

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

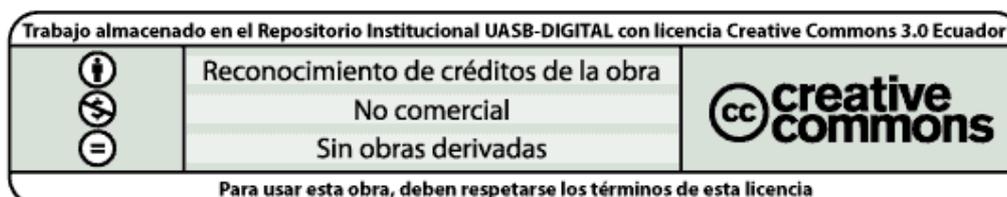
Programa de Maestría en Derecho Constitucional

Los problemas del control concreto de constitucionalidad en el Ecuador. Un análisis a partir de las reglas jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional para realizar la consulta sobre la inconstitucionalidad de norma

Autor: Lauro Javier de la Cadena Correa

Tutor: Christian Masapanta Gallegos

Quito, 2017



Cesión de derechos

Yo, Lauro Javier de la Cadena Correa, autor de la tesis intitulada **“Los problemas del control concreto de constitucionalidad en el Ecuador. Un análisis a partir de las reglas jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional para realizar la consulta sobre la inconstitucionalidad de norma”**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

- 1.- Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial de los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
- 2.- Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
- 3.- En esta Fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, abril de 2017.

f.....

Lauro Javier de la Cadena Correa

Resumen

La Constitución de la República del Ecuador es jerárquicamente superior a las demás normas del ordenamiento jurídico, lo que implica que para ser reformada son necesarios procedimientos más elaborados que aquellos que permiten la modificación del resto de la normativa que conforma el sistema; siendo esta rigidez una garantía para afianzar los contenidos constitucionales. En consecuencia la normativa legal debe guardar armonía con la Carta Magna, y en caso de no ser así estas normas serían inaplicables al caso concreto debiendo derogarse por inconstitucionales.

El origen del control de constitucionalidad por parte de la justicia ordinaria se encuentra en el caso *Marbury v/s Madison* (1803), el cual afirmó las bases de la supremacía constitucional, que ya habían sido señaladas en la Constitución estadounidense de 1787, instaurando el control difuso de constitucionalidad, por el cual cada juez y tribunal está facultado para apreciar la concordancia de las leyes con la Constitución, con la particularidad que la norma inconstitucional no se revoca sino que se deja de aplicar al caso concreto.

En el año 1920 surge otra tendencia para controlar la constitucionalidad cuando se creó en Austria, por iniciativa del jurista Hans Kelsen, el Tribunal Constitucional como organismo autónomo. Fue Kelsen, en consecuencia, quien negó el control constitucional a los jueces ordinarios para atribuir esta facultad a un solo organismo independiente, ajeno a la Función Judicial.

El problema actual en Ecuador, que tiene un sistema de control concentrado, se genera en el hecho de que los jueces ordinarios están imposibilitados de inaplicar directa e inmediatamente la norma contraria a la Constitución, por tanto ante una ‘duda razonable’ deben remitir una consulta a la Corte Constitucional, la cual a la luz de la presente investigación no cumple el plazo constitucional (45 días) afectando el derecho a la tutela judicial efectiva de los usuarios del sistema de justicia, siendo preocupante que a jueces que han realizado la consulta de norma se les ha instaurado investigaciones disciplinarias por supuestas ‘irregularidades’ en los procesos, volviendo al sistema de control constitucional concentrado una institución ineficiente.

Así el presente trabajo propone el retorno al sistema de control difuso que amplía las facultades jurisdiccionales para garantizar derechos y permite que los jueces sean partícipes en la construcción de un sistema garantista más eficiente.

Abstract

The Constitution of the Republic of Ecuador is hierarchically superior to the other norms of the legal order; which means that to be reformed requires more complicated procedures than the rest of the regulations that make up the system; being a guarantee to strengthen the constitutional contents. Consequently, the legal regulations must be in harmony with the Magna Carta, and if not, these rules would be inapplicable and should be repealed because they are unconstitutional.

The origin of constitutional control by ordinary justice is found in *Marbury v. Madison* (1803), which affirmed the bases of constitutional supremacy, which had already been pointed out in the American Constitution of 1787, establishing the diffuse control of constitutionality, whereby each judge and court is empowered to assess the concordance of laws with the Constitution, with the particularity that the unconstitutional rule is not revoked but is no longer applicable to the specific case.

In 1920, in Australia, there was another tendency to control constitutionality, on the initiative of jurist Hans Kelsen.

It was Kelsen, who denied constitutional control to ordinary judges to attribute power to a single independent body, outside the Judicial Branch.

The current problem in Ecuador is that it has a concentrated control system, is generated by the fact that ordinary judges are unable to directly and immediately derogate from the norm contrary to the Constitution, therefore, in a 'reasonable doubt', they should consult The Constitutional Court, which does not meet the constitutional term (45 days) affecting the right to effective judicial protection of users of the justice system, and it is worrying that the judges who have consulted the norm have been instituted disciplinary investigations for alleged 'irregularities' in the processes, returning to the system of constitutional control concentrated an inefficient institution.

Finally, the present work proposes the return to the mixed control system that extends the jurisdictional powers to guarantee rights and allows the judges to participate in the construction of a more efficient and guarantor system.

Dedicatoria

A mi familia por el apoyo permanente para culminar este importante logro académico

Agradecimiento

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, a sus docentes de la Maestría en Derecho Constitucional y en especial al Tutor de este trabajo Doctor Christian Masapanta Gallegos.

ÍNDICE

Capítulo I

Nociones Generales del Control de Constitucionalidad.....	12
1.1. Aspectos Generales.....	12
1.2. Aparecimiento del control de constitucionalidad.....	17
1.3 El control constitucional como garantía.....	25
1.4. Control de constitucionalidad. Concepto.....	27
1.5. Tipos de control: difuso, concentrado, concreto, abstracto.....	28
1.5.1. El control difuso de constitucionalidad.....	28
1.5.2. El control concentrado de constitucionalidad.....	30
1.5.2.1. El control concentrado abstracto.....	31
1.5.2.2. El control concentrado concreto.....	32
1.6. El control de constitucionalidad en Ecuador	37
1.7. El control de las Leyes como defensa de la voluntad popular.....	39

Capítulo II

Los Operadores de Justicia Ordinarios en su rol de garantes del Estado Constitucional.....	44
2.1. El modelo Garantista y sus implicaciones respecto al rol de los operadores de justicia	44
2.2. Activismo judicial.....	46
2.3. La potestad y obligación de los jueces ordinarios en los Estados constitucionales y democráticos respecto de la norma suprema.....	50
2.4. Principios que regulan la actividad judicial ordinaria en la tarea de garantizar la supremacía constitucional.....	52
2.4.1 Principio de supremacía constitucional.....	54
2.4.2 El principio de tutela judicial efectiva.....	55
2.4.3 El principio de celeridad procesal.....	58
2.4.4 El principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional.....	59
2.4.5 El principio de interpretación integral de la norma constitucional.....	60

Capítulo III

El control concreto de constitucionalidad en Ecuador. Un acercamiento a su regulación y su puesta en práctica.....	62
3.1. La consulta sobre la constitucionalidad de las normas. Su procedimiento, implicaciones y críticas frente a la necesidad de garantizar la supremacía constitucional y los derechos de las personas.....	62
3.2. La motivación de la consulta.....	67
3.3. Reglas jurisprudenciales creadas por la Corte Constitucional de Ecuador respecto a la consulta de norma.....	70
3.4. Efectos de los fallos constitucionales.....	75
3.4.1. Efectos en el tiempo.....	75
3.4.2. Efecto de cosa juzgada.....	77
3.4.3. Efectos de las sentencias constitucionales erga omnes, inter pares e inter partes.....	79
3.5. Efectos adicionales que limitan la consulta.....	80
3.6. La Corte Constitucional y su papel como garante de derechos a la luz del modelo del control constitucional concentrado.....	81
3.6.1. Modulación de sentencias constitucionales.....	82
3.7. Análisis de fallos de control concreto y sus efectos.....	85
3.7.1. Fallo que acepta consulta de control concreto.....	85
3.7.2. Fallos que niegan la consulta de control concreto.....	86
3.7.3. Análisis general de las sentencias.....	90
3.8. El modelo de control constitucional actual, frente al modelo de la Constitución de 1998.....	92
Conclusiones y propuesta.....	95

Introducción

El Estado Ecuatoriano, con la vigencia de la Constitución del 2008, entró en la era del constitucionalismo contemporáneo que involucra un cambio evolutivo en toda su estructura; así, la norma constitucional garantiza el cumplimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos, y con ello la unidad de todas las normas respecto del mandato constitucional. Esto implica que la fuerza vinculante de la Constitución se irradia a todo el sistema jurídico de la sociedad ecuatoriana, y con ello la obligación de aplicar en forma directa e inmediata los preceptos constitucionales por parte de los operadores de Justicia ordinaria.

Cuando las juezas o jueces, se encuentran resolviendo una causa, y, dentro de su labor jurisdiccional, el momento de aplicar una norma legal, encuentran que la misma es contraria a los preceptos constitucionales, aparece “la duda razonable” que origina el control concentrado concreto de constitucionalidad, que implica la obligación del operador judicial, suspender la tramitación de la causa y luego de una tarea de argumentación y hermenéutica jurídica donde deberá conjugar¹ la determinación de la norma posiblemente inconstitucional, el derecho que esta vulnera y su relevancia en la resolución del caso, remitir a la Corte Constitucional para que se pronuncie, respecto a la inconstitucionalidad de la norma presumiblemente inconstitucional.

El problema radica cuando el artículo 428 de la Constitución Ecuatoriana, otorga a la Corte Constitucional el plazo de 45 días para que esta, resuelva la consulta planteada por el juez ordinario, y en caso de no tener respuesta, dispone al juzgador que resuelva la causa donde se originó la duda razonable, lo que posibilita que su resolución se fundamente en una norma legal “dudosa” que a la postre puede llegar a ser declarada inconstitucional por el máximo órgano de control; y, con ello se perjudique al usuario de justicia, a quien le queda únicamente en caso de tener la comunicación respectiva, la posibilidad de presentar la acción extraordinaria de protección dentro del plazo de 20 días si se llegare a enterar que la norma que le perjudicó fue declarada inconstitucional.

El presente trabajo analizará la evolución de la Constitución desde su origen como un instrumento meramente declarativo del poder político, hasta convertirse en el pilar fundamental del sistema normativo que exige la afirmación de su supremacía a

¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 001-13-SCN-CC, de 06/02/2013

través de un mecanismo de control que garantice que ningún texto legal se contraponga a ella.

Así, se tomará como referentes: el caso *Marbury Vs. Madison*, en América; así como la polémica desatada en Europa entre Kelsen y Schmith, respecto a quien debe ser el guardián de la Constitución, para posteriormente analizar los tipos de control constitucional y sus implicaciones como defensa de la voluntad soberana. Se abordará el rol que desempeñan los jueces ordinarios, sus potestades y decisiones en los estados constitucionales y democráticos, destacando que en la actualidad el juez no únicamente debe limitarse a ser garantista de derechos; sino que ese garantismo, le obliga a trascender un paso más allá, a través de mecanismos procesales que conduzcan a obtener un resultado justo en sus resoluciones, lo que se conoce como activismo judicial, vinculando preceptos y principios constitucionales como la tutela judicial efectiva, la inmediatez, la directa aplicación, la interpretación integral de la Constitución, frente a los viejos esquemas de subsunción contribuyendo a la estabilidad democrática del Estado.

Para el desarrollo de esta investigación se formuló la pregunta: ¿Cuáles son las desventajas del control concentrado concreto de constitucionalidad frente al modelo judicial activista y al derecho a la tutela judicial efectiva de los usuarios del sistema judicial ecuatoriano?

Así, se presenta un estudio sobre la trascendencia de la consulta de norma, realizando una revisión bibliográfica y documental sobre los problemas que ha ocasionado el control concreto de constitucionalidad en el Ecuador a partir del 6 de febrero de 2013, fecha desde que la Corte Constitucional emitió las reglas jurisprudenciales para realizar la consulta sobre la inconstitucionalidad de la norma. Se realizará un análisis de estas reglas, abordando la problemática que ha generado la falta de motivación de los jueces al momento de estructurar la consulta por desconocimiento de estas disposiciones.

Se analizarán los efectos de los fallos de control concreto de constitucionalidad respecto al caso ecuatoriano, donde se establecen efectos en cuanto al tiempo, por la cosa juzgada, por su aplicación, cuando es aceptada la consulta; y, se analizarán otros efectos que se dan en relación al trámite, específicamente cuando la consulta es rechazada por la Corte, lo que implica una sanción a los operadores de justicia, lo cual

ha generado que los jueces desistan en la actualidad de realizar las consultas; y en su lugar evadan esta obligación amparándose en otras disposiciones constitucionales. Además, se analizarán algunos fallos emitidos por la Corte Constitucional en los que se puede percatar el incumplimiento de los plazos constitucionales establecidos para los casos de control concentrado concreto y los motivos de las sanciones a los jueces ordinarios.

Finalmente, se llega a analizar la labor de la Corte Constitucional en su papel de garante de derechos y la posibilidad de la modulación de sentencias, advirtiendo que su función de máximo intérprete ha sido recargada, razón por la que el control concentrado concreto de constitucionalidad no se cumple dentro del plazo establecido en la Constitución de la República, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, Código Orgánico de la Función Judicial, proponiendo un sistema mixto de control de constitucionalidad, en el cual coexista el control difuso con el control concentrado, reemplazándose el modelo actual, y dando paso a otro en el cual los Jueces ordinarios tengan la posibilidad de inaplicar la norma en un caso concreto con efectos *inter partes*; y de este procedimiento se informe a la Corte Constitucional para que en su calidad de máximo intérprete emita el pronunciamiento final con efectos generales *erga omnes* en caso de ratificar esa decisión.

Capítulo I

Nociones generales del control de constitucionalidad

“De la dignidad personal del juez depende la dignidad del Derecho, puesto que el es una partícula de substancia humana que vive y se mueve dentro del Derecho: si el tiene dignidad y jerarquía espiritual; el Derecho también la tendrá; pero si cede ante sus debilidades, el ordenamiento jurídico se resiente en su última y definitiva revelación”.

Eduardo J. Couture

1.1.- Aspectos generales:

Javier Pérez Royo, dice que a pesar que el término, “Constitución” es antiguo, “La Constitución escrita es un fenómeno reciente en la Historia de la organización de las sociedades humanas”², en vista que, en la antigüedad según Aristóteles se utiliza este término para referirse a distintas formas de gobierno, por cuanto “el poder era algo natural que no necesitaba ser constituido”³. Es a partir del siglo XVII y XVIII, con el asentamiento de las “colectividades históricas de Inglaterra, Gales y Escocia en la isla mayor de las islas británicas, que se consolida la Gran Bretaña y comienzan los aportes al constitucionalismo”⁴ para llegar al “reconocimiento de la Constitución en calidad de norma jurídica suprema, como fruto de la evolución del pensamiento humano y de las exigencias de los pueblos y de los tiempos”⁵.

Posteriormente aparecerán las constituciones escritas con normas de organización del Estado, con la característica de ley fundamental, insertas en documentos de jerarquía superior, refiriendo al poder estatal como expresión de la forma que el poder político debe organizarse, garantizando a las personas que no habrá abusos de un poder absoluto, y centrando a la naturaleza como un medio de sustento para el ser humano, en tal sentido refiere Javier Pérez Royo:

La constitución escrita es un producto típico de la Ilustración. Con ella se pretende extender a la organización política de la sociedad la misma forma de proceder que se había empezado a utilizar en el estudio del reino de la naturaleza, a fin de

² Pérez Royo, Javier. (2000) *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid. 2000. Marcial Pons, p 93.

³ *Ibíd*em, p. 95.

⁴ Trujillo, Julio César. (2013) *Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito. Corporación Editora Nacional, p. 15.

⁵ *Ibíd*em, p. 185.

conocerlo primero y dominarlo después, es decir, a fin de conseguir a través del conocimiento científico una mejor apropiación de la naturaleza para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas de todo tipo. Si la naturaleza tiene sus leyes y el descubrimiento de las mismas permite al hombre utilizarlas en su propio beneficio, lo mismo debe ocurrir en lo que la sociedad se refiere. Hay que descubrir cuáles son las leyes que deben prescindir la vida en sociedad a partir de la definición de la auténtica naturaleza del ser humano, que no es otra que la igualdad y libertad personales, y a partir de ese descubrimiento hay que hacer uso del mismo para ordenar racionalmente la convivencia humana.⁶

Sin embargo para entender este proceso, es necesario comprender que a mediados del siglo XVIII, la constitución, inicia siendo un cuerpo declarativo de principios que pertenece al mundo del deber ser, en tal sentido mexicana Carla Huerta Ochoa, en su artículo *El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional*, al referirse a este tema, expresa:

Realmente no se puede hablar de una verdadera Constitución como norma organizadora de las relaciones sociales y del poder del Estado, sino hasta la aparición de la Constitución francesa de 1789. Sin embargo, según el constitucionalismo francés, no estamos ante una Constitución en sentido estricto, si ésta no contiene además de un sistema de división de poderes, un catálogo de derechos fundamentales, como elementos esenciales. Históricamente no podemos pensar en un control de la constitucionalidad, sino hasta que surge el concepto de Constitución como norma. Esto significa en primera instancia, un abandono de la concepción tradicional de la Constitución como documento político, concepción que deriva principalmente de la ideología de la Revolución francesa y que asimila a la Constitución con cierta forma de organización política, que garantice la libertad individual frente a la actividad de los gobernantes limitándolos. Esto ha sido así, al grado de que la expresión "régimen constitucional" significa una forma de gobierno en que las prerrogativas del poder están limitadas.⁷

Es decir, que se empezaba a pensar en la necesidad de cohesionar al sistema jurídico bajo un esquema organizador que permita expresar su validez partiendo desde el concepto de poder constituyente que legitimaría las decisiones del pueblo, necesitado de un cambio en las relaciones de poder, así Javier Pérez Royo, señala: "Una constitución supone ante todo un poder constituyente. En estos términos así de rotundos se expresaba SIEYÉS en su proyecto de Declaración de Derechos, que bajo el título

⁶ Pérez Royo, Javier. (2010) *Curso de Derecho Constitucional*. Duodécima edición. Madrid. Marcial Pons , p 70.

⁷ Carla Huerta Ochoa, (1996). *El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 93, México, p. 715.

Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits del’Hommeet du Citoyen sometió a la consideración de la Asamblea Nacional los días 20 y 21 de julio de 1789.”⁸

Así, la Constitución, deviene en un cuerpo normativo con la necesidad de ser reconocido y validado por sobre el resto de producción jurídica, porque refleja la voluntad del constituyente, así Pérez Royo señala:

El concepto de poder constituyente está, pues, unido al concepto de Constitución como el creador a la criatura, tanto desde un punto de vista lógico como histórico el poder constituyente es una necesidad para la constitución escrita. La Constitución no puede ser pensada *racionalmente* si no es a partir del poder constituyente. La Constitución no hubiera podido imponerse *históricamente* sin la afirmación práctica a finales del siglo XVIII del poder constituyente.⁹

Este es uno los avances más importantes respecto de la teoría de la Constitución producto de la Revolución Francesa, la cual desarrolló el concepto del poder constituyente a efectos de sustentar la validez del texto constitucional, por sobre el resto de la producción normativa que nace de otra norma jurídica, mientras que la Constitución afirma la supremacía por constituirse en la forma más pura de la expresión de la voluntad del constituyente (pueblo), a decir de Javier Pérez Royo, los orígenes de la vinculación de la Constitución como norma no pueden ser explicados desde el punto de vista jurídico, sino desde la necesidad social de regular el poder.

De acuerdo a lo expresado, la primera Constitución posterior a la Revolución Francesa (1791), nace como un instrumento que emana del pueblo, reflejo de la sociedad de la época, para establecer un orden fijo de gobierno, que le “permita auto dirigirse políticamente de manera permanente. La sociedad no solamente debe ser libre en el momento de aprobar la constitución, sino que debe continuar siéndolo después de manera indefinida”¹⁰.

Con el paso del tiempo la Constitución, deja de ser únicamente una declaratoria de principios y exaltación de derechos que entran en el campo del deber ser, puesto que la finalidad misma, es la regulación del poder del Estado frente a los ciudadanos o gobernados, por ello la sociedad asume una nueva forma de concebirla, esto producto de la teoría del poder constituyente que afirma la irrestricta necesidad de respeto a la voluntad soberana por sobre cualquier otra regulación de carácter jurídico, así lo señala

⁸ Pérez Royo, Javier. (2010) *Curso de Derecho Constitucional*. Duodécima edición. Madrid. p 85.

⁹ *Ibidem* p. 85.

¹⁰ Javier Pérez Royo, (2000) *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid. Marcial Pons, p. 99.

Efraín Pérez Casaverde: “el pueblo tiene de por sí la autoridad política para constituir el poder constituyente con el fin de dotarse del instrumento constitucional, fijando la línea del derecho institucional y funcional del Estado y de los derechos individuales.”¹¹

En relación con lo anotado, es destacable señalar que la constitución deja de ser un instrumento político para transformarse en un instrumento jurídico, con suficiente legitimidad para ser exigible, porque “proviene del poder constituyente fundacional u originario que es la decisión de una comunidad humana cualquiera, asentada en un determinado espacio del universo (...), se fijan objetivos, y dispone de fuerza y recursos suficientes para subsistir y alcanzar el reconocimiento de tal por la comunidad internacional”¹². En tal sentido se la considera norma suprema aplicable dentro de un territorio, donde sus principios deben materializarse, porque ordena la estructura del Estado, delimita su campo de acción, entendiéndose que la organización de esa diversidad de fuerzas que lo conforman, se convierte en la base de la convivencia pacífica, del trabajo y la cooperación solidaria, confinando a toda la institucionalidad el respeto al ser humano como titular de derechos y garantías.

De lo explicado en párrafos anteriores, se entiende el concepto de la supremacía constitucional como una necesidad imperante para garantizar el respeto a la voluntad soberana de la sociedad a la cual se encuentra dirigida. Esta supremacía se expresa en la exigencia de que el ordenamiento jurídico se ajuste a los principios constitucionales con la finalidad de no contrariar la expresión del constituyente, y además responde a la clara diferenciación y regulación del poder que determina los límites entre la expresión constituyente materializada en la Constitución, frente a la expresión de los poderes jurídicos o políticos que se materializan en la producción normativa infra constitucional.

Así, las normas infra constitucionales que contraríen este mandato, son indebidas, sin embargo a través de la historia se han producido cambios respecto al enfoque sobre la validez de las normas; a principios del siglo XIX, según Julio César Trujillo, Kelsen refería:

Kelsen quien destacó la organización jerárquica de todo ordenamiento jurídico, sostiene que todas las normas jurídicas están subordinadas a la Constitución, en lo que se refiere a la forma de su creación, es decir respecto al órgano que ha de expedirlas y al procedimiento que ha de observar para el efecto, pues aunque admite que la norma

¹¹ *Ibidem*, p. 255.

¹² *Ibidem*. P 94.

superior determina, en cierta medida, el contenido de la norma inferior, es rotundo en afirmar que “la única razón para la validez de una ley, es que ha sido creada en la forma que la Constitución establece; en otro de sus libros enseña que “la evaluación de la constitucionalidad de una ley de parte de un Tribunal constitucional implica una respuesta a la cuestión de si la Ley ha sido dictada de acuerdo con la constitución.¹³

También en su obra *Teoría Pura del Derecho* del año 1934, Kelsen con su teoría piramidal y la norma jurídica fundamental y superior dentro de un ordenamiento jurídico, expuso que la Constitución es el sustento supremo del Estado, siendo la Carta Fundamental el presupuesto de validez de este ordenamiento, teoría que el autor austríaco expuso manifestando que no es el objetivo de su teoría averiguar la razón de porque la constitución es una norma fundamental, ya que “basta saber que sobre ella no hay otra norma que disponga que ella es fuente de derecho, ni existe una norma superior que prescriba cuál es la autoridad competente para expedirla”¹⁴, en todo caso manifiesta Julio César Trujillo que existen otras situaciones de mayor importancia así:

Lo que sí importa desde esta perspectiva, es determinar cuáles son las funciones que cumple el ordenamiento jurídico cuando ella crea órganos competentes para expedir otras normas jurídicas, establece las reglas que atribuyen a esos órganos estatales la facultad de expedirlas y determinan el procedimiento conforme al cual han de ejercer válidamente la facultad atribuida, bajo pena de que la norma creada con violación a estas reglas sea inconstitucional y de que, por lo mismo, se la prive de todo valor. A mi juicio, el Derecho Constitucional sin embargo, no puede dejar de anotar que la Constitución es el crisol en que el poder político se transforma en norma jurídica y necesita explicar el proceso de la mutación, para pasar del campo de la ciencia política al campo de la ciencia jurídica.¹⁵

En definitiva, Kelsen da mucha importancia a la cuestión formalista en la expedición de una norma legal, por tanto para su validez, es necesario que, sea emitida por la autoridad que tiene esa facultad, previo los pasos establecidos, entendiéndose que la norma superior determina la creación de la norma inferior. En contraposición a lo manifestado por Kelsen, según Julio César Trujillo, aparece el jurista Italiano Norberto Bobbio quien dice:

¹³ Julio César Trujillo, (2013) *Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito. Corporación Editora Nacional, p. 95

¹⁴ Trujillo, Julio César. (2013) *Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito. Corporación Editora Nacional, p. 94.

¹⁵ *Ibidem*.

Bobbio se aparta de Kelsen en cuanto admite que un sistema jurídico requiere de coherencia y no solo de unidad y, con razón, se pregunta: ¿podemos seguir hablando de sistema, de orden, de totalidad ordenada en un conjunto de normas en el cual dos normas contradictorias fueran absolutamente legítimas?; más adelante responde “para considerar la pertenencia de una norma al sistema, no bastará simplemente demostrar su derivación de una norma de las fuentes autorizadas sino que será necesario demostrar que esta no es incompatible con otras normas”; uno de los métodos para mantener la coherencia es eliminar una de las dos normas contradictorias y, para ello, el principio conforme al cual se escoge la norma que debe eliminarse es el de la jerarquía, en virtud de la cual la norma superior elimina a la inferior.¹⁶

Entonces, tomando en consideración que la constitución es una orden emitida por el pueblo, mediante Asamblea Constituyente, donde se manifiesta la necesidad de limitar y controlar el poder del Estado, entendiendo como lo diría Hesse “la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico”, aparece el control no como “un concepto político de Constitución, como sostendría Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y solo si el control forma parte del concepto de constitución puede ser entendida esta como norma”¹⁷, prevaleciendo así la necesidad de adecuar las normas infra constitucionales al texto constitucional.

1.2.- Aparecimiento del control de constitucionalidad

La figura del control de constitucionalidad aparece como una garantía a la propia constitución, con la finalidad de asegurar la supremacía frente al ordenamiento jurídico, a decir de Pérez Royo a través del control de constitucionalidad es la misma Constitución la que se afirma como norma jurídica. En algunas obras de derecho Constitucional, se ha dicho que el Control de constitucionalidad aparece en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de la resolución del Juez Marshall, dentro del caso *Marbury vs. Madison*, con la finalidad de realizar un freno a las facultades del poder ejecutivo, consecuentemente dejar limitando las facultades de los poderes del Estado, sin embargo “Aunque Schmitt sostuviera, con excesiva rotundidad, que fueron las experiencias del señorío del Parlamento en la primera Revolución Inglesa, las que condujeron a los intentos teóricos y prácticos de distinguir y separar los diversos

¹⁶ *Ibíd*em, p. 96.

¹⁷ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*”. (1999), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 15.

campos de la actuación del poder del Estado, lo cierto, es que esos intentos son muy anteriores y se manifiestan por muy complejas vías.”¹⁸

Adhemar Ferreira Maciel, al referirse a la historia del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de la administración, dice que este data del siglo XIII, así lo expresa en su artículo *El acaso, John Marshall y el control de constitucionalidad*, textualmente:

En el siglo XIII, en el reino de Aragón (España), existía una corte (Consistorio), presidida por una justicia mayor, la cual se encargaba de controlar las leyes del reino [...] por intermedio de Inglaterra, que mantenía relaciones comerciales intensas con el reino de Aragón, este ideario fue llevado a la colonia (Estados Unidos de América). Por un período de tiempo, sir Edward Coke (1552-1634) siendo juez de la *Court of Common Pleas* de Inglaterra, afirmaba que en este país, por encima del rey y del parlamento estaba la ley, procediendo que el juez declare la nulidad de cualquier providencia que las contraviniera. Los libros de Coke (*Institutes*), llevados por algunos peregrinos del *Mayflower*, en 1620, para el nuevo mundo, formaban parte del operador del Derecho, encontrándose la teoría del *judicial review* en la sangre del norteamericano que lidiaba con las leyes. En este sentido, inclusive John Marshall, cuando era convencional de la Asamblea de Virginia en el momento de ratificación de la Constitución Federal, enfatizaba que toda ley que fuese contraria a la Constitución debería ser considerada nula e írrita.¹⁹

De acuerdo a lo expuesto, en el siglo XIII, existían instituciones, como el Consistorio aragonés que declaraba la nulidad de cualquier resolución que contraviniera las leyes del reino, porque en el estado absoluto, a pesar que el gobernante tenía plenas facultades para controlar el Estado, era necesario realizar algunas regulaciones al poder, considerando que estas eran saludables para el mantenimiento del monarca, lo mismo sucedía en Inglaterra, así lo describe Manuel Aragón citando a García Pelayo:

García Pelayo explica muy bien que en ese tiempo Inglaterra se gobierna principalmente por el derecho no escrito, por la costumbre, si bien cuando ese derecho ha sido sancionado por la autoridad del Rey con el *consilium et asensu magnatum et reipublicae*, se transforma en *leges*, las cuales no pueden derogarse o reformarse *sine communi conseusu eorum ammun quorum concilio et consensu fuerunt promulgate*(10). La distinción entre *gubernaculum* (ámbito del poder no sometido a limitación) y *jurisdictio* (ámbito del poder sometido a la Ley), distinción perfectamente admitida (aunque a veces fuese quebrantada) hasta el siglo XVII; la diferencia, vigorosamente defendida por Fortescue, a mediados del siglo XV, en su *Goverance of England*, entre *dominium politicum* (el Rey puede gobernar con plenitud de poder) y *dominium regale* (el Rey no puede gobernar a su pueblo más que por las leyes a las que

¹⁸ *Ibíd.* P. 17.

¹⁹ Adhemar Ferreira Maciel, (2006). *El caso, John Marshall y el control de constitucionalidad*. Revista de Información Legislativa N° 173 octubre/diciembre de 2006, págs. 38 y 39.

éste ha asentido), manifestando que Francia es la muestra de lo primero e Inglaterra de lo segundo, o más exactamente de la primicia de lo segundo, ya que, en realidad, dirá, en Inglaterra se da una suerte de mezcla de las dos formas de poder, pues la monarquía inglesa en una “monarquía mixta” en la que el parlamento es representante del cuerpo de todo el reino.²⁰

De lo transcrito se puede advertir que esta concepción de poder en forma mixta no significaría una división de poderes, sino una forma participativa en el poder de los distintos estamentos sociales, que según Manuel Aragón Reyes, cada órgano realiza sus funciones y cada función es realizada por varios órganos, donde lo importante es la participación. Sin embargo, existiría confusión respecto a la delimitación de sus competencias. Posteriormente esta forma mixta de gobierno medieval, se transformaría poco a poco, en el siglo XVIII, donde se presenta una transformación social de la estamental, a la sociedad burguesa, y posteriormente a la nación de ciudadanos, consecuentemente nace una Constitución equilibrada, o del "*balance of powers*".

El citado autor Aragón Reyes, manifiesta que la teoría del equilibrio como división interconectada de poderes, que se controlan mutuamente, era “moneda corriente en la vida política y jurídica de mediados del siglo XVIII” y que Montesquieu la conocía con exactitud. Posteriormente, en “La Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 no contenía ni contiene, referencia alguna al control de constitucionalidad de la ley”²¹, a pesar que, existía la necesidad de frenar intromisiones de los poderes constituidos entre ellos, no existía una disposición clara al respecto.

Como ya se había señalado, es a partir del caso resuelto por el juez Marshall que se marca una línea y se establece un modelo más claro respecto del control de constitucionalidad de las normas, de esta forma Pérez Royo señala:

El origen del control de constitucionalidad en los Estados Unidos fue, pues, un origen que podríamos calificar de “natural”. Es consecuencia del poder espontáneo por parte de uno de los tres poderes “naturales” del Estado de lo que entiende que es “su” función constitucional no fue el resultado de la creación de un órgano *ad hoc* por el constituyente, sino una consecuencia extraída por el poder judicial del principio de soberanía popular y de la superioridad del poder constituyente del pueblo sobre los poderes constituidos.²²

²⁰ Aragón Reyes Manuel, *Constitución y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*, p. 18.

²¹ Pérez Royo, Javier. (2000) *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid. Marcial Pons, p 157.

²² *Ibidem*, p. 117.

Mientras esto sucedía en América, en Europa, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, trae consigo la enunciación de ordenación del Estado que necesariamente debe basarse en la división de poderes y en el respeto a los derechos fundamentales, haciendo énfasis en cuanto al concepto de Ley, entendida como expresión de la voluntad general; consecuentemente, el Estado responderá a principios de soberanía nacional, de legitimación democrática en la conformación de la Ley como expresión de esa voluntad soberana, del respeto a los derechos fundamentales, la división de poderes y elecciones periódicas de ese poder, como garantía de los ciudadanos.

Así, con diferencias, tanto en América como en Europa se promulga como pilar fundamental del Estado, la supremacía de la Constitución, al que se le da mucha importancia para mantener la vigencia de la Ley fundamental, tanto constitucional como ordinaria, a fin de establecer un poder capaz de resguardar los grandes principios receptados en la Constitución, y que el pueblo ha estimado necesarios para la existencia del Estado y de su orden jurídico, abriéndose un profundo debate respecto a quien debe ser el guardián de la constitución.

Es en el año de 1803, cuando el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica John Marshall dentro del caso Marbury v/s Madison deja como precedente, que toda norma inferior que contraríe las normas, principios y valores de la Constitución de dicho país es inconstitucional, apareciendo así el control de constitucionalidad de las leyes, por vía de excepción, como tesis de la supremacía constitucional sobre la ley ordinaria.

La decisión del juez declaró, que todo acto del Congreso contrario a la Constitución Federal debería ser tenido como nulo, inválido e ineficaz. De lo anterior puede colegirse que la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica no era una carta netamente política como la francesa posterior a la revolución, sino una constitución con el carácter de norma jurídica aplicable, instaurándose así el control difuso de constitucionalidad en cuya virtud los jueces norteamericanos, pueden declarar inaplicable por inconstitucional cualquier norma contraria a la Constitución.

El caso en referencia se desarrolla en el año 1801, cuando el presidente Adams (expresidente de EEUU) designó a Marshall presidente de la Suprema Corte junto con otros jueces entre los que se encontraba Marbury. Finalizado el mandato presidencial es

sucedido por el presidente, Jefferson quien designa como secretario de Estado a Madison. La mayoría de los jueces nombrados durante el gobierno anterior recibieron la notificación en la que constaba que tenían acceso a sus cargos de jueces. No obstante otros, entre los que se encontraba Marbury, no recibieron dicha notificación y decidieron solicitar a Madison que el nombramiento les fuera notificado para poder acceder al cargo. Al no obtener respuesta de Madison, Marbury pidió a la Corte que emitiera un “*mandamus*” por el cual se le ordenara a Madison que cumpliera con la notificación, basándose en la Sección trece del Acta Judicial que acordaba a la Corte Suprema competencia originaria para expedir el “*mandamus*”.

Marbury tenía derecho al nombramiento que demandaba, teniendo en cuenta que este había sido firmado por el presidente y sellado por el secretario de estado durante la presidencia de Adams. La negativa constituyó una clara violación de ese derecho frente al cual las leyes de su país brindaban un remedio, emitir un mandamiento. La constitución de los Estados Unidos establece en su artículo III, la competencia de la Corte Suprema sólo por apelación, salvo en determinados casos en la que es originaria, no encontrándose el “*mandamus*” dentro de estas excepciones, por lo que se rechazó la petición del demandante, ya que la Corte Suprema no poseía competencia para emitir mandamientos en competencia originaria.

Esto trajo aparejado un conflicto entre la Constitución y el Acta Judicial, Sección 13 (de rango jerárquico inferior). Marshall resolvió en su sentencia declarar la inconstitucionalidad del Acta Judicial, por considerar que ampliaba la competencia de la Corte y contrariaba la Constitución, entonces se afirmó el principio de supremacía constitucional y se consagró el principio que el poder judicial ejerce el control de constitucionalidad.

En relación a este importante caso, es de señalar, como expresa el jurista brasileño Luis Roberto Barroso en su obra *El control de constitucionalidad en el Derecho* que:

El caso Marbury versus Madison inauguró el control de constitucionalidad moderno, dejando establecido el principio de supremacía constitucional, de la subordinación a éste de todos los Poderes estatales y de la competencia del Poder Judicial como su intérprete final, pudiendo invalidar los actos que lo contravengan. Tal control analiza el caso concreto haciendo uso de la Teoría de la Nulidad, en la cual la ley o el acto normativo declarado inconstitucional pierde su eficacia desde el momento en que vino al mundo jurídico, luego ella es considerada nula de pleno derecho,

invalidando todos los actos practicados basado en la ley o el acto impugnado desde siempre.²³

Frente a esta tradición bicentenaria de control de constitucionalidad difuso de la ley por parte de los jueces norteamericanos, que asentó el principio de supremacía de la Carta Fundamental, en Europa, con la Constitución de Austria de 1920, es decir, más de un siglo después, surge otra tendencia para controlar la constitucionalidad, por iniciativa del jurista Hans Kelsen, se crea un Tribunal Constitucional como organismo autónomo para ejercitar el control de constitucionalidad, en consecuencia, su tesis del positivismo jurídico sentó las bases de una propuesta para que sea un órgano independiente quien realice la custodia de la Constitución.

Según Guillermo Gasió,²⁴ es a fines de los años veinte y principios de los años treinta del siglo XIX, que se produce en Europa, un debate jurídico en torno a quien debe ejercer el control de constitucionalidad, entre Carl Schmitt con su obra “La defensa de la Constitución” y Hans Kelsen con la suya ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Los dos juristas realizan sus publicaciones en el año 1931; mientras Kelsen considera al derecho como el principal instrumento de organización y de control de la fuerza, Schmitt lo concibe como el producto de la capacidad de decisión de quien detenta el poder político.

Hans Kelsen, a decir de Gasió, manifiesta la llamada “garantía de la Constitución” que tiene la finalidad, de preservar la “regularidad” del ordenamiento, a través de la tarea de verificar la correspondencia entre las leyes y la Constitución e, indirectamente, de todas las normas inferiores con esta última; en tanto que, para Schmitt la Constitución existe más allá de las normas positivas, desde el momento en que representa la manifestación de la unidad de un pueblo, la cual debe poder existir y por ello ser protegida incluso en las situaciones excepcionales en las cuales las normas dejan de tener eficacia.

Según Guillermo Gasio, para Kelsen quien debe ser el garante de la Constitución es el Tribunal Constitucional, en vista de que la constitución de Austria dispuso un sistema “Concentrado”, de competencia directa y exclusiva. Toda sentencia del

²³ Luis Roberto Barroso, (2012). *El control de constitucionalidad del Derecho*. Sao Paulo: Saraiva, pp. 15 – 17.

²⁴ Guillermo Gasió. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Hans Kelsen*. Madrid. Tecnos. Pp14, 15 y 16

Tribunal Constitucional austríaco, tenía fuerza de una Ley posterior que deroga otra anterior, lo cual superaba la función estrictamente jurisdiccional, convirtiéndolo en una suerte de legislador negativo, así tenemos una concepción que propone un mecanismo de control del poder político al interior de un sistema democrático con base en un sistema de pesos y contrapesos que evite excesos de poder. La función de garantía o de “defensa” de la Constitución tiene que estar encaminada, por lo tanto, a la protección de los derechos de las minorías, ante todo del derecho a no padecer la tiranía de la mayoría.

En tanto que Schmitt, considera al Reich como garante de la Constitución, como una consecuencia inevitable frente a la incapacidad de decisión que había caracterizado al sistema parlamentario y al nocivo pluralismo político del que esta forma de gobierno es expresión. Gasió, en el Estudio Preliminar que hace a la obra de Kelsen dice que “El Presidente del Reich como defensor de la Constitución” es la tesis central que Schmitt despliega en la defensa de la Constitución”, porque es el “hombre de confianza de todo el pueblo alemán, cuenta con la legitimidad plebiscitaria”, es considerado como el verdadero representante y garante de la unidad nacional: un órgano monocrático y unipersonal capaz de expresar la “voluntad general” de ese pueblo y de “guiarlo” políticamente. La figura del “defensor de la Constitución” tiende a coincidir, así, con la del “dictador” que, distinguiendo entre el amigo y el enemigo, “salva” mediante su acción y su fuerza al pueblo frente a sus contrarios. Teoría que es cuestionada por Kelsen cuando afirma que no todo el pueblo ha legitimado al presidente, porque éste ha concedido el poder a la constituyente, así se menciona:

Si bien la teoría de la Constitución de Schmitt, no se ocupa particularmente del problema de la defensa de la Constitución, deja sentadas las premisas fundamentales con las que elaboraría su tesis sobre el tema; el Presidente del Reich puede suspender la ley constitucional para defender la Constitución. De modo que el poder neutral del Presidente del Reich en la constitución el Weimar y la defensa de la Constitución, de toda la constitución, se resuelven en la persona del dictador.²⁵

Entonces, Schmitt considera que el defensor de la Constitución contendrá los intereses privados representados en el parlamento y garantizará la integridad y la homogeneidad de la nación. Así, desde su perspectiva, ni el parlamento ni la corte son entes idóneos para proteger la Constitución, pues aquél está pervertido por el pluralismo

²⁵ *Ibidem*, p. 32.

y ésta privilegia los intereses privados, aduciendo que el “guardián supuestamente neutral de la Constitución es justamente su dueño secreto.”²⁶

Luego del análisis expuesto, se llega a determinar que los controles constitucionales norteamericano y europeo, además de distar en cuanto a la forma de hacerlo, se diferencian doctrinariamente, porque el control de constitucionalidad difuso norteamericano en algunos Estados como: Georgia, Indiana, Mississippi, Nueva York²⁷, lo ejercen jueces electos por el pueblo, o electos por los Gobernadores, o por los representantes del organismo legislativo, aunque como ya se explicó en párrafos anteriores, la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787, no contenía específicamente alguna disposición o referencia respecto al control de constitucionalidad, así Pérez Royo señala:

“Ahora bien, si la constitución callaba, el problema estaba en el aire”²⁸, porque no se había definido la fundamentación del poder de los Estados Unidos, mientras que los federalistas manifestaban que la soberanía radicaba en el pueblo, los anti federalistas consideraban que estaba en el parlamento; habiéndose definido por la primera teoría, “cabían pocas dudas de que el control de constitucionalidad se impondría en la práctica”²⁹

Sin embargo, aplicando la disposición contenida en el artículo 6 numeral segundo de la Constitución Estadounidense de 1787 se hizo posible el mencionado control, así la citada norma, señala:

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.³⁰

Mientras que en Europa, se realiza un control concentrado, tomando en consideración que el órgano designado es el Tribunal Constitucional, inspirados en la supremacía de la norma jurídica, este tiene la legitimación popular que le encargó el soberano al momento de la asamblea constituyente. Entonces es sabido que las dos

²⁶ *Ibíd.*, p. 33.

²⁷ Rosario Serra Cristóbal (2011). *La selección de Jueces en Estados Unidos. España. Civitas*, p. 90-91

²⁸ *Ibíd.*, p.158.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Artículo 6, numeral 2 en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

corrientes han prevalecido tomando en consideración que la división de poderes antes que ser un factor técnico jurídico es un factor político que incide directamente en la consecución de la tan anhelada democracia.

Frente a los dos sistemas de control constitucional, ha surgido la teoría mixta “y ha dado origen al fenómeno que Fernández Segado llama ‘hibridación’; de otra parte, a decir de Julios César Trujillo, se han desarrollado otros sistemas que de los dos iniciales solamente conservan sus rasgos o lineamientos fundamentales”³¹, en el cual existe la inaplicabilidad del caso concreto por parte de las juezas y jueces y, al mismo tiempo el control constitucional por parte de una Corte especializada, como ocurre en Brasil.

Fix Zamudio, citado por Trujillo, propone denominar “sistemas mixtos” a los latinoamericanos porque, en su autorizado juicio, tienden a combinar el sistema americano con el austriaco mediante la utilización de las ventajas de ambos y la elusión de una estructura rígida, así Trujillo, manifiesta que en Latinoamérica se ha adoptado un “sistema complejo en el que la protección de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico cuenta con una acción o un proceso de inconstitucionalidad y otra que conoce y dirime los conflictos de poder, mientras que la protección de los derechos humanos dispone de garantías jurisdiccionales. A este sistema Brewer-Carías y Rozo Acuña lo denominan integral.”³²

1.3.- El control constitucional como garantía

Producto de la evolución del pensamiento humano y de las exigencias de los pueblos y de los tiempos, la Constitución llega a ser una norma jurídica suprema³³ porque además de regular su forma de creación, fija el contenido mínimo y los límites de las normas,³⁴ por tanto toda la normativa jurídica debe guardar conformidad en la forma como en el fondo y contenido de las normas constitucionales. Así Pérez Royo señala que la Constitución necesita garantías para sí misma a fin de asegurar su supremacía:

(...)Tales garantías son dos: La reforma de la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley. A través de ellas es como la constitución se ha afirmado como norma jurídica. Hasta que ellas no imponen su presencia de manera indiscutible,

³¹ Julio César Trujillo, (2013) *Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, p. 188.

³² *Ibídem*, p. 191.

³³ *Ibídem*, p. 185

³⁴ *Ibídem*, p. 186.

la Constitución es un documento político, pero no una norma jurídica (...) Las garantías constitucionales son las instituciones a través de las cuales se produce el tránsito de la Constitución exclusivamente política a la constitución también como norma jurídica (...)»³⁵

Estas garantías expresadas en la cita precedente, tienen como finalidad que las prescripciones constitucionales sean cumplidas, por tanto demanda de la rigidez de la misma, es decir que los principios, derechos e instituciones que esta prevé sólo pueden modificarse a través de procedimientos de revisión más complejos, y las leyes ordinarias estén sujetas al control jurisdiccional de inconstitucionalidad, la rigidez en suma, tiene que ver con el rango superior de las normas constitucionales respecto de todas las otras fuentes del ordenamiento, es decir, con la normatividad de las primeras respecto de las segundas.

Uno de los pilares de la democracia, actualmente se constituye en la rigidez constitucional, ello permite que la voluntad del soberano sea respetada, al momento de realizar las normas infra constitucionales, para esto se impone al legislador dos tipos de garantías constitucionales “y se corresponden con la doble naturaleza de los derechos fundamentales constitucionales: como expectativas negativas y como expectativas positivas. Las garantías negativas consisten en la prohibición de derogar; mientras que las garantías positivas consisten en aplicar lo que las normas constitucionales disponen”³⁶. Sin embargo; la rigidez constitucional también ha tenido contradictores, cuando se dice que no se puede atar de manos a las futuras generaciones con una constitución demasiado rígida, por eso para su derogación debe seguirse un procedimiento más lento y formal que para la derogación de una ley ordinaria.³⁷

Respecto de la primera garantía, a saber la reforma de la Constitución, cabe manifestar que esta se constituye en una garantía negativa que asegura la rigidez: “Esta garantía consiste en la prohibición incondicionada, o condicionada a la adopción de un procedimiento legislativo agravado, de producir normas legales que violen o deroguen normas constitucionales.”³⁸.

Según Pérez Royo:

³⁵ Javier Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. Duodécima edición, p. 113

³⁶ *Ibidem*, p. 11.

³⁷ *Ibidem*, p. 11.

³⁸ *Ibidem*.

Si la Constitución no dispone de un procedimiento de reforma distinto del procedimiento de reforma ordinario, la Constitución está a disposición del legislador (...) Así pues, sin reforma de la Constitución no hay posibilidad del control de constitucionalidad, la reforma de la Constitución es lo que hace jurídicamente a la Constitución una norma única en relación con la cual todas las demás pueden ser enjuiciadas. (...) La razón es muy sencilla. La reforma de la Constitución es la garantía *extraordinaria* de la Constitución... y el control de constitucionalidad es la garantía ordinaria.

Además, según Víctor Ferreres Comella³⁹, la rigidez constitucional es la forma eficaz de legitimar los derechos establecidos para la personas sin que ningún órgano (incluso y en especial el parlamentario) puedan modificar contenidos sustanciales al antojo político de turno.

De esta manera, la reforma constitucional se vuelve en el fundamento del control de constitucionalidad, marcando un límite entre los contenidos que deben ser reformados y aquellos que deben ser interpretados a la luz constitucional en casos concretos.

1.4.- Control de constitucionalidad. Concepto

"El control constitucional es un conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad"⁴⁰.

En términos generales el control de constitucionalidad tiene la finalidad de garantizar y determinar la validez de la ley conforme a la norma de mayor jerarquía, es una forma de garantizar la supremacía constitucional, a fin que el órgano controlador pueda "ejercer una atribución ordinaria: la de decir cuál es el derecho aplicable a una determinada situación jurídica concreta que se somete a su decisión."⁴¹

Por tanto, el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias constituye una garantía de defensa de la constitución, que procura tanto el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder, como la imposición de los derechos fundamentales en el supuesto de una violación. "Sirve en cierta forma para asentar la

³⁹ Víctor Ferreres Comella, (2012), *Una defensa de la rigidez constitucional, en Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, comp, Miguel Carbonell, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p.70

⁴⁰ Juan Manuel Charry Ureña, (1993) *Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano*. Santafé de Bogotá: Banco de la República, p. 73.

⁴¹ Efraín Javier Pérez Casaverde. (2013) *Manual de Derecho Constitucional*", p. 419.

seguridad jurídica, al determinar y precisar cuál es el derecho aplicable al caso concreto.⁴²

El control de constitucionalidad es un límite al poder emanado de los órganos con potestad legislativa, es la garantía que permite que el poder político tenga un fundamento jurídico, afinando el hecho de que no es posible alterar el contenido e identidad de la constitución, se vuelve una necesidad del derecho que se encuentra siempre en permanente evolución, permitiendo eliminar las contradicciones y encontrar soluciones a casos concretos respetando los derechos de los ciudadanos.

1.5. Tipos de control: difuso, concentrado, concreto, abstracto

El control de constitucionalidad es difuso y concentrado, y, en este último caso, concreto o abstracto. Sin embargo existen ciertas combinaciones que según Jorge Benavides, se conocen en doctrina como sistemas mixtos:

(...) esto es, que combinan el control concentrado con el difuso, lo que implica la existencia por un lado del órgano especializado, llámese Corte, Tribunal Constitucional o Sala especializada de la Corte de Justicia, que efectúa el control de constitucionalidad abstracto de las normas; y por otro lado la presencia de jueces ordinarios, que ejecutan un control concreto de las normas de acuerdo al caso que están resolviendo, así tenemos como a nuestro país se lo enmarca en los sistemas mixtos, concretamente en el “control judicial difuso con control concentrado especializado y extrajudicial.”⁴³

1.5.1. El control difuso de constitucionalidad.

Para Christian Fernando Tantaleán Odar, en su artículo publicado en la Revista Derecho y Cambio Social titulado “El control difuso como método de control constitucional”, señala que:

El Control Difuso, como Control de la Constitucionalidad de las Leyes tiene su origen en los principios del constitucionalismo norteamericano en el cual, se le reconoce a la Constitución el carácter de Norma Suprema y se le da a los jueces la función de velar por la protección de la misma. Al juez lo obliga la ley y por encima de ésta la Constitución [...] La esencia del método difuso de control de constitucionalidad radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que si hay actos que colinden con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen

⁴² Efraín Javier Pérez Casaverde. (2013) *Manual de Derecho Constitucional*, p. 408.

⁴³ Jorge Benavides Ordóñez, (2009), *Origen y tipos de control de la constitucionalidad*, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/10/05/origen-y-tipos-de-control-de-la-constitucionalidad>

que ser considerados por los tribunales, los cuales son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes.⁴⁴

El control difuso de constitucionalidad como se dijo anteriormente tiene sus orígenes en los Estados Unidos de Norte América, donde se encarga al poder judicial para que sea quien lo realice, según Javier Pérez Royo, dice: “Difuso quiere decir lo contrario a concentrado. El poder legislativo es un poder concentrado. El poder Judicial es un poder difuso (...) no existe como “un poder” sino que existe en la forma de miles de jueces y magistrados repartidos por todo el Estado; (...) en consecuencia quiere decir que está uniformemente a disposición de todos y cada uno de los jueces⁴⁵ que integran la función judicial.

Por su parte, Roberto Niembro, en su artículo *Y a todo esto: ¿Qué es el control difuso? ¿Y cómo modificará nuestra justicia constitucional?*, al referirse a este método de control, expresa: “En el modelo difuso, el examen de validez lo puede llevar a cabo cualquier juez en el curso de un caso concreto que se le presente y suele hacerse por vía incidental. En el supuesto de estimar que cierta disposición es inconstitucional, sólo puede desaplicar la disposición en el caso concreto, resolviendo como si ésta no existiera. El ejemplo paradigmático es EEUU, y dentro de América Latina, Argentina.”⁴⁶

Las características principales de este control de constitucionalidad consisten en que el juez de la causa declara inaplicable por inconstitucional la norma cuya irregularidad se reclama en el juicio. Christian Masapanta en su obra *Jueces y control difuso de constitucionalidad. Análisis de la realidad ecuatoriana*, ratificando lo expuesto anteriormente, al referirse a este control, expresa:

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

⁴⁴ Christian Fernando Tantaleán Odar, (2005). *El control difuso como método de control constitucional*. La Molina, Lima, Perú, Revista Derecho y Cambio Social, 1 -10, págs. 1 y 2.

⁴⁵ Pérez Royo, Javier. (2010) *Curso de Derecho Constitucional*. Duodécima edición. Madrid-Barcelona-Buenos Aires. Marcial Pons, p 118.

⁴⁶ Roberto Niembro, (21 de Julio de 2011). *Y a todo esto: ¿Qué es el control difuso? ¿Y cómo modificará nuestra justicia constitucional?*, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1319>. Obtenido de <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1319>: <http://eljuego-dela-corte.nexos.com.mx>. pág. 1

norma en el caso específico puesto a su conocimiento o a su vez inaplicarla por contravenir las disposiciones constitucionales.⁴⁷

El control difuso de constitucionalidad presenta grandes diferencias en el sistema del *common law* y el sistema romano germánico; ya que su origen fue “natural”, “Es consecuencia del ejercicio espontáneo por parte de uno de los tres poderes naturales del Estado, de lo que se entendía es una función emanada por la constitución.

1.5.2.- Control concentrado de constitucionalidad

En términos doctrinarios se lo define como la concentración de la competencia de conocer de la constitucionalidad de las normas legales a un órgano que puede ser una Sala, un Tribunal Constitucional o como en nuestro caso una Corte Constitucional. Sobre este tipo de control, Roberto Niembro:

En el control concentrado, únicamente un tribunal, que suele no formar parte del poder judicial, ejerce el control. El rasgo más característico de este modelo es que se puede cuestionar la inconstitucionalidad de una ley en abstracto. Esto es, sin que se plantee con motivo de un caso o controversia, tal y como se hace a través de la acción de inconstitucionalidad. En caso de declararse la inconstitucionalidad de la ley, por regla general, la disposición es expulsada del ordenamiento jurídico. Como se sabe, el control concentrado fue diseñado por Kelsen y sus principales representantes son los tribunales europeos.⁴⁸

Algunos juristas denominan a este tipo de control como el sistema austriaco, europeo o kelseniano, puesto que este modelo asigna en forma exclusiva el control de constitucionalidad a un organismo judicial especializado en dicha materia, quien para llegar la causa a su conocimiento debe ser de manera directa, no incidental, así lo manifiesta Pamela Aguirre Castro:

En este ámbito, los Tribunales Constitucionales o las Cortes Constitucionales en su caso, no realizan el control de constitucionalidad de una disposición normativa, a partir del conocimiento de un proceso judicial en el que la aplicación de una norma infra constitucional genera un conflicto de incompatibilidad con la Constitución, sino que

⁴⁷ Christian Masapanta Gallegos, (2012). *Jueces y control difuso de constitucionalidad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, pág. 17.

⁴⁸ Niembro, R. (21 de Julio de 2011). *Y a todo esto: ¿Qué es el control difuso? ¿Y cómo modificará nuestra justicia constitucional?*, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1319>. Obtenido de <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1319>: <http://eljuego-dela-corte.nexos.com.mx>. pág. 1.

supone la demanda exclusiva del examen de constitucionalidad de una disposición normativa por considerarse que esta contraviene el ordenamiento constitucional.⁴⁹

Este control concentrado de constitucionalidad es el sistema que se aplica en nuestro país, el cual se ejerce de modo abstracto y concreto, refiriéndose el primer modo a la supuesta inconstitucionalidad de una norma y el segundo a la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. De acuerdo a lo que señala el constitucionalista chileno Lautaro Ríos Álvarez en su artículo *El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile*, quien al referirse al control concentrado de constitucionalidad, expresa:

Cuando la sentencia que dicta el órgano de control invalida o deroga la norma inconstitucional, se habla de *control abstracto*, que tiene efectos generales o "*erga omnes*". Cuando la misma sentencia sólo deja sin aplicación el precepto legal en el caso de que se trata, se habla de *control concreto* de constitucionalidad, que tiene efecto particular o "*inter partes*", quedando vigente la ley inaplicada.⁵⁰

Entonces los efectos de las resoluciones del órgano controlador, pueden ser "erga omnes" cuando la decisión afecta de manera general a todos los ciudadanos del Estado; así como puede ser inter partes, cuando esta resolución se ha dispuesto dentro de un caso concreto que únicamente afecta a las partes interesadas del caso; sin embargo que, también puede generar efectos en casos análogos lo cual se denomina efecto inter pares.

1.5.2.1.- El control concentrado abstracto.

Carla Huerta Ochoa, en su obra *El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional*, al referirse al control abstracto de constitucionalidad, expresa que este tipo de control:

Como recurso contra leyes, es una operación sin límites materiales, se trata de un control sin vinculación a la aplicación de la norma; la legitimación generalmente es objetiva. La impugnación directa no requiere ningún tipo de relación subjetiva entre los legitimados y la norma, ya que se atacan vicios formales. El objeto de este recurso de

⁴⁹ Pamela Juliana Aguirre Castro, (2012). *Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva*, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, en coords. Benavides y Escudero, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, p. 293.

⁵⁰ Lautaro Ríos Álvarez, (2002,). *El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile*. Ius Et Praxis N° 8, Universidad de Talca, Talca, Chile, p. 38.

inconstitucionalidad es la ley, entendida en términos genéricos, es decir, en relación con su rango normativo. Por ello es que la resolución del Tribunal que revise la constitucionalidad de la norma será de nulidad.⁵¹

Iván Castro Patiño explica sobre el control abstracto de constitucionalidad lo siguiente:

El control abstracto de constitucionalidad es aquel que se realiza de manera general sobre las leyes y su conformidad con la Constitución. Este tipo de control no nace a partir de un caso concreto donde exista duda en la aplicación de alguna ley contraria a la Constitución, sino que se ejerce sobre la normativa vigente para garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.⁵²

El control abstracto de constitucionalidad regula enmiendas; reformas constitucionales; resoluciones legislativas; leyes, decretos leyes; actos normativos entre otros y lo hace conforme a principios como el *in dubio pro legislatore* que se refiere a que en caso de duda se presumirá que la norma es constitucional, es decir a favor del legislador asumiendo que ha creado la norma de acuerdo al espíritu de la constitución y que el error radica en la forma en que interpreta la norma. Cuando de manera irreversible no se pueda interpretar una norma para que no viole la constitución se procede a eliminar solamente aquella parte en el cual se encuentre el error innegable. En resumen el control abstracto de constitucionalidad solamente busca mantener el orden de las normas antes de que afecten la vida de las y los ciudadanos en casos concretos.

1.5.2.2.- El control concentrado concreto.

Carla Huerta Ochoa, en su obra *El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional*, al referirse al control concreto de constitucionalidad, expresa que este tipo de control es un tipo de control indirecto cuando indica que éste:

Se refiere a una consulta que el juez o tribunal puede presentar, para determinar si se aplica o no la ley dependiendo de su constitucionalidad, es decir, no es necesario que la parte agraviada esté inconforme, sino que basta con que la autoridad que debe aplicar la norma se percate de la inconstitucionalidad de la misma, para que inicie el procedimiento de declaración de constitucionalidad de la norma en cuestión. En este caso se trata de un control concreto, relacionado con el aspecto material de la ley.⁵³

⁵¹ Huerta, C. (1996). *El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 93, 713 – 739, pág. 724.

⁵² Iván Castro Patiño, (2016). *Reflexiones jurídicas: Control Constitucional*.

⁵³ Huerta, C. (1996). *El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 93, 713 – 739, pág. 725.

Es por eso que cuando se habla de control concreto de constitucionalidad, su principal objetivo es hacer cumplir o garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de procesos judiciales, teniendo como objetivo hacer que prevalezca la norma que sea válida, este control, se inicia cuando el juez que conoce una causa, tiene una duda razonable respecto a la constitucionalidad de una norma que va a aplicar, al momento de resolver una causa; o en ese momento procesal, las partes cuestionan su aplicación considerando que esa norma presuntamente sea inconstitucional dentro de un litigio particular específico, por ello Pamela Juliana Aguirre, considera:

La posibilidad de presentar la cuestión de constitucionalidad recae directamente en las juezas y jueces en cumplimiento de su función jurisdiccional, ya que pueden hacerlo únicamente de manera incidental dentro de un proceso judicial. En otras palabras, la “cuestión de constitucionalidad” supone dos procesos, el primero aquel propuesto ante una jueza o juez en su judicatura, en el que se evidencia la duda de si un enunciado normativo, necesariamente aplicable al proceso de su conocimiento, genera vicios de inconstitucionalidad, ante el cual la jueza o juez debe consultar dicha cuestión al Tribunal Constitucional para que este lo resuelva.⁵⁴

Entonces, si es el caso que, los jueces encuentren un conflicto entre normas jurídicas lo resolverán conforme a las reglas de solución de antinomias, aplicando en primer orden el criterio de competencia, el criterio de jerarquía, el de especialidad o el de temporalidad; y, si considera que existe una norma contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, remitirá el expediente a un organismo de justicia constitucional especializado, con la finalidad de que se analice, la constitucionalidad o aplicación de la norma al caso concreto; y, en un plazo determinado previamente, debe dar a conocer su resolución.

En este sentido, la consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad, debe entenderse como aquella garantía constitucional que plantea la obligación de las juezas y jueces de elevar consultas a la Corte Constitucional, para que esta resuelva sobre la constitucionalidad de una norma que deba ser aplicada en el proceso que se encuentra sustanciando y respecto de la cual, la jueza o juez considera que es contraria a la Constitución. Así, a partir de lo señalado, se puede identificar los

⁵⁴ Pamela Juliana Aguirre Castro, (2013). *Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva, en Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides Ordóñez, Jhoel Escudero Soliz (Coordinadores). Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, p. 297.

dos objetivos principales de la consulta de norma. En primer término, a partir de una naturaleza o finalidad objetiva, se garantizará la supremacía constitucional, mediante la interpretación conforme o la invalidez de normas que componen el ordenamiento jurídico cuando estas contradigan el texto constitucional. Y por su parte, desde su finalidad subjetiva, se tutelaré a las partes de un proceso judicial, evitando una posible aplicación de normas inconstitucionales.⁵⁵

Una vez analizados los diversos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, importante es señalar sus diferencias esenciales, efectuadas por Elena Highton, en su obra *Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad*,⁵⁶ para lo cual he reproducido su texto, pero utilizando una tabla en la cual se aprecia más claramente la diferencia entre ambos sistemas:

Tabla N° 1

Comparativo de sistemas de control

Sistema concentrado	Sistema difuso
El sistema concentrado del modelo europeo [...] centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.	El esquema de revisión judicial o <i>judicial review</i> , por el cual se deja en manos de los jueces que integran el Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control. O sea que todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad.
Las decisiones de los tribunales constitucionales tienen efectos erga omnes (y en muchos casos la ley debe ser declarada inconstitucional queda derogada actuando el	Las decisiones de los jueces en el sistema difuso sólo tienen efectos inter partes, aunque pueden llegar a constituir un precedente con fuerza diversa según el caso.

⁵⁵ *Ibíd*em anterior.

⁵⁶ Elena Highton, (2010). Sistemas concevntrado y difuso de control de constitucionalidad. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer mac Gregor, & M. Morales, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune?*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, Págs. 108 – 111.

tribunal como un legislador negativo).	
En el sistema concentrado puro la regla es la abstracción y generalidad del pronunciamiento, independiente de la justicia del caso concreto.	En el sistema de control difuso se actúa en el problema contingente y propio que resuelve la comprobación constitucional en el circunscrito ámbito subjetivo entre partes y de ahí el efecto de la cosa juzgada.
La potestad del tribunal concentrado consiste en una única actividad de resolver si la ley es o no constitucional.	El juez tiene el deber de realizar una interpretación para llegar a un juicio con respecto de la constitucionalidad de la norma. La decisión del juez ordinario es tan legítima como la decisión del Supremo Tribunal, tiene legitimidad constitucional para tratar la cuestión de constitucionalidad. ⁵⁷

Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, en su obra *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*⁵⁸, al referirse a los sistemas de control de constitucionalidad, efectúan el siguiente paralelo entre los sistemas concentrado y difuso:

Tabla N° 2
Comparativo sistemas de control

Sistema concentrado	Sistema difuso
Encomendado a un solo órgano jurisdiccional con competencia especializada en materia constitucional, creado ex profeso para ello, y ningún otro tribunal puede resolver cuestiones constitucionales.	Todos los órganos judiciales pueden ejercerlo.

⁵⁷ Tabla de elaboración propia.

⁵⁸ Eduardo Ferrer Mac Gregor, & Rubén Sánchez Gil, R. (2010). *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. México D.F. Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, pág. 14.

La resolución de inconstitucionalidad tiene efectos generales directos.	Lo resuelto por el tribunal únicamente surte efectos directos entre las partes del proceso (aunque indirectamente, por su calidad de precedente, podría tener repercusiones en otros asuntos).
Cuando se analizan actos judiciales, el estudio de constitucionalidad se da siempre en un proceso distinto a aquel en que se originó el acto que se impugna.	Cuando se analizan actos judiciales, el estudio de constitucionalidad se da dentro del mismo proceso en que se originó el acto que se impugna, aunque se trate de diversas instancias.
Para ejercerlo, el tribunal debe ser instado especialmente, a través de la respectiva demanda que promueva la parte interesada.	El tribunal puede ejercerlo oficiosamente dentro del proceso que ya inició, aunque las partes no hubieran invocado la irregularidad constitucional de que se trate. ⁵⁹

En definitiva, la participación activa de juezas y jueces en un sistema concentrado de control de constitucionalidad es exigua porque tienen que remitir su consulta al Órgano de Control para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad, mientras que en el sistema difuso, existe una mayor participación en el control de la constitucionalidad por parte de las juezas y jueces.

También es necesario para abordar de forma completa este apartado, realizar una precisión respecto a los sistemas mixtos, así Elena Highton en su obra *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*, señala:

Los sistemas de control de constitucionalidad ya no son tan puros, son porosos, y en su largo desarrollo han ido suscitándose diferentes cambios y transformaciones e influencias recíprocas. La doctrina encuentra una aproximación entre ambos sistemas y advierte cómo algunos de los principios particulares de uno se trasladan o aplican en el otro. Por ejemplo, la generalidad y abstracción del Tribunal Constitucional se abandona en Italia, donde la intervención deviene en incidental y para resolver un caso concreto. En España, inclusive, la posibilidad del ampro constitucional trae cierta ordinarización a la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, hasta el punto de provocar ciertas fricciones entre las potestades del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional [...] salvo los principales países creadores de los modelos originales, los mixtos se han formado por imitación o recepción de los otros sistemas, y como cada país tiene su propia realidad, resultan recogiendo aspectos de esta última y dando nacimiento a

⁵⁹ Tabla de elaboración propia.

sistemas bastante diferenciados. Y aparecen tribunales constitucionales de última instancia interrelacionados con el actuar difuso de la justicia común.⁶⁰

Así, siguiendo a Highton, no existen sistemas de control de constitucionalidad puros, Elena, salvo los existentes en sus países de origen, Estados Unidos de Norteamérica y Austria, al que se añade el Ecuador con su sistema de control concentrado. De acuerdo a ello, la forma de controlar la constitucionalidad de la ley en muchos países no es categóricamente pura, teniéndose que efectuar un control abstracto de la ley y privar a los jueces comunes que conocen una causa de pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de la ley, suspendiéndose la causa judicial por esos motivos como en el caso de Ecuador.

1.6. El control de constitucionalidad en Ecuador

En el Ecuador, el Control de Constitucionalidad es considerado una garantía primaria, que tiene relación con el sistema jurídico, y es conocido como garantía normativa, porque los preceptos garantizan el cumplimiento de la constitución y particularmente de los derechos; y con ello se asegura que: “1.- Toda norma inferior respete los mandatos constitucionales. Solo si se respeta esta jerarquía las normas inferiores son válidas; 2.- Se garanticen y respeten los derechos establecidos en la constitución y por ello está prohibida su limitación; y, 3.- No se altere el contenido e identidad de la constitución.”⁶¹; en la actualidad es la Corte Constitucional quien ha sido delegada para ser el custodio de la Constitución como órgano máximo de interpretación en el Ecuador.

Sin embargo, como ha ocurrido en el resto del mundo el apareamiento y desarrollo de esta institución en el Ecuador también ha sido fruto de un proceso, según Jorge Benavides se da de la siguiente forma:

En el Ecuador por vez primera se contempla el control de constitucionalidad con ocasión de la Carta de 1851, encargando ésta tarea al Consejo de Estado, presentándose igual situación en las cartas políticas de 1869, 1897, y 1929; apareciendo

⁶⁰ Highton, E. (2010). *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer mac Gregor, & M. Morales, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionle Commune el América Latina* (págs. 108 - 173). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. Págs. 117 – 118.

⁶¹ Corte Constitucional de Ecuador, (2.011). *Garantías Constitucionales N° 3, Programas de divulgación constitucional con la ciudadanía*. Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, p. 14.

el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1945, de vida corta puesto que desapareció con la Carta de 1946, que encarga ésta tarea a la Corte Suprema de Justicia; por su parte los códigos políticos de 1967 y 1978 mantienen el esquema de Sala Especializada de la Corte Suprema, en esta última, aparece una suerte de control difuso puesto que se autoriza la inaplicación de una ley tenida por inconstitucional en los casos específicos que conoce como tribunal de justicia. En 1983 reaparece el Tribunal de Garantías Constitucionales, vale manifestar que en esos momentos el órgano de control constitucional tenía facultad para suspender los efectos de una norma reputada inconstitucional, siendo potestad del legislativo el declarar su constitucionalidad o no en última instancia; en 1997 se crea el Tribunal Constitucional, con plenas facultades para ejercer las tareas de control constitucional, hasta que finalmente y con la nueva Constitución, contamos con una Corte Constitucional como órgano máximo de control e interpretación del texto constitucional, así como, de los tratados internacionales de derechos humanos.⁶²

En la Constitución de 1998, se adoptó un sistema mixto, que permitía mayor participación judicial, así Rafael Oyarte, menciona:

Como se dijo, hasta la Constitución de 1998 el sistema de control de constitucionalidad fue mixto, toda vez que al control concentrado que ejercía el entonces Tribunal Constitucional respecto de determinados actos normativos, se sumaba la facultad de los jueces de declarar inaplicables dentro de causa concreta preceptos normativos contrarios a la Constitución, luego de lo cual como cierre de sistema, debían informar al Tribunal Constitucional para que ejerza control abstracto, sin que ello afecte el fallo o auto expedido por el juez.⁶³

Posteriormente con la expedición de la Constitución de 2008, se optó por el sistema concentrado, con el objetivo de dotar de un carácter especial a la justicia constitucional, estableciendo un único órgano de interpretación y justicia de este tipo, reemplazando el antiguo Tribunal por una Corte Constitucional, que tiene la última palabra respecto de la normativa que se considere que puede contrariar el principio de supremacía.

Así, en la actualidad de acuerdo al artículo 428 de la Constitución las juezas y jueces que tengan una ‘duda razonable’ respecto de la constitucionalidad de una norma en aplicación de un caso concreto, deberán suspender el desarrollo del proceso y remitir una consulta a la Corte Constitucional para que en el plazo de 45 días se pronuncie al respecto.

⁶² Jorge Benavides Ordóñez, (2009). *Origen y tipos de control de la constitucionalidad*, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/10/05/origen-y-tipos-de-control-de-la-constitucionalidad>

⁶³ Rafael Oyarte, (2014). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, p. 965.

Como se encuentra dimensionado e instituido dentro de la legislación constitucional ecuatoriana, el control concreto constitucional se efectúa por regla general en sentido incierto, es decir, confrontando una norma legal con la constitución, en forma independiente a la aplicación de esta a un caso concreto, además se conoce que tiene existencia dentro del derecho positivo Ecuatoriano y es necesario manifestar que deviene de la necesidad de aplicar o desestimar ésta norma en la resolución de un caso concreto sometido al conocimiento de la función judicial.

Este nuevo modelo de control trajo, de acuerdo a Oyarte, grandes debates a partir de la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ya que en algún momento se pensó que los jueces debían mantener su posición participativa en materia constitucional tal y como se había desarrollado hasta antes de 2008, y no específicamente como el modelo actual lo manda con la ‘consulta de norma’ que deja a los jueces fuera del campo interpretativo del texto constitucional. Sobre la dilucidación de este debate entre la participación ‘interpretativa’ de los jueces en la actualidad la Corte Constitucional en varias de sus sentencias ha dejado claro su única y exclusiva competencia.

1.7 El control de las Leyes como defensa de la voluntad popular

A lo largo de la historia, se han producido serias y fundamentadas controversias sobre quién debe realizar el control de las leyes, para que estas expresen la voluntad soberana del pueblo expresada en los textos constitucionales escritos; así como también se ha debatido respecto sobre el hecho de la legitimidad de la autoridad u órgano quien realice este control. Tomando en consideración que en los inicios del constitucionalismo existían *constituciones consuetudinarias*, que respondían a los requerimientos de las clases dominantes que eran una minoría con poder y controlaban la forma y procedimiento, para la estructuración y administración del Estado, que en definitiva no tomaban en consideración las necesidades del sector popular que eran las grandes mayorías, esto de acuerdo a Roberto Gargarella.⁶⁴

La legitimidad de la justicia constitucional, sus límites y su lugar frente al accionar político de un Estado Democrático siempre ha sido un punto de tensión en vista de que se cuestiona el hecho de que sea un cuerpo colegiado elevado en funciones

⁶⁴ Gargarella, Roberto (2012). La dificultad de defender el control judicial de las leyes, en Control Constitucional y activismo judicial, Heber Joel Campos Bernal. Perú. Ara Editores.

por los poderes constituidos quienes controlen la producción y decisiones de un órgano (Asamblea / Legislativo) que ha sido elegido directamente por el pueblo.

Para Pérez Royo, la legitimidad de la justicia constitucional se cuestiona por tres motivos fundamentales, a saber:

1° Las relaciones entre Política y Derecho en el marco del Estado Constitucional, es decir, hasta donde se puede llevar la juridificación de la política, cuando el Estado es la forma de organización del poder político.

2° La Legitimidad del control de un órgano democráticamente constituido por otro que lo está mucho menos y que, sobre todo, no lo está de manera inmediata y directa, además de no ser responsable ante nadie.

3° La posibilidad de que la decisión de un órgano que ejerce el control de constitucionalidad sea tomada no jurídica sino políticamente.⁶⁵

Así, de acuerdo a José Sebastián Elías: “La crítica al control judicial se asienta en la idea de que la participación política es un derecho en algún sentido prioritario, aunque más no sea porque –como propone Waldron- es un mecanismo que parece apropiado para decidir los desacuerdos sobre el contenido del resto de los derechos.”⁶⁶, para lo cual debe tenerse en consideración las críticas al activismo judicial formuladas por los autores comparados, como ocurre con el constitucionalista brasileño Marcos Falcão Critsinelis, cuando en su obra *Políticas Públicas y Normas Jurídicas*, expresa:

¿Como es posible que un minúsculo grupo de jueces, que no son electos directamente por la ciudadanía (como lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (y que gozan de estabilidad en sus cargos y libres del escrutinio popular) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular?(...) ⁶⁷

Ante estas cuestiones que definen la conocida teoría del ‘principio contramayoritario’ de las decisiones judiciales (en especial de las que tienen que ver con invalidar una norma producto del Parlamento electo por el pueblo), las respuestas van determinadas por el contexto político y social de cada país, es decir no es adecuado decantarse arbitrariamente por un bando u otro que defina si el control de

⁶⁵ *Ibíd*

⁶⁶ José Sebastián Elías, (2011), “*Notas para pensar el control judicial de constitucionalidad*”, en Gargarella, Roberto (coordinador), “*La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*”, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2011.

⁶⁷ Marcos Falcão Critsinelis, (2003). *Políticas Públicas y Normas Jurídicas*. Río de Janeiro: América Jurídica, p. 28.

constitucionalidad es o no el mecanismo de representatividad más idóneo de la voluntad soberana. Cabe ir más allá para entender la pertinencia de esta institución en un sistema democrático.

Históricamente, en 1787, en América aparece la concepción de Alexander Hamilton, quien al momento de crearse la constitución Norteamericana, manifestaba que en una república federal, a diferencia de una de tipo unitaria, los diferentes gobiernos se controlan uno a otro, a la vez que cada uno se controla a sí mismo; no obstante si una mayoría se une en virtud de un interés común peligrarán los derechos de la minoría; para evitarlo, se debe incluir en la sociedad tantas clases distintas de ciudadanos que se haga imposible una asociación injusta de la mayoría. Fue en su obra el *Federalista*, N° 78, que defendía la posibilidad que, los jueces impugnaran la validez de las leyes, negando las posibles implicaciones antidemocráticas de dicho control, así, Hamilton, dice que el sustento para defender esta posición es negar una superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo, en virtud de que el poder del pueblo es superior a ambos, en una cita de Roberto Gargarella, se lee a Hamilton:

Mi razonamiento no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.⁶⁸

Actualmente, Luigi Ferrajoli⁶⁹, establece un nexo fundamental entre la democracia y el constitucionalismo (que dentro de sí incluye al control de constitucionalidad), que ayuda a entender la pertinencia, y hasta la necesidad de esta institución jurídica. Así menciona que para que un sistema sea democrático en efecto las decisiones se encuentran condicionadas a la voluntad de la mayoría, sin embargo dentro del constitucionalismo es necesario que esas decisiones de las mayorías respeten y garanticen principios que propendan al adecuado desarrollo y cumplimiento de los derechos que la constitución establece, de esta forma las decisiones mayoritarias deberán adecuarse a la ‘esfera de lo no decidible’, es decir ,que sí y que no, corresponde

⁶⁸ Roberto Gargarella, (2012). *La dificultad de defender el Control Judicial de las Leyes en Control Constitucional y Activismo Judicial*. Perú. Heber Joel Campos Bernal, p. 288

⁶⁹Luigi Ferrajoli, *Democracia Constitucional y derechos Fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías*, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/08/doctrina34481.pdf>

de mejor forma a los postulados constitucionales, el famoso ‘coto vedado’ que indudablemente, se encuentra sustraído a la potestad de cualquier mayoría.

Es decir el control de constitucionalidad - aún frente al origen de las leyes (órgano que las expide) - es necesario en cuanto estas leyes deben ser válidas y no solamente vigentes y adecuadamente expedidas. El control es necesario para determinar los contenidos en beneficio de los derechos afirmados para el ‘pueblo’, que a fin de cuentas es el constituyente. He allí la defensa de la voluntad popular a través del control.

Sin embargo, dentro de esta tesis de defensa del control de constitucionalidad, lo que si es necesario precisar es la balanza sobre la que se asientan el poder político y la juridicidad, el ya citado Pérez Royo, menciona:

...la justificación del Tribunal Constitucional se basa fundamentalmente en las características de su organización y funcionamiento, del procedimiento a través del cual actúa. En que se trata de un órgano que no puede intervenir de oficio, sino que tiene que hacerlo a instancia de parte y de una forma muy controlada tanto política como judicialmente; en que sus competencias están enumeradas y tasadas; en que su decisión siempre está referida a casos individuales y, es por tanto, una decisión puntual; en que el procedimiento a través del cual el Tribunal Constitucional obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia limita objetivamente el alcance de su decisión, ya que puede limitar “negativamente” al legislador; pero no puede sustituirlo “positivamente”; etc.⁷⁰

El control de constitucionalidad a través de un órgano colegiado (llámese Tribunal o Corte), se justifica en el hecho de que la verdadera función del juez, es hacer respetar la voluntad popular, resolviendo conforme a los mandatos constitucionales, así si se niega a los jueces la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes, se autoriza implícitamente la promulgación de leyes contrarias a la Constitución, por tanto cualquier intento en esta dirección, atenta contra el Estado de Derecho.

Al eliminar una ley por inconstitucional, los jueces reafirman el peso de la voluntad popular, ratificando la Supremacía de la Constitución, que es el documento que expresa la misma soberanía de una sociedad, concepción que fuera acuñada ya hace siglos por Jacques Rousseau, de acuerdo a lo que expresa el jurista Jorge Carpizo en su artículo *La soberanía del pueblo en el derecho interno y el internacional*, cuando expresa: “El pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes.

⁷⁰ *Ibíd*em, p. 123

El pueblo es el amo y señor, los que gobiernan son sus servidores: el acto que instituye el Gobierno no es un contrato, sino una ley; los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus servidores; puede nombrarlos o destituirlos cuando le plazca.”⁷¹

Por lo expuesto la tarea del juez al realizar control de constitucionalidad no carece de falta de legitimidad popular por cuanto al actuar apegado a la Constitución - y tomando en cuenta que esta se vuelve en la máxima expresión del poder popular (constituyente), sus decisiones pasan a ser legítimas y socialmente democráticas.

Otro argumento válido. Los jueces (el poder judicial) no es ajeno a las necesidades del pueblo, en vista de que día a día tiene contacto con el usuario de justicia, y esto le permite conocer de primera fuente la realidad social, así como por el hecho de resolver diariamente aumenta su capacidad de deliberación, lo que garantiza mayor imparcialidad al momento de decidir. En definitiva, es posible validar la capacidad y poder que mantienen los jueces para realizar el control constitucional.

⁷¹ Jorge Carpizo, (1982) *La Soberanía del Pueblo en el Derecho Interno y el Internacional*. Revista de Estudios Políticos N° 28, Madrid, Julio/Agosto, 195 – 209, pág. 200.

Capítulo II

Los operadores de justicia ordinarios

en su rol de garantes del Estado Constitucional.

“El valor de una Constitución no se mide principalmente por su mayor o menor perfección técnico – formal, su adecuada redacción o incluso su coherencia. Siendo estos aspectos más que deseables, el valor de una Constitución radica más en los avances de fondo que incorpora respecto al pasado y sus proyecciones al futuro, como resultado de un nuevo pacto social... Una constitución no es solo norma jurídica sino un proceso social, un sistema de derechos imbuido en la conciencia de los ciudadanos, la constitución es una cultura...”

- Agustín Grijalva –⁷²

2.1.- El modelo garantista, y sus implicaciones respecto al rol de los operadores de justicia.

En el capítulo anterior se relató la evolución del contexto constitucional que da paso a nuestros actuales sistemas, como producto de las necesidades socio-políticas de cada momento en la historia. Así, haciendo un breve recuento el ‘Estado de Derecho’, ha pasado por diversas formas de entenderse, la que nos atañe se ciñe a la línea de entender el constitucionalismo como una forma de limitar al poder, afirmando la defensa de los derechos de las personas, en base a un solo texto supremo al cual debe encontrarse subordinado el resto de la normativa legal.

De esta forma el constitucionalismo ha pasado del ‘gobierno de los hombres’ al ‘gobierno de las leyes’, naciendo así la importancia del texto constitucional y de la mano, el concepto de la supremacía de esta. Luego vendrían, las disquisiciones sobre el control del cumplimiento de la Constitución y su efectividad, por un lado la corriente norteamericana de ‘judicialización’ y por otro la corriente francesa de ‘la legislatura’. Después, se encuentra la experiencia ‘kelseniana’ que afirmó la necesidad de preservar

⁷² Agustín Grijalva, (2011), Para entender una Constitución garantista, igualitaria, participativa y plurinacional en El neo constitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, Ramiro Ávila Santamaría. Alberto Acosta y Esperanza Martínez Editores, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Ediciones Abya Yala, p.11.

los valores legislativos en el texto Constitucional, proponiendo una fuerte sujeción de las leyes a la Constitución, instaurando el concepto positivista del derecho por reglas dentro del cual las leyes deben ser el reflejo de la ley suprema y sus contenidos ser acatados por todos, afirmando el control constitucional por parte de un único organismo como garantía de supremacía de la Constitución, en lo que se denominó el estado de legalidad o ‘Estado Legal de Derecho’ abanderando la constitución en cuanto a su estructura de norma hipotética y reglamentaria, aplicable únicamente a través del método de la subsunción.

En respuesta a este modelo que ‘constitucionaliza pero no garantiza’ y a los conflictos sociales de carácter mundial ocurridos en el siglo XX, es que se volvió necesario repensar la Teoría del Derecho, tomando como norte a la constitución, pero entendiendo su estructura normativa a través de principios o normas de carácter tético que pueden y deben ser interpretadas a la luz de nuevos métodos como la ponderación, dando paso al ‘Estado Constitucional de Derecho’ y a una nueva teoría constitucionalista. A decir de Prieto Sanchís, citado por Raymundo Gil Rendón, esta nueva conceptualización trajo consigo:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.

Segunda, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no es solo una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.

Tercero, eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico-ley- para desplegar su fuerza vinculante;

Cuarto, garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios.

Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

Quinto, presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.

Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional.⁷³

Esta corriente abanderó la importancia de que los principios contenidos en la constitución para ser eficaces deben tener mecanismos de efectivización, que se tradujo en la contextualización fuerte de: las garantías, las teorías de argumentación jurídica y

⁷³ Raymundo Gil Rendón. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>

los métodos de interpretación, para una nueva discursiva constitucional. Dentro de este esquema surge la teoría del ‘garantismo’ que tiene como máximo exponente al profesor Luigi Ferrajoli.

El garantismo desde la perspectiva del autor italiano, supone un modelo de Estado, y por otro una propuesta para la Teoría del Derecho, que se basa como su nombre lo indica en las garantías como una ‘técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo’.⁷⁴ Esta doctrina propone la superación del “Welfare State”, y de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas. El garantismo trae consigo postulados como: el entendimiento de que el derecho y el ordenamiento jurídico son heterogéneos, cambiantes e imperfectos, el conflicto vigencia – validez de las normas, los mecanismos de solución de antinomias, la necesidad de colmar las anomias, el concepto de democracia constitucional desde su dimensión formal y sustancial; todo para generar una ‘meta garantía’ que afirme la supremacía de la constitución como medio y fin de los derechos de las personas y de sí misma.

Al garantismo dentro del constitucionalismo moderno, se lo ha entendido desde la necesidad de hacer posibles los derechos, y desde la necesidad de generar roles más activos por parte de las autoridades, así, Raymundo Gil, señala: “...concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.”⁷⁵ Dentro del garantismo el accionar del juez y su discrecionalidad son controlados a través de la aplicación de una adecuada argumentación jurídica y del uso del principio de proporcionalidad.

2.2.-Activismo judicial

La corriente garantista, genera una nueva teoría respecto al grado y la forma en que los jueces ejercen su papel dentro de los procesos en los que intervienen y en sí, dentro del mismo control de constitucionalidad. Propone un nuevo escenario de fondo sobre el cual los jueces pueden elegir el papel de protagonismo que deseen tener, claro siempre enmarcado dentro de los principios constitucionales. Así, es posible decir que el nivel de participación judicial dentro del sistema garantista dependerá del desarrollo de su argumentación jurídica y de la puesta en escena en sus sentencias de los métodos

⁷⁴ Luigi Ferrajoli, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, (2006), México, CNDH, p. 31.

⁷⁵ *Ibíd*em

de interpretación constitucional, esperando que el juez se decante por aquellos que sean más profundos como la ponderación que aquellos que se direccionan por la literalidad.

Para abordar una definición de activismo judicial, y antes de ahondar en el tema, es necesario acercarse al significado del primer término. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término activismo se define como: “...Doctrina según la cual todos los valores están subordinados a las exigencias de la acción y de su eficacia.”⁷⁶

Este primer acercamiento supone pensar en una actividad judicial más dinámica de la cual se esperan resultados adecuados. Heber Joel Campos Bernal señala que “El activismo puede ser definido, según una fórmula muy conocida, como la actitud... de los jueces para motivar una serie de cambios sociales y económicos...”⁷⁷ Se encuentran también otras definiciones como:

El término activismo judicial hace referencia a la práctica y concepción del juez como limitador de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales. Reclama un mayor protagonismo de los tribunales y que las sentencias sean creadoras de Derecho (yendo más allá de la mera interpretación), con la intención de generar un cambio en la legislación, la jurisprudencia o la sociedad. Responde al fenómeno judicial manifestado de manera tanto internacional como nacional.⁷⁸

Paola Sánchez Pilco cita a Morello quien sobre el tema sostiene: “...esta herramienta se vislumbra en la creatividad de las sentencias, en el protagonismo de los tribunales y en el aggiornamiento del servicio de justicia.”⁷⁹ Es decir este concepto, se encuentra vinculado al quehacer de los jueces dentro de un proceso y su participación ‘más fuerte’ o más activa con la finalidad (o al menos la intención) de garantizar de forma más efectiva los derechos de las partes que intervienen en un litigio y por ende el cumplimiento de los principios constitucionales.

Se piensa que este término es un resultado del sistema norteamericano de justicia en el que los jueces en un momento determinado, a través de sus sentencias ampliaron

⁷⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=0cj11pS>

⁷⁷ Heber Joel Campos. (2012). *El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro*, en Control Constitucional y Activismo Judicial. Heber Joel Campos (Editor), Perú, Primera Edición, Ara Editores, p. 309.

⁷⁸ https://es.wikipedia.org/wiki/Activismo_judicial

⁷⁹ Paola Sánchez (2011). “*El Activismo Judicial*”, Trabajo de Graduación previo a la Obtención del título para Especialista en Derecho Constitucional. Cuenca. Universidad del Azuay <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5519/1/08519.pdf>

el espectro de su accionar con la intención de tutelar derechos de una forma más eficaz y declarando inconstitucional una norma, así:

La locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se autoproclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas.⁸⁰

Este caso, generó un intenso debate respecto al activismo judicial, que hasta el día de hoy se mantiene encendido ya que desde esta decisión es que se esgrimen argumentos que consideran al activismo judicial como una suerte de intromisión de los jueces en aspectos de orden político que deberían ser competencia exclusiva de las legislaturas. Sin embargo; podemos ir aún más atrás para sustentar el origen de un activismo judicial, con el ya citado caso *Marbury vs. Madison* que otorgó protagonismo al juez Marshall al determinar la potestad de un juez de invalidar una norma contraria a los principios constitucionales.

El activismo judicial, tiene características especiales, así a decir de Morello, citado por Patricio Marianello:

- El poder judicial como verdadero poder del Estado, fijando políticas judiciales.
- Respeto de la Constitución por sobre todas las normas y fundamentaciones jurídicas de las partes.
- Búsqueda primordial de la justa solución del caso.
- Creatividad de las sentencias.
- Protagonismo del tribunal.
- Aggiornamento (modernización) del servicio de justicia.⁸¹

El Juez adquiere un rol trascendental al convertirse en creador de derecho, en una figura que pasa del positivismo a la argumentación, que se transforma en “cerebro y boca de la ley”, y ya no es solamente una figura que dedica su accionar a la subsunción de los casos frente a las normas. A esta corriente, se le atribuye entre otras cosas, el desarrollo de la revisión de las normas para determinar su constitucionalidad, en

⁸⁰ Marianello, Patricio. *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*. Argentina <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>

⁸¹ *Ibíd*em

algunos casos sea de oficio y en algunos otros casos (o sistemas) a petición de parte, y así garantizar la supremacía constitucional.

Al activismo judicial además se lo ha clasificado desde varios puntos de vista, llegando a diferenciarlo entre activismo liberal y activismo conservador. Así, a decir de Heber Joel Campos, la posición que adquiere un sustento doctrinario mayor es aquella que se decanta por el sentido liberal o como lo llaman algunos ‘progresista’, de la mano de Hart Ely, Waldron o Dworkin, quienes sin embargo; abordan el tema desde perspectivas diferentes, la una es un activismo liberal procedimentalista y la otra un activismo liberal sustantivista. Aquellos como Waldron o Hart Ely que se adecuan al corte procedimentalista argumentan el hecho de que la participación ciudadana a través de los jueces es una pre condición de la democracia sin duda, pero siempre y cuando estos jueces se remitan a cuestiones morales y éticas y a literalidad de la constitución; mientras que para el esquema sustantivista que tiene como principal exponente a Dworkin, el activismo judicial basa su importancia en el ejercicio de los derechos y en la eficacia de los mecanismos empleados para garantizarlos.⁸²

Por otro lado al abordar al activismo desde su otra arista, la conservadora, se mira a un juez formalista, sin ningún afán de expedir sentencias creativas y más bien sus decisiones serán el reflejo de las reglas establecidas dentro del sistema jurídico.

Allí radica, de acuerdo a Gustavo Zagrebelsky⁸³ la diferenciación que marca una pauta entre un verdadero activismo y uno pasivo. El activismo - liberal por así decirlo -, es aquel que basa su actuación en cuanto a la aplicación e interpretación de los principios constitucionales, frente al juez pasivo – o activista conservador - que únicamente basa su accionar en la interpretación de las reglas que componen el sistema legal y deja de lado la interpretación de los principios por ser más amplios. Este modelo de juez pasivo es aquel que se apega irrestrictamente al principio de legalidad en el sentido de que no cabe aplicación directa e inmediata de preceptos constitucionales si estos no se encuentran desarrollados en un texto que los reduzca a reglas. Así el activismo se verifica entre el juez que ve más allá y basa su accionar en la interpretación y aplicación de las normas téticas, frente al juez de las normas hipotéticas para de esta manera poder convertirse en un verdadero guardián de la constitución que busque la supremacía a través del control del resto de la normativa infraconstitucional.

⁸² *Ibíd.*, p.310.

⁸³ Gustavo Zagrebelsky, (2005), *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, Sexta Edición, p.109

Al final el activismo judicial se convierte únicamente en una herramienta dentro del garantismo a fin de cumplir con postulados constitucionales, la postura que los operadores de justicia adopten dependerá en gran medida de su cultura jurídica y de su afán creador de Derecho.

Ahora, Ecuador frente a este contexto. A cuenta del camino constitucional trazado, se plantea el activismo judicial. Christian Masapanta, señala:

El Estado ecuatoriano al ser concebido como un «Estado constitucional de derechos y justicia», genera un mayor activismo judicial, y en aquel sentido, aquellos operadores judiciales son los encargados de ser los garantistas de los preceptos constitucionales, es así como no solo deben determinar dentro de las garantías jurisdiccionales la tutela de los derechos constitucionales inherentes a las personas, sino que también tienen la obligación de controlar la armonía de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico con la Constitución de la República, denunciando a través de la consulta una o varias normas contradictorias a la Carta Fundamental, siendo aquello una verdadera manifestación de la supremacía material de la Constitución.⁸⁴

Al final el objetivo primordial del control de constitucionalidad es y debe ser el respeto a la Constitución, lo que se espera es que el modelo escogido permita efectividad y que los jueces sean protagonista innegables de este proceso.

2.3.- La potestad y obligación de los jueces ordinarios en los Estados constitucionales y democráticos respecto de la Norma Suprema

Al poder judicial, y en especial al juez, a lo largo de la historia siempre se le ha otorgado un deber de ‘confianza’ (por utilizar un término regular), siempre se ha esperado que este acerque al ciudadano al ideal de justicia que se alimenta cuando una cuota de su esfera personal de decisión y poder ha sido cedida para la pacífica convivencia social. En otras palabras el juez se ha constituido en el garante de los intereses públicos consagrados por el poder legislativo y cuya ejecución se halla a cargo del poder ejecutivo, Ramiro Ávila explica que:

“El juez siempre ha sido un garante de algún interés previamente determinado, en cualquier momento y lugar. Lo que ha variado es el contenido de ese interés. En el estado absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el estado liberal clásico es

⁸⁴ Masapanta, C. (2012). *Jueces y control difuso de constitucionalidad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, pág. 53.

garante de la ley (por eso los jueces son “boca de la ley”); y en el estado constitucional, los jueces son garantes de los derechos de las personas reconocidos en la Constitución.”⁸⁵

Justamente en el modelo constitucionalista - garantista, el rol del juez para asegurar el respeto a las normas, los principios y los valores que emanan del texto constitucional es un aspecto imperante si lo que se quiere es preservar el régimen democrático sustancial y la supremacía constitucional, tomando en cuenta que los límites a los poderes son la base del sistema. A decir del profesor Luigi Ferrajoli:

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de «poderes buenos», que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales.⁸⁶

Si se mira desde esta manera los jueces de los estados constitucionales, se presentan como un componente más del sistema de ‘*checks and balances*’ (frenos y contrapesos), que trata de cuestionarle al poder político la esfera de su accionar; pero siempre y cuando además se exija la calidad y la pertinencia de la actividad de los jueces a través de: motivaciones fundamentadas, el grado de intervención en sus procesos, su honestidad y el propio límite de los derechos fundamentales; afirmando de esta manera su participación activa en la garantía de la supremacía constitucional.

Para tal efecto, una de las potestades que el juez en el estado constitucional tiene, es la de verificar que los preceptos de carácter o estructura reglamentaria, guarden concordancia y armonía con la normas, principios, valores de estructura tética que contiene la Constitución; y, que las primeras no se contrapongan a ellas, en cuanto estas últimas contienen enunciados sustanciales que otorgan derechos. Así, se faculta a los jueces a realizar control de constitucionalidad sobre el contenido de las leyes. Lo que se pretende con esta actividad es sanear al ordenamiento jurídico de antinomias, buscando dar solución a la ya citada teoría ‘ferrajoliana’ del conflicto vigencia – validez de las normas, y a su vez ejercer un control más acertado sobre la efectividad de las decisiones mayoritarias del legislativo o las políticas de gobernanza del ejecutivo para evitar caer

⁸⁵ Ávila, Ramiro “*El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* (2008), Quito, Miguel Carbonel Editor, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 329.

⁸⁶ Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías.* México D.F.: CNDH, p. 31.

en abusos de poder que desemboquen en irrefrenables vulneraciones de los principios y valores expresados en el texto supremo.

Sobre esta idea es necesario considerar que los jueces ordinarios, conocen de forma más cercana, las diversas situaciones de los ciudadanos en las cuales es posible verificar si el contenido del ordenamiento jurídico respeta la Constitución. De esta forma, los jueces ordinarios se convierten en garantes de la supremacía constitucional a través de los procesos judiciales, haciendo posible la vinculación directa de los ciudadanos sobre la toma de decisiones, afirmando la necesidad de este control como presupuesto de la democracia sustancial.

Sin embargo; no basta con afirmar la importancia de los jueces en esta tarea. La labor de los operadores de justicia debe velar además por los derechos de la ciudadanía inmersa en litigios judiciales en donde se resuelve el nivel de satisfacción de sus derechos verificando la concordancia constitucional de las normas que se aplican a sus casos. Esto se traduce en el hecho de que la actividad de los jueces debe ser no solamente activa sino eficiente. Se puede sostener que esta eficacia depende también en alguna medida del sistema de control de constitucionalidad elegido y de las atribuciones que se les entreguen en esos sistemas a los jueces, caso contrario empiezan a surgir las dudas respecto de los plazos, de los criterios de argumentación empleados y hasta del mismo modelo de control de constitucionalidad que la Constitución establece y de su eficiencia en la aplicación práctica

La conocida máxima de que ‘justicia que tarda no es justicia’ es solamente la introducción al hecho de que la tarea de control de constitucionalidad debe ser eficiente, lo más cercana al ciudadano y respetuosa con los propios principios que la Constitución establece.

2.4.- Principios que regulan la actividad judicial ordinaria en la tarea de garantizar la supremacía constitucional

La expresión de que todo el contenido del poder político debe ser sometido al poder jurídico, pero que no necesariamente todo lo jurídico deba responder a lo político supone, como ya se ha enunciado anteriormente, un imperativo de control de constitucionalidad por parte de los jueces. El preguntarle constitucionalmente al poder político cómo y por qué gobierna son interrogantes de suma necesidad para determinar

hasta qué grado el Estado cumple con su fin de ser el guardián por excelencia de los derechos de sus habitantes y de su propia Constitución.

De esta forma el accionar de los jueces en la tarea del control de constitucionalidad que deviene del conocimiento de casos sometidos a su jurisdicción, deberá guiarse por una serie de principios que son la base para que un Estado cumpla con las cartas declarativas de derechos.

Robert Alexy, ha dicho que los principios son mandatos de optimización; en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, así al “decir que son mandatos de optimización su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad,”⁸⁷ dice que son normas jurídicas y por lo tanto deben ser aplicadas. Así, al buscar alterar la realidad estos se configuran en un polo legitimador de la dogmática jurídica en un Estado Constitucional y en un sistema democrático, pues traducen la esencia, la razón última y finalmente los valores que inspiran este ordenamiento, restringiendo y condicionando la actividad del Estado, en la que se incluye la actividad jurisdiccional frente al propio control de constitucionalidad de las normas. Esta premisa se desarrolla en el momento en el que los jueces conocen casos concretos, en el desarrollo del litigio alguna de las partes podrá alegar inconstitucionalidad de una norma o el mismo juez podrá detectarla, aquí la disyuntiva del camino aparece en el modelo de control que cada Estado adopte.

Lo que sí es claro, independientemente del modelo de control constitucional establecido, es el hecho de que los jueces deberán observar máximas como: el principio de supremacía constitucional, el principio de tutela judicial efectiva, el principio de celeridad procesal, el principio de aplicación directa e inmediata, el principio de interpretación integral; estos los más importantes para que la labor jurisdiccional sea una garantía del sistema constitucional.

En el modelo ecuatoriano los principios (constitucionales, procesales, generales del derecho) son concebidos además en su aspecto normativo, con la finalidad de integrar el ordenamiento jurídico y solucionar los conflictos derivados de las causas jurisdiccionales, así, el inciso final del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala: “Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del

⁸⁷ Ramiro Ávila Satamaría, *Los Principios de aplicación de los derechos, en Los Derechos y sus Garantías*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el período de transición, p. 57.

ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.”⁸⁸

2.4.1.- Principio de supremacía constitucional

La Constitución responde a un hecho social, se constituye en el reflejo de las necesidades de una población determinada en un espacio de tiempo. La Constitución es social y jurídicamente el reflejo de la cultura de los ciudadanos que la construyen. Desde su origen es reflejo del poder constituyente, límite de sí misma y límite de los poderes constituidos por la voluntad popular dentro de un sistema democrático. Su misma concepción declarativa e derechos y forjadora de un sistema institucional que parte desde ella configuran su posicionamiento por sobre cualquier otra declaración, norma o acto de los poderes públicos, naciendo de su propia mano el principio que declara su supremacía.

De estas premisas “... se puede entender a la Supremacía Constitucional como un principio del Derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución en particular en un peldaño jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir en ese país.”⁸⁹

Las Normas Supremas de los Estados que han optado por el modelo constitucional, establecen este principio de supremacía de la Constitución, sobre cualquiera otra del ordenamiento jurídico, ordenando a los poderes públicos mantener su conformidad con ésta en sus normas y actos, advirtiendo que de lo contrario expresamente carecerán de eficacia jurídica, y, además agregan la supremacía jurídica como norma al establecer que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, como por ejemplo ocurre en el sistema ecuatoriano.

Este principio de supremacía constitucional tiene su origen en las disquisiciones teóricas iuspositivistas del modelo austriaco, abanderado por Hans Kelsen, quien expuso que una norma jurídica para ser válida necesita buscar su fundamento de validez

⁸⁸ Código Orgánico de la Función Judicial, publicado el 9 de marzo del 2009, en el suplemento del Registro Oficial N° 544. Art. 28.

⁸⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, (http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/sistemas_5_2_1.pdf)

en una norma superior, cuando en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado* expresa: “La supremacía de las normas constitucionales tiene también como efecto la posibilidad de nulificación de las normas subordinadas que no se ajusten a lo prescripto por aquéllas en cuanto a su forma o a su contenido, dando lugar, eventualmente a la responsabilidad de los órganos o funcionarios que hayan intervenido en su creación.⁹⁰ Aunque cabe aclarar que la actual contextualización de la supremacía constitucional ya no responde al modelo paleopositivista el derecho por reglas, sino al hecho de que la Constitución es norma Suprema en cuanto contiene principios que generan derechos en beneficio del ciudadano.

Para que el principio de supremacía constitucional sea materializado debe existir el mecanismo que lo garantice, así el control de constitucionalidad se vuelve el medio y el fin de este principio.

Dentro de la Constitución ecuatoriana, este principio se encuentra contemplado en los artículos 425 y 426 de la Constitución en el que se define su concepto y se afirma su posicionamiento jurídico.

2.4.2.- El principio de tutela judicial efectiva

La Tutela judicial efectiva se constituye en un principio vital para que el ciudadano pueda exigir en caso de incumplimiento la materialización de sus derechos. En relación a ello Vanesa Aguirre, al referirse a la tutela judicial efectiva dice:

Más allá de la dificultad que ha supuesto la elaboración de una doctrina unitaria sobre el derecho a la acción, puede afirmarse que su derivación inmediata es el derecho a la tutela efectiva, como finalidad propia del ejercicio de la función jurisdiccional y derecho con una configuración y características propias.

Así en un principio se conceptúa el derecho tutela judicial efectiva como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada, sin que esta respuesta debe ser necesariamente positiva a la pretensión. Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material⁹¹.

⁹⁰ Kelsen, H, (1950) *Teoría General del Derecho y del Estado*, Traducción Eduardo García Maynez, México D.F., Editorial Universitaria, pág. 280.

⁹¹ Aguirre Guzmán, Vanesa. *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*. En Revista Foro N° 14 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2010, p. 8.

De lo expuesto se entiende que el principio de tutela judicial efectiva es el derecho de acción constitucionalizado. No se trata solo del derecho de acudir ante los jueces y tribunales para obtener un pronunciamiento, sino de que el mismo sea exigible, concreto, efectivo mediante la pretensión procesal:

Al referirse a la conveniencia de la constitucionalización de la tutela judicial la misma autora, resalta este hecho desde todo punto de vista de la siguiente manera:

No solo porque de esta manera sus múltiples manifestaciones adquieren la relevancia necesaria y se contagian, si cabe el término, de esa característica, sino también porque en el ámbito del proceso, “transforma en efectivas las promesas de certidumbre y coerción propias de las normas jurídicas”. Se avizora un “efecto irradiante”, por el cual se evita considerar al ordenamiento procesal como un “mero conjunto de trámites y ordenación de aquel”, sino más bien como “un ajustado sistema de garantías para las partes”, por el cual la tutela judicial efectiva actúa como un paraguas que refuerza la protección a otras garantías de naturaleza procesal, en caso de que no tengan cobertura constitucional.⁹²

Entonces, la tutela judicial efectiva, al tratarse de un derecho fundamental, ha sido reforzada con el hecho de que el Estado debe asumir sus responsabilidades tanto administrativas como civiles por las deficiencias en la prestación de servicios. Para materializar este principio, deben establecerse normas para darle la viabilidad y funcionamiento, además los órganos judiciales tienen el deber fundamental de garantizar judicialmente en todas las materias, de oficio o a petición de parte, los derechos fundamentales declarados en el conocido bloque de constitucionalidad o establecidos en el ordenamiento jurídico de menor jerarquía; sus resoluciones se someterán a los méritos procesales, a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos, instrumentos internacionales ratificados por el Estado y la ley. Siendo una de las manifestaciones concretas de este principio el deber que tienen las y los jueces el posibilitar el acceso de las partes al juicio sin restricciones de ninguna naturaleza, pues está prohibida la desestimación de la acción en virtud de una interpretación restrictiva o formalista, debiendo producirse únicamente si ocasiona nulidad insanable o haya provocado indefensión de los legitimados.

En el Ecuador, este principio se ha constitucionalizado, estableciendo la Asamblea Constituyente de 2008 que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a

⁹² Aguirre Guzmán, Vanesa. *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*. En Revista Foro N° 14 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2010, p. 12.

la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”⁹³; con lo cual se le da características o elementos que implican derechos prestacionales por parte del Estado tanto de índole positiva o negativa, en la implementación normativa o legal como la institucionalización del aparato estatal para su funcionamiento, estableciendo así la responsabilidad estatal. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos respecto a la tutela judicial efectiva en el artículo 25 señala: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales...”⁹⁴. Al respecto, la Corte Interamericana de derechos humano analizó el citado artículo así:

El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.”⁹⁵

Además, el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, dice:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.⁹⁶

⁹³ Constitución de la República del Ecuador. 2008. Art. 75.

⁹⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25.

⁹⁵ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Cfr. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23; Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 57, y Caso Bayarri Vs. Argentina, supra nota, párr. 102.

⁹⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, art. 23.

Para concluir el artículo 75 de la Constitución de la República consagra el derecho a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos con sujeción, entre otros, al principio de celeridad, pudiendo colegirse que la voluntad popular en la que se sustenta la soberanía es el fundamento de la autoridad, la cual se ejerce a través de los órganos del poder público

2.4.3.- El principio de celeridad procesal

La celeridad procesal supone que el acceso a la justicia sea expedito, pronto, rápido, a fin de no dilatar las necesidades por las cuales los ciudadanos acuden al órgano jurisdiccional del Estado con la pretensión de exigir justicia y por ende satisfacción y garantía a los derechos y principios consagrados en la máxima constitucional. Esta celeridad se enfrenta entonces a sistemas judiciales lentos, con exceso de carga procesal, con procesos excesivamente dilatados, que imposibilitan una resolución oportuna en desmedro de la normativa constitucional. Así, Josefina Gutiérrez, en su obra *El principio de celeridad procesal y su eficaz aplicación para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva*, expresa:

“La celeridad procesal, no obstante ser principio de rango constitucional y objeto de gran desarrollo jurisprudencial y doctrinario, es constantemente vulnerado por los órganos de administración de justicia desvirtuando la finalidad del proceso como el instrumento para la obtención de la justicia, así como el derecho que tienen los justiciables a una tutela judicial efectiva.”⁹⁷

La morosidad procesal ha sido severamente criticada por los autores a nivel mundial, como expresa el ex presidente de la Corte Suprema de la República Oriental del Uruguay Jorge A. Marabotto Lugaro, en su artículo *Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*, cuando expresa:

“Resulta claro que el acceso a la justicia es un derecho humano y, por lo tanto, esencial. Siempre y en todo caso se debe procurar el acceso a ella de la mayor parte, si no de todos los habitantes de un país y, además, procurar que la solución sea acordada en un tiempo razonable. Como decía el maestro Couture: «Si el tiempo es oro, en términos de procedimiento es justicia». Y sólo una justicia que lleva la tranquilidad a la gente en poco tiempo —el tiempo razonable de que hablan los pactos internacionales—

⁹⁷ Josefina Gutiérrez, (1999), *El principio de celeridad procesal y su eficaz aplicación para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva*. Caracas, Venezuela: Pontificia Universidad Católica Andrés Bello, pág. 2.

y que tenga, igualmente, un rostro más humano, es la que pretendemos como consecuencia inevitable de la dignidad del ser humano, condición básica de todos sus derechos y garantías.”⁹⁸

A lo anterior cabe señalar que estas afirmaciones corresponden a la voluntad popular del pueblo que espera una justicia sin dilaciones, destacando que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos y demás y funciones establecidos en la Constitución, exigiéndose a la justicia como principio esencial.

Al abordar el tema de la celeridad procesal, la Constitución ecuatoriana en su artículo 169, dispone: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”⁹⁹. Complementando la disposición constitucional anterior, el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece:

“Art. 20.- *Principio de celeridad.*- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.”¹⁰⁰

2.4.4.- El principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional

La eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución constituyen para la doctrina, los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional.¹⁰¹ Uno de los problemas clave de los ordenamientos en los que la Constitución tiene verdadero

⁹⁸ Jorge A. Marabotto Lugaro, (2003) *Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*. México D.F. Biblioteca Virtual UNAM, pág. 301.

⁹⁹ Constitución de la República del Ecuador (2.008), Tit. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. Cuarto, Función Judicial y Justicia Indígena, art. 167, (Quito, Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f: 95

¹⁰⁰ Código Orgánico de la Función Judicial, (2.009), art. 20.

¹⁰¹ Claudia Storini, (2.009), *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, en La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, p. 296, citando a Eduardo García de Enterría, en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid.

carácter de norma es el de resultar o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento, fundamentalmente por los jueces.¹⁰²

En el sistema constitucional, la aplicación directa e inmediata de los preceptos constitucionales exige una activa participación judicial frente a un problema de inconstitucionalidad planteado en un caso concreto, sea que deba dirimirlo por sí mismo o sea que deba fundamentar las razones para remitirlo al órgano de interpretación, dependiendo del modelo de control establecido.

Respecto del principio de aplicación directa de la constitución, el numeral 3 del artículo 11 y los incisos 2 y 3 del artículo 426, de la Norma Suprema ecuatoriana, conjuntamente con el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en forma categórica establecen y reiteran que las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

2.4.5.- El principio de interpretación integral de la norma constitucional.

Entendemos que la interpretación consiste en atribuir el sentido o significado a algo que no entendemos que está previamente establecido, pero no es del todo claro,¹⁰³ entonces la interpretación constitucional tiene íntima relación con la razonabilidad que implica que una decisión se encuentre fundada *en los principios constitucionales*. La Constitución debe interpretarse de manera integral. La interpretación constitucional se orienta a consolidar la supremacía constitucional y la seguridad jurídica, con ello la vigencia del Estado Constitucional, puesto que las normas constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico

En el caso de la Constitución, su interpretación adquiere especial importancia, pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia de un país. Además, dada su peculiar característica de norma

¹⁰² Claudia Storini, (2.009), *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, en La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, p. 296.

¹⁰³ Efraín Pérez Casaverde. *Manual de Derecho Constitucional*, (...), p. 535.

suprema del ordenamiento jurídico, de su interpretación depende la vigencia de las demás normas; y esta interpretación debe ser motivada, por ello dentro del derecho al debido proceso, consta como una de las garantías del derecho a la defensa, el derecho a la motivación de las resoluciones. Sobre el principio de interpretación integral, el artículo 427 de la Constitución señala:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.¹⁰⁴

Entonces partiendo que la constitución es una norma jurídica, sobre ella debe realizarse cualquier interpretación de una norma inferior. Dicha interpretación debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados y de esta forma afirmar por sí misma el hecho de su supremacía.

¹⁰⁴ *Ibíd.* Art. 427.

Capítulo III

La experiencia ecuatoriana en los fallos de control concreto de constitucionalidad

“En toda comunidad tiene que haber una obediencia sujeta al mecanismo de la constitución estatal, con arreglo a leyes coactivas (que conciernen a todos), pero a la vez tiene que haber un espíritu de libertad, pues en lo que atañe al deber universal de los hombres todos exigen ser persuadidos racionalmente de que tal coacción es legítima, a fin de no incurrir en contradicción consigo mismos.”

- Immanuel Kant -

3.1 La consulta sobre la constitucionalidad de las normas. Su procedimiento, implicaciones y críticas frente a la necesidad de garantizar la supremacía constitucional y los derechos de las personas.

En Ecuador, se ha remarcado desde el mismo texto constitucional la necesidad y la constitucionalidad de los principios de aplicación directa de las normas constitucionales y su interpretación integral. Hecho este que atañe a los servidores públicos, entre ellos los jueces. Pese a estas doctrinas constitucionales en el paradigma constitucional ecuatoriano, no existe la posibilidad de que los jueces ordinarios realicen un control directo de constitucionalidad en un caso concreto, no pueden declarar inconstitucional una norma e inaplicarla, como ocurría en la Constitución de 1998, cuando las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tenían la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente; y se permitía la inaplicación de la ley inconstitucional,¹⁰⁵ con la siguiente disposición:

Art. 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.

¹⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador (1.998), Tit. XVIII, “*De la Supremacía, Del Control y de la Reforma de la Constitución*”, cap. I, De la Supremacía de la Constitución, arts. 272, 273, (Quito, Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización). f: 67.

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.¹⁰⁶

Esta antigua normativa constitucional, permitía que, juezas y jueces puedan aplicar integralmente los principios que constan no sólo en la Constitución sino también en instrumentos internacionales de derechos humanos y antes que nuestro Estado se convierta en un “Estado Constitucional, existía la posibilidad de los juzgadores ordinarios para convertirse así en «cerebro y boca de los derechos constitucionales, de una forma más directa y expedita. La actual Constitución se restringe esa posibilidad; sin tomar en consideración que la función del juez en el actual modelo constitucional, no es solamente ser el garante de los derechos de los ciudadanos, sino que debe asumir un papel activista para su eficacia cualitativa, tanto más cuando el artículo 11 numeral 3 de la Constitución del 2.008 establece que “para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la Ley.”¹⁰⁷ A decir de Ramiro Ávila:

La Constitución del Ecuador tiene una aparente antinomia. Por un lado, ordena a toda persona, incluidas juezes y juezas, para aplicar directamente la Constitución y, por otro lado, dispone que los jueces y juezas suspendan la causa cuando encuentren normas que sean contrarias a la Constitución y remitan a la Corte Constitucional. Esta aparente antinomia fue resuelta ya por la Asamblea Nacional al expedir una norma que dispone que solo se suspenderá la tramitación de una causa cuando el juez o jueza tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, lo que quiere decir que cuando un juez o jueza, en la tramitación de un juicio, encuentre una norma que sea evidentemente inconstitucional, debe aplicar directamente la Constitución.¹⁰⁸

Nace así la consulta de norma, como mecanismo del control de constitucionalidad de las leyes, y se basa en la necesidad fundada de que el juez ordinario motive y argumente adecuadamente su ‘duda razonable’. La motivación es el resultado de su labor interpretativa y deberá ser clara y fundada a fin de que sea válida, ya que de acuerdo al artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República,

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Constitución Ecuador 2008, art. 11.3.

¹⁰⁸ Ramiro Ávila Santamaría, (2011), *El neo constitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez Editores, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Ediciones Abya Yala, p.65.

es imperativo que las resoluciones de los poderes públicos, motiven sus resoluciones, con la sanción caso contrario de la nulidad de la resolución. Otra cosa es hablar de su pertinencia y eficacia.

Así el modelo de control constitucional en el Ecuador se ha establecido como un sistema mixto. De esta forma la jueza o juez que, 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 a los conferidos por la Constitución, debe suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente a la Corte Constitucional, para que, dentro de un plazo no mayor a 45 días, resuelva acerca de la constitucionalidad o no de la norma.

De acuerdo a lo expuesto, el único organismo facultado para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una norma es la Corte Constitucional, pero esta inconstitucionalidad vía consulta sólo procede en el caso del control de constitucionalidad concentrado concreto, al que se ha hecho referencia anteriormente; en la forma como lo prescribe el artículo 428 de la Constitución de la República, que dispone:

Art. 428.- 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. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.¹⁰⁹

En consecuencia, si el artículo 428 de la Constitución de la República señala expresamente, que la consulta de constitucionalidad debería ser tramitada en un plazo que no exceda los 45 días, esta disposición no admite clasificación alguna ni interpretaciones que vulneren ese lapso; sin embargo el plazo para realizar el control concentrado concreto de constitucionalidad se ha extendido por parte de la Corte Constitucional, mediante el artículo 9 del Reglamento de Sustanciación de Procesos, que dice:

¹⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador. (2.008), art. 428.

Art. 9.- Plazos y Términos.- Los plazos y términos a los que se refiere la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se aplicarán a la fase de impulsión judicial que se inicia a partir del día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o juez sustanciador o al despacho del Pleno de la Corte.

No se computarán dentro del cálculo de plazos y términos el tiempo durante el cual el expediente no se encuentre al despacho del juez, de las salas de admisión, selección y revisión o del Pleno de la Corte Constitucional para su conocimiento. Los plazos y/o términos deberán comenzar a contarse a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la providencia o auto de avoco de la causa por parte del juez o de las distintas Salas, y desde que el expediente haya sido incluido para conocimiento del Pleno del Organismo en el Orden del Día.

Cuando se trate el asunto dentro del orden del día por el Pleno de la Corte Constitucional se entenderá la impulsión desde que se encuentra al despacho del Pleno. Cuando el Pleno de la Corte Constitucional, las salas de admisión, selección, revisión, y las juezas o jueces constitucionales soliciten apoyo técnico jurisdiccional, ordenen la práctica de diligencias y/o soliciten estudios especializados se suspenderá el cómputo de los plazos o términos. La suspensión y reanudación de los plazos y términos se realizará por medio de providencia.¹¹⁰

De la disposición anotada, se deduce que la Corte Constitucional, por medio del reglamento de sustanciación que emite, decidió suspender los plazos y términos desde la fecha que se recibe el expediente por parte de las Unidades Judiciales ordinarias, hasta la fecha que el Juez Constitucional de la Corte avoca conocimiento de la causa, es decir aún si este periodo durara años, la Corte no lo va a tomar en cuenta. Pero el problema radica cuando la Corte Constitucional no se pronuncia respecto a la consulta dentro del plazo de 45 días establecido en la Constitución, porque el juez ordinario que suspendió la causa en su caso concreto, pasado este plazo constitucional, debe continuar sustanciando su proceso donde apareció la duda razonable y emitir la resolución tal como lo establece el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en la parte pertinente dice:

(...) Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.¹¹¹

¹¹⁰ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado el 10 de febrero del 2010, en el suplemento del Registro Oficial N° 127, art. 9.

¹¹¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada el 22 de Octubre del 2009, en el Registro Oficial N° 52, Art. 152.

Allí aparece el riesgo de aplicar por parte del juez ordinario, una norma que posteriormente, puede resultar ser inconstitucional, luego que el órgano de control, emita sentencia en la que acepte la consulta y declare la inconstitucionalidad de la norma consultada, que conforme a las disposiciones invocadas pudo ya ser aplicada por el juez ordinario en el caso concreto; restringiendo el problema de la inconstitucionalidad que afecta al perjudicado, a la presentación por parte de éste, de una acción extraordinaria de protección, para lo cual tiene un plazo de veinte días, desde que la norma fue declarada inconstitucional, tiempo que, de acuerdo al artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se cuentan desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional.

En este escenario, la persona perjudicada por la decisión ulterior de la Corte Constitucional, es afectada por la inconstitucionalidad de la norma, y en el caso que no interponga la acción extraordinaria dentro de plazo, se produce la paradoja que una norma declarada inconstitucional seguirá afectando al perjudicado, considerando que es recomendable otorgar un plazo más amplio o similar al recurso de revisión, para que se subsane esta inconstitucionalidad que persiste respecto del accionante frustrado, lo que permitirá que el poder de las resoluciones constitucionales sea universal, es decir, sin excepciones de ninguna especie, en vista que un ciudadano que ha sido perjudicado por autoridades jurisdiccionales ordinarias, con la aplicación de una norma que posteriormente fue declarada inconstitucional, no podría tener las suficientes garantías para presentar una acción extraordinaria de protección por falta de comunicabilidad de esta decisión.

Allí el problema del sistema actual. El tiempo entre la remisión de la consulta de norma por parte del juez ordinario y la emisión de la resolución por parte de los jueces de la Corte Constitucional, podría vulnerar los derechos de las partes que intervienen en un proceso judicial, además de que el transcurso de este tiempo afecta los principios de tutela judicial efectiva y celeridad declarados por la misma Norma Suprema y adaptados al resto del ordenamiento jurídico. El modelo actual de control concentrado ata las manos de los jueces, quienes deben esperar por una resolución que afecta su accionar y pone en riesgo su propia labor. El sistema de control concentrado en razón de sus trabas de temporalidad no es el mecanismo más eficaz para defender la

supremacía constitucional y por ende los derechos de los ciudadanos. Esto, frente al hecho de que en el país ya se aplicó, con la Constitución de 1998, una especie de control mixto de corte difuso que permitía que las decisiones judiciales no sean dilatadas y que al mismo tiempo realizaba el control de constitucionalidad en casos concretos sin necesidad de suspender un proceso judicial que coloque en ‘stand by’ los derechos de los usuarios del sistema de justicia ordinaria.

3.2. La motivación de la consulta

La motivación de la consulta, representa el inicio del control concentrado concreto de constitucionalidad, la cual es esencial para que éste proceda, ya que de acuerdo a lo que expresa el jurista italiano Roberto Scarciglia, en su obra *La motivazione dell'atto amministrativo* dice:

La exigencia de fundamentación de los actos jurisdiccionales y administrativos tiene raíces en el principio constitucional implícito de interdicción a la arbitrariedad de los Poderes Públicos, en los principios democráticos del debido proceso legal, de la seguridad jurídica, de la igualdad, de la proporcionalidad y derecho de defensa de posiciones jurídicas.¹¹²

Es tanta la importancia de la motivación de los actos jurisdiccionales y administrativos, que la Constitución de la República sanciona, en el literal 1) del numeral 7 del artículo 76, que un acto inmotivado será nulo, cuando dispone:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)

1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.¹¹³

Respecto de la falta de motivación es importante lo que expresa Robert Alexy en su obra *Derecho y razón práctica*: “La legitimación de la decisión judicial sólo puede

¹¹² Roberto Scarciglia, (1999). *La motivazione dell'atto amministrativo*. Milán, Italia: Giuffrè editores, p 23.

¹¹³ Constitución de la República del Ecuador. (2008), art. 76.

derivar de la argumentación jurídica racional, la idea de racionalidad discursiva solo se realiza en un Estado Democrático Constitucional y que es imposible la existencia de un Estado Democrático Constitucional sin discurso, sin argumentación y sin justificación.”¹¹⁴, por lo tanto en el Estado Constitucional, la fundamentación se constituye en un derecho fundamental del usuario de justicia, porque de ello deviene la materialización de otros derechos como tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa.

El procesalista italiano Piero Calamandrei, en su obra *Ellos, los jueces vistos por un abogado*, al referirse a la motivación de las decisiones jurisdiccionales, expresa: El fundamento de las sentencias es, ciertamente, una gran garantía de justicia cuando consigue reproducir, muy exactamente, como un esbozo topográfico, el itinerario lógico que el juez recorrió para llegar a su conclusión.¹¹⁵; así también lo establece el jurista peruano Florencio Mixán Mass, en su artículo *La motivación de las resoluciones judiciales*, cuando dice que la finalidad de la motivación de las resoluciones judiciales:

Es contribuir a que, en todos los casos, se concrete la obligación de poner de manifiesto las razones que sustentan la resolución como uno de los medios destinados, a su vez, a garantizar la "recta administración de justicia". También responde a la necesidad de que las partes conozcan los fundamentos de la resolución expedida para que adopten las determinaciones que les compete al respecto. La motivación es consustancial a la necesidad de procurar siempre una consciente y eficiente realización jurisdiccional del Derecho en cada caso concreto. Desde el punto de vista de la conciencia jurídica, consideramos que la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales trasciende el marco normativo de un determinado Estado; puesto que, cualquier habitante de cualquier Estado siente la necesidad de que las decisiones de sus jueces se sustenten en una adecuada fundamentación, en una razonada explicación del por qué y del para qué de la decisión. Esa exigencia y su concretización permiten evitar la arbitrariedad judicial.¹¹⁶

La falta de motivación de la consulta de control concentrado concreto de constitucionalidad tiene efectos diversos a la falta de motivación de la sentencia, porque en este caso es una petición en la que la o el juzgador ordinario suspende la causa de conformidad a lo que dispone el inciso 1° del artículo 428 de la Constitución de la República, para que la Corte Constitucional se pronuncie sobre su constitucionalidad en un plazo de cuarenta y cinco días, pero en el caso de que esta consulta no se encuentre

¹¹⁴ Alexy, R. (1998) *Derecho y razón práctica*. México D.F., Fontamara, pág. 59

¹¹⁵ Piero Calamandrei, (2000). *Ellos, los jueces vistos por un abogado*. Sao Paulo. Martín Fontes, pág. 175.

¹¹⁶ Florencio Mixán Mass, (1987). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Debate Penal, N° 2, mayo – agosto 1987, Universidad Nacional de Trujillo, 193 – 203, pág. 197.

debidamente fundamentada la Corte Constitucional rechaza la consulta, disponiendo, generalmente, por la falta de requisitos, observaciones y sanciones a las y los juzgadores, lo que ha generado que esta vía no sea utilizada como se pretendía cuando se promulgó la Constitución de la República.¹¹⁷

Los jueces ordinarios, en consecuencia son agentes del Estado que materializan la justiciabilidad de los derechos constitucionales y los consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, encargados de “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos constitucionales y los consagrados en los instrumentos internacionales”¹¹⁸; siendo lo óptimo que deberían ser como se indica en la obra “*Ellos los jueces criminales*”, vistos por nosotros, del jurista brasileño Amilton Bueno de Carvalho, comentado por el juez penal brasileño Paulo Sergio Oliveira, quien en su artículo “Ellos, los jueces garantistas”, expresa:

Estos jueces que, infelizmente, caminan contra la corriente dominante, dan verdadera vida a los preceptos garantizadores constitucionales. En el libro “Ellos lo jueces criminales, visto por nosotros, los jueces criminales”, el lector tendrá el placer de sentir, ávidamente, el pensamiento de un magistrado ejemplar, A todos estos magistrados nuestro más profundo respeto y admiración, pues rompen, sin temor, barreras represoras, para garantizar a los ciudadanos que sean cumplidos estrictamente todos los dictámenes constitucionales. Parafraseando a Ferrajoli son “uno contra todos”. Esta defensa intransigente de los derechos y garantías individuales transforma a estos magistrados en víctimas de preconceptos dentro de su propia corporación, impidiéndoles, muchas veces, alcanzar promociones y llegar hasta los Tribunales Superiores, pero pese a ello siguen con sus prácticas garantistas y se enfrentan con sus pares en nombre de la Constitución [...] La práctica del garantismo debe ser enaltecida siempre y aún más, divulgada e propagada, para que cada vez más personas conozcan y rompan preconceptos.¹¹⁹

Por lo general, todos los jueces debieran ser garantistas por mandato constitucional conforme al inciso 2º del artículo 426 de la Constitución de la República que dispone a juezas y jueces, aplicar directamente las normas

¹¹⁷ Dentro de este trabajo se realizaron entrevistas a jueces de primera y segunda instancia, Dr. José Eladio Coral, Juez Provincial de Imbabura, Dr. Galo Ortega Serrano, Juez Multicompetente del cantón Mira provincia del Carchi, Dr. Wilson Hernán Quelal, Juez Multicompetente del cantón Espejo, provincia del Carchi; y, Dra. Delia del Pilar Barreno, Jueza de la Unidad de la Familia, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Puyo, Provincia de Pastaza, quienes conocen de casos, que se ha realizado consulta de norma a la Corte Constitucional, y al no reunir los requisitos establecidos, la consulta ha sido rechazada y los consultantes han sido investigados por el Consejo de la Judicatura y hasta por Fiscalía por retardar el proceso que están conociendo, lo que ha generado que los jueces no realicen consulta conforme al artículo 428 de la Constitución.

¹¹⁸ Constitución del Ecuador (2008), art. 3, num. 1.

¹¹⁹ Paulo Sergio Oliveira, P. (2016) *Ellos, los jueces garantistas*. <http://paulosergiooliveira.jusbrasil.com.br/artigos/121935582/eles-os-juizes-garantistas>. 2016/26/09

constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, debiendo prevalecer esta últimas cuando establezcan derechos más favorables a los establecidos en la Constitución, sin embargo esta aplicación directa de derechos, está vedada para los jueces ordinarios, en virtud que en Ecuador existe el control concentrado de constitucionalidad, por tanto esa facultad únicamente corresponde a la Corte Constitucional.¹²⁰; por tanto este principio, ha sido obstruido por el artículo 428 ibídem, transformándose en una norma prácticamente retórica.

3.3.- Reglas jurisprudenciales creadas por la Corte Constitucional de Ecuador respecto a la consulta de norma

Con el apareamiento de la duda razonable respecto a la constitucionalidad de una norma legal, los jueces ordinarios, han realizado consultas sobre la constitucionalidad de las mismas, con la finalidad de proceder o no, con su aplicación, el momento previo a resolver, dentro de un caso de su conocimiento donde se discuten derechos; sin embargo, al no cumplir con el requisito de motivación, estas consultas son rechazadas por la Corte Constitucional, quien al respecto, en sentencia N° 033-13-SCN-CC, caso N° 0002-13-CN de 23/05/2013, invocando tratadistas del derecho comparado, expone:

Dentro del derecho comparado, así como por un amplio sector de la doctrina, esta figura ha sido denominada cuestión de constitucionalidad. El tratadista Humberto Sierra Porto ha sostenido que: "La cuestión de constitucionalidad consiste en dar la posibilidad a que el juez que tiene ante sí una ley de dudosa constitucionalidad, bien sea a petición de parte o de oficio, pueda elevar al Tribunal Constitucional una pregunta: 'cuestión' sobre la validez, de la norma legal que debe utilizar para dictar sentencia. En la 'cuestión' el control de constitucionalidad se realiza con motivo y en el seno de un litigio o proceso ordinario; se trata de un control concreto, en el que el estudio de la constitucionalidad de la norma es condicionado por el proceso ordinario, es decir, solamente puede examinarse la constitucionalidad de aquellos preceptos que sean relevantes en ese proceso."¹²¹

¹²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 055-10-SEP, caso No. 0213-10-EP, 18/11/2010, juez constitucional ponente Dr. Edgar Zárate Zárate, manifiesta "En definitiva, esta Corte deja en claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República vigente, y a diferencia del control constitucional difuso previsto en la Constitución Política de 1998, los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, circunstancia que se ha generado en el caso sub judice. Finalmente, a partir de la disposición constitucional citada, es evidente también que no existe la posibilidad de que un juez efectúe en la sustanciación de una causa, un control constitucional respecto a actos administrativos con efectos particulares e individuales por no encontrar sustento constitucional".

¹²¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 033-13-SCN-CC Caso N° 0002-13-CN de 23/05/2013.

La duda razonable tiene directa relación con el control concreto de constitucionalidad, porque la causa se suspende para que la Corte Constitucional se pronuncie acerca de la constitucionalidad de una norma a fin que remita un pronunciamiento. La misma sentencia invocada, emite una descripción de lo que debe entenderse por “duda razonable”, cuando expresa:

En este sentido, la consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad, debe entenderse como aquella garantía constitucional que plantea la obligación de las juezas y jueces de elevar consultas a la Corte Constitucional, para que esta resuelva sobre la constitucionalidad de una norma que deba ser aplicada en el proceso que se encuentra sustanciando y respecto de la cual, la jueza o juez considera que es contraria a la Constitución. Así, a partir de lo señalado, se puede identificar los dos objetivos principales de la consulta de norma. En primer término, a partir de una naturaleza o finalidad objetiva, se garantizará la supremacía constitucional, mediante la interpretación conforme o la invalidez de normas que componen el ordenamiento jurídico cuando estas contradigan el texto constitucional. Y por su parte, desde su finalidad subjetiva, se tutelarán a las partes de un proceso judicial, evitando una posible aplicación de normas inconstitucionales.¹²²

Es a partir del mes de febrero del año 2013, que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aclara cuales son los parámetros que los jueces ordinarios deben tomar en cuenta para realizar la consulta, mediante sentencia N° 001-13-SCN-CC, de 06/02/2013, donde determinó que los jueces deben seguir la siguiente regla jurisprudencial, para que la consulta sea admisible, por tanto debe reunir los siguientes requisitos:

a.- Identificación del enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta: las juezas y jueces que dentro de la tramitación de un caso concreto, consideren que una o varias normas contravienen el orden constitucional, tienen la obligación de suspender el proceso y remitir en consulta a la Corte Constitucional, a fin de que ésta dictamine una posible inconstitucionalidad de aquellas disposiciones normativas. Para tal efecto, es necesario que los órganos consultantes, estas son, las diferentes judicaturas del país, identifiquen con precisión y claridad el o los enunciados normativos que presuntamente adolecen de vicios de inconstitucionalidad pues respecto de aquellos efectuará el análisis de la Corte Constitucional.

b.- Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos: De la misma forma, las juezas y jueces tienen la obligación de señalar expresa y claramente los principios o reglas constitucionales que, a causa de la aplicación del enunciado normativo, resultarían infringidos. Sin embargo, esta Corte es enfática en afirmar que la sola enunciación de la normativa constitucional presuntamente conculcada no es suficiente para ejercer adecuadamente el control de constitucionalidad establecido en el artículo 428 de la Norma Fundamental. En tal

¹²² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 033-13-SCN-CC Caso N° 0002-13-CN de 23/05/2013.

virtud, es deber de las juezas y jueces exponer de manera motivada las circunstancias y razones por las cuales estos enunciados normativos son determinantes en el proceso; así como establecer la forma y justificación por las que dichos enunciados contradicen el texto constitucional, en observancia al principio de motivación que contiene el artículo 76, numeral 7, literal 1, de la Constitución de la República.

c.- Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto: el juez constitucional debe detallar y describir, de manera pormenorizada y sistemática, las razones por las cuales el precepto normativo es por su relevancia indispensable para la decisión de un proceso judicial. Lo cual no solo implica identificar en enunciado normativo que presuntamente debe ser aplicado al proceso, sino que también conlleva a la determinación de cómo la interpretación de la norma es imprescindible para la toma de la decisión, en consideración a la naturaleza misma del proceso y el momento procesal en que se presenta dicha consulta. Esto supone que las juezas y jueces deben sustanciar el proceso hasta que surja la existencia de una norma jurídica de dudosa constitucionalidad absolutamente necesaria para continuar el proceso, o para decidir la cuestión.¹²³

En el caso de la sentencia mencionada para ilustrar el punto de la duda razonable y el control concentrado de constitucionalidad hay que remarcar la importancia que la Corte Constitucional le otorga a la obligación de las juezas y jueces ordinarios de remitir el expediente en consulta al organismo, para lo que deberán suspender la tramitación del proceso, sin que esto signifique dilación ‘maliciosa’ por así decirlo del desarrollo normal del procedimiento; y, justamente para evitar interpretaciones acerca de la eficacia de la aplicación inmediata de los principios constitucionales o reclamos acerca de la dilatación innecesaria de los procesos, es que la Corte Constitucional, con el afán de frenar consultas infructuosas que no traten sobre cuestiones de constitucionalidad ha establecido las reglas ya citadas anteriormente.

Algunas cuestiones que quedan claras son las tajantes determinaciones o requisitos que los jueces deben observar antes de remitir un proceso en consulta a la Corte Constitucional por “duda razonable”; así, lo primero que debe determinarse es la norma presuntamente inconstitucional, que cause conflicto en el caso concreto, entonces la norma dudosa debe ser plenamente determinada, con exactitud y claridad. El segundo filtro es aquel que impide enviar una consulta al amparo del artículo 428 de la Constitución si no se explica adecuadamente y en la lógica del derecho cómo la aplicación de la norma ‘dudosa’ podría vulnerar determinados (taxativamente) principios fundamentales consagrados en el texto de la constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es decir cómo se lesionaría los

¹²³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 001-13-SCN-CC, de 06/02/2013.

derechos de las partes procesales y sus efectos en el ordenamiento jurídico; y, por último es necesario explicar cómo la norma que es elevada en consulta de constitucionalidad es vital o relevante para el desarrollo y la resolución procesal de la justicia ordinaria.

Además de dilucidar otros filtros y aclaraciones como: la consulta de constitucionalidad o la duda razonable no podrá ser invocada en materia constitucional para: dilucidar vías de procedimiento judicial ordinario, es decir no es posible preguntarle a la Corte constitucional que camino legal tomar para resolver, puesto que para ello ya existen indicaciones o determinaciones previas que permiten al juez ordinario realizar un ejercicio jurídico que lo conduzca a una respuesta meramente procedimental.

La Corte Constitucional ha dejado claro que, la invocación de duda razonable no procede para determinar la aplicación de normativa legal, porque para eso existe la reglas de solución de antinomias que establece el artículo 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dice: “(...) 1.- Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.”¹²⁴, entonces la “cuestión de constitucionalidad” no puede ser elevada a la Corte Constitucional para dilucidar aspectos de competencia jurisdiccional sobre el conocimiento de causas, aclara que no existiendo criterios fundados y en base a las ‘reglas’ determinadas para el efecto, las juezas y los jueces no podrán evitar, retrasar o dejar de cumplir con su deber de aplicar de forma inmediata los principios constitucionales, colocando así parámetros de comprensión judicial que a criterio de la Corte tratan de evitar el retardo injustificado del acceso a la tutela judicial efectiva y a un proceso adecuado y expedito.

El sistema implantado en Ecuador que es una especie de control ‘híbrido’, semejante al sistema español en cuanto a la forma en la que concibe un organismo máximo de control que se apoye de los jueces ordinarios con la finalidad de realizar un control de constitucionalidad concentrado en donde la última palabra la tenga el juez constitucional, así al respecto Manuel Aragón, señala:

¹²⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (2009), art. 3, num. 1.

En nuestra Constitución se ha adoptado un sistema de control judicial (3) al que, en principio, cabría calificar como de jurisdicción concentrada, ya que se crea un tribunal especial para ejercitarlo (el Tribunal Constitucional). No obstante, esa afirmación habría que matizarla, pues lo que se trata de implantar es más bien una especie híbrida en la que se reúnen caracteres propios de cada uno de los dos modelos de control judicial existentes en Derecho comparado (el de jurisdicción concentrada y el de jurisdicción difusa) en cuanto que además del Tribunal Constitucional también desempeñarán el control, según el art. 53.2, los tribunales ordinarios, cuestión que suscita diversos problemas de calificación sobre los que más adelante volveremos.¹²⁵

El autor señalado remarca la pertinencia de este sistema mixto en el cual los jueces del Tribunal, de acuerdo a la experiencia del modelo español se vuelven en los más certeros garantes de la Constitución ya que no se sujetan a cuestiones políticas y además cohesionan el ordenamiento al tener como premisa el hecho de que un mismo organismo sea el que expida las resoluciones en materia constitucional.

De hecho el tema de la consulta de norma, en el sistema español también es un hecho que se concibe de la forma similar al de Ecuador. Así, ante una presunta inconstitucionalidad de la norma de acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el juez deberá remitir la cuestión al Tribunal para que este se pronuncie sin embargo; el procedimiento adoptado tiene las siguientes características determinadas a partir del artículo 35 de la mencionada Ley Orgánica:

1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

3. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso

¹²⁵ Miguel Aragón, *El Control de Constitucionalidad en la Constitución de 1978*, en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1427325.pdf>

judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

Así, es posible apreciar una suspensión procesal, sin embargo esta se presenta al momento de resolver, en el espacio procesal en que el Juez determine que la posible inconstitucionalidad de la norma es una cuestión de fondo para su resolución, además existe una figura de una audiencia y la posibilidad de las partes procesales de expresarse respecto de sus alegaciones de inconstitucionalidad y de igual manera si la remisión de posible inconstitucionalidad no se encontrara debidamente motivada el Juez del Tribunal constitucional podrá rechazarla.

La doctrina y normativa en cuanto al control de constitucionalidad tanto en Ecuador como en España, son casi como dos gotas de agua. La diferenciación se presenta en el desarrollo de las conflictos y la forma de abordarlos en cada sociedad, situación que dependerá de la cultura jurídica de los usuarios del sistema de justicia y del mismo sistema estatal lo que es abre la puerta al hecho de que la eficacia de los sistemas no solamente depende de las normas escogidas para su funcionamiento sino de situaciones sociales, políticas, históricas, entre otras, determinantes en su efectividad.

3.4.- Efectos de los fallos constitucionales

De acuerdo a José María Morales Arroyo y Esperanza Gómez Corona en su obra *Manual de Derecho Constitucional*, que en el capítulo XVI trata sobre las resoluciones del Tribunal Constitucional, al referirse a los efectos de los fallos constitucionales, expresan que: “Cuatro elementos hay que tener presentes a la hora de valorar los efectos típicos de las sentencias constitucionales: los efectos en el tiempo, los efectos personales, y el efecto de cosa juzgada.”¹²⁶, lo que para el efecto se analizan a continuación:

3.4.1.- Efectos en el tiempo

Los juristas españoles José María Morales Arroyo y Esperanza Gómez Corona, en la citada obra al referirse a los efectos temporales de las sentencias constitucionales en un modelo de control concentrado de constitucionalidad, expresan:

¹²⁶ Morales, J., & Gómez, E. (2015). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, pág. 421

En el marco de los modelos de justicia constitucional concentrada, la regla sobre los efectos temporales viene siendo que las sentencias producen efectos pro futuro, no pro praeterito. Una tradición que el constituyente tiene en mente cuando afirma, en el segundo inciso del artículo 164, que las sentencias tienen valor de cosa juzgada “a partir del día siguiente de su publicación”; o como mantiene el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las sentencias “producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”¹²⁷

El artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en forma expresa se refiere a los efectos de las sentencias constitucionales en el tiempo, cuando dispone:

Efectos de la sentencia en el tiempo.- Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general. Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.¹²⁸

Excepcionalmente, las sentencias constitucionales tienen efecto retroactivo, de conformidad a lo que dispone el numeral 4 del artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone:

Efectos del control de constitucionalidad.- Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual: (...)

4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.¹²⁹

El señalado numeral concuerda con el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución de la República ya que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia,

¹²⁷ Morales, J., & Gómez, E. (2015). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, pág. 421

¹²⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2.009), art. 95.

¹²⁹ *Ibíd.* Art. 96.

porque, de conformidad al numeral 1º del artículo 3 del mismo cuerpo constitucional es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

3.4.2.- Efecto de cosa juzgada

Si bien los juristas españoles José María Morales Arroyo y Esperanza Gómez Corona en el citado artículo señalan que las sentencias constitucionales producen el efecto de cosa juzgada material, previamente es necesario distinguir entre cosa juzgada material y formal, a fin de determinar qué efectos tienen las sentencias constitucionales en el Ecuador. El Semanario Judicial de la Federación Mexicana y su Gaceta, que contienen la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de México, reproduce jurisprudencia del Segundo Tribunal Colegiado en materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito (Estado de Chihuahua) causas Roles números 419/2003 y 611/2003, en su artículo Cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Distinción y efectos, en donde se diferencia estas dos clases de cosa juzgada, cuando expresa:

La doctrina moderna distingue dos especies de cosa juzgada, la formal y la material. La primera está encaminada a operar exclusivamente en el proceso, pues consiste en la inimpugnabilidad de la sentencia en su certeza jurídica, en virtud de que con la realización de ciertos actos o con el transcurso de los términos se extingue el derecho que pudiera haberse ejercido para realizar determinados actos procesales. En cambio, la material, además de tener como base esa inimpugnabilidad de la sentencia dentro del proceso, su firmeza o inmutabilidad debe ser respetada fuera del proceso, o en cualquier otro procedimiento en que se pretenda promover exactamente el mismo litigio. Esto es, los efectos de la sentencia devienen definitivos y obligatorios para el juzgador en cualquier juicio en el que se pretendiera reiterar lo sentenciado, es decir, la sentencia al ser inimpugnable alcanza autoridad o fuerza de cosa juzgada en sentido formal o externo, pero si, además, resulta jurídicamente indiscutible el pronunciamiento judicial que el fallo contenga, entonces, adquiere fuerza de cosa juzgada en sentido material o interno. Luego, la primera es el presupuesto de la segunda y el significado de ambas puede condensarse así: la cosa juzgada formal es igual a inimpugnabilidad, mientras que la cosa juzgada material es igual a indiscutibilidad. Por lo general coinciden los dos sentidos de la cosa juzgada, pero no en todos los casos, ya que en algunos sólo se produce el primero.¹³⁰

¹³⁰ Segundo Tribunal Colegiado en materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito (Estado de Chihuahua) México. (1997, Tomo VI, pág. 565). *Cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Distinción y efectos*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, 565.

En nuestro ordenamiento constitucional la sentencia emanada de la Corte Constitucional produce ambos efectos, porque ésta genera la indiscutibilidad (material) y la inimpugnabilidad (formal), lo que se expresa claramente en lo que dispone el artículo 440 de la Constitución de la República, que dispone: “Carácter definitivo e inapelable de las sentencias.- Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables.”¹³¹, disposición constitucional que se complementa con el artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone:

Art. 96.- Efectos del control de constitucionalidad.- Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual:

1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
2. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
3. Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.
4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.¹³²

Ante lo establecido por la Ley, luego de haberse despachado una consulta sobre inconstitucionalidad de una norma, por la Corte Constitucional, y si esta la declara inexecutable, es decir inaplicable, estableciéndose así el efecto de cosa juzgada formal, porque la norma es expulsada del sistema; sin embargo en el evento posterior que variaren las circunstancias de hecho y derecho que motivaron la consulta, esta podría ser modificada, pero mientras subsista el fundamento de la resolución es inaplicable, con las consiguientes sanciones a las autoridades que la aplicaren por desconocimiento o cualquier otra causa.

¹³¹ Constitución de la República del Ecuador. (2008), art. 440.

¹³² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009), art. 96.

3.4.3.- Efectos de las sentencias constitucionales erga omnes, inter pares e inter partes.

Las sentencias constitucionales sea que emanen de un control concentrado abstracto y concreto de constitucionalidad producen efectos, de acuerdo a lo que expresa el jurista italiano Mauro Cappeletti, cuando señala que estas “sentencias de la Corte Constitucional se caracterizan por generar tanto efectos inter partes como erga omnes, y generalmente presentan una estructura binaria, en el sentido de que pueden ser “estimatorias” o “desestimatorias”, según resuelvan de modo favorable o desfavorable al planteo de inconstitucionalidad.¹³³, en tal sentido lo dispone el artículo 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dice:

Efectos del fallo.- El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:

1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.¹³⁴

Según se infiere del numeral 1º del artículo 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el fallo de las sentencias de control concentrado concreto de constitucionalidad que se refieran a la compatibilidad de una disposición jurídica con las normas constitucionales, producirá efectos erga omnes cuando la Corte Constitucional se pronuncie sobre el fondo de la disposición, al igual que ocurre con las sentencias de control concentrado abstracto de constitucionalidad.

Respecto del control concentrado concreto de constitucionalidad cuando tiene que ver exclusivamente a la aplicación de la norma, en el caso en concreto, a la que se refiere el numeral 2 del artículo 143 ibídem, la sentencia produce efectos *intepartes* (entre las partes), sin embargo este precedente puede aplicarse a casos análogos cuando la hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, produciendo efectos *interpares*.

¹³³ Mauro Cappeletti, (1976). *El formidable problema de control de constitucionalidad de las leyes*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 41

¹³⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009), art. 143.

3.5.- Efectos adicionales que limitan la consulta

Como se manifestó en líneas anteriores, para la realización del presente trabajo, se procedió a realizar entrevistas a jueces de primera y segunda instancia de tres provincias del Ecuador, quienes afirman que cuando encuentran duda respecto a la constitucionalidad de una norma, por ser contraria a la Constitución de la República y a instrumentos internacionales de derechos humanos, prefieren no realizar la consulta y aplicar directamente la constitución y convenios internacionales al momento de resolver.

Manifiestan que partiendo del hecho que el principio de supremacía constitucional, otorga el mismo grado de importancia normativa a los demás principios que se consagran en la misma, un juez jamás debe dejar de resolver una causa, a pretexto de inexistencia o ausencia de norma, por lo tanto el juez deberá resolver el litigio, aunque después venga la consulta manifestando que esa norma que se aplicó, es inconstitucional, en ese caso cabría una acción extraordinaria de protección en contra de esa sentencia.¹³⁵

Para ello, la consulta de constitucionalidad tiene que estar suficientemente motivada, pero no son pocos los casos en los que la Corte Constitucional, devuelve esas consultas por falta de motivación y dispone un acción investigativa en la vía administrativa, e incluso en algunos caso en la vía penal, por haber dejado de resolver aduciendo falta de norma, porque se conocen casos de jueces que han sido sancionados por falta de motivación al realizar una consulta de constitucionalidad, con lo cual se demuestra que los jueces deben ser más cautelosos en el procedimiento al momento de hacer las consultas a la Corte Constitucional, sin dejar de lado lo dispuesto también por la Corte Nacional de Justicia¹³⁶.

En definitiva los jueces entrevistados claramente expresaron que actualmente, es preferible no realizar la consulta debido a que el tiempo establecido en la

¹³⁵ Respuesta a la pregunta: Cuáles son las consecuencias en el caso de que la Corte Constitucional no resuelva en 45 días una consulta sobre inconstitucionalidad de norma legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución?, que tiene relación con la entrevista realizada, a la Dra. Delia del Pilar Barreno, Jueza de la Unidad de la Familia, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Puyo.

¹³⁶ Respuesta a la pregunta: Puede hablarnos de casos de jueces ordinarios sancionados por falta de motivación al realizar una consulta de constitucionalidad?, que tiene relación con la entrevista realizada, al Dr. Wilson Hernán Quelal Onofre, Juez Multicompetente de la ciudad de El Angel, cantón Espejo, Provincia de Carchi.

Constitución no es respetado por los Jueces de la Corte Constitucional, el sistema ecuatoriano no es del todo eficiente; y, que corren el riesgo de ser sancionados si la Corte Considera que la consulta no es fundamentada. Por otro lado han elogiado al sistema norteamericano de control de constitucionalidad en el cual se otorga facultades, para inaplicar una norma en un caso concreto, en virtud del control difuso de constitucionalidad.¹³⁷

3.6.- La Corte Constitucional y su papel como garante de derechos a la luz del modelo de control constitucional concentrado.

En el modelo de control constitucional que tiene el Ecuador, es la propia Constitución, en el artículo 429 la que señala que la Corte Constitucional es el órgano máximo de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia, abriendo espacio al quehacer supremo del juez constitucional, afirmando que este tiene la única y última palabra en referencia a la constitucionalidad del ordenamiento jurídico a diferencia del juez ordinario que en este tema tiene únicamente la obligación de remisión de una consulta ante sus ‘dudas razonablemente fundadas’. En capítulos anteriores se ha hablado ya de la importancia que el juez ordinario tiene en el aseguramiento de la supremacía constitucional dentro del modelo de Estado que se decanta por el constitucionalismo y que abandera además el garantismo, en vista de su cercanía de primera mano con las necesidades y pretensiones de los usuarios del sistema de justicia. Ahora se abordará el rol del juez constitucional y su aporte para la consecución de la supremacía constitucional.

En el actual modelo ecuatoriano, la Corte Constitucional, asume el papel de conductor de la voluntad popular, porque se le delega la función de garantizar, y controlar las normas constitucionales e infra constitucionales, para garantizar el funcionamiento del Estado, esto ha sido ponderado por autores nacionales como Farith Simon, al citar las resoluciones de la Corte Constitucional:

Con el surgimiento del neo-constitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos

¹³⁷ Respuesta a la pregunta: Existe alguna diferencia entre Estados Unidos y Ecuador, en el procedimiento a seguir en casos de duda razonable en relación a la constitucionalidad de una norma?, que tiene relación con la entrevista realizada, al Dr. Galo Ortega Serrano, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Mira, perteneciente a la provincia del Carchi.

locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos. La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna.¹³⁸

Por lo anotado, se llega a concluir que constitucionalmente en Ecuador, se le ha encargado a la Corte Constitucional, la tarea de ser el máximo órgano de interpretación constitucional, su papel se ocupa en encontrar cuáles son los contenidos de los derechos o valores en defensa de los derechos fundamentales y la reivindicación de los derechos inherentes a la dignidad humana, no previstos en los textos normativos; así como también se constituye en garante de la democracia, puesto que con en sus resoluciones señala los límites y modula las voluntades dispuestas por el soberano en uso de la democracia.¹³⁹

El juez constitucional asume la tarea de ser una figura determinante y dirimente de las dudas que genera el ordenamiento jurídico ordinario, aún sin la cercanía directa con el usuario del sistema de justicia, pero también asume la carga de todas las interrogantes que se generan referente a la supervivencia o no de una norma que pueda ser detectada como inconstitucional.

3.6.1.- Modulación de sentencias constitucionales.

La Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación constitucional, el momento de absolver una consulta realizada por parte de los jueces ordinarios, tiene la obligación de realizar una interpretación integral de la norma y la aplicación de la misma al proceso en concreto, para ello se ha recurrido al procedimiento de modulación de sentencias. El jurista portugués Elival da Silva Ramos en su obra *Activismo Judicial. Parámetros Dogmáticos*, se refiere a la modalidad de las decisiones constitucionales emanadas de las Salas Constitucionales de los Tribunales de Justicia o de Cortes

¹³⁸ Farith Simón, (2010). *La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana*. Iuris Dictio año 10 Vol. 13, 9 – 31, pág. 11

¹³⁹ Diego Nuñez Santamaría, (2013), *Estatus de una Corte Constitucional, en coords. Benavides y Escudero*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, p. 52-53.

Constitucionales especialmente creadas para ese objeto expresa que se trata de las *Decisioni manipolative* del derecho italiano, cuando indica: que las decisiones manipulativas son modalidades de decisiones de control que importan, en alguna medida, una interferencia sobre el contenido normativo de los dispositivos legales fiscalizados, logrando imponer a los operadores y destinatarios sistema jurídico determinadas variantes interpretativas o efectos, en detrimento de otros que, prima facie, de ellos también se podrían extraer.¹⁴⁰

Estas funciones moduladoras de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad, implican en cierto modo convertir a las juezas y jueces en legisladores. El jurista brasileño Lucas Nogueira Israel en su obra titulada *La legitimidad de las sentencias manipulativas con efectos aditivos en el control judicial de constitucionalidad: entre la supremacía judicial y la supremacía parlamentaria*, al referirse al origen de la modulación, expresa:

El modelo de nulidad absoluta fue consagrado nos Estados Unidos, en especial a partir de *Marbury v/s Madison*, juzgado por la Suprema Corte americana en 1803. La tesis, en líneas generales, era que la ley contraria a la constitución no era ley y, por esto, era nula desde el principio. El modelo de anulabilidad también fue adoptado en Austria con la Constitución de 1920, que estableció una Corte Constitucional como único órgano competente para desempeñar el control de constitucionalidad de las leyes. La tesis tuvo influencia directa de Kelsen que defendía la casación de la ley en conflicto con la constitución por una decisión judicial con naturaleza constitutiva. El modelo fue adoptado por otros países europeos, como Italia. Sin embargo, en ambos modelos, las decisiones eran limitadas al binomio constitucionalidad e inconstitucionalidad de la ley. De esta forma se restringía el pedido de inconstitucionalidad de la ley al reconocimiento de la inconstitucionalidad con o sin efecto retroactivo.¹⁴¹

La dualidad constitucionalidad – inconstitucionalidad se mantuvo por varios años, siendo iniciativa de la justicia italiana que denomina a estas sentencias manipuladoras, en las cuales surgió una tendencia jurisprudencial que eliminó la dicotomía constitucionalismo – inconstitucionalismo, razón por la cual las sentencias “manipuladoras” no se limitan a declarar la inconstitucionalidad de determinada norma, sino que actúan como una especie de legislador positivo modificando el ordenamiento

¹⁴⁰ Elival da Silva Ramos, (2010). *Activismo judicial. Parámetros dogmáticos*. Sao Paulo: Saraiva, pág. 209.

¹⁴¹ Lucas Nogueira Israel, (2014). *La legitimidad de las sentencias manipulativas con efectos aditivos en el control judicial de constitucionalidad: entre la supremacía judicial y la supremacía parlamentaria*. Brasilia: Universidad de Brasilia, pág. 16.

jurídico mediante la adición o sustitución de normas a fin de ajustarlas a la Constitución.

Por su parte, el jurista italiano Gaetano Silvestri en su obra *Le sentenze costituzionale italiana*, cuando señala que “Todas las sentencias interpretativas son aditivas, y que su pronunciamiento se traduce en el ejercicio de un poder formalmente jurisdiccional, pero formalmente legislativo”.¹⁴² En consecuencia, la propia doctrina italiana señala que las sentencias constitucionales interpretativas, al ser aditivas implican una invasión a las competencias legislativas, afirmación doctrinaria que de acuerdo a lo que expresa el jurista español Francisco Fernández Segado en su artículo *La justicia constitucional ente el siglo XXI la progresiva convergencia entre los sistemas Americano y Europeo Kelseniano*, dice:

Zagrebelsky, con evidente razón a nuestro entender, se muestra muy crítico con las que se conocen como «sentencias manipuladoras» categoría en la que se habrían de ubicar todas aquellas decisiones estimativas que modifican el alcance normativo de un determinado texto, particularmente, dentro de ellas, las decisiones que pretenden operar positivamente, innovando el ordenamiento a través de la introducción de normas diferentes a las expresas en un texto normativo o a las que pueden entresacarse del mismo.¹⁴³

El propio presidente de la Corte Constitucional de Colombia del año 2000, Alejandro Martínez Caballero en su exposición *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*, efectuada en la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal, al referirse a la modulación de los efectos de las sentencias, expresa:

En el ejercicio del control constitucional de las leyes, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido diversos tipos de sentencias, ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión (las llamadas sentencias condicionadas, sean éstas interpretativas, integradoras o sustitutivas) ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales (inconstitucionalidades retroactivas, diferidas o inmediatas). Esta práctica, que la propia Corte ha denominado «la modulación de los efectos de la sentencia», ha provocado muchas polémicas, pues algunos críticos consideran que esa experiencia genera no sólo inseguridad jurídica sino que implica un desbordamiento del tribunal constitucional, que estaría invadiendo las esferas del órgano legislativo. Estas

¹⁴² Gaetano Silvestri, (2006). *Le sentenze normative della Corte Costituzionale italiana*. En G. Sorrenti, L'interpretazione conforme a Costituzione. Milán: Giufre, pág. 198.

¹⁴³ Francisco Fernández Ssegado, (2005) Doctor Francisco Fernández Segado en su artículo *Las justicia constitucional ente el siglo XXI la progresiva convergencia entre los sistemas Americano y Europeo Kelseniano*, Lima, Revista Pontificia Universidad Católica del Perú N° 11, pág. 50.

polémicas no son exclusivas de Colombia sino que se han presentado en casi todos los países, durante los primeros años de desarrollo de la jurisdicción constitucional.¹⁴⁴

En definitiva el papel de los jueces de la Corte Constitucional es el de identificar los problemas jurídicos que trae consigo la norma dudosa, ante las eventuales contradicciones con la Constitución, entonces el juez Constitucional como máximo órgano de control, debe realizar la interpretación constitucional y de administración de justicia en materia constitucional, aplicando directamente las normas supremas, para declarar si la disposición legal cuestionada es o no constitucional.

3.7.- Análisis de fallos de control concreto y sus efectos.

Para sustentar la posición que he venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, en relación al control concentrado concreto de constitucionalidad, se ha considerado necesario demostrar en la práctica, con algunos fallos emitidos por la Corte Constitucional, en los cuales se verifica que el despacho de las causas sometidas a su conocimiento, a efectos de resolver la consultas formuladas por los operadores de justicia ordinarios, cuando en el trámite de un caso concreto aparece la duda razonable respecto a la constitucionalidad de una norma, en el marco potestativo que otorga el artículo 428 de la Constitución del Ecuador, no se cumplen el plazo de 45 días previsto en la constitución, lo cual consecuentemente ha desalentado a los Jueces ordinarios para realizar la consulta, tanto más que cuando esta es rechazada, en algunos casos como los que a continuación se detalla, se ha dispuesto investigaciones de tipo administrativo por parte del Consejo de la Judicatura e incluso por la Fiscalía por considerar que existen responsabilidades penales.

3.7.1.- Fallo que acepta consulta de control concreto

SENTENCIA N° 004-14-SCN-CC
Consultante: Juez Segundo de Garantías Penales de Orellana
Fecha de suspensión de la causa: 14 de abril de 2014
Fecha de remisión del proceso: 16 de abril de 2014

¹⁴⁴ Alejandro Martínez Caballero, (2000) *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. Bogotá, Colombia, Universidad del Rosario. Revista Estudios Socio-Jurídicos, págs. 9 y 10.

Fecha de recepción por la Corte: 15 de mayo de 2014
Fecha de resolución de la consulta: 6 de agosto de 2014
Efectos: Acepta la consulta de norma con efectos inter partes e inter pares.
Tiempo del Trámite: 113 días, 3 meses, 23 días. ¹⁴⁵

Por Oficio N° 223/2013 de 16/04/2013 y de conformidad a sorteo realizado por el Pleno del Organismo en sesión ordinaria de 15/05/2014, mediante memorando N° 234 – CCE – SG – 2014 se designó como juez sustanciador al juez constitucional Manuel Viteri Olvera quien mediante oficio N° 0322 – STJ – CCT -2014 de 11/06/2014 remitió el proyecto de sentencia a la Secretaria General para conocimiento del pleno.

Se aceptó la consulta del juez ordinario, verificándose previamente que no hubo otra consulta análoga sobre la materia, destacando que el numeral 1 del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del derogado Código Penal establecía que quien con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional ocasione la muerte de sus miembros se sancionaba con pena de reclusión mayor de 16 a 25 años.

El Fiscal de la causa, basado en el artículo 428 de la Constitución, solicitó elevar a consulta el expediente por existir normas jurídicas contrarias a la Carta Magna, generándose una duda razonable, la Corte Constitucional hace una argumentación sobre los problemas jurídicos y elementos del artículo 441 del Código Penal, por lo que la Corte Constitucional determinó que la utilización de la venganza no es elemento del delito de genocidio, determinando que el caso en análisis debía ser resuelto empleando criterios de interculturalidad y considerando los criterios de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT.

El tiempo de trámite fue de 113 días, 3 meses, 23 días, incumpliendo el plazo constitucional establecido en el artículo 428 de la Constitución Ecuatoriana.

3.7.2.- Fallos que niegan consultas de control concreto

En los casos que a continuación se detalla se pudo observar que desde la fecha de ingreso de la consulta por parte de los Jueces ordinarios a las fechas de resolución se incumplen los plazos previstos por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales para

¹⁴⁵ Tabla de elaboración propia.

el despacho de la consulta de constitucionalidad de norma, dondese resuelve lo siguiente:

- 1) Negar la consulta planteada;
- 2) Devolver el expediente al Juzgado de origen,;
- 3) Poner en conocimiento del Consejo de la Judicatura la sentencia a fin que en el marco de sus competencias y atribuciones, realice una debida, oportuna y generalizada difusión de la sentencia en las instancias pertinentes de la Función Judicial; y,
- 4) Remitir copia de la sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que se investigue la conducta del Juez que realiza la consulta, solicitando que el Consejo informe al pleno de la Corte sobre lo que se actúe y resuelva al respecto.

Sentencia N° 044 – 13 – SCN – CC

SENTENCIA N° 044-13-SCN-CC (contravenciones penales)
Consultante: Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha
Fecha de suspensión de la causa: 28 de febrero de 2012
Fecha de remisión del proceso: 23 de marzo de 2012
Fecha de recepción por la Corte: 28 de marzo de 2012. (2-abril-Juez Sustanciador)
Fecha de resolución de la consulta: 31 de julio de 2013
Efectos: Se devuelve el expediente y se dispone investigar al juez.
Tiempo del Trámite: 510 días: 1 año, 5 meses, 3 días.¹⁴⁶

En la Sentencia N° 044 – 13 – SCN – CC pronunciada por el Pleno de la Corte Constitucional y que recayó en el caso N° 0169 – 12 – CN, que denegó una consulta formulada por el Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, Marco Terán Armas, se resalta una violación de los plazos establecidos en el inciso 1° del artículo 428 de la Constitución, que como se ha expuesto no debe superar los 45 días.

El Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha Doctor Marco Terán Armas mediante providencia de 28/02/2012 resolvió suspender la causa N° 2084 – 2011,

¹⁴⁶ Ibídem.

remitiendo la Corte Constitucional mediante oficio N° 2012 – 190J7GPP de 23/03/2012, el cual fue recibido por la mencionada Corte el 28/03/2012, consulta que fue resuelta el 31/07/2013, es decir “el plazo no mayor a 45 días a que alude el inciso 1° del artículo 428 de la Constitución de la República fue mayor en 17 meses al establecido por la constitución, aproximadamente 510 días después a la fecha de la recepción de la causa, a lo que se añadió que: a).- Se negó la consulta planteada; b).- Se devolvió el expediente al Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, para que continuara con la substanciación de la causa; c).- Se remitió copia de la sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que investigara la conducta del Doctor Mario Terán Armas, Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha (e) debiendo informar al Pleno de la Corte sobre lo que se actúe y resuelva al respecto.

Sentencia N° 010 – 14 – SCN – CC

SENTENCIA N° 010-14-SCN-CC (Memorando Fiscalía)
Consultante: Juez Único de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Salcedo
Fecha de suspensión de la causa: 14 de septiembre de 2012
Fecha de remisión del proceso: 17 de septiembre de 2012
Fecha de certificación por la Corte: 20 de septiembre de 2012
Fecha de resolución de la consulta: 26 de noviembre de 2014
Efectos: Se devuelve el expediente, se dispone difusión de la sentencia e investigación al juez.
Tiempo del Trámite: 792 días, 2 años 2 meses, 12 días.¹⁴⁷

El Juez Único de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Salcedo, abogado César Audberto Granizo Montalbo, mediante auto de 14/9/2012 resolvió suspender la causa N° 2012 – 099, remitiendo la Corte Constitucional mediante oficio N° JUFMNAS – 2012 – 0133 de 17/09/2012, consulta que fue resuelta el 26/11/2014, es decir el de 45 días no fue respetado porque la resolución sale, aproximadamente 792

¹⁴⁷ Ibídem.

días después a la fecha de la recepción de la causa, disponiendo: a).- Se negó la consulta planteada; b).- Se devolvió el expediente al juzgado de origen; c).- Se puso en conocimiento del Consejo de la Judicatura, la sentencia de la Corte a fin de que en el marco de sus competencias, realice una debida, oportuna y generalizada difusión de esta sentencia en las instancias pertinentes de la Función Judicial; c).- Remitió copias de la presente sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que se investigue la conducta del Juez Único de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Salcedo, debiendo informar al Pleno de la Corte sobre lo que se actúe y resuelva al respecto; y, d).- Disponer la publicación de la sentencia en la Gaceta Constitucional.

Sentencia N° 002 – 14 – SCN –CC

SENTENCIA N° 002-14-SCN-CC (Apelación en medida cautelar)
Consultante: Jueza Cuarta de lo Laboral de Guayas
Fecha de suspensión de la causa: 28 de abril de 2011
Fecha de remisión del proceso: 04 de mayo de 2011
Fecha de certificación por la Corte: 16 de mayo 2011
Fecha de resolución de la consulta: 15 de enero de 2014
Efectos: Se devuelve el expediente y se dispone difusión de la sentencia e investigación a la jueza por no aplicar el principio <i>iura novit curia</i> .
Tiempo del Trámite: 1020 días: 2 años, 11 meses, 17 días

La Jueza Cuarta de lo Laboral del Guayas abogada Olga Campos de Bermeo mediante providencia del 1/04/2011 resolvió suspender el proceso de medidas cautelares 0532 - 10, remitiendo mediante oficios N° 0563 – JCPTG de 28/04/2011 y N° 633 – JCPTG de 04/05/2011 consulta que fue resuelta el 15/01/2014, es decir el plazo de 45 días, fue de 1020 días, resolviendo: a).- Se negó la consulta planteada; b).- Se devolvió el expediente al juzgado de origen; c).- Se puso en conocimiento del Consejo de la Judicatura, la sentencia de la Corte a fin de que en el marco de sus competencias, realice una debida, oportuna y generalizada difusión de esta sentencia en las instancias pertinentes de la Función Judicial; d).- Se remitió copias de la presente sentencia al

Consejo de la Judicatura, a fin de que se investigue la conducta del Juez Único de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Salcedo, debiendo informar al Pleno de la Corte sobre lo que se actúe y resuelva al respecto.

Sentencia N° 034-13-SCN-CC

SENTENCIA N° 034-13-SCN-CC
Consultante: Juez Cuarto del Trabajo de Guayas
Fecha de suspensión de la causa: 21 de agosto de 2012
Fecha de remisión del proceso: 27 de agosto de 2012
Fecha de recepción por la Corte: No consta
Fecha de recepción por el Juez Sustanciador: 4 de septiembre 2012. Avoca (18 /febrero/2013)
Fecha de resolución de la consulta: 30 de mayo 2013.
Efectos: Se devuelve el expediente, se dispone difusión de la sentencia e investigación al juez por el Consejo de la Judicatura y Fiscalía.
Tiempo del Trámite: 276 días: 9 meses, 6 días.

El Juez Cuarto del Trabajo de Guayas, Abg. Augusto Posligua Galarza, el 27 de agosto del año 2012, hace conocer a la Corte Constitucional la consulta realizada, la misma que fue resuelta el 30 de mayo del 2013, es decir a los 276 días, resolviendo: a).- Se negó la consulta planteada; b).- Se devolvió el expediente al juzgado de origen; c).- Expide la sentencia con carácter de jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, respecto a las medidas cautelares en materia constitucional; d).- Poner en conocimiento de la Fiscalía General del Estado y del Consejo de la Judicatura la sentencia para los fines pertinentes.

3.7.3.- Análisis general de las sentencias

De las sentencias escogidas se evidencia el incumplimiento del principio de celeridad; demostrándose que en base al artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos, se ha violado la norma constitucional del artículo 428; entonces cabe analizar

qué pasó con las resoluciones de los jueces ordinarios, que conforme a lo norma jerárquica superior, realizan la consulta, sin embargo no tuvieron la respuesta adecuada para emitir su fallo, tanto más que en otros caso como en la sentencia N° 034-13-SCN-CC, correspondiente al caso N° 0561-12-CN, el juez consultante fue investigado tanto por el Consejo de la Judicatura como por Fiscalía por haber generado una consulta, sin observar las reglas jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional.

Entonces cabe concluir que se genera una afectación a la tutela judicial al principio de celeridad, con el aditamento que las decisiones de la Corte Constitucional son inapelables y, además, por no pertenecer a la Función Judicial no le es aplicable el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone:

“La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.”¹⁴⁸

A este atraso se ha pretendido inconstitucionalmente, por parte de la Corte Constitucional, justificarlo con resoluciones internas, las cuales en ningún caso pueden violar los plazos fatales constitucionales; y a las que, obviamente, nadie ha denunciado su inconstitucionalidad. Como puede apreciarse, los jueces constitucionales están obligados a una tramitación célere en virtud del literal b), del numeral 11 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como a aplicar el principio pro hominem.

La ausencia de celeridad judicial es el antónimo de la justicia garantista y del activismo judicial, razón por la cual si las juezas y jueces, especialmente constitucionales, no dan cumplimiento a las diligencias dentro de los plazos establecidos para ello, tanto en el establecidos en la propia Constitución Ecuatoriana, Código Orgánico de la Función Judicial y Ley Orgánica de la Función Judicial¹⁴⁹, que se refieren al control concentrado concreto de constitucionalidad, simplemente se está

¹⁴⁸ Código Orgánico de la Función Judicial. (2209), art. 20.

¹⁴⁹ Las disposiciones de los: art. 428 de la Constitución; art. 4, inc. 2° del Código Orgánico de la Función Judicial; art. 142 inc. 2° de la Ley Orgánica de la Función Judicial, establecen como plazo de 45 días para que la Corte Constitucional del Ecuador absuelva la consulta sobre la inconstitucionalidad de una norma realizada por los jueces ordinarios.

vulnerando derechos, como lo manifiesta, Rui Barbosa cuando en su famoso discurso “Oración a la juventud” publicada en el año 1920, profirió la máxima que resume con perfección los efectos de la lentitud judicial, cuando indicó:

“La justicia atrasada no es justicia sino injusticia calificada y manifiesta. Porque la dilación ilegal en manos del juez contradice el derecho escrito, dañando el patrimonio, el honor y la libertad de las partes. Los jueces morosos son culpables de que la lasitud sea comúnmente tolerada. Pero su culpa aumenta con creces la terrible circunstancia agravante que el afectado no tenga forma de reaccionar contra los poderosos, en cuyas manos está el destino de un litigio pendiente.”¹⁵⁰

Ratifica lo anteriormente manifestado el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture en el sentido que “Si el tiempo es oro, en términos de procedimiento es justicia”; por tanto se concluye la importancia de materializar los plazos y términos que se han consignado en las normas, pues ello garantizará la fluidez del proceso y sobre todo la eficiencia del sistema jurídico, por ende del Estado Constitucional de Derecho y Justicia.

3.8. El modelo de control constitucional actual frente al modelo de control de la Constitución de 1998

A través de la investigación realizada a la luz del modelo de estado que Ecuador abandera y de los propios preceptos constitucionales de la teoría ‘garantista’, es posible determinar que en efecto el sistema actual, exige una postura de activismo judicial. De este activismo no se debe excluir la institución del control de constitucionalidad de las normas. El actual modelo de control, que en efecto es mixto, sin embargo tiende a una postura de control concentrado al encargar la declaratoria de inconstitucionalidad a un organismo único y supremo, lo que convierte al juez ordinario en un mero ‘consultante’ y no en un verdadero intérprete constitucional que aplique de forma directa los principios fundamentales a casos concretos, quedando imposibilitado de declarar inaplicables los preceptos inconstitucionales, vulnerando incluso el mismo precepto constitucional de aplicación directa e inmediata.

¹⁵⁰ Rui Barbosa, (30 de Agosto de 2010). *Oração aos moços* <http://www.abcdodireito.com.br/2010/08/download-oracao-aos-mocos-rui-barbosa.html>: <http://www.abcdodireito.com.br>

Desde otra arista tenemos el modelo de control de la Constitución de 1998, el cual también era mixto, pero de un fuerte influjo difuso, ya que permitía que los jueces ordinarios decidieran dentro de sus causas la constitucionalidad de la norma, así Rafael Oyarte menciona:

En la Constitución de 1998 el control concreto se hace propiamente difuso: todos los jueces podían, en las causas que estaban en su conocimiento, declarar inaplicables los preceptos inconstitucionales, debiendo informar al Tribunal Constitucional para que inicie el control abstracto. Este control difuso, combinado con el abstracto y concentrado a cargo del Tribunal constitucional estableció un sistema mixto.

La Constitución del 2008, como se verá, establece un control concentrado a cargo de la Corte Constitucional, ocurriendo que los jueces ya no pueden declarar la inaplicabilidad de preceptos inconstitucionales sino que solo se les faculta, en ese evento a elevar la cuestión en consulta a la Corte Constitucional.¹⁵¹

El antiguo control mixto presentaba sus ventajas, al potestar al juez ordinario la decisión sobre si los textos legales se adecuaban o no a la Norma Suprema, el mismo Oyarte refiriéndose afirma teóricamente la activa participación judicial: “La ventaja del sistema es que combina dos fórmulas: una, en que la constitucionalidad resulta por la aplicación de la norma en un caso judicial concreto y que se puede producir en cualquier judicatura de la nación; y, otra en el que la revisión constitucional en abstracto y la eventual anulación de la norma irregular es monopolio de una magistratura especializada.”¹⁵²

El modelo de la Constitución de 1998 se desarrolló sin mayores inconvenientes, impulsando a que los jueces argumentaran sobre la inconstitucionalidad de la norma de forma válida y directa para la resolución de casos que involucran cercanamente al usuario del sistema judicial, es decir este era un sistema que propendía más bien a una directa verificación ciudadana de la pertinencia constitucional de las normas usadas para la resolución de su caso, el control era a priori y evitaba retrasos procesales innecesarios y dilataciones inconvenientes sobre el tiempo de resolución judicial, permitiendo una justicia más expedita, sobre el tema se manifiesta:

Este sistema no trajo mayores inconvenientes y tendía a ser efectivo el principio de supremacía constitucional en todos los órdenes, por lo que para muchos resultó

¹⁵¹ *Ibíd*em, p. 856

¹⁵² *Ibíd*em, p. 861 - 862

llamativo que se lo modifique: la Corte Constitucional ejerce control concentrado, abstracto y a posteriori de constitucionalidad de actos normativos y actos administrativos generales, mediando demanda de inconstitucionalidad...¹⁵³

Siendo así un sistema efectivo el de 1998, las razones para cambiarlo, nos harían entrar en disquisiciones de orden político, que analicen una centralización de la justicia constitucional con fines que posiblemente sean materia de otro estudio. Así del presente estudio se ha expuesto con casos judiciales verificables que el actual modelo no corresponde a la realidad ni a las necesidades del usuario del sistema judicial ecuatoriano que demanda un ágil despacho que garantice su derecho a una tutela judicial efectiva.

¹⁵³ *Ibíd*em, p. 873

Conclusiones y propuesta:

La labor de la Corte Constitucional, ha sido recargada de trabajo, en razón de que el modelo de control concentrado concreto no se cumple dentro del plazo establecido en la Constitución de la República, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y Código Orgánico de la Función Judicial, donde se establece que la Corte Constitucional debe resolver la consulta sobre la inconstitucionalidad de una norma en un plazo no mayor a 45 días, contrariando el expreso plazo constitucional y convirtiéndose en una vulneración de sí misma.

El incumplimiento del plazo establecido en la normativa vulnera el principio constitucional de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, por cuanto un componente de este principio es la celeridad procesal, que implica que las decisiones judiciales deben ser efectivas para que puedan ser ejecutadas por los usuarios de justicia.

El juez ordinario consultante cuando no se ha resuelto la consulta que ha planteado, debe continuar con la tramitación de la causa, en virtud que en este caso el retardo es sancionado, considerando que es injustificado por cuanto el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que en caso que no se pronuncie la Corte Constitucional respecto de la consulta, el proceso ordinario seguirá sustanciándose.

Si el juez ordinario resuelve, sin tener certeza sobre la constitucionalidad de la norma que va a aplicar, se afecta al usuario de justicia en virtud que se puede aplicar al caso concreto una norma que posteriormente podría ser declarada inconstitucional, y, si el usuario de justicia afectado por esta resolución no tiene conocimiento del resultado de la consulta, esta adquiere fuerza de cosa juzgada formal y material, por tanto podría ejecutoriarse y ejecutarse la decisión emitida por el Juez ordinario antes del despacho de la consulta.

En el caso anterior, el usuario de justicia puede interponer una acción extraordinaria de protección si se afectó sus derechos con el resultado de la aplicación de una norma inconstitucional, siempre y cuando la presente dentro de los 20 días posteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad, razón por la que en estos casos este plazo debe ampliarse, asimilándose a un recurso de revisión.

El artículo 9 del Reglamento de Sustanciación de Procesos y las resoluciones internas de la Corte Constitucional que dilatan los plazos fatales constitucionales del artículo 428 de la Constitución, transgreden el principio de seguridad jurídica y estricta legalidad establecidos en los artículos 82 y 226 de la Constitución Ecuatoriana.

Las resoluciones que rechazan las consultas realizadas por juezas y jueces ordinarios y que solicitan su investigación administrativa y penalmente, han generado que los operadores de justicia, cuando encuentran una norma que presumen sea inconstitucional, prefieren no realizar la consulta y resolver sobre el fondo del caso concreto aplicando normas cuya constitucionalidad está en duda.

De las entrevistas realizadas con motivo del presente trabajo de investigación algunos jueces ordinarios, prefieren el sistema de control de constitucionalidad mixto, establecido en la Constitución Ecuatoriana de 1998, donde se permitía inaplicar la norma dentro de un caso concreto, previo el argumento constitucional pertinente; declaración que tiene eficacia dentro de la causa que se pronuncie; y sea la Corte Constitucional quien realice un control con carácter general y obligatorio con efectos *erga omnes* respecto de la norma inaplicada.

El modelo de control de constitucionalidad de 1998 aseguraba una activa participación judicial en pro de la aplicación directa e inmediata de los principios constitucionales, situación que el actual modelo no asegura; y, tomando en cuenta el modelo constitucionalista de corte garantista que abandera la Constitución ecuatoriana, lo deseable sería contar con jueces activistas, que a través de sus resoluciones garanticen sin dilaciones y de forma directa la supremacía del texto constitucional, razón por la que el retorno al modelo de 1998 sería deseable en cuanto a control de constitucionalidad se refiere.

Se propone en consecuencia un control mixto de constitucionalidad en el cual coexista el control difuso con el control concentrado, por tanto se debería reformar los artículos 428 y los artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Control Jurisdiccional y Garantías Constitucionales, reemplazándose el control concentrado concreto por el difuso concreto, rigiendo todos los otros tipos de control que establece la Ley Orgánica de Control Jurisdiccional y Garantías Constitucionales.

Bibliografía:

- Aguirre Castro Pamela Juliana, *Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva, en Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coord. Benavides Ordóñez y Escudero Soliz, Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012.
- Aguirre Guzmán, Vanesa, *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*. en Revista Foro N° 14 UASB-Ecuador/CEN, Quito, 2010.
- Alexy Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho y otros ensayos*, Gedisa. Barcelona, 1994,
- Alexy Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid, 2001,
- Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. Fontamara. México D.F.
- Aragón Reyes Manuel, *Constitución y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Ávila Santamaría Ramiro, “*El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*”, Miguel Carbonell Editor, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Ávila Santamaría Ramiro, *Los Principios de aplicación de los derechos, en Los Derechos y sus Garantías*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2009.
- Ávila, Santamaría Ramiro, *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*. En Gisela Elsner, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (págs. 775 - 793). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer. 2009.
- Ávila Santamaría Ramiro, *Los Derechos y sus Garantías, Ensayos Críticos*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2011.
- Bandeira de Melo, Celso Antonio, *Control Judicial de los Actos Administrativos*. Malheirosn Sao Paulo, 2002.
- Barroso Luis Roberto, *El control de constitucionalidad del Derecho*, Saraiva, Sao Paulo, 2012.
- Brewer Carias Alan, *La justicia constitucional como garantía de la Constitución*. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac Gregor, & M. Morales, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (págs. 25 - 62), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F, 2010.
- Calamandrei, Piero, *Ellos, los jueces vistos por un abogado*, Martín Fontes, Sao Paulo, 2000.
- Campos Heber . *El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro*, en Control Constitucional y Activismo Judicial. Heber Joel Campos (Editor), Perú, Primera Edición, Ara Editores, p. 309 (2012).
- Cappeletti, Mauro. *El formidable problema de control de constitucionalidad de las leyes*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 2010.
- Castro Patiño Iván, *Reflexiones jurídicas: Control Constitucional*. Quito, 2016.

- Charry Ureña Juan Manuel, *Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano*, Banco de la República, Santafé de Bogotá. 1993.
- Da Silva Ramos Elival, *Activismo judicial. Parámetros dogmáticos*, Saraiva, Sao Paulo, 2010.
- Corte Constitucional de Ecuador, *Garantías Constitucionales N° 3, Programas de divulgación constitucional con la ciudadanía*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011.
- Elías, José Sebastián, *Notas para pensar el control judicial de constitucionalidad*, en Gargarella, Roberto (coordinador), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2011.
- Falcão Critsinelis Marcos, *Políticas Públicas y Normas Jurídicas*, América Jurídica, Río de Janeiro, 2003.
- Fernández Segado Francisco, *La justicia constitucional ente el siglo XXI la progresiva convergencia entre los sistemas Americano y Europeo Kelseniano*, Revista Pontificia Universidad Católica del Perú N° 11. Lima, 2005.
- Ferrajolli Luigi, *Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales*, en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2010.
- Ferreira Filho Manoel Gonçalves, *Curso de Derecho Constitucional*. Saraiva, Sao Paulo, 2008.
- Ferreira Maciel Adhemar, *El caso, John Marshall y el control de constitucionalidad*. Revista de Información Legislativa N° 173 octubre/diciembre de 2006, Brasil, 2006.
- Ferrer Mac Gregor, E., & Sánchez Gil, R. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, México D.F., 2010.
- Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa de la rigidez constitucional*, en *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, comp. Miguel Carbonell, México, Comisión Nacional de los Derechos Humano, p.70, 2012.
- Gargarella Roberto, *La dificultad de defender el Control Judicial de las Leyes en Control Constitucional y Activismo Judicial*. Heber Joel Campos Bernal, Perú, 2012.
- Gasió Guillermo, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Hans Kelsen*. Tecnos, Madrid, 1995.
- García Pelayo Manuel, *El status del Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional N° 1, Madrid, 1981.
- Gutiérrez, Josefina. *El principio de celeridad procesal y su eficaz aplicación para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva*, Pontificia Universidad Católica Andrés Bello. Venezuela, Caracas, 1999.
- Highton, Elena. *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*, en A. Von Bogdandy, E. Ferrer mac Gregor, & M. Morales, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionle Commune el América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F, 2010.
- Huerta Ochoa Carla, *El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 93, México, 1996.
- Kelsen Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Traducción Eduardo García Maynez, Editorial Universitaria, México D.F., 1950.

- Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Librería "El Foro", traducción de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, 1962.
- Kramer Larry D, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires, 2011.
- Marabotto Lugaro Jorge A, *Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*. Biblioteca Virtual UNAM. México D.F., 2003.
- Martínez Caballero Alejandro, *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. Universidad del Rosario, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, Colombia, 2000.
- Masapanta Gallegos Christian, *Jueces y control difuso de constitucionalidad*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2012.
- Masapanta Gallegos Christian, *El Juez garantista: Un nuevo rol de los actores judiciales dentro del constitucionalismo ecuatoriano*, en Torres, Luis Fernando (editor) "Debate Constitucional Monografías", Editora jurídica Cevallos, Quito, 2010.
- Mixán Mass, Florencio. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Debate Penal, N° 2, mayo – agosto 1987, Universidad Nacional de Trujillo, Perú, 1987.
- Nino Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, en Parodi, Carlos ¿Activismo o garantismo judicial? en Ferrer, Eduardo Zaldívar, Arturo (coordinadores) La ciencia del derecho procesal constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.
- Nogueira Israel Lucas, *La legitimidad de las sentencias manipulativas con efectos aditivos en el control judicial de constitucionalidad: entre la supremacía judicial y la supremacía parlamentaria*, Universidad de Brasilia, Brasilia, 2014.
- Núñez Santamaría Diego, *Estatus de una Corte Constitucional*, en *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, comp. Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional, Quito, 2013.
- Oyarte Rafael, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito, 2014.
- Parodi Carlos, *¿Activismo o garantismo judicial?*, en Ferrer, Eduardo Zaldívar, Arturo (coordinadores) "La ciencia del derecho procesal constitucional", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.
- Pérez Casaverde Efraín Javier, *Manual de Derecho Constitucional*, Adrus D&L Editores S.A.C., Lima, 2013.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional, Primera edición*, Marcial Pons, Madrid. 2000.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Duodécima edición. Madrid. Marcial Pons, 2010.
- Ríos Álvarez Lautaro, *El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile*, Ius Et Praxis N° 8, Universidad de Talca, Talca Chile, 2002.
- Reale Miguel. *El término «Tridimensional» y su contenido*. Revista Virtual Dialnet Universidad de la Rioja. Logroño, Brasil 1996.
- Scarciglia Roberto, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè editores, Milán, Italia, 1999.
- Segundo Tribunal Colegiado en materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito, *Cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Distinción y efectos*. 1997,

- en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, 565, Estado de Chihuahua México, 2010.
- Trujillo, Julio César. (2013) *Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito. Corporación Editora Nacional.
- Silvestri, Gaetano. *Le sentenze normative della Corte Costituzionale italiana*. En G. Sorrenti, L'interpretazione conforme a Costituzione, Milán, Giufre, 2006.
- Simon, Farith. *La noción "derechos fundamentales" en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional Ecuatoriana*. Iuris Dictio año 10 Vol. 13, Quito, 2010.
- Storini Claudia, *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, en La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2.009.
- Tantaleán Odar Christian Fernando, *El control difuso como método de control constitucional*. Revista Derecho y Cambio Social, La Molina, Lima, Perú, 2005.
- Torres Luis Fernando, *El activismo judicial en la era neoconstitucional*, en Torres Luis Fernando (editor) Debate Constitucional con Jurisprudencia, Fausto Reinoso Ediciones, Quito, 2013.
- Vigo Rodolfo Luis, *Visión Crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1984.

Linkografía

- Aragón Miguel. *El Control de Constitucionalidad en la Constitución de 1978*, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427325.pdf>
- Barbosa Rui, *Oraçao aos moços* <http://www.abcdodireito.com.br/2010/08/download-oracao-aos-mocos-rui-barbosa.html>: <http://www.abcdodireito.com.br>. Agosto de 2010.
- Benavides Ordóñez Jorge, (2009), *Origen y tipos de control de la constitucionalidad*, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/10/05/origen-y-tipos-de-control-de-la-constitucionalidad>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, (http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/sistemas_5_2_1.pdf)
- Dos Anjos, Pedro Wilson, (6 de Septiembre de 2011) *El sufragio, la soberanía, el voto y sus efectos sociales* <http://artigosedoutrinas.blogspot.com/2011/09/o-sufragio-soberania-o-voto-e-seus.html>, pág 2.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia Constitucional y derechos Fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías*, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/08/doctrina34481.pdf>
- Marianello, Patricio. *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*. Argentina <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>
- Niembro, Roberto. (21 de Julio de 2011). *Y a todo esto: ¿Qué es el control difuso? ¿Y cómo modificará nuestra justicia constitucional?*, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1319>. Obtenido de <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1319>: <http://eljuego-dela-corte.nexos.com.mx>.

Oliveira Paulo Sergio, (2016) *Ellos, los jueces garantistas*.
<http://paulosergiooliveira.jusbrasil.com.com.br/artigos/121935582/eles-os-juizes-garantistas>.

Normativa

Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544, de 09 de marzo del 2009.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449, del 20 de Octubre del 2008.

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1787, en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, del 22 a 28 de noviembre de 1969, ratificada el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve por Decreto Supremo No. 1883, publicado en Registro Oficial 452 de 27 de Octubre de 1977.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada el 22 de Octubre del 2009, en el Registro Oficial N° 52.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado el 10 de febrero del 2010, en el suplemento del Registro Oficial N° 127.

Jurisprudencia Nacional:

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia número 025-09-SEP-CC, de 29 de septiembre del 2009, Juez Sustanciador, Patricio Pazmiño Freire, dentro de los casos acumulados 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 001-13-SCN-CC, de 06 de febrero del 2013, caso N° 0535-12-CN, Juez Ponente, Fabián Marcelo Jaramillo Villa.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 055-10-SEP, de 18 de noviembre del 2010, caso No. 0213-10-EP, juez constitucional ponente Dr. Edgar Zárate Zárate.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 033-13-SCN-CC, de 23 de mayo del 2013, caso N° 0002-13-CN, juez constitucional ponente María del Carmen Maldonado Sánchez.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 004 – 14 – SCN – CC, de fecha 6 de agosto del 2014, caso N° 0072 – 14 – CN, juez sustanciador, Manuel Viteri Olvera.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 044 – 13 – SCN – CC, de fecha 31 de julio del 2013, caso N° 0169 – 12 – CN, juez sustanciador Antonio Gagliardo Loo.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 010 – 14 – SCN – CC, de 26 de noviembre de 2014, caso N° 0601 – 12 – CN, juez sustanciador Patricio Pazmiño Freiré.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 002 – 14 – SCN -CC, de fecha 15 de enero del 2014, caso N° 0022-11-CN, jueza sustanciadora, Tatiana Ordeñana Sierra.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 034-13-SCN-CC, de 30 de mayo del 2013, caso 0561-12-CN, jueza sustanciadora, Wendy Molina Andrade.

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Cfr. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23;

Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 57, y Caso Bayarri Vs. Argentina, supra nota, párr. 102.