se encuentra matizado con aportes de la legislación comparada y un breve estudio de la casuística de ciertos países en donde los jueces inaplican las normas constitucionales; el principal límite que se presenta en la investigación fue la casi inexistente doctrina ecuatoriana respecto a esta temática ante lo cual hemos tenido que recurrir a los aportes de la doctrina internacional en especial de la española.

En este sentido pongo a consideración de todas las personas interesadas en la problemática del control difuso de constitucionalidad el presente trabajo; que constituye

un esfuerzo por intentar incorporar el estudio de esta importante figura dentro de la realidad jurídica ecuatoriana. Para un correcto análisis y con el afán de abordar la problemática por todas las direcciones hemos dividido el presente trabajo en tres capítulos concretamente definidos de la siguiente manera:

El primer capítulo abarca el estudio del control de constitucionalidad mediante un análisis breve de sus diversas modalidades, iniciando con una descripción del control difuso, continuando con el análisis del control concentrado, hasta desembocar en el sistema mixto en donde convergen los dos sistemas antes mencionados; en cada uno de ello analizaremos las peculiaridades de los sistemas, sus rasgos distintivos, los agentes que intervienen y los efectos que cada uno alcanza.

Un asunto prioritario que es tocado en este capítulo es el inherente al principio contramayoritario del poder judicial sobre el control de las normas inaplicables por ser inconstitucionales, por cuanto alrededor de aquel principio se cuestiona la legitimidad de las actuaciones judiciales ante una posible carencia de respaldo plebiscitario al no provenir su designación de elección directa del soberano; esto se ve complementado con el análisis de la interpretación de las normas constitucionales y el control que sobre ellas ejercen los jueces. Finalmente el capítulo concluye con una breve revisión de la legislación comparada a nivel latinoamericano; esto nos permite evidenciar cual es la posición de la región respecto al control de la constitucionalidad de las normas.

En el segundo capítulo nos remitimos exclusivamente al estudio de la inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución dentro de la realidad ecuatoriana; para aquello partimos de un estudio del control difuso y concreto en nuestro país a la luz de las Cartas Políticas que se han incorporado desde la creación del Ecuador, desembocando en el análisis de la situación actual por la que atraviesa el control difuso en nuestro país, en este capítulo tomamos como referencia trascendental

la codificación de la Constitución de 1998 en donde se establecía textualmente la figura de la inaplicabilidad de una norma inconstitucional por parte de jueces ordinarios y la Constitución actual que no hace referencia expresa a esta figura, pero que dentro de su texto contiene normas de las que se pueden colegir que se mantiene un control difuso de constitucionalidad, realizamos una revisión de la situación ecuatoriana en temas de inaplicabilidad de oficio de normas contrarias a la Constitución así como de los efectos que aquella declaración produce.

Finalmente en el Tercer capítulo tomamos para nuestro estudio casos emblemáticos del Ecuador como: la inaplicación de la detención en firme, la prohibición a jueces y magistrados de realizar declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, la criminalización de la inmigración de extranjeros deportados por el Estado ecuatoriano, y de Argentina abordamos un caso en donde un Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional inaplica preceptos inconstitucionales contenidos en las denominadas leyes “de punto final” y “obediencia debida”.

Para terminar enunciamos algunas propuestas de reformas al control difuso de inconstitucionalidad en cuanto a la inaplicabilidad de normas, tendientes a que esta figura constitucional se incorpore de manera efectiva dentro del andamiaje de la justicia constitucional ecuatoriana; con aquello pretendemos que poco a poco se vaya incorporando una cultura constitucional no solo en los operadores judiciales sino en todas las instituciones y ciudadanos que conforman la sociedad ecuatoriana.

***“Si los ciudadanos no luchan constantemente
por el derecho permanente de todos,
o lo pierden de vista por motivos coyunturales,
la supremacía de la Constitución termina por naufragar
en lo que Fromm llamó el miedo a la libertad”.***
(Ricardo A. Guibourg)

CAPÍTULO I
EL CONTROL JUDICIAL DIFUSO DE LAS NORMAS
INCONSTITUCIONALES Y SUS MODALIDADES.

“La justicia constitucional trata los problemas políticos con criterios jurídicos, poniendo la razón, la razón del derecho donde los órganos políticos ponen solo la pasión”

(Ernesto López Freile)

1.1. TIPOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

El constitucionalismo representa en la actualidad una fuerte corriente de renovación del Derecho, evidenciándose de esta forma lo que suele denominarse como “supremacía de la Constitución”, en donde todos los poderes públicos así como los particulares nos hallamos sometidos a las normas contenidas en la Carta Fundamental. Empero no solo las personas y autoridades están sujetas a esta “supremacía”; sino que todo el ordenamiento jurídico de un determinado Estado debe guardar relación con los preceptos constitucionales; surgiendo así la figura del *control como un elemento inseparable del concepto de Constitución*¹.

“[...] En miras a asegurar la supremacía de la Constitución es que se crea un procedimiento, que permita, en toda circunstancia, la verificación de los actos jurídicos emanados de los cuerpos ejecutivo y legislativo, para evaluar si están conformes a la Constitución o al menos no opuestos a ella”².

En efecto, el denominado control de constitucionalidad pretende que el conjunto normativo que forma parte de un determinado Estado guarde armonía con la

¹ Manuel Aragón Reyes, “*Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. pp. 15.

² Citado por Joachim Roth, “*El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional*”, en Comisión Andina de Juristas, La constitución de 1993, Serie Lecturas sobre temas constitucionales No. 12, Lima, 1996, pp. 118.

Constitución Política; para ello se han creado varios organismos e instituciones, que dependiendo del sistema en que se incorporen suelen ser: concentrados, difusos o mixtos, en atención al órgano o agente que realice aquel control; tarea que resulta de gran importancia para la seguridad jurídica de toda Nación, puesto que como bien sostenía *Sieyes* -[...] *para vivir dentro de la Constitución, era necesario crear un mecanismo que la hiciera respetar* [...].³

Adicionalmente a la clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad antes enunciados y que serán objeto de análisis más adelante; doctrinariamente se ha expresado la siguiente clasificación.

Para Aragón *la categoría del control se presenta, en sus diversas manifestaciones prácticas, a través de distintas modalidades (institucionalizadas y no institucionalizadas)*, destacando tres tipos de controles:

1. Social.- Se lo cataloga como un *control no institucionalizado*; puesto que es un control difuso que se lo ejerce a través de la sociedad civil; todos los ciudadanos de manera directa realizamos este tipo de control por medio de lo que se denomina censura pública de las actuaciones políticas o judiciales.

2. Político.- El control político es considerado como un *control institucionalizado*; es de naturaleza voluntaria y de carácter subjetivo, por parte del órgano, autoridad o individuo cualquiera que detente supremacía por sobre otros; el ejemplo más relevante de este tipo de control es el juicio político por parte del parlamento.

3. Jurídico.- Aquí los actos sometidos al control son objetivos, ejercidos por órganos jurisdiccionales imparciales, quienes realizan este control basados en razones jurídicas. Es necesario para garantizar la supremacía de la Constitución.

³ Ernesto López Freile, “Control Constitucional y organismos de control”; Universidad Central del Ecuador; Quito-Ecuador; 2001, pág. 59.

El último de los controles descritos anteriormente será objeto de nuestro análisis durante el presente trabajo, puesto que son los jueces (especializados u ordinarios), quienes se van a convertir en los principales actores del control de constitucionalidad en cuanto a la inaplicación de preceptos contrarios a lo que establece la Carta Fundamental de un determinado Estado⁴.

Con fines didácticos nos permitimos mencionar una breve clasificación de los tipos de controles que realizan los órganos jurisdiccionales; dividiéndolos en:

1. Control abstracto.- Cuando el control recae sobre la norma y no existe un caso específico, este control puede a su vez ser previo o posterior a la promulgación de la norma; y,

2. Control concreto.- En donde existe un caso específico sobre el cual se va a decidir, es una realidad objetiva que acarreará efectos en virtud del caso en análisis y se manifiesta siempre posterior a la emisión de la norma.

En palabras de Néstor Pedro Sagüés “[...] *la primera garantía para los derechos constitucionales es contar con un adecuado control de constitucionalidad, ejercitado por órganos imparciales e idóneos [...]*”⁵; es por ello que a continuación nos ocuparemos de los sistemas judiciales de control difuso, concentrado y mixto; con el objeto de demostrar como operan estos tipos de control, ya que el control judicial de constitucionalidad se encuentra a cargo de diversos órganos, los mismos que difieren dependiendo de si su naturaleza es jurisdiccional, por medio de entidades especializadas que conforman la denominada justicia constitucional o mediante una mixtura de órganos.

⁴ Manuel, Aragón Reyes, “*Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. pp. 64, 65.

⁵ Néstor Pedro Sagüés, “*Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina*”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Luis López Guerra (coordinador); Corporación Editora Nacional; Quito, 2002; pp. 170.

1.1.1. Control difuso.

Históricamente este sistema precede al control concentrado. En un sistema difuso de constitucionalidad se actúa bajo la regla de que el control se encuentra en manos de varios agentes, y especialmente entre todos los actores judiciales (jueces de primera y última instancia), estando facultados a declarar la inconstitucionalidad de una norma en el caso específico puesto a su conocimiento o a su vez inaplicarla por contravenir las disposiciones constitucionales.

Mediante este sistema el juez pretende tutelar derechos subjetivos de las partes intervinientes en el litigio. “[...] *Se basa en la apreciación de las razones de los derechos tal y como aparecen reflejados en los casos concretos, poniéndose la ciencia del derecho al servicio de los derechos subjetivos*”⁶.

Los jueces al tener conocimiento de un causa específica tienen la obligación de realizar un control de constitucionalidad de las normas respecto a las cuales se centra el litigio, debiendo en caso de encontrar incongruencia con el texto constitucional declararla inaplicable con un efecto interpartes; es decir que su decisión de inaplicar o declarar inconstitucional solo se hará extensiva al caso que están resolviendo. *Aquí el control de la ley tiene lugar por incidir en controversias en donde intervienen directamente las partes en un caso concreto*⁷.

Entre las características de este sistema podemos destacar que se trata de un tipo de control al cual le es propicio un control concreto de constitucionalidad, ya que su actuación se circunscribirá a una realidad procesal concreta –caso específico–; es decir que la ley no conforme a la Constitución continúa vigente dentro del ordenamiento

⁶ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, Madrid, editorial Trotta S.A, Segunda edición, 1997, pp. 62.

⁷ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, Obra citada, pp. 62.

jurídico nacional, y exclusivamente se la inaplicará en el caso judicial específico⁸. De la misma forma este control difuso es a posteriori, es decir se lo ejerce solo cuando existe una norma que ya ha sido promulgada.

Este sistema también es conocido como sistema norteamericano, ya que en aquel país es donde el control desconcentrado tuvo su germen, siendo creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América después de la sentencia del juez Marshall en el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803; misma que constituye la primera aplicación histórica del sistema de “judicial review”, mediante el cual los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma proveniente del parlamento.

Este *judicial review of legislation* propio del sistema americano, es desarrollado de forma difusa por todos los jueces en el ámbito de su jurisdicción normal, teniendo aplicación sobre los derechos individuales de las personas. Para muchos doctrinarios como Zagrebelsky, *este sistema es el que más se apega a las exigencias de una tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución*⁹, porque los jueces al ejercer el *judicial review* no solo deben dirigir su atención a los procedimientos mediante los cuales se ha proferido una ley, sino que también deben constatar que el contenido de la ley aplicable al caso sea compatible con la Constitución¹⁰, *recalcando que la tutela de los derechos fundamentales constituye la razón de este sistema de justicia constitucional*.¹¹

⁸ Cabe destacar como lo señala Sagüés que “No obstante, por el principio del *stare decisis*, las sentencias de los Estados Unidos de América tienen un valor especial, y deben ser seguidas por los tribunales inferiores, con lo que –en particular en materia de declaración de inconstitucionalidad- hay un cierto efecto *erga omnes* de tales veredictos de inconstitucionalidad”; aquello se debe al régimen anglosajón del *common law*. (Citado por Néstor Pedro Sagüés de Varios Autores, *La Constitución de los Estados Unidos de América*, t. I, trad. Por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Buenos Aires, Editorial Kraft, 1949, pp. 75).

⁹ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, *Obra citada*, pp. 62.

¹⁰ Carlos Bernal Pulido, “*El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 pp. 38.

¹¹ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, *Obra citada*, pp. 62.

1.1.2. Control concentrado.

En este sistema la tarea de control se encuentra a cargo de un órgano específico el mismo que suele en unos países ser el Tribunal o Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, o una de sus Salas; quienes mediante una suerte de especialización en materia constitucional concentran para sí el ejercicio del control constitucional de las normas. De ahí que la primera variable de este sistema concentrado está dado por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales.

Este sistema también conocido como sistema europeo de control de constitucionalidad, tiene como mentalizador al célebre jurista vienés Hans Kelsen; fue propuesto para la Constitución austriaca de 1920, y en lo principal determina la conformación de un órgano por fuera del poder judicial clásico denominado Corte o Tribunal Constitucional, para que detente las funciones de controlar monopólicamente la constitucionalidad de las leyes emitidas por el parlamento, pronunciando sentencias con efecto *erga omnes*¹².

Para Zagrebelsky bajo este sistema el control de constitucionalidad se halla reservado para órganos que él los denomina “ad hoc” por encontrarse separados de la jurisdicción ordinaria, configurándose la llamada *Verfassungsgerichtsbarkeit* o jurisdicción constitucional¹³; pretendiéndose de esta forma configurar una estructura orgánica independiente de la Función Judicial, dotándose de autonomía e independencia a estos organismos, para evitar de este modo cualquier ingerencia de los poderes estatales sobre los mismos, con el afán de garantizar el respeto y la garantía de los preceptos constitucionales; empero en su gran mayoría estos entes especializados

¹² Néstor Pedro Sagüés, “*Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina*”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Luis López Guerra (coordinador); Corporación Editora Nacional; Quito, 2002; pp. 173.

¹³ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, Madrid, editorial Trotta S.A, Segunda edición, 1997, pág. 62.

continúan manteniendo serios clivajes de injerencia política, especialmente en su conformación.

Sin embargo este control por parte de un órgano ajeno a la Función Judicial, no es la única modalidad en que puede manifestarse el sistema concentrado de control de constitucionalidad en un determinado país; puesto que también aquel control puede hallarse concentrado en una entidad jurisdiccional como la Corte Suprema de Justicia ya sea en pleno o mediante una de sus salas especializadas; en donde la función básicamente sigue siendo la misma que la de la función jurisdiccional, con la particularidad de que al resolver sus efectos pueden hacerse extensivos bien solo a las partes como por ejemplo el caso uruguayo; o también lograr alcances generales como en el caso panameño¹⁴.

1.1.3. Control mixto.

Existe en varios países un sistema que combina los dos controles descritos anteriormente (concentrado y difuso), mediante el cual por un lado el órgano especializado (Corte, Tribunal Constitucional o Sala especializada de la Corte Suprema) realiza el control de constitucionalidad abstracto de las normas; y por otro los jueces ordinarios realizan un control concreto de las normas de acuerdo al caso objeto de su resolución.

¹⁴ Néstor Pedro Sagüés, “*Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina*”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Obra citada, pp. 174.

Las combinaciones de sistemas que suelen presentarse en un sistema mixto siguiendo los lineamientos de Néstor Pedro Sagüés¹⁵ los podríamos resumir de la siguiente manera:

a) Control judicial difuso con control concentrado en un órgano no especializado.- Mediante este sistema el control constitucional está a cargo de los jueces ordinarios; esta constituye la regla, empero existen ciertos procesos que son remitidos a un órgano no especializado proveniente del poder judicial como es la Corte Suprema de Justicia, quien conoce por vía de recurso las resoluciones de los jueces ordinarios en materia relacionada al control de constitucionalidad. Como vemos a la Corte no se le atribuye la función de órgano especializado porque también se dedica a resolver otros casos, los efectos que suelen producirse son inter partes en caso del control difuso y erga omnes para el control concentrado.

Entre los países latinoamericanos en donde existe este sistema de control podemos destacar: México, siendo adoptada esta alternativa desde 1994, cuando una reforma constitucional otorgó a la Corte Suprema de ese país la competencia exclusiva para conocer acciones declarativas de constitucionalidad de tipo abstracto; Brasil quien mediante la Constitución de 1988 y las posteriores reformas de 1993 determinó una acción de inconstitucionalidad a tramitarse también exclusivamente ante el Supremo Tribunal Federal; y República Dominicana, cuya Constitución de 1994 en su artículo 67, inciso 1, determina que el Presidente de la República, uno de los Presidentes de las cámaras del Congreso Nacional, y la parte interesada, tienen iniciativa para presentarse ante la Corte Suprema y reclamar directamente la inconstitucionalidad de las leyes¹⁶.

¹⁵ Néstor Pedro Sagüés, *“Justicia constitucional y control de la ley en América latina”*, en La justicia constitucional en la actualidad, Luis López Guerra, (coordinador), Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, pp. 170-200.

¹⁶ Néstor Pedro Sagüés, *“Justicia constitucional y control de la ley en América latina”*, Obra citada, pp. 177-178.

b) Control judicial difuso con control concentrado en un órgano especializado.- En este caso se mantiene el control en manos de varios agentes (jueces ordinarios) y adicionalmente también ejerce control un órgano especializado que puede provenir de afuera de la Función Judicial (Tribunal o Corte Constitucional) o del propio seno de esta función (Sala especializada Corte Suprema), quienes realizan un control concentrado básicamente a nivel abstracto, es decir que su función será declarar inconstitucional una ley por contravenir el texto de la Constitución.

La diferencia sustancial que se presenta en esta modalidad de control mixto en relación con el tipo de control descrito en el acápite siguiente (control judicial difuso con control concentrado especializado y extrajudicial) consiste en la naturaleza del órgano que realiza el control abstracto, ya que este puede o no provenir de la Función Judicial (sala especializada), sin que por ello deje de considerársele especializado, en cambio bajo el control especializado extrajudicial, el órgano especializado sine qua non debe encontrarse por fuera de la Función Judicial.

Como ejemplos de este tipo de control podemos destacar los casos de El Salvador cuya Constitución establece un control difuso a cargo de todos los jueces (artículo 185) y concentrado a cargo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país (artículo 183); la Constitución venezolana de 1999 también mantiene esta mixtura, al determinar un control difuso (artículo 334), y un control concentrado en manos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 335); y, la Constitución colombiana de 1991 prevé un control difuso (artículo 4) y concentrado por parte de la Corte Constitucional (artículo 241), quien aunque formalmente integra la Función Judicial, es autónoma de los órganos jurisdiccionales (artículo 248)¹⁷.

¹⁷ Néstor Pedro Sagüés, “*Justicia constitucional y control de la ley en América latina*”, Obra citada, pp. 179-180.

c) Control judicial difuso con control concentrado especializado y extrajudicial.- Este tipo de control lo realizan los jueces en general y adicionalmente un órgano técnico y especializado en materia constitucional como el Tribunal o la Corte Constitucional, empero este Tribunal o Corte no es propiamente un órgano de la Función Judicial sino que obedece a una jurisdicción constitucional especializada.

En el primer caso el control difuso de los jueces se circunscribe a declarar la inaplicabilidad de una norma puesta en su conocimiento por medio de un caso concreto; mientras que al órgano técnico (control concentrado extrajudicial especializado) se le asigna la función de declarar la inconstitucionalidad de una norma, con efectos generales y abstractos; también suele resolver acciones provenientes del poder judicial ordinario, funcionando como tribunal de alzada; así se lo evidencia en casos de amparos, habeas corpus, habeas data o acción de incumplimiento¹⁸.

Entre los países que acogen este sistema de control podemos destacar al Ecuador que en la Constitución de 1998 mantenía un control concentrado de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 278), y un control difuso a cargo de los demás jueces y tribunales ordinarios (artículo 274). La actual Constitución aprobada por referéndum el 28 de septiembre del 2008, mantiene este sistema de control al configurar un órgano especializado como la Corte Constitucional en reemplazo del Tribunal Constitucional ecuatoriano, determinando tácitamente un control difuso a cargo de los jueces y juezas, quienes de encontrar preceptos constitucionales contrarios a lo que dispone la Carta Fundamental deben suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional (Artículo 428 Constitución ecuatoriana 2008).

¹⁸ Domingo García Belaunde, *“La acción de inconstitucionalidad en el Perú”*, en *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dickinson, Madrid, 1997, pp. 831.

Otros países latinoamericanos que mantienen este control son: Perú que en su Constitución de 1993 determina en sus artículos 138, 201, 202, y 204, la potestad que tienen los jueces del poder judicial de ejercer control de constitucionalidad en los casos concretos donde intervienen, inaplicando la ley contraria a la Constitución, y de otra parte también opera un Tribunal Constitucional que se encuentra fuera del poder judicial, el cual es el intérprete final de la Constitución, pudiendo derogar una ley considerada inconstitucional.

Un sistema parecido rige en Guatemala con un control difuso a cargo de jueces ordinarios (artículo 204 Constitución de 1985), y control especializado a cargo de una Corte Constitucional (artículo 267)¹⁹.

d) Control judicial concentrado con control especializado extrajudicial.-

Generalmente se produce cuando existe un órgano judicial específico que se encarga de ejercer el control constitucional, el mismo que generalmente es la Corte Suprema de Justicia, quien tiende a resolver los conflictos inter partes que se presentan a su conocimiento; y a la par existe un órgano especializado llámese Tribunal o Corte Constitucional quien realiza un control abstracto de la ley o proyecto de ley puesto a su conocimiento.

Este tipo de control se lo evidencia en Chile, cuya Constitución de 1980 determina que en primer término exista un control concentrado de constitucionalidad en manos de su Corte Suprema de Justicia, la cual puede declarar inaplicables para los casos concretos puestos a su conocimiento ciertos preceptos contrarios a la Constitución (artículo 80), y por otro lado un control especializado que se encuentra por fuera de la Función Judicial como es el Tribunal Constitucional chileno, el cual realiza un control

¹⁹ Néstor Pedro Sagüés, “*Justicia constitucional y control de la ley en América latina*”, Obra citada, pp. 181.

abstracto básicamente preventivo de la constitucionalidad en materia de proyectos de ley y tratados internacionales (artículo 81)²⁰.

1.2. EL PRINCIPIO CONTRAMAYORITARIO DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL CONTROL DE LAS NORMAS INAPLICABLES POR SER INCONSTITUCIONALES.

Una vez que se ha analizado brevemente los sistemas de control constitucional y particularmente el sistema de control difuso, debemos afrontar un problema al cual se ve sometido el constitucionalismo permanentemente y aquel radica en la tensión existente entre la democracia plebiscitaria en donde el parlamento es la máxima expresión de la voluntad popular y la democracia constitucional en donde el rol de los jueces es imponer límites a esa “*soberanía parlamentaria*” mediante un control judicial de la constitucionalidad de las normas.

Control que ha merecido serios cuestionamientos por parte de muchos detractores del constitucionalismo como Roberto Gargarella, quien lo ve como una amenaza a la democracia, acusando a los jueces de un “*déficit democrático*” al no provenir sus cargos de una elección popular directa²¹.

“[...] Cuando niegan la validez de la ley, en efecto, los jueces sobreponen su autoridad sobre la voluntad política de la comunidad (expresada directamente o a través de sus representantes)”²².

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Roberto Gargarella, “*La dificultad de defender el control judicial de las leyes*” (1997), en Vázquez Rodolfo, comp. Interpretación jurídica y decisión judicial, Editorial Fontamara, México, 2006.

²² Roberto Gargarella, “*Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia*”, en Alegre, Marcelo, et. al. Los Derechos Fundamentales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 15.

Luis Prieto Sanchís menciona que *-el derecho descansa sobre ficciones-*²³, siendo una de ellas la democracia representativa que manifiesta que el órgano legislativo es fiel representante de la voluntad popular, y por ende que la ley al ser producto del trabajo del legislador sería la mayor expresión de la legitimidad democrática. Esta corriente conocida como “*democracia mayoritaria o plebiscitaria*” utilizando los términos de Ferrajoli²⁴, es una concepción propia de una época en donde el llamado Estado liberal decimonónico pretendía sustentar en la actuación del legislativo las leyes impuestas a la ciudadanía.

“[...] Francia es un ejemplo típico en donde se ha mantenido el dogma de la omnipotencia de la asamblea parlamentaria y de la ley por la que el gobierno de los jueces se considera como la peor de las aberraciones constitucionales”.²⁵

Con el devenir del tiempo y el advenimiento de un nuevo modelo de Estado (Estado Constitucional), esta preeminencia del legislativo por sobre los otros poderes del Estado se torna relativa, puesto que la necesidad de un sistema de control de la producción legislativa es imperante en todo sistema democrático, como forma de limitar el poder de una función del Estado.

“[...] Es cierto que el poder judicial, el micropoder del juez del caso, no recibe su legitimación de las urnas, como, en estos tiempos, se le reprocha con alguna frecuencia por quienes si cuentan con esta investidura. Pero en tal aparente paradoja reside la mayor virtualidad de una instancia llamada a controlar desde el Derecho y que sin ser democrática en su extracción inmediata es, sin embargo, a través del regular desempeño de su cometido constitucional un relevante factor de democracia”.²⁶

²³ Luis Prieto Sanchís, “*Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*”, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 137-174.

²⁴ Luigi Ferrajoli, “*La democracia constitucional*”, en Christian Courtis (compilador), Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho, editorial Universitaria, Buenos Aires, 2001, pág. 255.

²⁵ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, Obra citada, pp. 61.

²⁶ Perfecto Andrés Ibáñez, “*Introducción*” en “Corrupción y Estado de Derecho”, Madrid, editorial Trotta S.A, 1996, pp. 13.

La actividad desempeñada por los jueces resulta de vital importancia dentro de cualquier régimen democrático no solo porque permite la convivencia racional de los seres humanos, sino también porque constituye un límite a los poderes provenientes de otras funciones del Estado; Montesquieu sostenía que “el poder debe limitar al poder para que no se haga abuso de él”, solo así se genera un proceso de frenos y contrapesos o balance of powers, entre aquellas instituciones que detentan poder estatal.²⁷

- [...] Para Ronald Dworkin este antagonismo no debe llevar a pensar que el control constitucional de las decisiones legislativas supone un deterioro del principio democrático. Por el contrario, para este autor dicho control es una condición que posibilita alcanzar una verdadera democracia, concebida no en un sentido estadístico como el gobierno de la mitad más uno, sino en un sentido comunitario [...]-²⁸

No podemos ser deterministas y asegurar que exclusivamente el voto popular es lo que legitima democráticamente las actuaciones de una determinada función del Estado; ni tampoco podemos cerrar los ojos frente a la enorme importancia que el poder judicial reviste en un Estado de Derecho; mediante sus actuaciones el juez ya sea al interpretar el Derecho o al inaplicar una norma inconstitucional, está garantizando la verdadera esencia de la democracia que consiste en la búsqueda de la justicia y el bienestar común de los miembros de una sociedad, lo cual solo se verá plasmado augurándole independencia a las actuaciones judiciales.

En el Estado Constitucional, los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los derechos fundamentales, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos,

²⁷ Citado por Salvatore Senese, “*Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial*” en Perfecto Andrés Ibáñez, editor, *Corrupción y Estado de Derecho*, Madrid, editorial Trotta S.A, 1996, pp. 41.

²⁸ Citado por Carlos Bernal Pulido, en “*El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 pp. 41.

radicando en esa titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular y no en ficciones como la representatividad legislativa.²⁹

Peña Freire menciona que “[...] *frente al imperio de la ley, surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar la ley y la praxis jurídico con los principios y valores constitucionales*”³⁰.

Entre las funciones que realizan los jueces al ejercer un control de constitucionalidad de las normas y que contribuyen a fomentar la democracia destacamos:

a) La protección de los derechos fundamentales.- Bajo este sistema de control pese a que no se halle desarrollada una ley determinada, es obligación del juez dar cumplimiento al respeto de los derechos y valores esenciales que se hallan consagrados generalmente en el texto de la Constitución; conminando incluso al legislador a realizar una producción legislativa para garantizar aquellos derechos o para que los mismos se cumplan; un ejemplo de aquello es la realidad colombiana, en donde la Corte Constitucional de ese país ha logrado desarrollar en la práctica una verdadera aplicación garantista de derechos; en múltiples resoluciones los magistrados que conforman este órgano constitucional le han dado ejemplo a sus pares latinoamericanos de cómo si se pueden tutelar derechos a la luz del nuevo paradigma constitucional. Un ejemplo de aquello lo evidenciamos en la conocida y emblemática sentencia T-406/92³¹, que da

²⁹ Luigi Ferrajoli, “*La democracia constitucional*”, Obra Citada, pág. 263.

³⁰ Antonio Peña Freire, “La garantía en el estado constitucional de derecho”, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 233.

³¹ La Sentencia No. T-406/92 del 05 de junio de 1992, promulgada por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional colombiana, por primera vez determina los alcances que la denominación Estado Social de Derecho implica para un país como Colombia. En esta sentencia los magistrados asumen el nuevo paradigma garantista y protegen no solo derechos individuales sino que hacen extensiva la protección a los DESC al ordenar a las Empresas Públicas de Cartagena la terminación de la construcción del alcantarillado en el Barrio Vista Hermosa de esa ciudad, en un plazo que no podrá exceder de tres meses, demanda inicial que habían solicitado los moradores de aquel sector. Convirtiéndose esta en doctrina constitucional, teniendo esta sentencia el carácter de obligatoria para todas las autoridades.

cabida dentro de ese país a los hasta entonces irrespetados Derechos económicos, sociales y culturales.

b) Fijar límites a los poderes públicos.- Bajo el paradigma de la democracia constitucional, se redescubre el significado de la Constitución como límite y vínculo a los poderes públicos³²; absolutamente ninguna autoridad pública y mucho menos sus actuaciones pueden estar por encima de la Constitución; ante lo cual los jueces asumen un enorme poder como controladores de la armonía constitucional de los preceptos presentes en todo un cuerpo normativo o en un caso específico; así como de las actuaciones de funcionarios públicos y particulares, evitando de esta forma excesos de poder por parte de cualquier órgano estatal.

c) El derecho controla a la política.- Es el juez quien controla la constitucionalidad de las normas producidas por el legislador, produciéndose un control del derecho por sobre la política, evidenciándose de esta manera una verdadera soberanía democrática, ya que la ley constituye para el juzgador un referente, pero no la verdad absoluta, siendo la Constitución y los derechos consagrados en ella el límite que debe observar el parlamentario al momento de producir las leyes.

d) Interpretar y aplicar el derecho.- El poder de los gobernantes no va más allá de hacer, elaborar y promulgar códigos y leyes. En cambio, pertenece a la autoridad de los jueces fijar el modo como ellos se entienden y aplican³³, es en el escenario práctico –caso concreto- en donde los actores judiciales deben garantizar la supremacía constitucional.

Estos son algunos de los factores que nos permiten asegurar que el juez constitucional lejos de constituir una “amenaza” para la democracia, más bien mediante

³² Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, *Obra citada*, pág. 258.

³³ Bernardino Bravo Lira, “Arbitro judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación” en *Interpretación, integración y razonamiento jurídico*; Editorial Jurídica de Chile; 1992, pp. 20-251.

sus actuaciones permite consolidar el régimen democrático al permitir una democracia sustancial, en donde imperen los valores y principios constitucionales.

1.3. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y DISCRECIONALIDAD DEL JUZGADOR AL DECLARARLAS CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN.

1.3.1. Interpretación judicial de las normas y control de constitucionalidad.

El caso concreto es el escenario en donde el juez va a desempeñar su rol garantista como intérprete de las normas contenidas en las diversas leyes, en armonía con los preceptos constitucionales.

Para Ernesto López Freire “[...] *el procedimiento de buscar la constitucionalidad de la ley es cotidiano. Se ejerce a través de las cortes o tribunales constitucionales, por medio de ciertos órganos de la función judicial o de ambos. Es ordinaria porque la Constitución se la afirma constantemente en la interpretación constitucional diaria*”.³⁴

Estamos completamente de acuerdo con el criterio emitido por este jurista ecuatoriano; toda vez que el tan mentado control constitucional revela una acometida permanente en donde los actores judiciales diariamente se enfrentan a cientos de casos en donde se pone en juego la aplicación y el apego de la norma legislativa al texto constitucional.

Dentro de un Estado Constitucional, el papel que cumple el juez es trascendental, como destaca Carlos Bernal Pulido “[...] *mientras el contenido de las*

³⁴ Ernesto López Freile, “Control Constitucional y organismos de control”; Universidad Central del Ecuador; Quito-Ecuador; 2001, pp. 62.

*leyes es el producto de la aplicación de la regla de la mayoría, el sentido de las sentencias del juez constitucional está determinado por la lógica de los derechos”.*³⁵

Según Dworkin [...] *todo juez es capaz y debe interpretar de forma acertada la Constitución en todos los casos* [...] ³⁶, resultando aquella acometida una difícil tarea tomando en cuenta la seria tradición legalista que afrontan los órganos jurisdiccionales latinoamericanos. En efecto nos encontramos con muchos temores por parte de los jueces a la hora de afrontar un proceso en donde deberían inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución, situación que suele agravarse si no existe una norma escrita que ampare su resolución -ya que bajo el *esquema positivista* ³⁷ el juez encasillará el caso bajo la regla idónea para ser aplicada-³⁸, frente al temor de ser enjuiciados por delitos como el prevaricato, lo cual han impedido un eficiente control constitucional de las normas

Otro problema al que se enfrentan los jueces en general y el juez constitucional en particular en su ejercicio interpretativo es que nuestras leyes poseen muchas normas consideradas elásticas o abiertas, es decir las que utilizan las llamadas <cláusulas generales>, cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial y delicia de todo crítico de la misma. Cuando se expresa de este modo (<buenas costumbres>, <buna fe>, <buen padre de familia>, <interés público>, <relaciones sociales justas>, etc.), es el propio legislador quien declara su

³⁵ Citado por Carlos Bernal Pulido, “*El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”, Obra citada, pp. 41.

³⁶ Citado por Carlos Bernal Pulido, “*El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 pp. 40.

³⁷ “Según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del derecho la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. Exactamente eso significaban la interpretación y los criterios (o <cánones>) para la misma elaborados por el positivismo”. (Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, Madrid, editorial Trotta S.A, Segunda edición, 1997, pág. 131-132.

³⁸ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, Obra citada, pág. 136.

*incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento.*³⁹

La interpretación judicial de la norma debe correr una suerte de simbiosis en donde “[...] no solo el caso debe orientarse en la norma, sino también la norma debe orientarse en el caso [...]”⁴⁰, omitir alguno de estos elementos en palabras de Zagrebelsky produciría efectos opuestos.

*“[...] Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple <casuística>, incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro. En cualquier caso malentendiendo la naturaleza del derecho y malentendiendo la <interpretación> misma”.*⁴¹

Lo cierto que es que el operador judicial al momento de realizar la interpretación y su aplicación al caso concreto no puede ser extremista y dirigir aquella con un excesivo apego hacia la norma, como tampoco verse desprovista su motivación del marco normativo en que la fundamenta. Es necesaria una concepción práctica del derecho en donde -la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento-⁴², procurando encontrar el justo medio o el punto de equilibrio que permita la correcta aplicación de la norma al caso concreto sin dejar de lado la importancia que este último reviste para la decisión judicial.

1.3.2. Discrecionalidad en manos del juzgador.

Otro de los atavismos que debe hacer frente la posición constitucionalista contramayoritaria es la aparente discrecionalidad en manos del juzgador a la hora de

³⁹ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, Obra citada, pág. 136.

⁴⁰ N. Luhmann. “Sistema jurídico y dogmática jurídica”, 1974, trad. de I. Otto, CEC, Madrid, 1983, y, F. Muller. “Elemente einer Verfassungstheorie”, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, pp. 46; citado por G. Zagrebelsky, en “*El Derecho Dúctil*”, Madrid, editorial Trotta S.A, Segunda edición, 1997, pág. 132.

⁴¹ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil*”, Obra citada, pág. 132.

⁴² *Ibidem*.

aplicar o inaplicar una norma, o de sancionar su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Mucho se ha cuestionado la enorme responsabilidad que se otorga a los jueces en el control de la constitucionalidad, y como ellos pueden hacer un mal uso de estas atribuciones cometiendo excesos que vayan en detrimento de la estructura jurídica tradicional; puesto que si bien los jueces no son los únicos que señalan lo que es derecho, en cambio son los únicos que dicen lo que es derecho de modo oficial⁴³, potestad entregada generalmente mediante el mandato contenido en las Constituciones de los distintos Estados.

Ely se formulaba una interrogante frente al poder que adquieren los jueces al ser quienes controlan la constitucionalidad de la norma: **-¿Cómo garantizar que este control material no se ejerza de manera arbitraria?-**⁴⁴. La respuesta a esta interrogante las resumiremos en los siguientes puntos:

- Para evitar excesos por parte del juez constitucional, se ha introducido la noción de que aquel control constitucional debe responder a un ejercicio limitado, objetivo y no arbitrario; interpretando la Constitución de manera adecuada, asegurando de manera pertinente la supremacía de la Constitución y la integridad de los derechos fundamentales⁴⁵.

Tanto el juez como el legislador tienen como límites y marco de actuación los derechos y libertades proclamadas en la Constitución, en la medida en que las resoluciones judiciales se apeguen a estos derechos el operador judicial estará dentro de

⁴³ Respecto a este tópico Carlos Peña Gonzáles enuncia un ejemplo didáctico en donde se evidencia la importancia de la actuación judicial en la creación del derecho. “*El fútbol puede jugarse con árbitro o sin él. En el primer caso –un partido de fútbol sin árbitro- serán los propios jugadores los que decidirán cuando, en conformidad a las reglas de el fútbol, hubo un gol válido; en el segundo caso, a su turno –un partido de fútbol con árbitro- será un único sujeto –el árbitro- el que podrá decirlo de modo oficial y con autoridad*”. Ver Peña Gonzáles, Carlos. “Discreción e interpretación judicial: La tesis de Dworkin”; en Interpretación, integración y razonamiento jurídico; Editorial Jurídica de Chile; 1992, pág. 231.

⁴⁴ Citado por Carlos Bernal Pulido, “*El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 pp. 38.

⁴⁵ Carlos Bernal Pulido, “*El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”, Obra citada. pp. 38-39.

los parámetros correctos de aplicación de las normas, y su resolución no será catalogada como arbitraria.

- La capacidad profesional de quienes actúan como jueces constitucionales es otro factor que garantiza la diligencia de las actuaciones judiciales, ya que sus conocimientos jurídicos y específicamente su conocimiento en el ámbito constitucional son un referente válido de sus actuaciones.

- Los jueces constitucionales también están sujetos a la censura pública; así como a la de sus pares constitucionales, frente a lo cual deben encasillar sus actuaciones a los parámetros que la propia Constitución, así como su moral individual les impone.

- En los actores judiciales constitucionales también se hace presente el sistema de “*frenos y contrapesos*”, en donde otras funciones del Estado estarán vigilantes a sus actuaciones, limitándose de esta manera el poder que las autoridades constitucionales poseen en el Estado Constitucional.

Peña Freire menciona que “[...] *frente al imperio de la ley, surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar la ley y la praxis jurídica con los principios y valores constitucionales* [...]”⁴⁶.

1.4. EL CONTROL JUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.

A continuación realizaremos una breve descripción de algunos países de América Latina que mantienen dentro de su ordenamiento constitucional la figura del control concreto de constitucionalidad; muchos de los cuales evidencian una mixtura en donde hacen su aparición órganos especializados y control difuso de constitucionalidad.

⁴⁶ Antonio Peña Freire, “La garantía en el estado constitucional de derecho”, Obra citada, pág. 233.

Para ello nos valdremos principalmente de la normativa contenida en sus Cartas Políticas.

Partiremos señalando que en el Ecuador la Constitución Política de 1998 establecía en su art. 274 la inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución por parte de todos los jueces y Tribunales del país⁴⁷.

Esta iniciativa fue acogida por la Constitución ecuatoriana del 2008, quien en su artículo 428 determina que cualquier juez o jueza, de oficio o a petición de parte, si considerase que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, puede inaplicarla suspendiendo la tramitación de la causa, remitiendo en consulta el expediente a la Corte Constitucional, para que resuelva respecto a la constitucionalidad de la norma.

Si bien es cierto que en el siglo XIX, se observó dentro de nuestro continente una importante influencia del sistema norteamericano en el control de constitucionalidad, aquella postura paulatinamente fue cediendo paso a la incorporación de órganos especializados, siguiendo la tradición europea, sin que los mismos hayan llegado a constituirse en el modelo hegemónico.

En el contexto Latinoamericano más bien debemos manifestar que un buen número de países mantienen una dualidad de sistemas de control constitucional; entendiendo por dicho dualismo, la adopción de un control concentrado de constitucionalidad a cargo de organismos especializados llámense Tribunal, Corte Constitucionales o Salas Especializadas de lo Constitucional de la Función Judicial (generalmente Corte Suprema o su equivalente) y también la incorporación de un

⁴⁷ El Art. 274 de la Constitución Política de la República del Ecuador determinaba que: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

La declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.

control difuso de constitucionalidad a cargo de todos los jueces ordinarios, sobre todo en cuanto dice relación a la inaplicabilidad de normas que contrarían las disposiciones constitucionales.

La actual Constitución ecuatoriana del 2008, así lo establece al mantener un control concentrado a cargo de la Corte Constitucional y un control difuso en manos de todos los operadores judiciales (jueces y juezas ordinarios). A continuación detallaremos los sistemas de control existentes en algunos países del continente:

Argentina.- Este país sudamericano es sin lugar a dudas el que más se asemeja a la tradición difusa norteamericana, e incluso siguiendo una suerte de *stare decisis*, los jueces a quo o de primera instancia deben guiar sus actuaciones en la jurisprudencia proveniente de los pronunciamientos de la Corte Suprema de aquella Nación.

Argentina ha mantenido una tradición de control difuso por más de un siglo, el cual a criterio de tratadistas como Domingo García Belaunde ha funcionado razonablemente bien. Debido a la estructura administrativa federal de esta nación, realizaremos una enunciación del control de constitucionalidad que se ejerce en la ciudad autónoma de Buenos Aires, en donde la ratificación de la legislatura respecto a un precepto declarado inconstitucional no altera sus efectos en el caso concreto, así como tampoco impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces ordinarios y por el Tribunal Superior (órgano jurisdiccional máximo)⁴⁸.

Paraguay.- Este país presenta un control judicial biconcentrado en donde la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia realiza un control concreto de constitucionalidad, emitiendo un pronunciamiento exclusivamente con efecto inter partes; así lo establece el art. 260 de la Constitución paraguaya, dejando mediante la ley 609/95 la posibilidad de que un asunto de inconstitucionalidad radicado en la Sala

⁴⁸ Domingo García Belaunde, “El control de constitucionalidad en la ciudad autónoma de Buenos Aires”, en Revista Argentina de Derecho Constitucional, directores Raúl Gustavo Ferreira y Andrés Gil Domínguez; Año II, Número 3; Buenos Aires, 2001, pp.4.

constitucional sea bajo solicitud de cualquier juez de la Corte elevado al pleno de la Corte Suprema para que se pronuncie con efectos generales⁴⁹.

Panamá.- Es partícipe de un control de constitucionalidad concentrado en el pleno de la Corte Suprema de Justicia, sus resoluciones tienen un efecto general; sin embargo también existe un control difuso para la acción de habeas corpus, la cual es conocida por parte de los jueces ordinarios con efectos inter partes.⁵⁰

Nicaragua.- Mantiene un sistema de control constitucional que tiende a ser concentrado en dos órganos (Corte Suprema en pleno y una de sus Salas especializadas); la primera se ocupa de resolver los asuntos de inconstitucionalidad de la ley, así como los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, los efectos que produce una resolución del pleno de la corte será la declaratoria de inaplicabilidad con efectos erga omnes, mientras que la Sala de lo constitucional de la corte, resolverá los amparos por la violación de los derechos establecidos en la Constitución (art. 164 de la Constitución), con efectos exclusivamente inter partes dejando la posibilidad de realizar control también a los tribunales inferiores⁵¹.

México.- En este país se encarga un control difuso a los jueces ordinarios (Tribunales inferiores) y un control concentrado en un órgano especializado que es la Corte Suprema de Justicia, con la potestad de realizar un control de tipo abstracto al conocer las acciones declarativas de inconstitucionalidad de una ley.⁵²

⁴⁹ Luis Lezcano Claude, “*El control de constitucionalidad sobre los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo, en el Paraguay*”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional No. 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 221.

⁵⁰ Francisco Rodríguez Robles, “*La jurisdicción constitucional en Panamá*”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, coords., *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dikinson, 1997, pp. 816 y 820.

⁵¹ Julio Ramón García Vilchez, “*El control de constitucionalidad en Nicaragua*”, Managua, Editorial Corte Suprema de Justicia, 2000, pp. 48.

⁵² Ferrer Mac-Gregor, “*Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México*”, en Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, 2001, pp.80.

Colombia.- Tiene un sistema mixto de control constitucional, en donde el papel protagónico ha sido asumido por la Corte Constitucional colombiana⁵³, empero los jueces ordinarios también asumen potestades de control difuso de constitucionalidad (Constitución Política. Art. 116, Título VIII).⁵⁴

La Constitución de este país señala en su artículo 4, la posibilidad de que cualquier juez pueda directamente inaplicar la ley que a su juicio considere incompatible con la Constitución, sin necesidad de suscitar ningún incidente ante la Corte Constitucional, reforzándose de este modo las características del control difuso que están presentes en el sistema colombiano.⁵⁵

“[...] La jurisdicción constitucional es presidida por la Corte Constitucional, a la cual la Constitución le confiere la función de mantener la integridad y supremacía de la Constitución. Las atribuciones de este órgano, entre las que se destacan el control de constitucionalidad de las leyes y de los decretos con fuerza de ley y de la revisión de las sentencias de tutela, no son compartidas con ninguno otro. No obstante, el monopolio de la corte en asuntos constitucionales, sin duda acrecentado por la nueva Constitución, es relativo, pues, siguiendo la tradición colombiana del control difuso, el Consejo de Estado –máximo tribunal de lo contencioso administrativo- y todos los jueces de las distintas jurisdicciones, gozan de algunas competencias en esta materia”.⁵⁶

Los efectos de las sentencias pronunciadas por la Corte Constitucional colombiana son erga omnes declarándola inexecutable con efectos generales, produciendo efectos de cosa juzgada constitucional (art. 243 Constitución), también está facultada para revisar las sentencias de tutela tramitadas ante los jueces ordinarios, actuando como Tribunal de alzada.

⁵³ A la Corte Constitucional colombiana, la propia Constitución de 1991, en su art. 241 le otorga expresamente “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Formalmente integra la rama judicial (Título VIII de la Constitución), aunque es autónoma de los órganos jurisdiccionales (Art. 248 Constitución colombiana). (Ver Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, editorial Temis, 19992, pp. 114).

⁵⁴ Eduardo Cifuentes Muñoz, “*La jurisdicción constitucional colombiana*”, en Una mirada a los Tribunales constitucionales. Las experiencias recientes. Serie lecturas constitucionales andinas No. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú, 1995, pp. 147.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

Brasil.- Según la Constitución brasileña de 1988, se introdujo un control de constitucionalidad por medio de una acción directa o abstracta, la misma que se tramitará exclusivamente ante el Supremo Tribunal Federal. Si una norma es reputada inconstitucional, no podrá aplicarse por los jueces en otro pleito, por lo que cuenta con efectos expansivos. Pero además existe el control difuso, que puede plantearse por vía de defensa o de excepción ante tribunales ordinarios.⁵⁷

Perú.- El Perú mantiene un control judicial difuso en manos de los jueces ordinarios del poder judicial, quienes realizan un control concreto inaplicando una norma si contraviere las disposiciones constitucionales; y por otro lado mantiene un control concentrado a cargo de un Tribunal Constitucional situado fuera del poder judicial, quien realiza un control abstracto de las leyes con efectos erga omnes, derogatorio de la ley inconstitucional; adicionalmente este órgano especializado también resuelve apelaciones de las resoluciones denegatorias de habeas corpus, habeas data, amparos y acciones de incumplimiento provenientes del poder judicial ordinario⁵⁸.

En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una disposición legal ordinaria, el juez debe preferir la primera, inaplicando el precepto contenido en la ley ordinaria si a su criterio la considera inconstitucional. En este país se produjo un hecho que creemos merece la pena ser comentado, en donde una jueza inaplicó una disposición legal contenida en el art. 1 de la ley 26479, que concedía amnistía a todos los miembros de la Fuerzas Armadas, Policías y civiles involucrados en la violación de los Derechos Humanos cometidos a pretexto del combate antisubversivo (caso Barrios Altos). Esta jueza penal, consideró que el prenombrado artículo era inconstitucional puesto que afectaba el derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares de las

⁵⁷ Luis Pinto Ferreira, *“Una justicia constitucional y control difuso o concentrado de constitucionalidad de las leyes”*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional No. 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 326.

⁵⁸ Domingo García Belaúnde, *“La jurisdicción constitucional en el Perú”*, en la Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica; Obra citada, pp. 831.

víctimas, quienes demandaban que se investigue, procese y sancione a los responsables de los crímenes durante esa dura etapa represiva del Estado peruano; por lo que inaplicó este precepto aduciendo que esto motivaría la impunidad de los presuntos responsables en la comisión de aquellos delitos.⁵⁹

Con aquello pretendemos hacer notar que pese a que existía en la Constitución peruana el control difuso que facultaba a los jueces para inaplicar disposiciones consideradas violatorias de la Constitución, en la práctica los intereses políticos prevalecieron y al final la antes nombrada jueza terminó siendo juzgada por parte del Ministerio Público de ese país por el delito de prevaricato, ya que según el Fiscal General, debía aplicar la Ley de Amnistía y ordenar el archivo de la causa; posteriormente el Congreso de ese país aprobó la Ley 26492 interpretando que la Ley de Amnistía <no es revisable en sede judicial>, siendo aquello ratificado por la Corte Superior de Lima, declarando nula la decisión de la jueza, considerando que es de plena aplicación el artículo 1 de la Ley de Amnistía, según la Corte al ser expedido por el parlamento órgano competente para emitir e interpretar las leyes.⁶⁰

Chile.- En este país “la Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento” (Artículo 80 Constitución chilena). Cabe destacar que en el caso chileno un proyecto de reforma constitucional por parte del legislativo, elimina el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales concentrado en la Corte

⁵⁹ Samuel Abad Yupanqui, “*La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993*”, en Una mirada a los Tribunales constitucionales. Las experiencias recientes. Serie lecturas constitucionales andinas No. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú, 1995, pp. 219.

⁶⁰ *Ibidem*.

Suprema para traspasárselo al Tribunal Constitucional, con lo cual se pasaría de un sistema o modelo de doble control concentrado a un modelo de control concentrado de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, acercándose al modelo europeo.

Venezuela.- El sistema venezolano de control de constitucionalidad, puede también ser considerado como un sistema mixto o paralelo, en virtud de que tanto el difuso o americano, como el concentrado o europeo se encuentran simultáneamente presentes. La Constitución venezolana de 1999 diferencia en su art. 334 el control difuso que realiza cualquier juez y que consiste en la inaplicabilidad de la norma opuesta a la Constitución en un caso concreto, y el control concentrado a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (ex Corte Suprema), que declara la nulidad de las normas contrarias a la Constitución, constituyéndose en jurisprudencia obligatoria para el resto de órganos jurisdiccionales inferiores.⁶¹

“[...] En Venezuela el sistema de control difuso de la constitucionalidad, que no se concentra en uno solo o único órgano judicial, sino por el contrario, corresponde en general a todos los jueces del país, quienes poseen la facultad para desaplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento, de conformidad con el artículo 20 el Código de Procedimiento Civil”⁶².

⁶¹ Allan Brewer Carías, “La Constitución de 1999”, Editorial Arte, Caracas, 2000, pp. 233.

⁶² Carlos Ayala Corao, “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela”, en la reforma de la Constitución de Bolivia”. En Una mirada a los Tribunales constitucionales. Las experiencias recientes. Serie lecturas constitucionales andinas No. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú, 1995, pág. 255.

CAPÍTULO II
CONTROL DIFUSO E INAPLICABILIDAD DE PRECEPTOS
CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR.

“No basta, pues, tener una buena Constitución: es preciso elegir jueces que la defiendan y vigilar luego las eventuales distorsiones jurisprudenciales...”

(Ricardo A. Guibourg)

2.1. EVOLUCIÓN DEL CONTROL DIFUSO Y CONCRETO EN EL ECUADOR.

El denominado control de la constitucionalidad en nuestro medio ha ido paulatinamente apareciendo a la luz de las Cartas Políticas y las reformas impuestas en las mismas; proyectándose como un sistema que ha pretendido en cierto modo limitar el poder de otras Funciones del Estado; sin que hasta la fecha haya logrado configurar aquella tarea, evidenciando casi siempre una enorme injerencia política, lo cual en cierta medida ha deslegitimado su importancia como juez imparcial de la constitucionalidad de las normas.

A lo largo de esta exposición analizaremos como desde el surgimiento del Estado ecuatoriano, hasta la presente fecha el antes mentado control no ha conseguido implementarse y menos aún consolidarse del todo, ya que incluso en la época actual todavía se observan rezagos de una falta de cultura constitucional por parte no solo de los agentes judiciales sino de la colectividad en conjunto.

Con fines más bien didácticos abordaremos una revisión histórica de cómo fue paulatinamente incorporándose el control constitucional difuso y concreto en el

Ecuador, revisaremos como el control difuso se fue expandiendo dentro de nuestra realidad desde los jueces de última instancia hasta actualmente abarcar a todas las autoridades públicas; continuaremos con una breve revisión de la experiencia ecuatoriana en cuanto a inaplicar de oficio normas contrarias a la Constitución; para finalmente analizar los efectos que produce este control difuso y concreto en nuestro medio.

2.1.1. Revisión histórica del control difuso y concreto de constitucionalidad en el Ecuador.

Cronológicamente podemos destacar que desde la Constitución de 1830, se mantiene relativamente una obligación para que todos los funcionarios públicos guarden fidelidad a la Constitución; así lo establece el art. 69 de la prenombrada Carta Fundamental, manifiesta:

Artículo 69.- “Todo funcionario prestará juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes, y de cumplir los deberes de su ministerio. No se admitirá juramento con modificaciones. La persona que no jurase libremente la Constitución, no será reputada, como de esta sociedad”.

Con esta disposición se pensaría que los preceptos en ella contenidos debían ser respetados por todas las autoridades; empero pese a aquella enunciación debido a la tradición positivista, así como al poco desarrollo de la cultura constitucional de esa época reiteradamente la Constitución fue vulnerada.

Esto se debió a que las Constituciones de la época no atribuyeron explícitamente a la Corte Suprema o a otros jueces la facultad de inaplicar normas consideradas inconstitucionales, prevaleciendo las decisiones de las autoridades públicas incluso por sobre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución; como ejemplo

podemos destacar que en el año de 1888 la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana aplicó una ley que condenaba a un individuo a la pena de muerte por el delito de sedición, lo cual estaba expresamente prohibido por la Constitución de 1884⁶³.

Otra Carta Política que relativamente hace mención a una especie de control difuso es la Constitución de 1929, quien paradójicamente en su art. 162 sostenía que ninguna autoridad podía “[...] *negarse a cumplir o aplicar las leyes, invocando que son inconstitucionales* [...]”; demostrando el espíritu legalista por sobre las normas constitucionales; sin embargo el mismo artículo señalaba contradictoriamente que “[...] *la obligación primordial de toda autoridad, sea del orden que fuere, es ajustar sus actos a la Constitución*”; redacción esta del texto constitucional que llevaba a graves confusiones que a la postre iban en detrimento de los derechos de los individuos, puesto que casi siempre las autoridades se remitían a las leyes, ya que estas contenían reglas precisas y no predominantemente principios como sucede con las Constituciones.

Lo cual demuestra la preeminencia de la “*soberanía parlamentaria*”⁶⁴ en donde las autoridades están obligadas a ajustar sus actos a la Carta Fundamental, empero no

⁶³ Agustín Grijalva, “Control constitucional en el Ecuador y Colombia”, obra inédita del Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina, Quito, 2006, pp. 07.

⁶⁴ La soberanía parlamentaria se caracteriza por la preeminencia del órgano legislativo en el control de constitucional de las normas; constituyéndose en el denominador común que va a caracterizar al control de constitucionalidad en el Ecuador durante un largo período histórico, ya que será este órgano del Estado –legislativo– quien en representación de una democracia mayoritaria imponga límites a los otros poderes del Estado, en especial a los provenientes del ejecutivo, configurándose durante esta época una preeminencia del control político por sobre un incipiente jurídico carente de fuerza. Durante esta etapa nuestro país todavía mantenía una fuerte tradición de control parlamentario, y se inclinaba por el modelo francés de control de constitucionalidad, el cual no concebía un control que se halle fuera del seno legislativo.

En cuanto a la dimensión temporal este periodo se extiende en más de un siglo de duración; desde la conformación del Estado ecuatoriano en 1830, hasta la expedición de la Constitución de 1945, en donde podemos identificar como rasgo característico la casi absoluta apatía constitucional en temas de control de la normativa, ya que pocas Constituciones de esta época tratan acerca de un sistema, procesos u órganos controladores de las normas contrarias a la Constitución; situación que se evidencia si observamos los textos constitucionales del Siglo XIX, en donde solo tres cartas políticas (1851, 1869 y 1878) consideraron dentro de su texto determinados aspectos relativos al de control de constitucionalidad” (Ver Agustín Grijalva, “*Control constitucional en el Ecuador y Colombia*”; obra inédita, Quito, 2006, pp. 01 y 31).

pueden inaplicar las leyes, ya que éstas se entienden como la máxima expresión de la voluntad popular al ser producto del parlamento.

Es en la Constitución de 1945, en donde ya se observaba una especie de *control concreto con carácter incidental*⁶⁵, ya que los jueces superiores debían ejercer la acción elevando a conocimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales la aparente violación para que este se pronuncie respecto al apego o no de la norma con el texto constitucional.

Así lo determina esta Constitución en su artículo 160:

Artículo 160.- “Son atribuciones y deberes del Tribunal de Garantías Constitucionales:

4. Suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales, hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos.

Para hacerlo el Tribunal observará las reglas siguientes:

- a) *Solo podrá proceder a petición de un juez o tribunal de última instancia;*
- b) *La suspensión se limitará a la disposición o disposiciones consideradas inconstitucionales;*
- c) *Deberá dar la resolución en el término de veinte días contados desde la fecha en que reciba la solicitud.*

Si el Tribunal de Garantías no resolviera dentro del término fijado en el inciso anterior, el juez o tribunal que hizo la petición aplicará la ley vigente”.

Esta Constitución remite al Tribunal de Garantías Constitucionales apearse a la regla de que solo a petición de un juez o tribunal de última instancia podrá el órgano técnico suspender una ley o precepto legal.

En cuanto al control a priori de la Constitución, se lo transfirió de la Corte Suprema de Justicia, hacia el novel Tribunal de Garantías Constitucionales⁶⁶,

⁶⁵ -Este juicio de constitucionalidad en vía incidental representa una “hibridación” de los dos modelos ya enunciados en líneas anteriores; es decir que existe un órgano especializado para decidir respecto a la constitucional de una ley en abstracto propio del modelo austriaco, pero cada juez puede estar involucrado en el proceso constitucional realizando un control concreto de constitucionalidad como en los Estados Unidos-. (Giancarlo Rolla, “*Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*”, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa. México, 2006, pp. 135).

⁶⁶ Este Tribunal de Garantías Constitucionales, que nació con la Constitución de marzo de 1945, tuvo muy corta duración puesto que el 10 de agosto de 1946 se instalaría una nueva Asamblea Constituyente que promulgó el 31 de diciembre una nueva Carta Política en la cual se eliminó el Tribunal de Garantías, todo porque una resolución anterior de este organismo había declarado la inconstitucionalidad de ciertos

pretendiendo con aquello conseguir una independencia del juez constitucional respecto a los órganos jurisdiccionales; sin que por ello se hable de un control puramente concentrado sino más bien de un modelo mixto, en donde se hacen presentes elementos de control difuso, así como del concentrado (art. 160, num. 4), puesto que el Tribunal de Garantías Constitucionales solo podía actuar a petición de un juez o tribunal de última instancia, siendo estos órganos jurisdiccionales quienes tenían en sus manos el ejercicio de la acción para que luego actúe el órgano de control especializado, estableciéndose de cierta forma una especie de control difuso restrictivo a cargo de jueces superiores.

Mediante este mecanismo se puede manifestar que se presenta un control concreto de carácter incidental dentro del proceso judicial; no se puede hablar de un control completamente difuso ya que solo los jueces de última instancia realizan dicho requerimiento al Tribunal de Garantías Constitucionales; así como tampoco se inaplica directamente la norma por parte del juez de última instancia como ocurría con la Constitución ecuatoriana codificada de 1998; sino que se suspendía esta norma hasta que exista un pronunciamiento por parte del órgano legislativo, algo parecido se establece con la cuestión de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana del 2008, en donde su artículo 428 otorga a un juez o jueza la potestad de suspender una norma jurídica contraria no solo a la Constitución, sino también a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Adicionalmente al control de constitucionalidad de las leyes esta Constitución también establecía el control previo de los decretos; además, el Tribunal conocía de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la

actos del ejecutivo, del cual para entonces era titular Velasco Ibarra, quien de por sí consideraba a la Constitución una “camisa de fuerza”, instaurándose frente a esta acefalía del órgano de control, nuevamente un Consejo de Estado para que asumiese determinadas funciones del ex Tribunal de Garantías Constitucionales, facultándole al Congreso la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley no conforme con el mandato de la Carta Política, concentrándose una suerte de juez y parte en aquel órgano parlamentario; puesto que, siendo éste quien las promulga, era poco probable que el mismo las declare inconstitucionales, por lo menos en ese mismo período legislativo.

Constitución o de las leyes (art. 160, num. 5), inmiscuyendo a la colectividad para que ejerza su derecho ante el órgano de control.⁶⁷

Los efectos que provocaban las resoluciones de este Tribunal de Garantías Constitucionales eran suspensivos, ya que si una ley o precepto legal violaba la Constitución, el Tribunal debía suspenderlos hasta que el Congreso se pronuncie respecto a tales violaciones (Art. 160, nums. 2 y 4)⁶⁸; teniendo a final de cuentas el legislador la última palabra respecto a la constitucionalidad de las normas; esto guardaba relación con el art. 165 de esta Constitución, según el cual: “[...] *solo al Congreso corresponde declarar si una ley, decreto, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado público es o no inconstitucional*”⁶⁹.

Posteriormente en 1967⁷⁰, la décimo séptima Constitución ecuatoriana otorgó a la Corte Suprema de Justicia el poder declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Carta Fundamental, propendiendo un control concentrado de la constitucionalidad en manos de órganos especializados.

Por otro lado la Constitución de 1967 en su art. 206, faculta a la Corte Suprema de Justicia a inaplicar preceptos legales inconstitucionales para los casos particulares que conociera, produciéndose también un control concreto de constitucionalidad pero no difuso sino más bien concentrado, ya que este se encontraba en manos de un órgano que aunque jurisdiccional era especializado para esta temática como la Corte Suprema

⁶⁷ Agustín Grijalva, “Control constitucional en el Ecuador y Colombia”; Ob. cit., pp. 07.

⁶⁸ Hernán Salgado Pesantes, “*El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador*”, en Una mirada a los Tribunales Constitucionales, Serie Lecturas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas – Honrad – Adenauer- Stiftung, Lima, 1995, pp. 171.

⁶⁹ Hernán Salgado Pesantes, “*El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador*”, en Una mirada a los Tribunales Constitucionales, Serie Lecturas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas – Honrad – Adenauer- Stiftung, Lima, 1995, pp. 171.

⁷⁰ En la Constitución de 1967 se volvió a crear el Tribunal de Garantías Constitucionales, bajo el título “De otros organismos del Estado”; sin embargo disminuyó las facultades de este órgano en relación con la Constitución de 1945; quitándole la facultad de suspender las leyes constitucionales, la cual pasó a ser facultad de la Corte Suprema de Justicia. (Ver Hernán Salgado Pesantez, “*El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador*,” obra citada, pp. 172.

de Justicia; pese a aquello el efecto que se producía ante la inaplicación de la norma era inter partes. Se debe indicar que en esta Constitución no se indicaba el procedimiento que debía seguirse para que se dictaminara la inconstitucionalidad con efecto erga omnes.

Luego el 20 de junio de 1978 por mandato constitucional, se dicta por primera vez la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; un año más tarde se expediría la Constitución de 1979 que conserva al Tribunal de Garantías Constitucionales, integrándose aquel en abril de 1980, sin que este Tribunal tenga la facultad de suspender leyes inconstitucionales, facultad que se había delegado exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, que ejercía el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, pero limitándola a ejercer control constitucional dentro de cada juicio (control concreto), declarando su inaplicabilidad si fuere el caso, con lo cual este órgano jurisdiccional asume un rol de control concentrado y concreto respecto a la constitucionalidad de las normas.

La Constitución de 1978 en su art. 138 mantuvo la atribución de inaplicabilidad, esta vez encomendando aquella función a otro órgano especializado como las Salas de la Corte Suprema de Justicia; facultando al pleno de la Corte el poder suspender el precepto hasta que el Congreso Nacional decidiera definitivamente respecto a su inconstitucionalidad.

Artículo 138.- “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo. La Corte somete su decisión a resolución de la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al Plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución de la Corte Suprema, ni la de la Cámara Nacional de Representantes, ni la del Plenario de las Comisiones Legislativas, tienen efecto retroactivo.

Sin perjuicio de esta facultad, la Corte Suprema –en los casos particulares en los que avocare conocimiento- declarará inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en

las causas materia de su pronunciamiento. La sala informará al pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior”.

Las reformas de 1983 otorgaron al Tribunal de Garantías Constitucionales la facultad de conocer estos casos de inaplicabilidad remitidos por la Corte Suprema de Justicia, adicionalmente estaba facultado para suspender los preceptos y someterlos a conocimiento del Congreso Nacional, para que este se pronuncie definitivamente, aquello se hallaba estipulado en el art. 138 de la prenombrada Constitución.

Artículo 138.- “En las causas en las que avocare conocimiento alguna de las salas de la Corte Suprema de Justicia, del tribunal fiscal o del tribunal de lo contencioso administrativo sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, podrá declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas materia de su pronunciamiento. La sala informará al tribunal de la Corte Suprema en pleno, para que éste de aceptar el criterio, lo haga conocer al Tribunal de Garantías Constitucionales, para los efectos determinados en el numeral cuatro del artículo 141”⁷¹.

Mediante la reforma del año 1992 se facultaba a una Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia para que resolviera de última y definitiva instancia los informes sobre inaplicabilidad que presentaban otras Salas de la Corte u otros Tribunales de última instancia; cabe destacar que no existía aun configurado un control difuso de constitucionalidad, siendo este control concreto restrictivo solo para los jueces superiores.

**Artículo 146.- “Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales:
1. Conocer y resolver las demandas que se presenten sobre leyes, decreto-leyes, decretos, resoluciones, acuerdos u ordenanzas que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma y suspender total o parcialmente sus efectos.**

⁷¹ La Constitución de 1978 reformada en 1983 manifiesta: Artículo 141.- “Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales:

(4). Suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones que fueren inconstitucionales por la forma o por el fondo. El Tribunal someterá su decisión a resolución del Congreso Nacional o en receso de éste al Plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución del Tribunal, ni la del Congreso Nacional, ni la del Plenario de las Comisiones Legislativas tendrán efecto retroactivo”.

El Tribunal someterá su resolución a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el plazo máximo de ocho días. La resolución de la Sala Constitucional será definitiva y de efectos generales. Las resoluciones del Tribunal y de la Sala Constitucional no tendrán efecto retroactivo [...]”.

En febrero de 1997 se creó el Tribunal Constitucional, denominación que se la mantuvo en la Constitución de 1998, siendo aquel el órgano de control constitucional abstracto por excelencia; puesto que debemos recordar que en nuestro país también existe un control difuso de constitucionalidad a cargo de todos los operadores judiciales ordinarios.

Mediante la creación de este órgano se pretendió consolidar una supremacía constitucional. Como antecedente debemos señalar que por medio de las reformas constitucionales de 1996 la atribución de inaplicar leyes inconstitucionales se extendió a todos los tribunales de última instancia, retomando en cierto modo la iniciativa de la Constitución de 1945⁷².

El Tribunal Constitucional es un ente ante el cual, según la Constitución de 1998⁷³, se puede demandar la inconstitucionalidad de leyes, decretos-leyes, ordenanzas, y actos administrativos de toda autoridad pública; además de conocer en alzada amparos constitucionales, habeas corpus, habeas data, etc.; pretendiéndose con esto que todos los actos provenientes de las autoridades públicas sean controladas por el órgano constitucional, a excepción de las providencias judiciales, las mismas que por la independencia de esta Función del Estado no son susceptibles de control por parte de esta entidad constitucional.

La Carta Política codificada de 1998 amplía las atribuciones del Tribunal Constitucional, en donde a más de las ya señaladas se suman dirimir conflictos de

⁷² Agustín Grijalva, “Control constitucional en el Ecuador y Colombia”; Ob. cit., pp. 18.

⁷³ La Constitución, en su Título XIII, habla de la Supremacía, del Control y de la Reforma de la Constitución, y en su Capítulo 2 específicamente se refiere al Tribunal Constitucional, al respecto el art 275 señala la jurisdicción que tiene este, así como su forma de integración.

competencia y dictaminar la conformidad de los Tratados y Convenios Internacionales con la Constitución de la República (art. 276). Dentro de esta consolidación el ejercicio del control constitucional también se hace extensivo a los jueces ordinarios para que realicen un control concreto respecto de las causas puestas a su conocimiento, facultándoles el inaplicar preceptos contrarios a la Constitución, configurándose por primera vez un verdadero control difuso, con un efecto inter partes, es decir aplicable solo para el caso que tuvieren bajo su conocimiento, debiendo ponerlo inmediatamente en conocimiento del Tribunal Constitucional para que sea este quien se pronuncie respecto al efecto general de esta inaplicación. Cabe destacar que esta Constitución remite no solo a los jueces sino a todas las autoridades administrativas el aplicar de oficio las normas constitucionales

Art. 273.- “Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”.

2.2. SITUACIÓN ACTUAL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO Y CONCENTRADO ECUATORIANO.

Como producto de una época en donde los gobernantes de turno hicieron caso omiso a los mandatos contenidos en las Constitución que los regía, y frente a la imposibilidad de contar con un órgano especializado que eficientemente limite las arbitrariedades en cuanto al ejercicio del poder por parte de las autoridades; surge lo que se denomina control difuso y concreto en nuestro país.

En el constitucionalismo ecuatoriano del siglo pasado el control de constitucionalidad tuvo un desarrollo bastante limitado. Es en las últimas décadas del

siglo XX, bajo el influjo del Estado Social de derecho, que se intenta establecer una estructura propia para esta finalidad⁷⁴, presentándose una mixtura en cuanto a los agentes que realizan el control constitucional de las normas, dejando al órgano técnico el control abstracto de las leyes, y a la jurisdicción ordinaria (jueces, tribunales y salas) el control constitucional concreto.

La temática planteada en este subtema se circunscribe a que todas las personas que conformamos la sociedad ecuatoriana debemos de una u otra forma ejercer este control; puesto que la presión social por medio de la censura pública, puede convertirse en una importante herramienta para limitar el poder de las autoridades estatales, ejerciendo la ciudadanía su derecho para denunciar una determinada norma contraria a los derechos de cierto grupo o de la colectividad en pleno.

Esta iniciativa suele denominarse procesalmente como derecho de petición, siendo entendido como el derecho que el Estado nos concede para acudir a los distintos órganos de la administración de justicia y exigir de ellos la tutela efectiva de nuestros derechos.

Retomando la temática central de este acápite debemos diferenciar al control concreto del control difuso de constitucionalidad, términos que si bien en muchas ocasiones van de la mano, no significan precisamente lo mismo.

Para el efecto mencionaremos que en el primero de los prenombrados controles la valoración del juzgador se hace en virtud de una realidad existente en un proceso real, aquí el juez no está frente a abstracciones como en el caso de un ley, sino a realidades presentes en un caso puesto en conocimiento del juzgador; en la práctica el control concreto es aquel que más se asemeja a la idea de control difuso de constitucionalidad,

⁷⁴ Hernán Salgado Pesantes, “*El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador*”, en Una mirada a los Tribunales Constitucionales, Serie Lecturas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas – Honrad – Adenauer- Stiftung, Lima, 1995, pp. 167.

al evidenciarse una suerte de seguimiento por parte del juzgador de la constitucionalidad de los actos y normas puestas a conocimiento en un determinado proceso.

Empero esto no significa que solo los jueces ejerzan un control difuso y concreto, ya que este control abarca no solo a todos los operadores judiciales, sino incluso a la sociedad en pleno quienes de una u otra manera realizamos una especie de control de constitucionalidad respecto a todos los actos provenientes de las entidades administrativas o particulares, lo que representa en esencia una verdadera supremacía de la Constitución como parámetro de validación de los actos y normas sociales.

En lo medular, en la problemática del control difuso asociado a la realidad judicial, debemos mencionar que aquel se hace extensivo a todos los jueces, sean ordinarios (primera instancia) o superiores (de última instancia); sin embargo aquello no siempre se dio de esta manera en Ecuador.

Como se había señalado en líneas anteriores el control concreto no siempre fue difuso en nuestro medio, ya que en un principio estuvo destinado exclusivamente para los jueces y Tribunales de última instancia, debiéndose aquello quizá a la jerarquización de funciones bajo la premisa de que estos funcionarios jurisdiccionales poseen mayor conocimiento y experiencia para llevar adelante la defensa de los preceptos constitucionales.

Sin embargo con el devenir del tiempo, aquel control concreto se fue expandiendo hacia todos los operadores judiciales, permitiendo de esta forma configurar lo que se conoce como control difuso de constitucionalidad, asumiendo los jueces un verdadero rol de agentes controladores de la armonía normativa con la Constitución de la República.

Muchos autores consideran a esta especie de control concreto y difuso la verdadera esencia para el control de constitucionalidad de una ley; así Giancarlo Rolla

manifiesta: *“El juicio de constitucionalidad de una ley se efectúa a la luz de los derechos enfrentados de las partes en el proceso a quo [...]”*.⁷⁵

Este autor además señala que: *“[...] este tipo de control se define incidental porque el juicio de constitucionalidad no se instaura automáticamente, sino que surge como un incidente en el curso de un procedimiento jurisdiccional que se realiza ante un juez común [...]”*. Posteriormente el órgano técnico (Tribunal Constitucional) resuelve la duda del juez a quo consistente en que si determinadas normas derivadas de actos legislativos están enfrentadas con normas de carácter constitucional.⁷⁶

En la Constitución ecuatoriana codificada en 1998, bajo el control difuso el juez a quo asume una connotación especial, puesto que ahí el juez (de cualquier instancia) puede inaplicar de oficio o a petición de parte una norma inconstitucional; siendo él quien valora si la violación se produce o no; generándose un efecto inter partes, es decir que su resolución tendrá un alcance exclusivamente para el caso en concreto, teniendo la obligación de elevar el expediente hacia el órgano especializado de control (Tribunal Constitucional) para que se pronuncie respecto a la validación de la norma o ley en abstracto, produciéndose en caso de encontrar tal violación un efecto erga omnes.

A diferencia de lo que ocurría con su par de 1998, la actual Constitución ecuatoriana del 2008, aunque mantiene la sujeción de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución, conminando a su aplicación directa, expresamente no dice nada respecto a la inaplicabilidad de oficio de la cual contaban las autoridades según la Constitución codificada de 1998. Sino que más bien determina que los jueces o juezas suspendan la tramitación de la causa y consulten a la Corte Constitucional para que sea este órgano quien resuelva acerca de la constitucionalidad de la norma, lo cual

⁷⁵ Giancarlo Rolla, *“Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional”*; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa. México, 2006; pp. 137.

⁷⁶ Giancarlo Rolla, *“Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional”*; Obra citada, pp. 136.

ha sido objeto de críticas por parte de los detractores de la actual Constitución, quienes consideran aquello como un freno a la actividad judicial en materia de control, asociando que esta consulta generará retraso en la administración de justicia al suspenderse los procesos hasta por cuarenta y cinco días tiempo para que la Corte Constitucional se pronuncie respecto a la constitucionalidad o no de la norma.

2.2.1. La experiencia ecuatoriana en el tema de inaplicación de oficio de normas contrarias a la Constitución.

Como pudimos observar en las líneas precedentes, el control de constitucionalidad en nuestro medio es una figura legal de reciente data, pese a que el mismo –control constitucional- ha estado presente en la tradición jurídica anglosajona⁷⁷, recién a mediados del siglo pasado en nuestro país se inició un incipiente control constitucional, sin que el mismo haya conseguido afianzarse en la práctica hasta nuestros días; quizá el mayor avance conseguido en las últimas décadas ha sido el control difuso de la constitucionalidad⁷⁸, por medio del cual los actores judiciales de oficio pueden declarar inaplicable un precepto contrario a la Constitución.

El control concreto de constitucionalidad y la inaplicación de normas contrarias a la Constitución en nuestro medio corrieron una suerte expansionista, puesto que tanto la Constitución de 1945 como las reformas introducidas en 1996 a la Constitución de 1978, determinaba que los jueces de última instancia realizasen un control a posteriori concreto de constitucionalidad.

⁷⁷ En los Estados Unidos de Norteamérica la noción de control constitucional se remonta al Siglo XIX, cuando en 1803 el famoso Juez Marshall, dentro del caso “Marbury vs. Madison”; estableció el principio de supremacía constitucional.

⁷⁸ Actualmente nuestro país mantiene un sistema mixto de control constitucional; ya que existe un control especializado a cargo de un órgano especializado (Tribunal Constitucional); y un control difuso en manos de todos los jueces ordinarios.

Permitiendo la codificación constitucional de 1998 que el control se haga extensivo a todos jueces y autoridades administrativas; hasta desembocar en la actual Constitución en donde el artículo 426 establece que “[...] *todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución* [...]”, con lo que se configuraría un control social, político, y judicial por parte de todos los miembros de la sociedad; estableciéndose además en el mismo artículo que los derechos consagrados en este proyecto de Constitución son de inmediato cumplimiento y aplicación, conminando a este cumplimiento a todos los funcionarios públicos sean judiciales, administrativos o servidores públicos.

Para una mejor comprensión de este tema nos valdremos del texto constitucional de 1998 el mismo que en su artículo 274 establece el control difuso y concreto de constitucionalidad, y la inaplicabilidad de normas inconstitucionales por parte de sus actores:

Constitución codificada 1998. Artículo 274.- “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.

Debemos destacar que la Constitución codificada en 1998 habla de preceptos jurídicos y no solo de preceptos legales, lo cual amplía el campo de acción de control constitucional.

Concordando con el criterio emitido por el doctor Agustín Grijalva, de manera general podemos hablar de una transformación lenta pero positiva del control de constitucionalidad en nuestro país, que paulatinamente ha ido progresando de modelos

incipientes y enunciaciones constitucionales ambiguas hasta llegar a un control constitucional difuso y concreto.

Sin embargo aún existen clivajes que impiden un correcto desempeño del rol controlador por parte de los actores judiciales ya que los jueces de primer nivel y las cortes superiores realizan una inaplicación escasa; aquello se debe en cierto modo a una falta de cultura constitucional en nuestro medio, poco desarrollo de la jurisprudencia constitucional, y una falta de independencia respecto a jueces superiores⁷⁹. A continuación analizaremos brevemente cada uno de estos elementos:

- Falta de cultura constitucional en nuestro medio.- Resulta evidente que en las actuaciones judiciales el referente continúa siendo la ley y no la Constitución; con esta visión positivista extrema aún en la actualidad se siguen sacrificando varios derechos. Quizá el mayor avance que depara el nuevo modelo constitucional es que los jueces tanto ordinarios como especializados deberán apegar sus actuaciones a lo que se ha denominado como *democracia sustancial*, en virtud de la cual deben observar el respeto de derechos y valores esenciales para las personas; siendo este respeto el aval que permite la plena validez de una ley dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, debiendo cualquiera de los jueces inaplicarla de oficio en caso de encontrar contradicción de la normativa contenida en determinada ley con los mandatos constantes en la Carta Política Fundamental, puesto que las normas expresadas en esta última constituyen la verdadera esencia de la soberanía popular, dentro del moderno Estado Constitucional de Derecho.

Como bien lo destaca Ferrajoli “[...] *si las normas constitucionales sustanciales no son otra cosa que los derechos fundamentales, ellas pertenecen a todos nosotros,*

⁷⁹ Agustín Grijalva, “Control constitucional en el Ecuador y Colombia”; Ob. cit., pp. 18-19.

*que somos titulares de los derechos fundamentales. Es en esta titularidad común, según creo, en donde reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular*⁸⁰.

El papel del juez dentro de este proceso no se limita a ser una simple regulador de solemnidades, sino que investido de su poder jurisdiccional su tarea es emitir una resolución con apego irrestricto a las normas contenidas en la Constitución; especialmente a las que dicen relación a los derechos y garantías fundamentales.

- Poco desarrollo de una jurisprudencia constitucional.- La jurisprudencia emitida por el órgano especializado en el control constitucional del Ecuador es deficiente e imprecisa; ante lo cual los jueces ordinarios no suelen encontrar lineamientos jurisprudenciales para dirigir sus actuaciones. En los pronunciamientos del Tribunal Constitucional casi no existe una debida fundamentación, además no se cuenta con informes técnicos - especialistas que sirvan de respaldo para sus pronunciamientos, limitandose a convertirse en un simple “legislador negativo”, que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, sin que cree jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano y los miembros que lo integran “suelen tomar contenidos conceptuales defectuosos e inconvenientes que se derivan de un desconocimiento de la doctrina y prácticas jurídicas sobre esta importante materia”⁸¹.

- Falta de independencia respecto a jueces superiores.- Tanto el órgano especializado como los jueces ordinarios no gozan de una absoluta independencia que les permita dar cumplimiento a la inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución; por una parte el Tribunal Constitucional debido a su germen político al ser

⁸⁰ Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *Desde otra mirada : Textos de teoría crítica del derecho*, Christian Courtis (compilador), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 263.

⁸¹ Hernán Salgado Pesantes, “El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador”, en Una mirada a los Tribunales Constitucionales, Serie Lecturas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas – Honrad –Adenauer- Stiftung, Lima, 1995, pp. 167.

el Congreso el órgano que lo conforma, mantiene una dependencia hacia esta función del Estado; y por otra parte los jueces ordinarios sienten recelo de inaplicar una norma inconstitucional porque aquello les puede generar un serio llamado de atención por parte de sus superiores, la imposición de multas, e inclusive un posible enjuiciamiento por delitos como el prevaricato, al considerar que están anticipando criterio respecto a un determinado proceso, todo esto como consecuencia de una herencia legalista que impide en gran medida un eficiente activismo judicial.

2.3. EFECTOS QUE PRODUCE LA DECLARATORIA DE INAPLICABILIDAD DE PRECEPTOS INCONSTITUCIONALES.

La declaratoria de inaplicabilidad de un precepto contrario a la Constitución por parte de los actores judiciales tiene efecto inter partes; en virtud del cual solo se hace extensivo a las partes que se encuentran dentro del litigio *-prod non est in actis non est in ill mondo-* que significa que *-el mundo del juez es el proceso-*. Siendo según la codificación de la Constitución de 1998 su pronunciamiento obligatorio solamente para la causa en que se pronunciaban; debiendo claro está por mandato constitucional presentar un informe sobre esta declaratoria de inconstitucionalidad para que sea el órgano técnico *-Tribunal Constitucional-* quien resuelva con carácter general u obligatorio la inconstitucionalidad de la norma invocada.

Durante esta exposición pretendemos demostrar la importancia que reviste el control difuso concreto de constitucionalidad y como aquel pese a generar en un inicio un efecto que se hace extensivo solo a las partes, se encuentra vinculado incidentalmente al control abstracto de la norma por un órgano especializado.

Rolla sostiene: “[...] que el control concreto de constitucionalidad es una cuestión prejudicial que permite conseguir el objetivo que se manifiesta en declaratoria de inconstitucionalidad de una norma en abstracto; sin menoscabar que la decisión que adopte el juez a quo en el caso específico puesto a su conocimiento producirá efecto para las partes intervinientes en el proceso; es decir las exigencias de justicia proyectadas por el caso concreto, producen un efecto ulterior a cargo del Tribunal Constitucional orientado en hacer generales las decisiones adoptadas por el juez de primera instancia [...]”⁸².

Recordemos que de igual manera cuando un juez constitucional decide sobre una cuestión de inconstitucionalidad, evalúa en verdad un caso particular; es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; empero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede -y en efecto así debe ser-, actuar como precedente; lo que permitirá orientar los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional, de los jueces ordinarios y del legislador⁸³.

Así entendido el control concreto puede constituir el punto de partida para que una norma inconstitucional sea declarada como tal por el Tribunal o Corte Constitucional con efectos generales, impidiéndose de esta forma que se cometan injusticias en contra de la sociedad en pleno.

A continuación realizaremos una comparación de los efectos que produce la inaplicabilidad de un precepto contrario a la Constitución, tomando como base la Constitución codificada de 1998 y Carta Fundamental del Ecuador del 2008.

Art. 428 Constitución 2008.- “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

⁸² Giancarlo Rolla, *“Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional”*; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa. México, 2006; pp. 138.

⁸³ Giancarlo Rolla, *“Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional”*; Obra citada, pp. 139.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

Al declararse inaplicable determinada norma bajo la Constitución de 1998, no significaba que se deje de resolver el juicio en lo principal, es decir no se suspendía el proceso; bajo el nuevo marco constitucional (2008) se suspende la tramitación de la causa elevando en consulta el expediente hacia la Corte Constitucional, quien contará con un plazo no mayor a cuarenta y cinco días para resolver la constitucionalidad de la norma.

Para los detractores del proyecto constitucional aquello atentaría contra el principio de celeridad en la administración de justicia, por cuanto los trámites procesales estarían suspensos hasta que se pronuncie la Corte Constitucional, motivándose una acumulación de las causas tanto en el despacho de los jueces ordinarios, así como en las diversas Salas que conformen este nuevo órgano de control constitucional, producto de la gran demanda de expedientes que seguramente llegarán a este organismo.

En cuanto a los sujetos que ejercen el control constitucional en la inaplicación de una norma se observan contradicciones en la nueva Constitución, ya que el art. 426 aunque no lo dice literalmente abre la posibilidad de que *“las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores público[...]*” apliquen directamente las normas constitucionales, aunque las partes no lo invoquen expresamente; lo cual daría a entender que en caso contrario, es decir si encontraren un precepto contrario a la Constitución lo inaplicará de oficio, situación similar a lo que ocurría en la Constitución de 1998.

La disyuntiva que se presenta es cuando el juez inaplica un precepto directamente y cuando suspende el juicio y eleva el expediente hacia la Corte Constitucional; la respuesta que a manera de sugerencia nos permitimos formular y que

debería ser regulado por una norma secundaria, sería que inaplique en casos comunes, dejando la posibilidad de la consulta solo para los casos relevantes en donde se requiera de conocimientos de un órgano especializado como la Corte Constitucional para determinar si la norma impugnada es inconstitucional, con lo cual se evitaría la acumulación de las causas y la saturación de la Corte.

CAPÍTULO III

**ANÁLISIS DE LOS CASOS DE INAPLICABILIDAD DE NORMAS
INCONSTITUCIONALES EXISTENTES EN EL ECUADOR Y EN LA
LEGISLACIÓN COMPARADA.**

*“Lo primero para ser juez es tener vocación.
Vocación de justicia”.*

(Carlos Cossio)

3. 1. ANÁLISIS DE LA INAPLICABILIDAD DE LA DETENCIÓN EN FIRME EN EL ECUADOR.

En las siguientes líneas analizaremos un caso emblemático que se produjo en la realidad jurídica ecuatoriana asociada al tema de la inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Carta Fundamental como fue el de la inaplicabilidad de la detención en firme.

Este caso alcanzó un enorme alarma social porque a pesar que todos los actores judiciales tenían conocimiento de la naturaleza inconstitucional de la medida cautelar detención en firme, ninguno se atrevía a inaplicarla, hasta que el Juez Segundo de lo Penal de la provincia de Cotopaxi (Carlos Poveda) decidió dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 274 de la Constitución Codificada de 1998 e inaplicó la detención en firme por considerarla contradictoria a las garantías del debido proceso contenidas en el artículo 24 de la prenombrada Carta Magna, y en la especie a lo que disponía su numeral octavo que hacía referencia a la caducidad de la prisión preventiva.

Con el objeto de lograr una mejor comprensión del caso aquí expuesto nos permitimos realizar la siguiente reseña esquemática de los acontecimientos que se suscitaron en torno a esta medida cautelar de carácter personal, desde su promulgación

hasta la resolución del Tribunal Constitucional ecuatoriano, por medio de la cual dejó sin efecto a la detención en firme por considerarla contradictoria al texto constitucional de 1998.

3.1.1. Reseña esquemática.

Dentro del Juicio Penal signado con el Nro. 71-2002, seguido en contra de Claudio Ramiro Montenegro Vásquez por el delito de atentado contra el pudor tipificado en el artículo 505 del código sustantivo penal ecuatoriano y sancionado por el artículo 506 del mismo cuerpo legal, la competencia en razón del sorteo radicó en el Juzgado Segundo de lo Penal del Cotopaxi, cuyo titular de esta Judicatura resuelve dictar auto de llamamiento a juicio en contra del imputado.

Al abrir la etapa del juicio el antes mencionado juez ordena a las autoridades policiales que aprehendan al imputado y lo pongan a órdenes de la autoridad judicial, sin embargo contrario a lo que establecía el Código de Procedimiento Penal con la reforma incorporada a partir de la ley 2003-101⁸⁴ no dicta como medida cautelar personal la detención en firme sino que mantiene la prisión preventiva.

Esto se produce debido a que el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi declara inaplicable la norma contenida en la reforma establecida en el artículo 173-A del Código de Procedimiento Penal⁸⁵, en relación con el numeral cuarto del artículo 232 de

⁸⁴ Art. 232 Código de Procedimiento Penal numeral cuarto.- Auto de llamamiento a juicio.- “Si el juez considera que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio.

(...) El auto debe contener:

4. La orden de detención en firme del acusado como autor o cómplice, y la de secuestrar, retener o prohibir la enajenación de sus bienes, precisándolos, si antes no se hubieren dictado; y”. (Artículo 28 de la Ley 101-2003, reformativa al Código de Procedimiento Penal)

⁸⁵ Ley 101-2003; RO. 743 13 de enero del 2003. Artículo 173-A.- Detención en Firme.- “A fin de contar con la presencia del acusado en la etapa del juicio y evitar en suspensión, en el auto de llamamiento a

este cuerpo legal que establece como uno de los requisitos que debe contener el auto de llamamiento a juicio la medida cautelar detención en firme.

Dentro de su fundamentación el Juez Penal manifiesta: “[...] *las medidas cautelares de carácter personal en nuestra legislación, se las clasifica como arresto, detención provisional y prisión preventiva, por lo que la –detención en firme–, siendo una particularidad de la detención en general, no deja de ser prisión preventiva para su efecto en la etapa del juicio*”⁸⁶.

Por lo que de conformidad con lo que preceptuaba el artículo 274 del la Constitución codificada de 1998, el titular del juzgado, mediante oficio Nro. 449-JSPC-03 de 13 de marzo del 2003 remite al Tribunal Constitucional copia del auto de llamamiento a juicio dictado en contra del imputado, solicitando se eleve el informe al Tribunal Constitucional para que este órgano se pronuncie respecto a los efectos generales de la inaplicación realizada por parte del juez a quo.

3.1.2. Primera resolución del Tribunal Constitucional ecuatoriano.-

El Tribunal Constitucional ecuatoriano mediante resolución 002-2003-DI, expedida el 18 de noviembre del 2003 y notificada el 02 de diciembre del mismo año, desechó la inconstitucionalidad del artículo 173-A del Código de Procedimiento Penal

juicio, el Juez que conoce la causa deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado, con excepción de los casos siguientes:

- 1.- Para quien haya sido calificado como presunto encubridor; y,
 - 2.- Para quienes estén siendo juzgados por una infracción cuya pena no exceda de un año de prisión.
- Si el acusado tuviera en su contra orden de prisión preventiva, al dictarse el auto de llamamiento a juicio se le cambiará por la detención en firme”.

⁸⁶ Véase Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución del caso Nro. 002-2003-DI, Quito, 18 de noviembre del 2003.

ecuatoriano (detención en firme)⁸⁷, cuya declaratoria de inaplicabilidad fue efectuada por el Juez Segundo de lo Penal del Cotopaxi.

En su fundamentación el juez antes mencionado aduce que inaplicó esta disposición contenida en la ley procesal penal por el hecho de existir violación a los derechos a la libertad (artículo 24, numerales 4 y 6 de la Constitución Codificada de 1998), derecho a la integridad personal (artículo 23, numeral 2), así como a la garantía procesal de caducidad de prisión preventiva la cual va asociada al principio de celeridad procesal y juzgamiento oportuno de las causas.

Se aducía por parte de autoridades judiciales e incluso por parte de representantes del ejecutivo que el principal problema que presenta la caducidad de la prisión preventiva era que el encausado cuando recupera su libertad desaparece y luego no comparece a la etapa del juicio, ante lo cual se suspendería la tramitación de la causa a excepción claro está de los delitos de peculado, concusión, enriquecimiento ilícito, mismos que si pueden juzgarse en ausencia de los procesados; por lo que la vigencia de esta medida cautelar era necesaria para hacer frente a la ola delictiva y evitar la fuga u ocultamiento del encausado una vez que recupere su libertad.

3.1.3. Segunda resolución del Tribunal Constitucional ecuatoriano.

Debido a la poca estabilidad de que goza este órgano de control constitucional la temática de la inconstitucionalidad de la detención firme volvió a ser impugnada ante el Tribunal Constitucional.

⁸⁷ Esta resolución del caso Nro. 002-2003-DI; fue aprobada por el Tribunal Constitucional con cinco votos a favor correspondientes a los doctores Miguel Camba Campos, René de la Torre Alcívar, Jaime Nogales Izurieta, Luis Rojas Bajaña y Oswaldo Cevallos Bueno y cuatro votos salvados de los doctores Milton Burbano Bohórquez, Enrique Herrería Bonnet, Mauro Terán Cevallos y Simón Zavala Guzmán. En el voto salvado los vocales resuelven declarar la inconstitucionalidad del Art. 173-A del Código de Procedimiento Penal.

El principal argumento que sostenían los partidarios de la vigencia de la detención en firme era el principio de cosa juzgada, basándose en que el Tribunal anterior ya se había pronunciado respecto a la constitucionalidad de la medida cautelar, desechando la demanda.

a) Consideraciones del Tribunal Constitucional ecuatoriano.- El juez constitucional consideró que no existía cosa juzgada pues la resolución del Tribunal anterior hacía referencia exclusivamente al artículo 173-A sin que se diga nada en relación a los demás artículos impugnados, no operando por tanto la cosa juzgada como asumía el Congreso Nacional por medio de su representante. En esta demanda se impugnaron los artículos 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 28 y 34 de la Ley 1001-2003, que en lo medular contenían disposiciones relativas a la detención en firme.

Para fundamentar su resolución, los jueces constitucionales emplearon un método sistemático de interpretación constitucional, entendiendo a la Constitución como un todo orgánico, prestando atención a la finalidad que persigue el conjunto de normas que la conforman, siendo los derechos, garantías y libertades del ser humano el eje central de la Carta Política del Estado. Adicionalmente consideraron la obligación por parte del Estado de acatar las normas contenidas en tratados internacionales dadas su jerarquía supra legal, así como la aplicación del principio pro homine.

b) Normas internacionales que tutelan la inaplicabilidad de la norma en el presente caso.- Entre la normativa internacional que respalda la decisión de los jueces constitucionales podemos destacar:

El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁸, que en su numeral 5 dice:

“[...] 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso [...]”.

El art. 1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos:

Art. 1.- “Obligación de respetar los derechos.- I. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]” y, el Art. 2 de la misma Convención dice : Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Art. I no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Además, se debe tomar en cuenta que la disposición del art. 24, numeral 8 de la Constitución ecuatoriana codificada en 1998 que determinaba la caducidad de la prisión preventiva, nace del cumplimiento del Estado ecuatoriano a las normas contenidas en los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, y 7.5 de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos, que establecen que las personas deben ser juzgadas en un plazo razonable o ser puestas en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso penal.

Se debe aplicar el principio del in dubio pro homine que obliga al juez constitucional en caso de duda a realizar una interpretación que permita la vigencia efectiva de los derechos del ser humano, y en virtud del control difuso de constitucionalidad de las normas que para entonces expresamente mencionaba la

⁸⁸ Ratificación por el Estado ecuatoriano. Véase Registro Oficial o. 452 de 27 de octubre de 1977.

Constitución de 1998, el Juez del Cotopaxi inaplicó esta disposición legal por contravenir los textos constitucionales.

c) **Conclusión.-** El artículo 167 del Código de Procedimiento Penal ya prevé una medida cautelar conocida como prisión preventiva para asegurar la inmediatez del encausado dentro de un proceso penal, sin que se justifique la adopción de otra medida cautelar personal; de lo cual se deduce que el legislador no encontró otro camino para brindar celeridad a la administración de justicia penal sino la incorporación de una nueva medida cautelar como la detención en firme a expensas de los derechos de los encausados, evidenciándose una clara violación del derecho constitucional a la caducidad de la prisión preventiva.

Como podemos observar la detención en firme era inconstitucional a todas luces ya que violaba el derecho fundamental contenido en el artículo 24, numeral 8 de la Constitución, así como los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en lo medular establecen que las personas detenidas tendrán derecho a ser juzgadas dentro de un plazo razonable o a ser puestas en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso penal, normativa internacional de Derechos Humanos que el Estado ecuatoriano se ha comprometido a respetar.

En esta oportunidad el Tribunal Constitucional actuó como legislador negativo, aceptando de forma parcial la demanda propuesta y dejando sin efecto la detención en firme dentro de la legislación ecuatoriana, exhortando al Congreso Nacional para que adecue la nueva normativa del Código adjetivo penal⁸⁹.

⁸⁹ Esta resolución fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 382, del lunes 23 de octubre del 2006.

d) Comentario.- “La justicia que tarda, no es justicia”; con ese espíritu la Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, promulgada el 11 de agosto de 1998, establecía dentro de su texto el interés por brindar agilidad a los procesos que se sustancian en el país, tal acometida revelaba aquel entonces un enorme esfuerzo legislativo para dar cumplimiento al mandato constitucional, pues la situación por la que atravesaban muchos juzgados en el país era crítica.

El artículo 192 del antes mentado cuerpo legal sostenía:

“El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

El 13 de enero del año 2000 se expide el vigente Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, el mismo que asume un sistema acusatorio de corte anglosajón para agilizar las causas penales represadas en los despachos judiciales, código que mantiene las medidas cautelares tradicionales de carácter personal: detención y prisión preventiva.

Por otra parte la Constitución codificada de 1998 establecía como garantía del debido proceso en su artículo 24, numeral 8 que en caso de retardo en la administración de justicia se produciría la caducidad de la prisión preventiva, imponiendo de esta forma límites a esta medida cautelar, misma que es de carácter excepcional.

Empero tal acometida revelaba un enorme esfuerzo para los jueces quienes se vieron imposibilitados de dar cumplimiento al mandato constitucional de celeridad, por lo que muchos procesados empezaron a hacer efectivo su derecho constitucional y salir en libertad; lo cual generó una fuerte reacción popular atribuyendo a la caducidad de la prisión preventiva la ola delictiva por la que atravesaban todas las ciudades del país.

Ante este fenómeno se introducen reformas al Código adjetivo penal, mismas que fueron dadas por la Ley 101-2003⁹⁰, en donde se creó una medida cautelar de carácter personal conocida como detención en firme, la misma que constituía una seria violación a lo que disponía la Codificación de la Constitución de 1998 en su artículo 24, numeral 8, que disponía la caducidad de la prisión preventiva.

Al respecto cabe destacar que esta modalidad de medida cautelar era única en su especie, puesto que no existió en otras circunscripciones territoriales del orbe; siendo asimilada en la legislación procesal penal ecuatoriana como un híbrido de la medida cautelar personal prisión preventiva, con el propósito de evitar que miles de encausados recuperen su libertad por la poca celeridad de la administración de justicia ecuatoriana en materia penal.

Esta medida cautelar personal era totalmente inconstitucional en cuanto viola las garantías del debido proceso; en la especie en cuanto dice relación a los límites de la prisión preventiva, misma que no podía exceder de un año en los delitos sancionados con pena de prisión, ni seis meses en los delitos sancionados con pena de reclusión.

Esta disposición constitucional garantizaba el derecho que le asiste a toda persona a ser juzgado en un plazo razonable, derecho que se halla contemplado en múltiples tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos del cual nuestro Estado es suscriptor.

La detención en firme tuvo una duración relativamente larga en el país. Recién en el año 2006 se declaró la inconstitucionalidad de esta figura legal en nuestro medio; vulnerándose de esta forma los derechos fundamentales que les asisten a las personas, puesto que esta sui generis medida cautelar fue adoptada por prácticamente todos los operadores judiciales en materia penal, convirtiéndose en una regla cuando el mismo

⁹⁰ La Ley 101-2003, publicada en el Registro Oficial No. 743 del lunes 13 de enero del 2003, crea la medida cautelar de carácter personal detención en firme dentro de la realidad procesal penal ecuatoriana.

cuerpo sustantivo penal prevé a la medidas cautelares de carácter personal como excepcionales.

3.2. ANÁLISIS DE LA INAPLICABILIDAD DE LA PROHIBICION A JUECES Y MAGISTRADOS DE REALIZAR DECLARACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL.

El presente caso puesto a consideración determina la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal por cuanto su texto contraviene varias disposiciones constitucionales, y en la especie el derecho a la libertad de expresión por parte de los actores judiciales.

3.2.1. Reseña esquemática.

El día martes 13 de enero del año 2003 el Juez Segundo de lo Penal del Cotopaxi Carlos Poveda realiza una declaración pública en un medio de comunicación social de la ciudad de Latacunga denominado Canal 36 TV Color, en donde comentó respecto a la inconstitucionalidad y no retroactividad de la detención en firme.

Ante estas declaraciones el Delegado Distrital del Consejo Nacional de la Judicatura en la provincia de Cotopaxi, doctor Gerardo Molina Jácome, abrió un expediente administrativo disciplinario en contra del para entonces titular del Juzgado Segundo de lo Penal, acusándolo de haber infringido el inciso segundo del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 255. inciso segundo.- “[...] En ningún caso, el juez o magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del

fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubiere”.

Por este motivo, el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi demanda un amparo constitucional por habersele violentado sus derechos fundamentales como la igualdad ante la ley, a la honra y buena reputación, a la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, y el derecho para acceder a las fuentes de información (derechos contenidos en el artículo 23, numerales 3, 8, 9, 22 y artículo 81 de la codificación de la Constitución de 1998 respectivamente).

Amparo que es conocido por el Juez Segundo de lo Civil del Cotopaxi, quien en su resolución de fecha 27 de enero del 2004 en apego a lo que establecía el artículo 274 de la Codificación constitucional de 1998 declaró inaplicable el inciso segundo del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal por contravenir derechos fundamentales de las personas contenidos en la Constitución vigente en aquella época, así como por contradecir disposiciones de tratados y convenios internacionales de los cuales el Ecuador es suscriptor.

En razón de lo expuesto, mediante oficio Nro. 39-JSCL-04 de 6 de febrero del 2004, el Titular de la Judicatura Civil en donde radicó la competencia del amparo presentado remite el expediente al Tribunal Constitucional para que se pronuncie respecto a la referida declaratoria.

3.2.2. Fundamentación de la inaplicación.

Para sostener la inaplicabilidad el Juez argumenta que toda persona tiene derecho a realizar declaraciones públicas o privadas ante los medios de comunicación

social, menos los jueces y magistrados, lo cual contradice el principio de igualdad ante la ley que contenía la Carta Política de 1998 en su artículo 23, numeral 3.

De igual manera sostiene que esta disposición legal contenida en el Código Adjetivo Penal viola los derechos: a la honra y buena reputación (artículo 23, numeral 8), a expresar libremente el pensamiento de las personas y a opinar libremente en cualquier medio de comunicación social (artículo 23, numeral 9), se conculca el derecho a la comunicación (artículo 23, numeral 10), derecho al trabajo al destituírsele de su cargo de juez (artículo 23, numeral 17), derecho a participar en la vida cultural de la colectividad mediante la difusión o discusión de sus ideas o críticas respecto a temas de la administración de justicia o del ordenamiento jurídico que son de interés público (artículo 23, numeral 22) y se priva a los medios de comunicación social al libre acceso a las fuentes de información para buscar y recibir noticias acerca de cuestiones de interés general (artículo 81), todos estos derechos estaban contemplados en la anterior Carta Política ecuatoriana del año 1998.

Adicionalmente Se menciona que se violan los siguientes tratados y convenios internacionales: el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José); artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos relacionados a la libertad de pensamiento como uno de los derechos fundamentales para la democracia.

3.2.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional ecuatoriano.

La Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal Constitucional mediante providencia del 10 de marzo de 2004, las 15h30, admitió a trámite la declaratoria de

inaplicabilidad, y entre sus consideraciones menciona que los derechos a la libertad de pensamiento, opinión y expresión son absolutos y se hallan íntimamente relacionados, señalando que estos derechos se materializan en la posibilidad de transmitirlos por cualquier medio, determinando que “[...] cualquier forma de limitación a la libertad de divulgación se convierte en una violación del derecho a la expresión libre”⁹¹.

Menciona además que existen otras disposiciones legales que determinan las responsabilidades posteriores de los jueces y magistrados respecto a sus opiniones, señalando el artículo 10 de la ley Orgánica de la Función Judicial contiene la prohibición de “[...] manifestar su opinión o anticiparla en la causa que estuvieren juzgando o debieren juzgar [...]”, cayendo los actores judiciales en el delito de prevaricato si realizan tales declaraciones.

Empero, no siempre las declaraciones son motivo de prevaricato, porque en algunos casos se torna indispensable realizar declaraciones respecto a temas de interés general, ya que en una democracia participativa se pretende evitar que ciertas personas o grupos de personas queden excluidas del debate público.

En una sociedad abierta resulta imperiosa la necesidad de que la colectividad comparta opiniones, argumentos e informaciones, teniendo ciertas autoridades la obligación de informar sobre determinadas situaciones.

Conclusión.- Dentro de esta causa se determina que el Juez Penal a quien se pretendió sancionar en sus declaraciones no se refirió a la causa penal que conocía, sino que se pronunció respecto a situaciones de puro derecho, lo cual a criterio del Tribunal es totalmente legítimo.

Concluyendo que: “todo impedimento ilegítimo a la libertad de expresión es contrario al Estado de Derecho, a la democracia y a los Derechos Humanos”⁹²,

⁹¹ Véase Tribunal Constitucional ecuatoriano. Resolución del caso No. 001-2004-DI.

⁹² Véase Tribunal Constitucional ecuatoriano, Resolución del caso No. 001-2004-DI.

observando el Tribunal Constitucional que la norma impugnada es inconstitucional en la parte que impide la formulación de declaraciones después de la expedición del fallo.

Por lo que resuelve aceptar parcialmente la demanda, declarando inconstitucionales por el fondo las palabras “ni” y “ni después” contenidas en el artículo 255, inciso segundo del Código de Procedimiento Penal. Criterio que no es compartido por dos vocales quienes salvan su voto argumentando que debió declararse la inconstitucionalidad de la norma objeto de análisis, para de esta manera permitir “el pleno ejercicio del derecho constitucional de libertad de opinión y expresión del pensamiento de jueces y magistrados”⁹³.

3.3. ANÁLISIS DE LA INAPLICABILIDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN DE EXTRANJEROS DEPORTADOS POR EL ESTADO ECUATORIANO.

El presente caso aborda la problemática respecto a la libertad de circulación de las personas dentro del territorio ecuatoriano, así como el derecho al trabajo como mecanismo que permite la subsistencia de las personas; derechos que se hallan en pugna con el artículo 37 numeral 1 de la Ley de Migración.

3.3.1. Reseña esquemática.

La resolución Nro. 007-04-DI y 001-05-DI, revela una suerte de casos acumulados por parte del Tribunal Constitucional en donde distintas judicaturas declararon la inaplicabilidad del artículo 37, numeral 1 de la Ley de Migración.

⁹³ Los vocales que salvaron su voto en el caso Nro. 001-2004-DI, fueron Simón Zavala y Oswaldo Cevallos, aduciendo que: “Resulta inexplicable y como se puede declarar una inconstitucionalidad parcial cuando la norma citada de la Carta Política no establece esta forma de declaratoria”.

Artículo 37.- “En la forma que se ejerce la acción penal para las infracciones que constituyen delitos comunes, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de dos mil a veinte mil sucres:

1. El extranjero que habiendo sido excluido o deportado del territorio ecuatoriano, ingrese o pretenda ingresar nuevamente al país sin la autorización prevista en el artículo dieciséis de esta ley [...].”

En lo principal esta normativa criminaliza la incursión de un extranjero que previamente haya sido expulsado del territorio ecuatoriano, estableciéndose que para poder retornar requiere de autorización expresa del Consejo Consultivo de Política Migratoria.

Dentro de nuestro análisis el primer caso signado con el Nro. 007-04-DI, hace referencia al auto de llamamiento a juicio dictado en contra de la ciudadana chilena Carolina Andrea Rodríguez Rodríguez por parte del Juez Segundo de lo Penal de Loja en el juicio Nro. 062-2003 por considerar que ha incurrido en el delito tipificado en el artículo 37, numeral 1 de la Ley de Migración.

Al avocar conocimiento de esta causa el Tribunal Segundo de lo Penal de Loja dentro de la etapa del juicio, consideró que la disposición de esta Ley migratoria atenta las normas contenidas en los artículos 17, 18, de la Constitución de 1998 que garantizaban a todos los habitantes del Estado, sin discriminación alguna el libre y eficaz goce de los derechos humanos descritos en la Constitución así como en las declaraciones, convenios y más instrumentos internacionales vigentes, mismos que deben ser inmediatamente aplicables por las autoridades correspondientes.

Adicionalmente los artículos 37, 38 y 40 del mismo cuerpo legal reconocen y protegen a la familia como célula fundamental de la sociedad, ante lo cual el Tribunal Segundo de lo Penal de Loja inaplicó la norma contenida en el numeral 1, del artículo 37 de la Ley de Migración, por cuanto consideró que de aplicarlo se estaría desintegrando el hogar de la acusada, dejando inclusive a su hija desprotegida.

En el segundo caso signado con el Nro. 001-2005-DI, el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi dentro de la causa penal Nro. 156-2004 seguido en contra de Gabriel Rafael Guevara, ciudadano peruano por la infracción contemplada en el artículo 37, numeral 1 de la Ley de Migración, declara inaplicable esta disposición legal por contravenir el texto de la Constitución codificada de 1998.

Este ciudadano peruano ingresó al Ecuador el mes de junio del 2004, siendo deportado a su país de origen, regresando y siendo detenido el 9 de julio del 2004 por encontrársele vendiendo aguas frescas en la ciudad de Latacunga, ante lo cual el titular de la judicatura penal declara inaplicable el artículo anteriormente mencionado de la Ley de migración y mediante oficio Nro. 35-JSPC-05 remite el expediente al Tribunal Constitucional.

3.3.2. Fundamentación de la inaplicación.

En el primer caso el Tribunal Penal sostiene que de producirse la deportación se vulneraría los derechos que reconocen y protegen a la familia como núcleo esencial de la sociedad, disposiciones contenidas en los artículos 37, 38 y 40 de la Constitución codificada de 1998.

De igual manera considera que se han violado los artículos 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que tratan sobre la protección de la familia por parte de la Sociedad y el Estado, y el derecho que le asiste a todo niño a gozar de medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado respectivamente.

Por lo que adoptar una medida como la deportación no solo que comportaría una fractura en el seno familiar, sino que adicionalmente atentaría los derechos de un menor de edad quien se vería obligado a abandonar el país en compañía de su madre.

En el segundo caso el Juez Segundo de Cotopaxi sostiene que inaplicó la mencionada norma por cuanto es contradictoria a los principios de proporcionalidad entre infracción y pena, señalando que existe “[...] *un exceso vindicativo con sectores lastimosamente vulnerables* [...]”⁹⁴, también manifiesta que aquella norma atenta contra la libertad de trabajo y de circulación de las personas.

Se menciona adicionalmente que el trámite de deportación establecido en la Ley de Migración, determina un mecanismo inquisitivo que conduce a un abuso de autoridad, en donde no se permite el derecho a la defensa del extranjero, así como tampoco se le posibilita aportar pruebas de descargo, asumiendo una desventaja en el ámbito judicial al ser juzgado en un proceso carente del principio dispositivo y de equilibrio procesal.

Sostiene además que esta norma viola la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 7, que consagra el derecho de todo ser humano a gozar de igualdad ante la ley y a no ser objeto de discriminación, así como el artículo 13 de la misma Declaración que garantiza el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en territorio del Estado.

3.3.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional ecuatoriano.

En razón de lo expuesto el Tribunal Constitucional considera que ambos casos tanto la ciudadana chilena Carolina Andrea Rodríguez Rodríguez, como el ciudadano

⁹⁴ Véase Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución del caso 0001-05-DI.

peruano Gabriel Rafael Guevara, han cometido la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 37 de la ley de Migración.

Mencionando que “[...] el Estado ecuatoriano, así como tiene el derecho de permitir el ingreso de ciudadanos extranjeros que aporten positivamente en los campos económicos, culturales o científicos, también tiene la potestad y el deber de negarse a recibirlos, cuando su presencia sea nociva a los intereses del Estado y sus instituciones [...]”⁹⁵.

Termina señalando que admitir la inaplicabilidad con efectos generales de la norma invocada, implicaría eliminar del ordenamiento jurídico el tipo penal que sanciona la entrada ilegal de los extranjeros al Ecuador, lo que a criterio del Tribunal generaría inconvenientes para la seguridad interna del Estado, ya que ingresarían todo tipo de personas sin control de ninguna clase corriendo el riesgo de recibir a ilegales que atenten contra la ley y las buenas costumbres⁹⁶.

Conclusión.- En este sentido el Tribunal Constitucional ecuatoriano resuelve desechar por unanimidad la declaratoria de inaplicabilidad del artículo 37, numeral 1 de la Ley de Migración, la misma que fue presentada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Loja y el Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi, manteniéndose la criminalización del ingreso de extranjeros deportados del territorio ecuatoriano.

3. 4. ANÁLISIS DE LA INAPLICABILIDAD DE LAS LEYES DE PUNTO FINAL Y OBEDIENCIA DEBIDA EN LA ARGENTINA.

Al ser este país sudamericano una de las naciones con mayor tradición en el control difuso de constitucionalidad, es menester de nuestra parte citar un caso

⁹⁵ Ver Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución del caso 0001-05-DI.

⁹⁶ Ibidem.

emblemático de inaplicabilidad de preceptos inconstitucionales; para tal efecto nos valdremos de la causa No. 8686/2000 denominada “Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ presunta sustracción de menores de 10 años”, registrado en la Secretaría No. 7 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 4.

3.4.1. Reseña esquemática.

Esta causa tiene como fondo la desaparición forzada de José Liborio Pobrete Roa y Gertrudis Marta Hlaczik, quienes estuvieron detenidos el 28 de noviembre de 1978 en el centro clandestino de detención denominado “El Olimpo”, así como el secuestro de la hija de éstos, la menor Claudia Victoria Pobrete, la cual había sido inscrita con el nombre de Mercedes Beatriz Landa como hija del militar retirado Ceferino Landa y su esposa Mercedes Beatriz Moreira.

Por estas circunstancias el 04 de octubre del 2000 el Presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentó una querrela en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 4 de la ciudad autónoma de Buenos Aires en contra de ex comandantes y personas asociadas con el ejército argentino, de quienes se presume su participación en el delito de desaparición forzada de personas.

Dentro de las investigaciones fiscales se determinó que Juan Antonio Del Cerro y Julio Héctor Simón presuntamente habían secuestrado a la menor Claudia Victoria Pobrete, lo cual se halla sancionado por el artículo 146 del Código Penal argentino.

Para este efecto el querellante sostiene que este Juzgado debe declarar inaplicable y nulitar la leyes 23.492 (Ley de Punto Final) y la ley 23.521 (Ley de

Obediencia Debida) que eximía de responsabilidad a los actores de las desapariciones y ejecuciones de personas durante la época de la dictadura argentina de los años setenta.

En lo principal fundamenta su petición al manifestar que las prenombradas leyes contradicen lo estipulado por el Art. 29 de la Constitución Nacional argentina, la misma que expresa:

“[...] El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consentan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores de la Patria [...]”.

Siendo inaplicables además porque resultan contrarias a los principios más elementales del Derecho Internacional. Adicionalmente manifiesta que las leyes prenombradas impiden la sanción de delitos considerados como crímenes de lesa humanidad cometidos por las Fuerzas Armadas y Policía Nacional durante la dictadura entre 1976 y 1983⁹⁷, teniendo como consecuencia la permanente vulneración de los derechos y libertades de la población argentina.

La querrela presentada menciona que los actos legislativos carecen de efectos jurídicos desde el momento de su sanción por lo que no deberían ser aplicados por ninguno de los tribunales de esa Nación; por lo que se debe continuar con la tramitación de las causas judiciales que en su momento fenecieron, así como iniciarse aquellas que nunca se presentaron.

⁹⁷ El 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas derrocaron al gobierno constitucional que encabezaba Isabel Martínez de Perón y asumieron el control de los poderes públicos. En este contexto, se dictó el Acta, el Estatuto y el Reglamento del “Proceso de Reorganización Nacional” y se relegó a la Constitución Nacional a la categoría de “texto supletorio”. (Tomado de Revista Argentina de Derecho Constitucional, directores Raúl Gustavo Ferreira / Andrés Gil Domínguez, Año II, número 3, 2001, pp. 133)

3.4.2. Normas internacionales que tutelan la inaplicabilidad.

En cuanto a la incompatibilidad de las leyes de punto final y de obediencia debida con los principios del Derecho Internacional, sostiene que se produjeron durante la dictadura muchísimas vulneraciones a los Derechos Humanos, quedando estas violaciones sin castigo debido a estas leyes así como por los indultos presidenciales.

Adicionalmente el Derecho Internacional impone a los Estados el deber de garantizar los derechos humanos, investigando, enjuiciando y sancionando a los autores de tales violaciones; por lo que al sancionar las leyes objeto de análisis el Estado argentino violó el Derecho Internacional incorporado en su ordenamiento jurídico interno a partir de lo establecido en el Art. 118 de la Constitución Nacional de aquel país.

Estos delitos pueden ser considerados como de lesa humanidad, siendo características de este tipo de crímenes la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y la imposibilidad de invocar la eximente de de obediencia debida como justificación.

3.4.3. Consideraciones del juzgado.

El juez para su dictamen toma en cuenta una resolución previa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien se pronunció sobre el alcance de las prohibiciones contenidas por el artículo 29 afirmando:

“[...] el art. 29 de la Constitución Nacional sanciona con nulidad insanable aquellos actos que constituyan una concentración de funciones, por un lado, y un avasallamiento de las garantías individuales que nuestra Carta magna tutela. La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la suma del

poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza [...]⁹⁸

Con este antecedente el juzgado deduce que durante la dictadura todos los poderes quedaron en manos del gobierno militar, arrogándose facultades extraordinarias, y debido a esas prerrogativas las juntas militares atropellaron todas las garantías constitucionales -la proscripción de las organizaciones políticas y sociales, la instauración de la pena de muerte, la instauración de un sistema clandestino de represión por el cual se secuestraba, torturaba y mataba sistemáticamente a seres humanos constituye un extremo que da cuenta de que el gobierno de facto avasalló todos y cada uno de los derechos del hombre libre consagrados por la Constitución Nacional-⁹⁹

Se desprende que solo un poder constituyente podría amnistiar un delito previsto por la propia Constitución, ya que este órgano es el único que se encuentra investido de las atribuciones que se requieren para modificar o derogar algún precepto constitucional (art. 30 Constitución Nacional argentina).

Conclusión.- Se puede afirmar de manera contundente que durante la vigencia del régimen inconstitucional que gobernó Argentina desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983, se llevó a cabo una serie de actos de represión cruel e inhumana que dio lugar a que se lleven adelante muchos juicios contra torturadores y autores de asesinatos, no solo dentro de la Argentina sino que también trascendió sus fronteras patrias conmoviendo a gran parte de la comunidad internacional

⁹⁸ Raúl Gustavo Ferreira, *“Invalidéz, inconstitucionalidad y nulidad insanable”*, en Revista argentina de Derecho Constitucional, directores Raúl Gustavo Ferreira / Andrés Gil Domínguez, Año II, número 3, 2001, pp. 245.

⁹⁹ Ibidem

En virtud de aquello, el Juzgado resuelve declarar inválido el art. 1 de la ley 23.492 por ser incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8, y 25), con la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 9), y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (art. 18 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados), no solo inaplicando las leyes controvertidas con el mandato constitucional y de Derecho Internacional, sino que sus efectos se hacen extensivos a declarar su invalidez, sirviendo de precedente para casos similares.

3.5. PROPUESTAS AL CONTROL DIFUSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CUANTO A LA INAPLICABILIDAD DE NORMAS.

Una vez que hemos analizado la realidad ecuatoriana y la legislación comparada, a continuación realizaremos algunas propuestas que a nuestro criterio contribuirían para mejorar el control de constitucionalidad en nuestro país, en especial en el ámbito relacionado al control difuso de constitucionalidad y en la especie a la inaplicabilidad de los preceptos contrarios a la Carta Fundamental.

Para desarrollar esta temática, partimos de una interrogante: ¿ha funcionado correctamente la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas?. La respuesta a la misma la podríamos resumir en que nuestro país tiene una clara deficiencia para el ejercicio de este control, convirtiéndose aquel control en una medida excepcional cuando más bien debería ser una tarea en la cual todos los actores de la sociedad deberíamos ser partícipes.

- Es precisamente esta apatía social la que ha generado la no implementación de una cultura constitucional en nuestro medio. Siempre se ha proyectado a las normas contenidas en la Constitución como enunciados retóricos que en la práctica casi nunca suelen ser aplicados, una muestra de aquello son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a los que se los considera derechos programáticos, cuya aplicación dependerá de los recursos económicos con los que cuente el ente estatal.

Bajo el nuevo paradigma constitucionalista todos los derechos contenidos en la Constitución deben ser respetados, siendo justiciables inmediatamente en caso de negligencia por parte del Estado en su dotación o ejercicio, lo cual amerita un compromiso colectivo que permita conseguir que los postulados constitucionales dejen de convertirse en letra muerta y alcancen una validez material.

- Debe diferenciarse claramente el control político, del control jurídico en cuanto a la constitucionalidad de las normas, ya que pese a que formalmente existe una independencia en cuanto a las decisiones adoptadas por los operadores judiciales del control aquellos todavía presentan ingerencias políticas

“El problema central del control constitucional en Ecuador es que ambos tipos de control – el jurídico y el político - no se han diferenciado suficientemente ni en términos institucionales ni tampoco en la cultura política del país. El control jurídico, pese a importantes reformas, sigue funcionando bajo la lógica del control político [...]”¹⁰⁰.

La actual Constitución ecuatoriana pretende limitar esta ingerencia proponiendo que la designación de los integrantes del nuevo órgano de control especializado –Corte Constitucional- se haga mediante un proceso de concurso público, con veeduría y con posibilidad de impugnación ciudadana (art. 434), garantizando de esta forma que

¹⁰⁰ Agustín Grijalva, “Control constitucional en el Ecuador y Colombia”; obra inédita, Fondo de Investigaciones Universidad Andina, Quito, 2006, pp. 02.

quienes la integren sean personas probas y con méritos relevantes para ocupar tal dignidad, permitiendo de esta manera la consolidación de la justicia constitucional en nuestro país.

- La interpretación constitucional debe realizársela en atención de los principios pro homine y pro libertatis, en base a los cuales las disposiciones deben ser interpretadas de manera más favorable a la persona humana y su libertad, y restrictivamente aquellas que introducen limitaciones a los derechos fundamentales¹⁰¹.

Aquello ha sido recogido por la Constitución ecuatoriana del año 2008 cuando en su art. 426 manifiesta que *“no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”*.

- La celeridad en el proceso constitucional es una imperiosa necesidad que debe ser implementada por parte de jueces ordinarios y especiales, por ejemplo un amparo a pesar de su naturaleza tutelar inmediata, puede ser otorgado muchos años después de la presentación del recurso, vulnerándose también de esta forma los derechos fundamentales así como las garantías del debido proceso al no existir una administración de justicia oportuna y expedita. Por lo que deben establecerse plazos razonables para la resolución de causas constitucionales, más aún si consideramos que en las mismas se encuentran inmersos los derechos fundamentales que nos asisten a todas las personas.

- Se debe lograr instaurar un relación comunicativa entre los dos jueces comprometidos en el sistema de control: el juez a quo (juez común) y el juez ad quem (juez constitucional), ya que si bien ambos intervienen en el proceso en instancias

¹⁰¹ Giancarlo Rolla, *“Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional”*; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa. México, 2006, pp. 153.

diferentes, los dos tienen un mismo compromiso el cual consiste en asegurar la supremacía de la Constitución¹⁰².

- “*Los requisitos procesales no se deben transformar en formalismos procesales[...]*”¹⁰³, bajo la premisa de que “[...] *no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades*”¹⁰⁴, debe imperar la tutela de los derechos por sobre el cumplimiento de requisitos.

- Se debe exigir al órgano de control constitucional especializado (Tribunal Constitucional) que empiece a producir jurisprudencia constitucional de primer nivel, como lo hace por ejemplo la *Corte Constitucional colombiana*¹⁰⁵; quien en sus resoluciones no realiza simplemente la enunciación de normas y descripción de hechos, como lo hace su par ecuatoriano; sino que para tomar una decisión cuenta con el auxilio de experticias y peritajes técnicos, con el objeto de afianzar su pronunciamiento, consiguiendo de este modo resoluciones de calidad que sirven de aval para que los jueces inferiores puedan acudir a esta jurisprudencia constitucional en caso de suscitarse alguna duda. Aquello podrá lograrse en nuestro medio a través de una mejor selección de sus integrantes, dotando de estabilidad en sus cargos a los miembros que lo conformen, y sobre todo brindándole independencia de cualquier tipo de ingerencia política. Solo así se dejará de lado la imagen del Tribunal Constitucional como un legislador negativo exclusivamente.

- “*Se deben entender por jueces no solo a los órganos jurisdiccionales comunes, es decir los jueces ordinarios y aquellos especiales, sino también a aquellas*

¹⁰² Giancarlo Rolla, “*Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*”; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa. México, 2006; pp. 149.

¹⁰³ Giancarlo Rolla, “*Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*”; Obra citada, pp. 140.

¹⁰⁴ Ver Codificación de la Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo 192.

¹⁰⁵ “La Corte Constitucional de Colombia ha sido una de las más activistas en América Latina; su labor asume el planteamiento de la hermenéutica moderna de que *interpreta normas jurídicas es crear antes que solo encontrar sentidos preestablecidos*. Por tanto, su labor prácticamente forma parte del proceso legislativo”. (Agustín Grijalva, “Control constitucional en el Ecuador y Colombia”; Ob. cit, pp. 33, 34)

*autoridades que, aún no estando incluidas en el interior del orden judicial, realizan una labor objetivamente jurisdiccional [...]”*¹⁰⁶. Al respecto la Constitución ecuatoriana del 2008 prevé de cierto modo en su art. 426 que tanto los jueces y juezas, así como las autoridades y funcionarios públicos deben aplicar directamente las normas constitucionales, pudiendo por lo tanto también inaplicarlas en caso de contradicción con la Constitución, potestad que bajo la Constitución de 1998 solo estaba a cargo de los operadores judiciales.

- El control difuso actualmente se hace extensivo solo a la presencia de un precepto inconstitucional, pero no dice nada respecto a la ausencia de normas que contribuye a la vulneración de derechos, por lo cual debería ampliarse aquel control a la ausencia de normas, conminando al órgano especializado -Corte Constitucional- para que solucione aquel vacío, mediante la incorporación de sentencias aditivas.

¹⁰⁶ Giancarlo Rolla, “*Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*”; Obra citada, pp. 140

CONCLUSIONES FINALES

Fundamentándonos en el estudio realizado durante estos meses de investigación, cuyo contenido se encuentra plasmado en los capítulos que componen la presente tesis, y de conformidad con los objetivos planteados en la misma, logramos arribar a las siguientes conclusiones finales:

- El control difuso de inconstitucionalidad ha ido avanzando paulatinamente en nuestro país, desde un control que se hallaba exclusivamente en manos de los jueces de última instancia, pasando por un control a cargo de todos los jueces ordinarios o superiores hasta actualmente hacerse expansivo a todas las autoridades públicas.

- A lo largo de la historia el control de la constitucionalidad de las normas en el Ecuador evidencia una permanente remisión hacia lo que se denominada “soberanía parlamentaria” según la cual los jueces estaban sometidos a la ley, denotándose por ende una falta de acción en cuanto a controvertir el mandato plasmado en los textos legales; esto lo podemos observar en casi todas las Constituciones ecuatorianas, mismas que mantienen dentro de su texto una referencia hacia el órgano legislativo para que realice cualquier reforma a la normativa de una ley. Presentándose fuertes clivajes hacia un poder parlamentario supremo que se imponía por sobre los mandatos constitucionales, los que a pesar de declarar formalmente una aparente supremacía constitucional materialmente no encontraba asidero en los actores judiciales quienes en última instancia son los encargados de aplicar los preceptos legales y constitucionales en un caso concreto puesto a su conocimiento.

La Codificación de la Constitución ecuatoriana de 1998 es la pionera en determinar expresamente el denominado control difuso de constitucionalidad de las

normas, facultando a todos los jueces a inaplicar dentro de un caso concreto aquellos preceptos que consideren violatorios al contenido de la Constitución.

- En cuanto a los efectos que genera la inaplicación de preceptos inconstitucionales por parte del juez ordinario se destacan dos circunstancias: Apriorísticamente se producen efectos inmediatos para el caso concreto “erga omnes”, en donde exclusivamente las partes que intervienen en el litigio se hacen merecedoras a los alcances de esta decisión judicial; y un efecto posterior que puede desprenderse de aquella decisión judicial, mismo que tiene alcances generales si así lo determina un órgano técnico de control constitucional.

Empero aquellas circunstancias se efectúan no solo con un carácter inmediato como en el caso de la inaplicabilidad, puesto que puede presentarse otra circunstancia por parte de los jueces ordinarios como es la suspensión del precepto considerado contradictoria a la Constitución, este efecto suspensivo abre la puerta para que los jueces ordinarios realicen un control el momento que el caso llega a su conocimiento, valorando si se adecúa o no con la normativa constitucional, pero una vez que se ha generado la duda debe remitirlo al órgano especializado (Tribunal o Corte Constitucional) para que este se pronuncie respecto a constitucionalidad de la norma invocada.

Este ha sido un tema álgido y controvertido por parte de los detractores del control difuso suspensivo, ya que a su criterio esto atentaría a la celeridad en la administración de justicia, puesto que en caso de duda en la constitucionalidad de un precepto el juez a quo deberá consultar al órgano técnico, el cual deberá pronunciarse y luego devolver el expediente al juez de primera instancia, produciéndose un retardo en la administración de justicia durante el lapso de tiempo que se demore el órgano técnico en pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la norma.

- Pese a que ha existido una referencia indirecta en el marco constitucional que tiende al respeto de los preceptos contenidos en la Carta Fundamental y al control que todas las autoridades públicas deben guardar en procura de que se respete la Constitución, el control difuso de la constitucionalidad no ha logrado alcanzar connotaciones importantes en nuestro medio. Esto se debe entre otras circunstancias a la falta de una cultura constitucional en nuestro país, en donde la Carta Magna ha sido víctima de permanentes violaciones al contenido en ella plasmada, produciéndose una remisión casi literal de los actores judiciales al texto de la ley, quienes en muy pocas ocasiones tienden a inaplicar un precepto inconstitucional aunque el mismo sea a todas luces violatorio a la normativa constitucional.

- El control difuso de constitucionalidad en nuestro país constituye un nuevo procedimiento por el cual los actores judiciales tienden a ejercer un límite a otras funciones del Estado. En lo medular hacia el legislativo, mismo que ha sido entendido tradicionalmente como el detentador por excelencia de la soberanía popular expresada por medio de una democracia mayoritaria en donde esta Función del Estado –la legislativa- se encuentra legitimada por la ciudadanía al derivar su representación de las urnas; mientras que la Función Jurisdiccional no gozaría de aquella prerrogativa, lo cual genera una controversia a la hora de inaplicar un precepto que ha sido producto del parlamento entendido como la máxima expresión de la voluntad popular.

- Los actores judiciales ecuatorianos han mantenido un esquema de precariedad en la protección de los derechos fundamentales, el control difuso de constitucional en nuestro medio ha sido deficiente y hasta cierto punto excepcional, lo que en gran parte se encuentra determinado por el temor que estos sienten de ser enjuiciados por delitos como el prevaricato o impuestos sanciones por parte del órgano administrativo de la

Función Judicial, con este panorama son muy pocos los jueces que se inclinan hacia un activismo en la preeminencia de derechos constitucionales.

- El sistema de control difuso de constitucionalidad tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica a partir del célebre caso *Marbury vs Madison* en donde el juez Marshall estableció el sistema conocido como “judicial review”, mediante el cual un agente judicial podía dejar sin efecto una norma proveniente del parlamento. En otras circunscripciones territoriales como la Argentina este sistema difuso ha funcionado correctamente, siendo este país quien más se asemeja dentro del contexto latinoamericano al sistema norteamericano.

- En el Ecuador se evidenciaba hasta la Codificación de la Constitución de 1998 una especie de sistema paralelo en donde un juez a quo inaplicaba una norma considerada inconstitucional, pero la decisión definitiva estaba en manos del órgano técnico de control (Tribunal Constitucional), un ejemplo de aquello se produjo cuando el Juez de lo Penal del Cotopaxi Carlos Poveda inaplicó en un caso puesto a su conocimiento la figura legal de la Detención el Firme, y luego el Tribunal Constitucional resolvió declarar constitucional los artículos del Código adjetivo penal invocados por el juez, posteriormente un nuevo Tribunal Constitucional dejó sin efecto esta medida cautelar, lo que denota una inseguridad jurídica al presentarse resoluciones distintas por parte de un órgano constitucional en un lapso de tiempo relativamente corto.

- La acción de encontrar la constitucionalidad de las normas es una acometida diaria que se la ejerce por parte de todos los agentes que conformamos la sociedad, de cierto modo todos realizamos algún tipo de control constitucional; así la colectividad mediante la censura pública realiza una especie de control sobre los preceptos

constitucionales, de igual forma los órganos públicos lo realizan mediante consultas que las realizan a entidades como la Procuraduría General del Estado.

Empero este tipo de control alcanza mayor relevancia en el campo jurisdiccional, en donde son los jueces quienes tutelan los derechos de las personas y garantizan la supremacía constitucional; ergo la actuación de los jueces constituye uno de los pilares fundamentales en donde se asienta la auténtica democracia sustancial, entendida como el respeto a los derechos y libertades que nos asisten a todas las personas y cuyos postulados se encuentran insertados dentro del marco constitucional de cada uno de nuestros Estados.

Finalmente debemos mencionar que el respeto hacia la Constitución es una tarea que todos los actores sociales, políticos y jurídicos debemos llevar adelante, mientras más se involucre a las personas en el control de las normas constitucionales, más se generará una cultura de respeto hacia nuestra Carta Fundamental, por lo que consideramos un aserto que el control de constitucionalidad en la nueva Constitución ecuatoriana del 2008 se haya hecho extensivo a todas las personas, autoridades e instituciones. Este constituye una buena pauta para que a futuro se consolide una eficiente justicia constitucional en el Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, Samuel, “*La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993*”, en Una mirada a los Tribunales constitucionales. Las experiencias recientes. Serie lecturas constitucionales andinas No. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.
- Aragón Reyes, Manuel, “*Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Ayala Corao, Carlos. “*Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela*”, en la reforma de la Constitución de Bolivia”. En Una mirada a los Tribunales constitucionales. Las experiencias recientes. Serie lecturas constitucionales andinas No. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú, 1995.
- Balaguer Callejón, María Luisa. “*Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- Bernal Pulido, Carlos, “*El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Bravo Lira, Bernardino. “*Arbitro judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación*” en Interpretación, integración y razonamiento jurídico; Editorial Jurídica de Chile; 1992.
- Brewer Carías, Allan, “*La Constitución de 1999*”, Editorial Arte, Caracas, 2000.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo, “*La jurisdicción constitucional colombiana*”, en Una mirada a los Tribunales constitucionales. Las experiencias recientes. Serie

- lecturas constitucionales andinas No. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú, 1995.
- Dermizaky, Pablo. “*Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario*” - Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004, Tomo II, año 10, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. *Corrupción y Estado de Derecho*, Madrid, editorial Trotta S.A, 1996.
- Fernández Segado, Francisco, “*La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia*”, en Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes. Serie lecturas constitucionales andinas No. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú, 1995
- Ferrajoli, Luigi. “*La Democracia Constitucional*”, en Courtis, Christian (compilador) *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Ferreira Raúl Gustavo, “*Invalidez, inconstitucionalidad y nulidad insanable*”, en Revista argentina de Derecho Constitucional, directores Raúl Gustavo Ferreira / Andrés Gil Domínguez, Año II, número 3, 2001.
- Ferrer Mac-Gregor, “*Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México*”, en Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, 2001
- García Belaunde, Domingo, “*La acción de inconstitucionalidad en el Perú*”, en La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, Dickinson, Madrid, 1997.
- García Belaunde, Domingo, “*El control de constitucionalidad en la ciudad autónoma de Buenos Aires*”, en Revista Argentina de Derecho Constitucional, directores Raúl Gustavo Ferreira y Andrés Gil Domínguez; Año II, Número 3; Buenos Aires, 2001.

- García Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid. Madrid, Civitas, 1985.
- García Vilchez , Julio Ramón, “*El control de constitucionalidad en Nicaragua*”, Managua, Editorial Corte Suprema de Justicia, 2000
- Gargarella, Roberto. “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, en Alegre, Marcelo, *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona, Ariel, 1996.
- Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en Vásquez Rodolfo, comp. *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Editorial Fontamara, México, 2006.
- Grijalva, Agustín. “*Control constitucional en el Ecuador y Colombia*”, obra inédita, Fondo de Investigaciones Universidad Andina, Quito, 2006.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. “*Introducción*” en “Corrupción y Estado de Derecho”, Madrid, editorial Trotta S.A, 1996.
- Lezcano Claude, Luis, “*El control de constitucionalidad sobre los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo, en el Paraguay*”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional No. 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- López Freile, Ernesto. “*Control Constitucional y organismos de control*”; Universidad Central del Ecuador; Quito-Ecuador; 2001
- Lozano, Luis. *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, V3. Fundación Honrad Adenauer, Buenos Aires, 2004.

- Montaño Galarza, César. “*Constitución ecuatoriana y Comunidad Andina*”, en “*La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*”, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador / Corporación Editora nacional, 2004.
- Oyarte Martínez, Rafael. “*La acción de inconstitucionalidad de actos normativos*”, en Oyarte, Rafael (coordinador), *Procesos constitucionales en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.
- Peña Freire, Antonio, “*La garantía en el estado constitucional de derecho*”, Editorial Trotta, Madrid, 1997
- Pérez Loose, Hernán. “*Inconstitucionalidad de leyes*”, en CLD (compilador), *Guía de litigio constitucional*, Tomo II, Quito, CLD, 2001.
- Pinto Ferreira, Luis, “*Una justicia constitucional y control difuso o concentrado de constitucionalidad de las leyes*”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* No. 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Prieto Sanchís, Luis. “*Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*”, Editorial Trotta, Madrid, 2003
- Prieto Sanchís, Luis. “*Constitucionalismo y positivismo*”, Fontamara, México, 2da. Edición, 1999.
- Rodríguez Robles, Francisco, “*la jurisdicción constitucional en Panamá*”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, coords., *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dickinson, 1997
- Rolla, Giancarlo; “*Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*”; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa. México, 2006.

Sagüés, Néstor Pedro, “*Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina*”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Luis López Guerra (coordinador); Corporación Editora Nacional; Quito, 2002.

Salgado Pesantes, Hernán. “*El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador*”, en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales*, Serie Lecturas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas – Honrad –Adenauer-Stiftung, Lima, 1995.

Serra Cristóbal, Rosario. “*La guerra de las Cortes*”, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1999.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho Dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1997.