

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

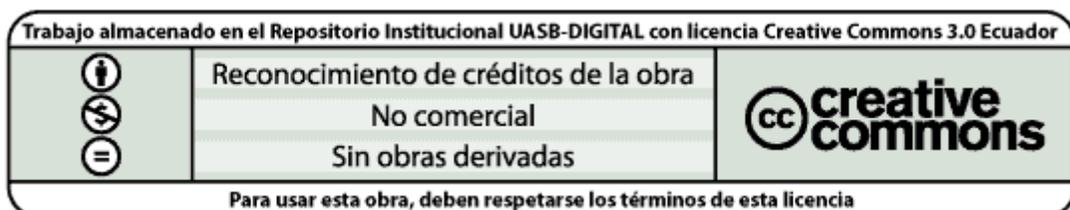
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

La necesaria redefinición del control de constitucionalidad en el Ecuador: razones para la defensa de un control mixto

Robinson Marlon Patajalo Villalta

Quito, 2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, ROBINSON MARLON PATAJALO VILLALTA, autor de la tesis intitulada “La necesaria redefinición del control de constitucionalidad en el Ecuador: razones para la defensa de un control mixto”, 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 Magíster 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 en 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 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.

Fecha: 30 de octubre de 2015.

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en derecho
Mención en derecho constitucional

**La necesaria redefinición del control de constitucionalidad en el Ecuador:
razones para la defensa de un control mixto**

Autor: Robinson Marlon Patajalo Villalta
Tutora: Dra. PhD. Claudia Storini

Quito, 2015

RESUMEN

La presente investigación propone estudiar el control mixto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico del Ecuador, en función del análisis del principio de aplicación directa de la Constitución y la consulta de constitucionalidad de la norma jurídica.

El contenido está dirigido a identificar la relación existente entre el desarrollo del valor normativo de la Constitución, el principio de aplicación directa y el control de constitucionalidad; y, a establecer el modelo de control de constitucionalidad que determina la Constitución del año 2008, los elementos que lo sustentan, y su incidencia directa en la protección de los derechos constitucionales.

Para el desarrollo de esta investigación se estudió el origen del valor normativo y el principio de supremacía de la Constitución en el constitucionalismo europeo continental y de los Estados Unidos de Norteamérica; aspecto histórico que incide directamente en el desarrollo del control de constitucionalidad y consecuentemente en el principio de aplicación directa de la Carta Constitucional en los modelos constitucionales señalados; además se revisó el control de constitucionalidad en la historia del Ecuador, en el texto de la Carta Magna vigente, en la ley de la materia y en los precedentes constitucionales determinados por la Corte Constitucional.

Finalmente esta tesis está dirigida a brindar elementos que permitan concluir que en el control mixto de constitucionalidad, el juez puede ejercer un control difuso sin atentar contra el derecho de la seguridad jurídica; y, que por medio de este modelo se garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales, situación que no sucede en el incidente de constitucionalidad que genera demoras indebidas en la tramitación de las causas judiciales y garantías constitucionales, para ello se analiza dos casos en los cuales se evidencia que la consulta de constitucionalidad efectivamente genera vulneración de los derechos constitucionales.

DEDICATORIA

A mi padre y madre que habitan en el corazón de sus hijos.

A mis hermanos, parte de mi felicidad.

A mis amigos motivo de mi alegría.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, razón de mi existencia.

A mi madre y hermanos por el apoyo constante.

*A los maestros de la Universidad Andina Simón Bolívar, especialmente a mi
tutora Claudia Storini por la guía brindada.*

*Y por último a Adriana, Andrea, Bryan y Daniela, por la ayuda brindada durante
esta travesía.*

ÍNDICE

INTRODUCCION	9
Capítulo primero	12
Aplicación directa de la Constitución y control constitucional	12
1.1. El valor normativo, supremacía; y, aplicación directa de la Constitución	12
1.1.1. El valor de la Constitución y la supremacía constitucional en el Constitucionalismo Norteamericano	15
1.1.2. El valor de la Constitución y supremacía de la ley en el constitucionalismo Europeo	26
1.1.3. Valor Normativo y aplicación directa de la Constitución	35
1.2. Control de Constitucionalidad	36
1.2.1. Control del poder un elemento inseparable de la Constitución	36
1.2.2. Modelos de Control Constitucional	38
1.2.3. ¿Qué control permite aplicar directamente la Constitución a los jueces?	53
Capítulo segundo	55
Aplicación directa de la Constitución y Control Constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	55
2.1. Precedentes Históricos.....	55
2.1.1. Soberanía parlamentaria y el control político (1830-1945).....	55
2.1.2. Transición del control político al control jurídico (1945-1996).....	61
2.1.3. Consolidación del control jurídico: Tránsito del control concentrado hacia el control mixto (1996 hasta el presente)	66
2.2. El control de constitucionalidad en la Constitución de 2008.....	68
2.3. El desarrollo Legislativo y jurisprudencial del control constitucional	73
Capítulo tercero.....	85
El control mixto de constitucionalidad como garantía de los derechos constitucionales	85
3.1. Garantismo y control de constitucionalidad	85
3.2. Razones por las que el control mixto cumple con las finalidades constitucionales	95
3.2.1. Garantía de la seguridad jurídica	95
3.2.2. Garantía de la tutela judicial efectiva en la dimensión del plazo razonable.....	98

Conclusiones	112
Bibliografía	116

INTRODUCCION

El valor normativo de la Constitución y su supremacía en la actualidad es aceptado por gran parte de la doctrina constitucional y adoptada por la mayoría de estados que poseen Constitución. Una consecuencia inmediata de esta característica es la vinculación jurídica directa de todos los poderes públicos y de las personas a los mandatos constitucionales.

Esta vinculación exige el cumplimiento obligatorio de las disposiciones constitucionales por parte de todos los órganos estatales, y en el momento que no se cumpla con dicha obligación o se atente contra la norma constitucional, es necesario un instrumento mediante el cual se controle y se sancione dicha actuación contraria a la Norma Constitucional, y de esta forma garantizar su protección, de tal modo que surge el control de constitucionalidad como elemento inseparable de la Constitución como norma jurídica. Si no existiera un mecanismo de control efectivo, la Carta Constitucional día a día sería despojada de su normatividad, quedando únicamente como simples palabras.

Existe dos modelos clásicos de control de constitucionalidad: 1. Control difuso en el cual el juez puede dejar de aplicar una norma jurídica inconstitucional. 2. Modelo concentrado, en el que un solo órgano tiene el monopolio del control constitucionalidad.

De los artículos 428 y 436 de la Constitución del Ecuador, se podría entender que existe únicamente un control concentrado de constitucionalidad, al cual se puede acceder ya sea mediante una acción de constitucionalidad o por medio de la consulta de constitucionalidad cuando el juez considere-dude sobre la constitucionalidad de la norma jurídica. Empero los artículos 11.3, 425 y 426 determinan el principio de aplicación directa y de aplicabilidad de la norma superior, por lo que el Juez podría aplicar directamente la Constitución frente al vacío legal y ante una norma inconstitucional, por tanto se facultaría a todo Juez a dejar de aplicar una norma contraria al contenido constitucional, configurando un control difuso de constitucionalidad.

Es así que al momento de que el Juez en un caso en concreto identifica una norma jurídica inconstitucional, se encuentra en el aparente dilema: Elevar a consulta a la Corte Constitucional, desconociendo el principio de aplicación directa; o, dejar de

aplicar la norma inconstitucional y aplicar directamente la Constitución; incumpliendo la obligación de enviar la consulta.

Esta tensión existente entre las normas constitucionales es la razón que motivó la presente investigación, que tiene como finalidad determinar cuál es el modelo de control que prevé Constitución del Ecuador del año 2008.

En función de estos antecedentes, en el primer capítulo se desarrolla el origen del valor normativo de la Constitución en los modelos de justicia norteamericana y europea, evidenciando que en Estados Unidos la Constitución surgió como norma jurídica; mientras que, en Europa se originó como un pacto político, solo a partir de la segunda década del siglo XIX empezó a adoptar el carácter normativo de la Constitución. Esta divergencia en el desarrollo histórico del valor normativo y el contexto histórico de las dos regiones influyó directamente en el modelo de justicia constitucional. Además en este capítulo se analiza los modelos de control difuso, concentrado y mixto (en el que coexiste de manera integral los dos primeros modelos) y su incidencia en el alcance del principio de aplicación directa de los mandatos constitucionales.

Una vez estudiados los elementos que giran en torno al control de constitucionalidad, en el segundo capítulo se realiza una revisión de la evolución del control de constitucionalidad en el Ecuador, de lo cual se evidencia una débil cultura respecto al tema, solo a partir de las reformas de 1995-1996 de la Constitución de 1978 se da un gran paso hacia la consolidación de un control jurídico, el mismo que logra su auge en la Carta Constitucional del año 2008.

En este sentido, no se discute sobre la existencia de un control jurídico de constitucionalidad en la norma constitucional de 2008, pero si existe la duda sobre el modelo de constitucionalidad que determina, es por ello que en la segunda parte de este capítulo se estudia las normas constitucionales, las normas legales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que de acuerdo con el análisis que se efectúa se llega a concluir que el esquema constitucional establece un control mixto de constitucionalidad, en el cual el mecanismo de selección y revisión adquiere gran relevancia.

Finalmente, en el tercer capítulo se desarrolla el control mixto de constitucionalidad como garantía de los derechos constitucionales, en primer lugar se determina cómo este modelo de control es coherente con el paradigma garantista, es así

que se determina que dentro de este modelo el Juez puede proteger directamente los derechos constitucionales frente a una norma evidentemente inconstitucional. Para concluir, se evidencia que en el control mixto se evita la vulneración al derecho a la seguridad jurídica que podría generarse por el ejercicio del control difuso por parte de todos los jueces; y, de igual forma se demuestra como por medio del control mixto de constitucionalidad se logra proteger el derecho a la tutela judicial efectiva, que en la consulta de norma de constitucionalidad se vulnera, lo cual se evidencia de los casos analizados.

Capítulo primero

Aplicación directa de la Constitución y control constitucional

1.1. El valor normativo, supremacía; y, aplicación directa de la Constitución

La Constitución es una norma jurídica producto del poder constituyente, en la que se configura y ordena el poder estatal, y se reconoce derechos y garantías que son límites a las actuaciones estatales, de tal modo que los poderes estatales son un instrumento de la soberanía del pueblo, por lo que no podrán pretender ser superior a la decisión del soberano plasmada en el texto constitucional.

La división de poderes y las funciones asignadas a cada uno de ellos, además de configurar la organización estatal se constituyen como limitaciones al ejercicio del poder, ya que cada uno de los poderes públicos tienen que actuar conforme a los preceptos constitucionales. Los derechos reconocidos en la Constitución también actúan como limitaciones al poder público, por cuanto todo detentador de poder debe respetarlos.

Los derechos constitucionales no sólo limitan al poder estatal sino también al poder ejercido por sujetos privados, por tanto los ciudadanos también se encuentran obligados a respetar la Constitución. De modo que la Norma Constitucional crea una vinculación directa de los detentadores del poder y de los ciudadanos.

Citando a Kaegi “lo fundamental nuevo del Estado Constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la fuerza vinculante bilateral de la norma”,¹ en este sentido la Constitución no es concebida como una mera declaración política sino como norma jurídica, que conlleva la obligatoriedad de su cumplimiento, tanto por parte del sector público como de los particulares. De esta forma, los poderes quedan subordinados a la Constitución en todo su actuar, incluso su producción normativa, que obligatoriamente observará los preceptos constitucionales.

¹Kaegi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich*, (Zurich: 1945), citado por Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1994), 49.

A la Constitución como norma jurídica le es inmanente la supremacía constitucional, que es uno de los mayores aportes del derecho constitucional norteamericano², que de acuerdo con Luís Prieto Sanchís, es “la cualidad que ostenta una norma para generar un deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas, lo que incluye una vocación de imponerse las mismas en caso de conflicto en razón de la mayor fuerza que se le reconoce”.³

En efecto la Constitución no es cualquier norma sino la norma superior del ordenamiento que define el sistema de fuentes formales que solo podrán dictarse conforme a lo dispuesto en la Constitución y de acuerdo con su contenido, siendo así un límite al poder legislativo. Al respecto García de Enterría⁴ señala que la Constitución es la *lex superior*, la norma fundamental, la primera de las normas, por las siguientes razones:

Primero, porque define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una ley será válida, en este sentido es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de fuentes.

Segundo, la Constitución, al tener carácter fundacional, configura la estructura orgánica estatal, establece los límites al poder y determina los derechos de los ciudadanos, se le dota de una superioridad sobre las otras normas jurídicas por lo que no puede ser modificada por los mismos procedimientos de las normas infra constitucionales sino por un procedimiento agravado que le asegure a la Constitución la preeminencia jerárquica, de tal forma que se vincula la rigidez con la supremacía constitucional como elementos inseparables.

En este orden de ideas al existir formas reforzadas para el cambio o modificación de la Constitución le asegura una preeminencia jerárquica sobre las otras normas, producto de los poderes constituidos, por lo que al ser la norma suprema del ordenamiento jurídico determina también el procedimiento de creación de las leyes. Pero

² Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal* (Madrid: Alianza editorial, 1994), 117.

³ Luis Prieto Sanchís, “Supremacía rigidez y garantía de la constitución”, en Heber Joel Campos Bernal, edit. *Control constitucional y activismo* (Lima: Ara Editores, 2012), 263-83. Al respecto puede revisarse también Manuel Aragón, *Estudios de derechos constitucional*, (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2009), 171-8.

⁴ García de Enterría, *La Constitución como norma*, 49.

no solo tienen que cumplir con el sistema formal de producción, sino también observar el contenido material establecido en la Carta Constitucional.⁵

De la idea que antecede se desprenden dos dimensiones de la supremacía constitucional, una formal y otra material:

La supremacía formal se refiere a que la Constitución es un documento legal escrito, producto del poder constituyente, que recoge, sistematiza y organiza el sistema político de un país y es la norma suprema por lo cual para su expedición y reforma se exigen requisitos diferentes y más gravosos que las normas infra constitucionales; y, al ser la máxima norma se constituye como la primera de las fuentes de derecho por lo que determina el procedimiento de creación, modificación y derogación de las normas legales.

La supremacía material radica en el contenido constitucional. La Constitución es el origen de toda actividad jurídica desarrollada por el Estado, determina los principios y reglas que deben observar los detentadores del poder para el ejercicio de sus funciones; y, reconoce derechos a favor de las personas, es decir es el contenido material superior que no puede ser contrariado por normas jurídicas inferiores.

La supremacía constitucional se convierte en la condición de unidad de todo el ordenamiento jurídico, todas las normas infraconstitucionales tienen que tener como vértice de su contenido los preceptos constitucionales; además, este principio tiene como consecuencia que la Constitución se convierta en la condición última de validez del ordenamiento jurídico, de tal forma como indica García de Enterría “la Constitución es el contexto necesario de todas las leyes y de todas las normas”.⁶

Es decir toda norma que existe de acuerdo con la norma suprema es válida, para lo cual debe ser producida de acuerdo con las condiciones de validez formal y material⁷ contenidas en la Constitución, caso contrario carecerá de validez, tornándola impracticable, en este sentido “existirá supremacía de la Constitución allí donde sea posible expulsar del ordenamiento o más sencillamente inaplicar las normas con pretensiones de validez opuestas a la norma suprema”⁸ surgiendo así la figura del control

⁵García de Enterría, *La Constitución como norma*, 50.

⁶Ibíd., 19.

⁷Al respecto véase Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 73-93.

⁸Blanco Valdez, *El valor de la Constitución*, 116.

de constitucionalidad como un elemento inseparable de la Constitución con valor normativo,⁹ como garantía de la supremacía constitucional.

En la actualidad el valor normativo y la supremacía constitucional no admite discusión, sin embargo en el proceso histórico la Constitución no siempre fue catalogada como norma jurídica. El origen de la Constitución escrita se produjo a raíz de las revoluciones norteamericana y francesa, en dos lugares geográficos diferentes y condiciones históricas distintas, lo que incidió en la concepción de Constitución.

Por un lado, en el constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica desde su origen se concibió a la Constitución como documento jurídico que constituye la norma básica vinculante para todos los poderes públicos, y también para la relación entre ellos y los ciudadanos; en sentido opuesto, en Europa la Constitución únicamente era considerada como un documento político que se limitaba a la organización y funcionamiento de los poderes del Estado. Aspectos que tienen consecuencia directa en los instrumentos de defensa de la Constitución.

A continuación se hará una breve revisión del valor de la Constitución en el constitucionalismo norteamericano y continental europeo, los modelos de control de constitucionalidad que cada uno configuró y su relación con la aplicación directa de la norma constitucional.

1.1.1. El valor de la Constitución y la supremacía constitucional en el Constitucionalismo Norteamericano

Las colonias inglesas en Norteamérica luego del proceso revolucionario en contra de la Corona Inglesa, motivada básicamente por las medidas fiscales determinadas por el parlamento inglés, el 4 de julio de 1776 declararon su independencia. Posteriormente con la finalidad de establecer un vínculo entre todas las colonias independizadas, el 14 de noviembre de 1777 se suscribe el Tratado de Confederación, que entre sus acuerdos menciona: la igualdad de todos los estados, el socorro en caso de invasión, libre

⁹Manuel Aragón Reyes, *La Constitución y el control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 15.

circulación de los ciudadanos, y un único órgano común que es una Asamblea integrada por un representante de cada uno de los estados.¹⁰

Todos los Estados integrantes de la confederación, promulgaron sus constituciones, pero era necesario consolidar la unión entre ellas, basados en la idea de Rousseau sobre el contrato social,¹¹ en la Convención de Filadelfia de 1787 decidieron firmar la Constitución de los Estados Unidos, que surge como un contrato basado en los acuerdos de los representantes de los estados.¹²

En el constitucionalismo norteamericano el valor de la Constitución, de acuerdo con Blanco Valdés, tiene como fundamento dos condiciones: la primera es la “condición de necesidad” que es el tratar de evitar el peligro que representa el poder legislativo, por lo que adquiere trascendencia el modelo de separación de poderes determinados en su Constitución; y, la segunda es la “condición de posibilidad” que conlleva un procedimiento agravado para la reforma de la Constitución.¹³

El principio de separación de poderes no se encuentra expresamente determinado en la Constitución aprobada en la Convención de Filadelfia, es transversal a todo su contenido.¹⁴ De este se deriva por un lado la presencia de tres poderes y a cada uno de ellos la asignación de las funciones: legislativa, ejecutiva y judicial, y por otro, la presencia de excepciones a estas funciones,¹⁵ con la finalidad de garantizar un equilibrio y contrapeso de poderes (*checks and balances*).¹⁶ El esquema constitucional presente en la Constitución Estadounidense es distinto al arquetipo postulado por Montesquieu, en el cual rechazaba que el poder judicial sea un auténtico poder, al determinar que:

El poder de juzgar no debe confiarse a un tribunal, sino ser ejercido por personas sacadas del cuerpo del pueblo en ciertas épocas del año y de la manera que prescribe la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que exija la necesidad.

¹⁰ André Hauriou, Jean Cicquel y Patrice Gérald, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, trad. por José Antonio Gonzales Casanova (Barcelona: Ariel, 1980), 484.

¹¹ Rousseau expresaba que el contrato social es la “forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados, pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo, y quede tan libre como antes. Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, trad. Consuelo Berges, (Madrid: Aguilar, 1970), 14.

¹² André Hauriou, Jean Cicquel y Patrice Gérald, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 487.

¹³ Roberto Blanco Valdés, “La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana” en Miguel Carbonell, comp., *Teoría constitucional y derechos fundamentales* (México D.F.: Comisión nacional de derechos humanos, 2002), 29.

¹⁴ Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 89.

¹⁵ *Ibíd.*, 90

¹⁶ *Ibíd.*

De tal manera, la facultad de juzgar, tan terrible entre los hombres, no hallándose vinculada en ningún estado ni profesión, viene a ser, por decirlo así, invisible y nula. No se tiene delante continuamente a los jueces; se terne a la magistratura y no los magistrados.¹⁷ (Énfasis agregado).

El poder legislativo fue conferido al Congreso de Estados Unidos, integrado por el senado y la cámara de representantes, el poder ejecutivo estaba investido al presidente de los Estados Unidos; y, el poder judicial otorgado a la Corte Suprema y Tribunales.¹⁸ En tanto a las excepciones por parte del ejecutivo hacia el legislativo tenemos: la atribución del Vicepresidente del Estado de ocupar la presidencia del senado, el llenar las vacantes del senado cuando este se encuentre en receso; facultad de suspender al legislativo en determinadas condiciones, y resalta el veto del ejecutivo de la ley. En relación con el poder judicial el ejecutivo tiene la atribución de designar a los jueces de la Corte Suprema.

En contraste el legislativo tiene la facultad de designar al Presidente de la Federación de entre los cinco candidatos con mayor votación cuando ninguno de ellos hubiera obtenido la mayoría del total de electores. Otra forma de intervención al ejecutivo que el legislativo conjuntamente con el poder judicial puede realizar como excepción al principio de especialización funcional es el juicio político contra el presidente de la federación.¹⁹

La Constitución, señala Edward Corwin, dota al poder judicial de ciertos atributos *incidentales o inherentes*, entre ellos se encuentra: “la capacidad de interpretar la ley vigente, representada por la Constitución, las leyes del congreso o los precedentes judiciales, ejerciendo una autoridad a la cual *deben someterse constitucionalmente los restantes departamentos*”.²⁰ En virtud de esta atribución el poder judicial podrá actuar como contrapeso a la actividad jurídica de los otros poderes, en el momento de la interpretación de la Constitución y las leyes en los procesos que lleguen a su conocimiento, exceptuando de esta atribución las cuestiones políticas.

¹⁷ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. Siro García del Mazo (Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1996), 229.

¹⁸ Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 90. Al respecto véase: *Sobre Estados Unidos. La constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas*. (s.l.:world Books, 2004).

¹⁹ Blanco Valdés, *El valor de la constitución*, 91.

²⁰ Edward S. Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado Actual*, trad. por Aníbal Leal (España. Fraterna, 1987), 268.

La mayor intervención del ejecutivo hacia el legislativo se explica porque estaba latente en los Padres Fundadores²¹ el temor hacia el legislativo y querían evitar la extensión de su poder que significaba un peligro para la libertad, debido a la negativa experiencia de las colonias frente a las leyes intolerables del parlamento inglés, y también por las actuaciones demagógicas de los órganos legislativos de los diferentes estados.

En este sentido Madison, teniendo como referencia las distintas cartas estatales en las que se evidenciaba un dominio del legislativo, afirmaba que: “El departamento legislativo está extendiendo por dondequiera la esfera de su actividad y absorbiendo todo dominio en su impetuoso torbellino”.²²

El modelo de separación de poderes se construyó en función de la homogeneidad social existente en el nuevo Estado en la que todos los ciudadanos son políticamente iguales, en contraste en Europa se diferenciaba entre nobles y pueblo, teniendo los primeros mayor participación en el parlamento.

Otro elemento importante que coadyuvo al esquema de separación de poderes fue la ausencia de un monarca absoluto, a diferencia de Europa donde tenían que incorporar al rey dentro de los poderes constituidos. En América del Norte se configuró un ejecutivo cuya legitimidad, al igual que el legislativo, derivaba de la soberanía popular, otorgándole a los dos órganos que ejercen estos poderes legitimidad democrática.

También el poder judicial cuenta con un investimento de legitimación democrática, ya que “gran parte de los jueces de los Estados son cargos de elección popular y que los jueces federales no llegan al cargo por medio de un procedimiento de selección técnica objetiva e impolítica [...] sino por nombramiento del jefe del ejecutivo, con el consejo y consentimiento de la principal cámara del legislativo”.²³

A partir de lo indicado, Madison justifica el peligro que representa el legislativo, al señalar que en un gobierno monárquico en el que varias facultades eran depositadas en el rey, representaba un peligro inminente para la libertad y por tanto requiere ser

²¹ Es la denominación colectiva que se da a los líderes políticos que participaron en la independencia y la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

²² Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, 2a ed. (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1957), 210.

²³ Carlos Ruiz Miguel, *Constitucionalismo clásico y moderno: desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional* (Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2013), 170.

vigilado. En contraste, en una República representativa, los poderes del titular del ejecutivo están limitados, mientras que el legislativo es ejercido por una Asamblea “a la que la influencia que piensa que tiene sobre el pueblo le inspira una confianza intrépida en su propia fuerza [...] es contra la ambición emprendedora de este departamento (poder) contra la que el pueblo debe sentir sospechas y agotar todas sus precauciones”.²⁴

Según se ha citado, por el persistente temor hacia el legislativo, al poder ejercer sus funciones en perjuicio de las minorías, surge la necesidad de proteger la libertad no solo frente a la opresión del gobierno, sino también proteger a las minorías del posible abuso de las mayorías. De esta forma se conecta directamente el abuso parlamentario con el abuso democrático por lo que sitúan en primer plano como problema político: la limitación del poder legislativo, limitación que debería servir para hacer frente al riesgo indeseable de un eventual abuso democrático.²⁵

Ante esta posibilidad de abuso democrático, Madison presenta como único remedio la imposibilidad de que se llegue a conformar una mayoría por la existencia de varios tipos de ciudadanos con intereses distintos.²⁶ Pero el mismo autor en el *Federalista* No. 78,²⁷ señala que el rol del poder judicial permitiría sanear el absolutismo de las mayorías.

Según se ha visto, el sistema de pesos y contrapesos ha sido integrado en el sistema de división de poderes norteamericano con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos y la libertad de los ciudadanos; en consecuencia impedir que el congreso exceda las facultades previstas en la Constitución, conlleva el cumplimiento obligatorio de la carta constitucional, que permite identificar su valor.

El segundo elemento que contribuye a determinar el valor de la Constitución en el constitucionalismo norteamericano, es la existencia de un procedimiento agravado para su reforma.²⁸ El procedimiento de reforma es entendido como el “instrumento democrático de protección de la supremacía de la Constitución sobre todos los poderes

²⁴Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, 211.

²⁵ Roberto Blanco Valdés, *La construcción de la libertad* (Madrid: Alianza Editorial, 2010), 111.

²⁶Ibíd., 102.

²⁷Hamilton, *El Federalista*, 330-36.

²⁸ Artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica determina el procedimiento de reforma de la Constitución.

constituidos”.²⁹ Su importancia no radica en su utilidad práctica³⁰ sino en su presencia en el texto constitucional, por cuanto incide directamente en el valor que se le otorga a la Carta Constitucional, de tal manera que “la reforma es operativa más como idea que como institución”.³¹

Los constituyentes norteamericanos no vincularon expresamente la rigidez en la reforma constitucional con la supremacía de la Constitución, sin embargo al reconocer el carácter escrito y las solemnidades especiales para efectuar cambios a la Constitución, dotan de un mayor valor a la Constitución respecto de las leyes.³²

Tampoco Hamilton, Madison y Jay en *El federalista* determinan el vínculo entre el valor de la Constitución y la dificultad de su reforma; sin embargo, menciona Blanco Valdés que en el escrito No. 78 “Hamilton acabará por sentar su tesis central sobre la superioridad de la Constitución sobre las leyes [...] en donde el famoso delegado de Nueva York, subrayará con toda claridad la vinculación que, a juicio de los Padres Fundadores, existe entre «superioridad» formal y «solemnidad» procedimental”.³³

Hamilton en el *Federalista* No. 78 señala:

Esta independencia judicial es igualmente necesaria para proteger a la Constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres

²⁹Javier Pérez Royo, La reforma de la Constitución, <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1986-22-B5B39544&dsID=PDF>>, 13. Consulta: 15 de septiembre de 2015.

³⁰Los antifederalistas atacaban al procedimiento de reforma argumentando la dificultad de cumplir con los requisitos que determina el artículo V de la Constitución Norteamericana, en defensa de ello Madison en *El federalista* señaló que con esta disposición se trataría de prevenirse contra la extremada facilidad que haría de la Constitución demasiado mutable; y a la vez frente a la extremada dificultad que podría mantener los defectos que en ella se evidencie. Blanco Valdés otorga la razón a los antifederalistas, al concluir que “de las cuatro vías procedimentales existentes sólo una ha sido utilizada hasta la fecha de forma más o menos generalizada”. Blanco Valdés, *El valor de la constitución*, 104-10.

³¹ Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, 13.

³² Sin embargo hay que tener en cuenta que rigidez y supremacía constitucional no son términos equivalentes, debido a que la primera se refiere a la estabilidad de la Carta Constitucional y la segunda a su identidad. De tal manera que si se requiere únicamente que la reforma sea expresa, conserva su carácter de norma superior. Blanco Valdés, *El valor de la constitución*, 111. En el mismo sentido Luis Prieto Sanchís, respecto a la relación entre rigidez y supremacía constitucional, señala que son temas que deben ser tratados de manera separada, por cuanto una “Constitución puede ser tan flexible como para permitir su reforma mediante la regla fundamental de la democracia y no por ello deja de existir como norma suprema” conservando así el pueblo la facultad de modificar la Constitución en cualquier momento mediante el procedimiento legislativo cumpliendo como único requisito que la reforma sea expresa, en consecuencia la reforma constitucional debe realizarse de acuerdo con el procedimiento, caso contrario estaría vulnerando los preceptos constitucionales de ahí que “una cosa es reformar la Constitución y otra violarla”. Luis Prieto Sanchís, “Supremacía rigidez y garantía de la constitución”, 270-76.

³³ Blanco Valdés, *El valor de la constitución*, 113.

intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que, aunque pronto cedan el campo a mejores informes y a reflexiones más circunspectas, tienen entretanto la tendencia a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad. Aunque confío en que los amigos de la Constitución propuesta no se unirán nunca con sus enemigos para poner en duda el principio fundamental del gobierno republicano, *que reconoce el derecho del pueblo a alterar o abolir la Constitución en vigor en todo caso en que lleguen a la conclusión de que está en desacuerdo con su felicidad, sin embargo no sería legítimo deducir de este principio que los representantes del pueblo estarían autorizados por esa circunstancia para violar las prevenciones de la Constitución vigente cada vez que una afición pasajera dominara a una mayoría de sus electores en un sentido contrario a dichas disposiciones*, o que los tribunales estarían más obligados a tolerar las infracciones cometidas en esta forma que las que procedieran únicamente de las maquinaciones del cuerpo representativo. Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente; y ninguna suposición con respecto a sus sentimientos, ni aun el conocimiento fehaciente de ellos, puede autorizar a sus representantes para apartarse de dicha forma previamente al acto que indicamos. Pero es fácil comprender que se necesitaría una firmeza poco común de parte de los jueces para que sigan cumpliendo con su deber como fieles guardianes de la Constitución, cuando las contravenciones a ella por el legislativo hayan sido alentadas por la opinión de la mayor parte de la comunidad.³⁴ (Énfasis agregado).

En este texto se reconoce el derecho a reformar la Constitución, pero se debe realizar según el procedimiento y requisitos establecidos en la misma, mediante *un acto solemne y legalmente autorizado*, en el caso opuesto el legislador no puede emitir una ley que implique una reforma constitucional, y si lo hace los Jueces como guardianes de la Constitución no aplicarán la norma legal. En este contexto, se identifica la vinculación entre la superioridad formal y la solemnidad procedimental para reformar la Constitución, por cuanto solo se puede concebir “la necesidad de una reforma expresa para cambiar el texto constitucional [respecto de una]norma a la que se le otorga un valor distinto y superior, al de las restantes que conforman el ordenamiento jurídico estatal”.³⁵

A manera de colofón, se evidencia que tanto el esquema de división de poderes como la determinación de un procedimiento diferenciado y único para la reforma de la Constitución, orienta, sin mayor esfuerzo, a la afirmación de su supremacía y con ella el surgimiento de la institución para su control. Consecuentemente se observa que el

³⁴ Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, 334.

³⁵ Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 114.

modelo americano fue resultado de “un proceso tranquilo, consecuencia natural de unas necesidades y unos principios que resultaban indiscutibles por sí mismos”.³⁶

Una vez identificados los elementos que sustentaron la supremacía constitucional, a continuación se revisará su desarrollo en el constitucionalismo norteamericano.

El proceso histórico mediante el que se consolida la supremacía de la Constitución tiene como antecedente la decisión de 1610 del Juez Edward Coke, *Chief Justice de la Court of Common Pleas*, en el *Bonham case*, en la que determina la supremacía del common law sobre las leyes del parlamento, al indicar que cuando la ley “es contraria al derecho y a la razón, o incompatible, o imposible de ejecutar, el common law la controlará y procederá a declarar la nulidad”.³⁷

Otro antecedente en el derecho inglés se encuentra en el *instrument of goverment*, sancionado por Oliver Cromwell, en el año 1653, en este documento se consideraba la superioridad del mismo sobre toda ley, por lo que toda norma que sea contraria a dicho instrumento sería considerada nula. Si bien no entró en vigencia sirvió de fundamento para el desarrollo de este principio”.³⁸

Las colonias inglesas en Norte América tenían la facultad de emitir sus propias leyes, siempre dentro del marco determinado por la corona y el parlamento, en el caso que una norma dictada por las colonias era contraria a las leyes inglesas podían ser atacadas ante el Consejo Privado del Rey.

En el momento de la revolución e independencia de Estados Unidos de Norte América, en Inglaterra primaba la doctrina de la soberanía parlamentaria y soberanía de la ley, por lo tanto los jueces no podían evaluar la constitucionalidad de las leyes; situación que, paradójicamente llevó a la consolidación del pensamiento de Coke en las colonias inglesas en Norte América, en base al que surgió la necesidad de controlar la adecuación de las leyes coloniales a las leyes superiores del Reino Inglés.

En Gran Bretaña, en la segunda mitad del siglo XVII, James Harrington en su obra “La República de Oceana” sostiene la preminencia del “gobierno de la leyes” sobre el

³⁶Ibíd.

³⁷Ibíd., 118.

³⁸Juan Casiello, *Derecho constitucional argentino* (Buenos Aires: Perot, 1954), 124.

“gobierno de los hombres”, en función de la cual se propone la creación de un órgano que tenga como fin la protección de los principios de la República.

Locke, en el mismo sentido, defiende la supremacía del poder legislativo, sin embargo es partidario de que deben existir limitaciones al mismo, entre ellas está el “bien público de la sociedad” y que debe estar de acuerdo con la “ley de la naturaleza, es decir con la voluntad de Dios, de cual la ley de la naturaleza es una manifestación”.³⁹ La idea de un derecho fundamental tiene como sustento, la concepción que el derecho natural es superior al derecho positivo.

El pensamiento de Locke de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo fue acogido en las colonias inglesas en América del Norte, el que se tornaría fundamental en la teoría constitucional del nuevo Estado. Así James Otis en 1671 en el *Writs of Assistance case*, señala que las medidas fiscales impuestas a los colonos son contrarias a *the fundamental principles law* y que los tribunales deben inaplicarlas porque “una ley contra la Constitución es nula, una ley contra la equidad natural es nula”.⁴⁰

La influencia de las ideas mencionadas tiene sus resultados iniciales en las constituciones de Maryland, Delaware, Pennsylvania (1776), Georgia (1777), Massachusetts (1780) y New Hampshire (1784), al determinar un procedimiento para su reforma diferente a la de la ley; y, New Jersey, Carolina del Norte, Virginia (1776), y New York (1777) que no preveían procedimiento de reforma, de lo cual se deduce que para la reforma constitucional tiene que reunirse una asamblea constituyente. Así también, algunas cartas constitucionales de los estados determinaban órganos políticos (no jurídicos)⁴¹ que estaban destinados al control y vigilancia del cumplimiento de las mismas.

Consecuentemente, si bien no reconocen expresamente la supremacía constitucional, al establecer mayores requisitos para la reforma constitucional que para la legal y tratar de controlar su cumplimiento mediante órganos políticos, de cierta manera otorgan un mayor valor a la Constitución que a la ley.

³⁹Blanco Valdez, *El valor de la Constitución*, 121.

⁴⁰Ibíd., 122.

⁴¹Ibíd., 123. En la Carta de Pennsylvania se creaba el *Consejo de Censores*, en la Constitución de Vermont se establecía el *Consejo de Censores*; en la Constitución de New York se determinaba la creación de un Consejo de Revisión.

Tal problemática se reproduce en los debates constitucionales. Para ilustrar vamos a referirnos a algunas de las posiciones adoptadas por los constituyentes. En la convención de 29 de mayo de 1787 se presenta el “Plan Virginia” en el que el gobernador de Virginia, Randolph propone un sistema de control político del poder legislativo, por un lado la constitucionalidad de las normas de los Estados sería revisada por el Parlamento Nacional, y un Consejo de Revisión sería el órgano que supervisaría la actividad legislativa federal mediante el veto suspensivo hasta que exista una determinada mayoría.

La propuesta de creación de un consejo de revisión fue rechazada por la mayoría de los estados, por cuanto constituyentes como Gerry y Rufus King, sostenían que el juez por medio de su facultad para interpretar la ley podía decidir sobre su constitucionalidad, por lo que no era necesario crear dicho órgano.

Como texto alternativo al Plan Virginia, el 15 de junio de 1787 se presentó el Plan de Nueva Jersey en el que se estableció como principio la superioridad del derecho federal sobre el derecho estatal y la obligación de los jueces de interpretar el ordenamiento basándose en este principio.

El 19 de junio, Wilson, delegado del estado de Pensylvania, sostuvo que los jueces debían participar en el Consejo de Revisión, pues al interpretar la ley podían defender los derechos Constitucionales. Frente a la propuesta de Wilson existió la objeción de que es peligroso el fortalecimiento de la judicatura y del ejecutivo; al respecto, Madison, en apoyo a Wilson y la creación del consejo de revisión, consideró que el peligro, no procedería de los otros poderes, sino del legislativo, por lo que señaló:

La experiencia de todos los Estados ha demostrado la tendencia de la legislatura a absorber todo el poder en su propio torbellino. Está, que es la verdadera fuente de peligro en las constituciones americanas, ha sugerido la necesidad de dar a otros órganos del Estado toda la autoridad para defenderse que sea compatible con los principios republicanos⁴²

Continuando con el debate sobre la creación o no del consejo de revisión, Mason defendía la necesidad de establecer este órgano y la idea de que los jueces, al interpretar la ley podían impedir la aplicación de las normas inconstitucionales. En contraste Luther Martin, se opuso a la creación del consejo, pero coincidía en que la interpretación de la

⁴²Ibíd., 132.

ley por parte de los jueces implicaba el poder decidir sobre la constitucionalidad de las normas. Finalmente el Consejo de Revisión no fue aceptado por la mayoría de los constituyentes.

La Convención finalizó el 17 de septiembre de 1787 con la suscripción de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, que en su artículo 6 sección II determina la denominada “cláusula de supremacía” en la que estatuye lo siguiente:

Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella sean creadas; y todos los Tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la Autoridad de los Estados Unidos serán la Ley suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado estarán obligados a acatarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado.

Se observa que el debate, no se concentró en la supremacía constitucional, sino en la forma de controlar al poder legislativo, en el cual tomo relevancia el rol del poder judicial, pero de ello se desprende que los representantes de los Estados consideraban la necesidad de defender la Constitución de la actividad del legislador, por lo que coincidieron que la forma de hacerlo era por medio de los jueces y su actividad interpretativa de la ley.

Lo mencionado se refleja en El Federalista No. 78, en el cual Hamilton indicó:

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre dos hay una discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras debe preferirse la Constitución a la ley Ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.⁴³

Es necesario evidenciar el papel que adquiere el poder judicial frente al legislativo, como garante de la Constitución frente a la ley, surgiendo así el control judicial de constitucionalidad, que es otro aporte importante del constitucionalismo norteamericano, tema que estudiaremos más adelante.

A partir de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos y redactada por el juez Marshall en el caso Marbury contra Madison (1803) se consolidó el valor normativo de la Constitución y su supremacía. En esta importante decisión se estableció que la Constitución es la norma jurídica suprema por lo cual es exigible a

⁴³ Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, 332.

todos los poderes públicos y particulares, y, en 1857 con la sentencia dictada en el proceso Dredd Scott contra Sanford se volvió a declarar inconstitucional una ley federal.⁴⁴

En conclusión, por un lado en el debate constitucional, los Padres Fundadores tácitamente reconocieron la supremacía de la Constitución; por otro, la forma en la que se determina la división de poderes, en el cual se establecen pesos y contrapesos a fin de controlar que la actividad de los mismos, sobre todo del legislativo, no atente contra derechos y libertades de los ciudadanos en general y de las minorías específicamente; y, la determinación de un procedimiento agravado de reforma constitucional, nos lleva a afirmar el valor normativo de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica posicionándola como norma suprema del Estado.

Si bien en el constitucionalismo norteamericano la Constitución, desde su origen tuvo valor normativo, por el contrario, en Europa continental, la Constitución no contó con la misma suerte, ya que después de la revolución francesa surge como un mero documento político, y tras un largo proceso de evolución es catalogada como una norma jurídica.

1.1.2. El valor de la Constitución y supremacía de la ley en el constitucionalismo Europeo

El punto de partida para determinar el valor de la Constitución en el constitucionalismo europeo, es el estudio de las primeras constituciones francesas promulgadas después de la Revolución, porque este modelo de Constitución es el que se extiende por toda Europa continental.

El triunfo de la revolución francesa del año 1789 dio como resultado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual conjuntamente con la Constitución francesa de 1791 son “la primera enunciación en la Europa continental del programa histórico del constitucionalismo”,⁴⁵ en estos documentos se establecieron los principios fundamentales que orientarían la teoría de la Constitución en el mundo europeo continental, entre los cuales se encuentran: “la distinción entre la titularidad y el

⁴⁴ Marc Carrillo y Víctor Ferreres Comella, *Teoría general de la Constitución* (Barcelona: UOC Papers, 2002), 25.

⁴⁵ Blanco Valdés, *La construcción de la democracia*, 35.

ejercicio de la soberanía, la separación entre la potestad constituyente y poderes constituidos, la división horizontal de poderes, el mandato representativo, la proclamación de la ley como la expresión de la voluntad general o la concepción restrictiva de los poderes del juez”.⁴⁶

La división de poderes, según artículo 16⁴⁷ de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, constituye uno de los elementos indispensables de la Constitución, estableciendo una ruptura histórica en la organización del poder, por cuanto pone fin al absolutismo del monarca en quien lo concentraba.

La Constitución de 1791, establece la división de poderes a partir de la afirmación del principio de soberanía nacional, el mismo que tiene influencia directa en el ámbito del poder ejercido por el rey. Este principio surgió debido a la necesidad de despojar al rey de la soberanía, la misma que requería ser asignada a una persona, por ello los constituyentes decidieron investir con la soberanía a la nación,⁴⁸ es así que en el artículo 2 del título III determina que: “La nación, de la que exclusivamente emanan todos los poderes no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa; los representantes son el cuerpo legislativo y el rey”.⁴⁹

El debate constitucional sobre la división del poder estuvo influenciado por varios acontecimientos políticos en los que tuvo participación activa el rey Luis XVI, por lo que la Constitución surgió como un pacto político entre el *ancien regime* (monarquía) y el nuevo régimen. En virtud de este acuerdo, al rey se le otorgó el ejercicio del poder ejecutivo, de tal manera que la monarquía pasa a formar parte de los poderes constituidos, por lo tanto sometido a la ley, dando lugar a las monarquías constitucionales.

El poder del rey era limitado y el del legislativo fortalecido por cuanto los constituyentes franceses, basados en la mala experiencia del absolutismo monárquico, consideraban que mayor peligro representa el ejecutivo a cargo del rey que el poder legislativo, porque “el cuerpo legislativo es elegido, numeroso, tiene el bien por interés y

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ El artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano establece: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”.

⁴⁸ Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza Editorial, 1999), 465.

⁴⁹ Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 185.

se halla bajo la influencia del pueblo[...] Por el contrario el depositario del poder ejecutivo es hereditario, inamovible y sus ministros pueden inducirle a un interés particular”.⁵⁰

Por otro lado, el poder legislativo estaba investido al parlamento que gozaba de autonomía orgánica. Según Sieyes existía plena identificación entre Nación y Asamblea, siendo la segunda la única forma de expresión de la primera, es decir el sistema representativo determinado en la Constitución se basaba en el principio de soberanía nacional que se concretaba por medio de la soberanía parlamentaria, siendo el parlamento el único intérprete de la voluntad general por intermedio de la ley.⁵¹

En este sentido, los constituyentes franceses influenciados por la doctrina de Rousseau plasmaron en los textos constitucionales el concepto de ley como: “una declaración de la voluntad general sobre un objeto de interés común”.⁵² Esta voluntad es general porque es manifestación del pueblo que se estatuye sobre él y su objeto es general porque se establece para el interés común, lo que constituye su verdadero carácter. Es preciso indicar que el derecho al voto no era otorgado a todos, sino únicamente a un dos o tres por ciento de la población que cumplían los requisitos para ser ciudadanos, como por ejemplo el tener una propiedad de un determinado valor, en consecuencia la ley era la expresión de un pequeño grupo de personas.⁵³

En consecuencia el movimiento revolucionario, basándose en la concepción de ley, como la expresión de la voluntad general que residía en el parlamento vio en el órgano legislativo el medio para limitar a la monarquía, postulado defendido por Emmanuel Sieyes.⁵⁴

El constituyente francés en la Asamblea Nacional de 1789, afirmaba que la ley es la expresión de la voluntad de los gobernados, quienes pueden concurrir a su formación por dos vías: los ciudadanos delegan a representantes más capaces para reconocer el interés general e interpretarlo desde esta perspectiva; o lo realizan de forma directa.

⁵⁰ *Ibíd.*, 195.

⁵¹ Blanco Valdés, *La Construcción de la Libertad*, 100.

⁵² *Ibíd.* 217.

⁵³ Eliseo Aja, “Estudio preliminar” en Ferdinand Lassalle, *¿Que es una constitución?*, 5a ed. (Barcelona: Ariel, 1997), 14.

⁵⁴ Blanco Valdés, *La Construcción de la Libertad*, 99.

Sieyes se decanta por la primera, señalando que los ciudadanos no tienen ni la suficiente instrucción ni tiempo libre suficiente para ocuparse de las leyes, por lo que designan representantes que expresen el parecer de la mayoría, en este sentido consideraba que: “Cuando una sociedad está formada se sabe que el parecer de la mayoría se convierte en ley para todos”.⁵⁵

En consecuencia la supremacía de la ley tiene fundamento en su concepción, como la expresión de la voluntad general del pueblo que es dictada por el parlamento, único órgano autorizado para realizarla, investido por la soberanía nacional, que consecuentemente conduce a la afirmación de la soberanía parlamentaria como el principio que dirige al Estado.

A partir del principio de supremacía de ley y del parlamento mediante ley de 27 de noviembre -1 de diciembre de 1790, en Francia se creó la institución *référé législatif*, la cual fue recogida en la Constitución de 1791 y 1795, que procede obligatoriamente “cuando después de dos ocasiones el fallo del tercer tribunal fuera atacado por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión no podrá ser planteada nuevamente al Tribunal de Casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emitirá un decreto declaratorio de la ley, al que el tribunal de casación tendrá necesariamente que ajustarse”.⁵⁶

Además en la ley de 16-24 de agosto de 1790 se incorporó el *référé facultativo* por medio del cual pueden solicitar al parlamento la interpretación o creación de una ley. En esta última ley establecía la prohibición de suspender la ejecución de los decretos del órgano legislativo, sancionados por el rey, bajo pena de prevaricato, disposición que es adoptada en las constituciones de 1791 y 1795.

La presencia del *référé législatif* refleja la desconfianza hacia los jueces y el dominio existente por parte del legislativo sobre el judicial, por lo que este último poder tiene que limitarse únicamente a aplicar la ley, coherentemente con el principio de supremacía de la ley.

Los constituyentes franceses, con la finalidad de establecer un equilibrio entre los poderes, determinaron que: el rey en ejercicio del poder ejecutivo estaba vedado de

⁵⁵Ibíd., 219.

⁵⁶Blanco Valdez, *La construcción de la libertad*, 104.

convocar, suspender o disolver la Asamblea, pero se le otorgó la facultad de veto suspensivo de la ley y de poner a consideración del legislativo determinado tema, de tal forma que la Asamblea Nacional gozaba de autonomía orgánica y funcional.

En contraste, si bien la Asamblea no podía fiscalizar la actividad del poder ejecutivo ejercido por el rey, tenía la atribución de determinar los impuestos, además se determinó la responsabilidad penal de los magistrados designados por el rey, lo que perseguía la subordinación de ellos a las políticas del órgano legislativo. Además podía nombrar a los principales funcionarios, ratificar tratados, declarar la guerra, incluso en ciertas circunstancias proceder a la deposición del monarca.⁵⁷ Lo mencionado evidencia una separación rigurosa de poderes, con expreso predominio del legislativo, por cuanto los constituyentes consideraban que este último representaba una garantía de la Constitución.

En 1793 se promulgó una nueva Constitución que jamás tuvo vigencia, pero su contenido reflejaba un poder legislativo poderoso, y un ejecutivo ejercido por un Consejo Ejecutivo, designado por el pueblo conjuntamente con la Asamblea Nacional, lo que conlleva un reforzamiento de este último órgano.

No existía un mecanismo de control del legislador, por un lado únicamente como límite de su actuación se encontraba el ámbito de competencias determinado en la Constitución, pero esto no impedía que el parlamento interprete con total libertad el sentido material de las atribuciones constitucionales en perjuicio del poder ejecutivo. Frente a esta posibilidad se estableció como tiempo de duración de la Asamblea un año, luego de este periodo tenían que elegirse nuevos representantes; así como la participación del pueblo en la actividad legislativa, que implicaba la facultad de los colegios municipales de objetar la ley en el plazo de cuarenta días, de no existir objeción la misma entraba en vigencia, caso contrario se debía someter a la sanción popular para su aprobación.

Esta Constitución fue aprobada bajo el régimen del terror surgida de las insurrecciones contra el rey Luis XVI, que lo llevó a la guillotina y a la abolición de la monarquía, en la que triunfa el movimiento de los jacobinos, liderados por Robespierre, quienes suspenden la vigencia de la Constitución y encaminan acciones extremas para

⁵⁷ García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 466.

impedir toda acción contrarrevolucionaria, haciendo uso del poder judicial para estos fines.⁵⁸

Como reacción a estos hechos políticos, en 1795 se promulgó una nueva Constitución en la que se persigue la coordinación entre los poderes, sin obviar la primacía del principio de soberanía parlamentaria y de la ley. En esta Constitución el poder legislativo es ejercido por dos cámaras: El consejo de quinientos y el consejo de ancianos; mientras que el poder ejecutivo fue otorgado a un directorio designado por los consejos. No existían mecanismos de control de parte de los órganos, únicamente se determinaba la prohibición a los poderes constituidos de modificar la Constitución.

En las tres constituciones se mantiene el principio de supremacía del parlamento y de la ley; sin embargo, también se determinaron varios principios fundamentales teóricamente correctores de su supremacía, que son los contenidos en la declaración de derechos constitucionales, cuya funcionalidad es actuar como límite material frente a los poderes del Estado, entre ellos el poder legislativo. En la Constitución de 1795 se determina que “la declaración de derechos contiene las obligaciones del legislador”, además que “ninguno de los poderes instituidos por la Constitución tienen el derecho de cambiarla en su contenido ni en ninguna de sus partes, salvo de las reformas que pudieran realizarse por la vía de la revisión...”⁵⁹ estableciendo así límites a la actividad legislativa.

Siguiendo esta línea, los constituyentes franceses conscientes sobre el problema del valor de la Constitución, determinaron exigencias rigurosas para la reforma constitucional, de lo cual se desprende la importancia que le otorgaron al poder constituyente, cuyas atribuciones no se podían arrogar los poderes constituidos, reconociendo así una superioridad política de la carta constitucional.

Frente a la supremacía política vieron la necesidad de su protección, por lo que plantearon la defensa política de la misma. Varios constituyentes presentaron distintas formas de ofrecer esa defensa política, entre ellos destaca la realizada en 1795 por Sieyes quien propuso la creación de un *jurie constitutionnaire* que es un “cuerpo de

⁵⁸Blanco Valdés, *El valor de la constitución*, 287.

⁵⁹Ibíd., 225.

representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo tipo de incumplimiento de la Constitución”, propuesta que no tuvo aceptación.⁶⁰

En este sentido la declaración de derechos determinados en las constituciones francesas indicadas, eran inoperantes como limitación al parlamento, en cuanto la defensa de la Constitución quedaba en el pueblo por medio de la convocatoria a una convención constituyente; no existiendo, por tanto, mecanismos jurídicos efectivos que permitan el control del respeto a los principios materiales contenidos en la Constitución, dejándola sin contenido normativo.⁶¹

Una constitución sin carácter jurídico podía ser violentada en cualquier momento por cualquiera de los poderes constituidos, de tal manera que los derechos que se pretendía garantizar por medio de la carta constitucional quedan como simples programas políticos que podían ser cumplidos o no. La primacía de la Constitución se podía sustentar únicamente en la opinión pública, en el ejercicio de las libertades públicas, en la conciencia de la legitimidad y en el derecho a la resistencia.⁶²

En conclusión, el modelo de separación extrema de poderes en la que tenía primacía el parlamento, el principio de supremacía de la ley, la ausencia de un mecanismo que permita controlar, tanto el cumplimiento de las competencias otorgadas a cada uno de los detentadores del poder y el respeto a los derechos previstos en la carta constitucional, llevan inevitablemente a la negación del valor normativo de la Constitución.⁶³

La soberanía parlamentaria y de la ley, que rigió en Europa durante el siglo XIX y primeros años del siglo XX, definieron el valor de la Constitución como un documento político, no como norma jurídica, ya que en caso de incumplimiento no existían mecanismos jurídicos para su imposición, únicamente un control político; en sentido contrario, el cumplimiento de la ley se lo podía exigir vía coacción.⁶⁴

En este período en un primer momento retomaron el control los gobiernos monárquicos en los que el valor de la Constitución se mantuvo como un pacto entre el

⁶⁰ Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, 110.

⁶¹ Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 238.

⁶² Blanco Valdés, *La Constitución de la libertad*, 103.

⁶³ Allan Randolph Brewer-Carías, “Control de constitucionalidad. La justicia constitucional”, en Eduardo García de Enterría, Manuel Clavero Arévalo, dir., *El derecho público a finales del siglo. Una perspectiva iberoamericana*, (Madrid: Civitas, 1997), 530.

⁶⁴ Blanco Valdés, *La Construcción de la Libertad*, 102.

Rey y la sociedad que mantuvieron muchas de las conquistas realizadas a partir de la revolución, de tal forma que los monarcas aceptan limitaciones sin mayor trascendencia.⁶⁵ Posteriormente, a partir de la tercera década del siglo XIX se generó en la mayoría de países europeos un proceso de democratización en el que participaron una pluralidad de movimientos (obreros, artesanos, burgueses) que llevaron nuevamente a un debilitamiento del poder del rey y fortalecimiento del poder legislativo, que ejerció un fuerte control del poder ejecutivo, incluso subordinando el segundo al parlamento.

Después de la primera guerra mundial (1914-1919), la presencia de tensiones nacionalistas, de reorganización territorial y social coadyuvó a redefinir la noción de Constitución, en la que el poder ejecutivo es asignado al Presidente de la República, se introducen elementos para disminuir el poder del legislativo y finalmente el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley. Elementos que permitieron dar un giro de la Constitución como un mero programa político hacia la Constitución como norma jurídica y su supremacía.⁶⁶

La primera Constitución en la que se le da la preminencia sobre la ley es la de Weimar (1919) que determina la sujeción de los poderes a la carta constitucional; y, crea el *Tribunal Superior del Imperio* al que se le enviste de la facultad de dirimir los conflictos entre los poderes constitucionales y los surgidos entre los entes territoriales de la Federación.

En 1920 se promulga la Constitución de Austria en la cual se crea el Tribunal Constitucional (fruto del aporte intelectual de Kelsen) a quien se le otorgó la facultad de resolver sobre controversias de carácter constitucional surgidas entre los estados miembros y el Estado Federal; y, efectuar el control de constitucionalidad. De tal manera que es el primer país donde se instauró este sistema, por lo que también se lo denomina “austriaco-kelseniano”. Este modelo de justicia constitucional ha influenciado en toda Europa Continental, extendiéndose también hasta los países de América Latina. En el mismo año se creó este órgano en Checoslovaquia; y, en 1931 en España.

El desarrollo de la noción de Constitución como norma jurídica fue interrumpido varios años por las experiencias de gobiernos autoritarios que retomaron el principio de

⁶⁵ Eliseo Aja, “Estudio preliminar”, 16.

⁶⁶ Blanco Valdés, *La constitución de la libertad*, 102.

supremacía de la ley, no entendida como la manifestación de la voluntad general, sino como la expresión de la voluntad del ejecutivo; por lo que la Constitución quedaba sometida a las modificaciones que realizaré el jefe de estado, tal es el caso de Alemania, por lo que la Constitución de Weimar se tornó inoperante. En este periodo de ausencia de la Constitución como norma jurídica, la participación democrática en el parlamento era casi nula, la voluntad del pueblo era interpretada por el monarca o dictador el cual no estaba sujeto a control.⁶⁷

Solo después de la segunda guerra mundial en Europa continental, con la creación del Tribunal Constitucional se consolida el principio de supremacía constitucional y el valor jurídico de la Constitución. La presencia del pluralismo social y político exigió un consenso constitucional, el primero llevo al reconocimiento de medidas conducentes a la superación de las diferencias económicas y sociales; y, el segundo llevó a establecer límites a la regla de las mayorías con la finalidad de que estas no vulneren derechos constitucionales, por lo que se creó el Tribunal Constitucional para que realice el control constitucional de la actividad legislativa, específicamente de la ley.⁶⁸

Es así que en las Constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958), Portugal (1982 reformas a la Constitución de 1976), España (1978) y en gran parte de los países de Europa central y del este, encomiendan a un Tribunal Constitucional la protección de la Constitución frente a las leyes.⁶⁹

La creación del Tribunal Constitucional como organismo encargado del control de constitucionalidad de la ley, marcó un cambio en la concepción de Constitución, pasó de ser un simple pacto político que definía la distribución de poderes y pautas para su comportamiento, a ser la norma jurídica fundamental del Estado, dotada de supremacía sobre todo el ordenamiento jurídico y poseedora de una fuerza vinculante para todos los poderes públicos.

Atendiendo a lo expuesto, en el constitucionalismo norteamericano desde el origen de la Constitución se concibe como norma jurídica investida de supremacía

⁶⁷ Alessadro Pissoruzzo, *Justicia, Constitución y pluralismo* (Lima: Palestra, 2005), 38.

⁶⁸ Eliseo Aja, "Estudio preliminar", 33-5.

⁶⁹ Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del Modelo europeo de control de constitucionalidad* (Barcelona: Marcial Pons, 2011), 26.

constitucional que se garantiza por medio del control de constitucionalidad de la ley ejercido por todos los órganos judiciales (*judicial review*); mientras que, en el continente europeo solo después de un largo proceso de evolución se acepta la noción de Constitución con valor normativo y supremacía; en consecuencia, con la finalidad de garantizar su eficacia, se establece el control de constitucionalidad de la ley que es atribución del Tribunal Constitucional.

Tanto el constitucionalismo de Estados Unidos de Norteamérica como en el Europeo, y consecuentemente en América Latina donde ha existido influencia de los dos modelos, la Constitución es norma suprema del ordenamiento jurídico, lo que conlleva su aplicación directa.

1.1.3. Valor Normativo y aplicación directa de la Constitución

En el constitucionalismo contemporáneo no existe discusión respecto al carácter normativo de la Constitución, lo cual implica reconocer que es derecho objetivo que irradia todo el ordenamiento jurídico, razón por la que el poder público en el ejercicio de sus competencias debe observar las disposiciones constitucionales de manera obligatoria, lo que exige su aplicación de manera directa e inmediata que tiene incidencia sobre la eficacia de la Constitución.⁷⁰

La aplicación directa e inmediata significa que de la Constitución derivan derechos y obligaciones para sus destinatarios, por lo que pueden exigir su cumplimiento amparados directamente en la norma constitucional y los detentadores del poder, especialmente los jueces, tutelarlos basados directamente en la carta constitucional. En este sentido, el Juez al momento de aplicar directamente la Constitución se puede encontrar ante los siguientes escenarios: ausencia de ley que desarrolle el precepto constitucional; y, segundo frente a la existencia de una ley que guarda concordancia con la Constitución o que sea contraria a las disposiciones constitucionales.

En la primera situación, la aplicación directa de la Constitución implica que sus disposiciones no requieren de mediación alguna para ser aplicadas, lo que significa que en el caso de que no exista desarrollo legislativo, frente a un vacío legal, los jueces tienen que sustentar su decisión directamente en la norma constitucional. En este caso,

⁷⁰ Ignacio De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona, Ariel, 1989), 76.

genera consecuencias no solo para los detentadores del poder, sino también para los ciudadanos, pues la aplicación directa, implica que la Constitución atribuye derechos y libertades que son directamente exigibles sin necesidad de su desarrollo en la ley, en este sentido De Otto señala que: “Los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos”.⁷¹ Consecuentemente los jueces no podrían dejar de aplicar la Constitución argumentado la falta de norma legal que desarrolle los preceptos constitucionales.

La aplicación directa cuando existe una norma legal que desarrolle los preceptos constitucionales, obliga a los jueces a interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, de tal manera que en un caso en concreto, se analiza si la norma se encuentra o no conforme a la misma,⁷² por lo cual puede presentarse: una norma que guarda conformidad con los preceptos constitucionales por lo que procederá a aplicar la norma legal y constitucional para sustentar su decisión judicial; y en sentido contrario identificar una norma legal inconstitucional, en esta situación, en virtud del principio analizado el juez podrá inaplicar la ley y aplicar la norma constitucional.

Cabe indicar que la aplicación directa de la Constitución frente a una norma legal inconstitucional depende del modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento jurídico, tema que lo identificaremos al estudiar los modelos existentes para el control de constitucionalidad de la ley.

1.2. Control de Constitucionalidad

1.2.1. Control del poder un elemento inseparable de la Constitución

La Constitución con valor normativo actúa como limitación al poder, en función de la división de los poderes y los derechos constitucionales en ella reconocidos, sin embargo no es suficiente determinar limitaciones sino también mecanismos de control que las hagan efectivas; es así que “el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la misma se ‘realice’, en expresión, bien conocida de Hesse; o dicho en otras palabras, si

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Sobre la interpretación conforme a la Constitución véase en Víctor Ferreres Comella, *Justicia, constitucional y democracia*, (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997), 141-62.

la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico”.⁷³ Sin control del cumplimiento la Constitución no tendría fuerza normativa.

El constitucionalismo tiene como uno de sus elementos básicos limitar el poder político por medio de la división de poderes, determinando atribuciones claras para cada uno de los detentadores del poder que actúan al mismo tiempo como limitaciones que requieren un control de cumplimiento. En este sentido limitación y control son elementos inseparables, el segundo hace efectivo el primero, por lo que al hablar de un poder limitado hablamos de un poder controlado.⁷⁴

Existen limitaciones no institucionalizadas, consecuentemente controles no institucionalizados que son denominados “controles sociales”, los que son generales y difusos, por lo que el agente que limita es a su vez quien controla; entre estos controles tenemos: la opinión pública, la presión social;⁷⁵ sin embargo estos no garantizan la normatividad de la Constitución.

Por otro lado tenemos limitaciones institucionalizadas, como son: controles políticos y controles jurídicos, que consecuentemente se encuentran determinados.⁷⁶

Los controles políticos presentan carácter subjetivo, lo que significa que no existe un parámetro predeterminado de valoración, depende de la apreciación del órgano de control, se basa en razones políticas, se lo realiza de forma voluntaria y su resultado negativo no implica necesariamente una sanción.

Los controles jurídicos tienen un carácter objetivado, que implica que el canon de control es un conjunto normativo preexistente y su análisis está basado en razones jurídicas; convirtiéndose en necesario, ya sea cuando le ha sido solicitado o si se evidencia la existencia de una actividad contraria a la Constitución. En el caso de la ley su límite son los preceptos constitucionales, por tener supremacía sobre ellos; y, el Juez se convierte en el órgano que efectúa ese control.

Los órganos que ejercen el control no son limitadores sino verificadores de las limitaciones prestablecidas, son imparciales, independientes, dotados de competencia técnica y conocimiento del derecho. Estas características las encontramos en los órganos

⁷³Aragón Reyes, *La Constitución y el control del poder*, 15.

⁷⁴Cecilia Mora Donatto, *Las comisiones parlamentarias de investigación como órgano de control político* (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1998), 25.

⁷⁵Aragón Reyes, *La Constitución y el control del poder*, 64

⁷⁶*Ibíd.*, 65.

judiciales y los Tribunales constitucionales, de ahí que sea el control jurisdiccional el control jurídico por excelencia.⁷⁷

El control del poder es un elemento necesario en el Constitucionalismo, para garantizar la división de poderes, donde la Constitución es la norma jurídica suprema, el control en general y sobre todo el control jurídico del poder legislativo se en una garantía de su supremacía y valor normativo.

1.2.2. Modelos de Control Constitucional

Sin un efectivo control jurídico, el valor normativo y la supremacía de la Constitución quedarían en simples palabras, desprovistas de mecanismos que obliguen a su respeto, tornándola en un mero programa político. Por tanto, el control jurídico de constitucionalidad es un elemento inseparable de la Constitución, que se instaura como la garantía de su supremacía.

Es interesante la explicación de Rafael Oyarte, quien de forma clara, con una pequeña comparación permite identificar la importancia de la relación entre el control y la supremacía constitucional; en la que el principio de supremacía es el semáforo rojo que se debe respetar, el órgano jurisdiccional que ejerce el control es el policía que controla el respeto al semáforo, y si la actividad estatal irrespete la Constitución conllevará una sanción que es la inconstitucionalidad, así como cuando se irrespete el semáforo rojo implicará una multa.⁷⁸

El control jurídico puede ejercerse en general sobre toda actividad estatal, ya sea el del ámbito administrativo, judicial o legislativo. Es de interés el estudio del control jurídico de constitucionalidad del producto del parlamento, esto es de la ley, por lo cual se podría concebir al control judicial de las leyes como la actividad de carácter técnico jurídico que tiene como finalidad evaluar la constitucionalidad de la norma legal, y de ser contraria a la Constitución descalificarla.

Existen varios problemas que surgen al hablar del control de constitucionalidad, uno de ellos es su relación con la democracia, problema que no es objeto de la presente tesis, pero si es necesario hacer una breve referencia. Al respecto se pueden señalar dos

⁷⁷Ibíd., 66.

⁷⁸ Rafael Oyarte, “La supremacía constitucional” en Marco Morales Tobar, dir., *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*, (Quito: Tribunal Constitucional, 1999), 80.

posiciones, una primera, defendida por Roberto Gargarella, que postula un control de constitucionalidad formal, únicamente que revise que se cumpla con el procedimiento constitucional de la creación de las leyes, de esta manera no se afectaría al principio mayoritario que respalda a la ley⁷⁹ Por otro lado, un control constitucional material y formal, postulado por Luigi Ferrajoli, que defiende la promulgación de leyes conforme al procedimiento constitucional, pero también que estas normas no sean contrarias al contenido material constitucional, señalando que es necesario establecer límites a la mayoría en defensa de los derechos de las minorías.⁸⁰

Al igual que el control del poder no existe un concepto unívoco, se presenta un sinnúmero de clasificaciones del control constitucional, atendiendo a diferentes criterios, como son: la forma de acceso, los efectos, el momento del control, entre otros;⁸¹ sin embargo, todos se relacionan con el órgano del Estado que ejerce el control y responde a la clásica pregunta ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?

En función de esta interrogante se presentan los modelos de control constitucional clásicos, llamados también por Domingo García Belaúnde “originarios”⁸² porque tienen un origen histórico ligado al nacimiento del constitucionalismo, se diferencian por el órgano que ejerce el control y son los sistemas: político⁸³ y jurídico, el

⁷⁹Sobre el tema véase: Roberto Gargarella, “Las amenazas del constitucionalismo, constitucionalismo, derechos y democracia” <http://www.alfonsozambano.com/nueva_doctrina/29052011/ndp-constitucionalismo_derechos_democracia.pdf>; Roberto Gargarella, “Constitución y democracia”. En Susana Albanese, y otros, *Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Editorial universitaria, 2004).

⁸⁰ Al respecto véase Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 29 (2006): 16-23; Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”. En Christian Courtis, y otros, *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho* (Buenos Aires: EUDEBA, 2001).

⁸¹Sobre la clasificación de los sistemas de control constitucional véase Luca Mezzetti, “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 2, (2009): 281-300, <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios10.pdf>. Consulta: 15 de septiembre 2011.

⁸² Domingo García Belaúnde, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en Universidad Externado de Colombia, *VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 1323.

⁸³ El control político tiene su origen en Francia a partir de la revolución francesa, momento histórico en el que existía una marcada desconfianza hacia los jueces basado en las actuaciones de los parlamentos judiciales en el reinado de Luis XIV, XV y XVI. Sieyes proponía la creación de un “Jurado Constitucional”, tema que no fue aceptado por los constituyentes de la revolución francesa. Durante toda la historia constitucional francesa se observa la presencia del control político de la Constitución que se consideraba tenía una supremacía política, no jurídica, es así que en la Constitución de 1958 se crea el “Consejo Constitucional” como el órgano de control. Al respecto véase Francisco Fernández Segado, “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución”, en Aníbal Quiroga

cual a su vez se subdivide en difuso (americano) y concentrado (continental europeo), los cuales se han expandido y han experimentado múltiples transformaciones⁸⁴ dando lugar a varios tipos de control que varían de acuerdo con las características de cada ordenamiento.

El primer país en el que se implementó el modelo judicial fue en Estados Unidos a partir del famoso caso *Marbury vs. Madison* en 1803, mientras en los países europeos a partir de la segunda década del siglo XIX, bajo la doctrina de Hans Kelsen se miró hacia el control judicial ejercido por un tribunal constitucional. Por este hecho se puede señalar que Estados Unidos es el precursor del control judicial de las leyes; por ello, Francisco Fernández Segado expresa que “en este continente surgió la verdadera y propia garantía jurisdiccional de la Constitución”.⁸⁵

1. Control difuso

La decisión en el *Bonham case* dictada por el Juez Coke, *Chief Justice de la Court of Common Pleas*, en la que estableció que una norma que sea contraria al derecho común y a la razón no era válida, coadyuvó al origen del principio de supremacía constitucional y también constituye el fundamento inicial de revisión judicial.

El pensamiento de Coke permitió a las colonias inglesas en América del Norte considerar nulas las leyes dictadas por el parlamento inglés cuando estas atenten contra los derechos reconocidos en el derecho común inglés, es así por ejemplo en el año 1765 frente a la Ley de sellos (en esta ley se determinaba que toda publicación realizada en las colonias debía realizárselo en papel sellado y producido en Inglaterra) John Adams sostenía que esta norma era nula por cuanto contradecía la Carta Magna y el derecho a la equidad natural.⁸⁶

León, comp., *Sobre la jurisdicción constitucional* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990), 103-46.

⁸⁴ Lucio Pegoraro, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal constitucional*, N. 2 (2004): 131-158.

⁸⁵ Francisco Fernández Segado, “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. 1a ed. (Bogotá.: Biblioteca Jurídica DIKE, 1997), 27.

⁸⁶ Corwin, *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, 289.

A partir de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y los estudios realizados en el *Federalista* por Hamilton, Madison y Jay, se establecieron los pilares de la *judicial review*. Hamilton en el artículo 78, al estudiar el poder judicial, sentó las bases de la revisión de la ley por parte del poder judicial, en este sentido indicó:

Por constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa [...] Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.⁸⁷

Evidenciamos anteriormente que los constituyentes norteamericanos coincidieron que es atribución de los jueces el interpretar la Constitución, aunque no se encuentra expresamente determinada en el texto constitucional, es una facultad inherente al poder judicial. En virtud de esta atribución, Hamilton sostiene que en el caso de existir controversia entre la ley y la Constitución, los jueces deben preferir la segunda por ser la que posee fuerza obligatoria y validez superior.⁸⁸ En este sentido todos los jueces y tribunales se constituyen en garantes de la Constitución y de los derechos en ella establecidos, como señala Hamilton, son “los baluartes de la Constitución”. Por estas razones este modelo de control es denominado “difuso”.

El sistema difuso, como bien señala Luis Prieto Sanchís y conforme se desprende de lo mencionado hasta el momento, tiene su fundamento en la supremacía constitucional que considera la sumisión del legislador a los derechos fundamentales y a la Constitución como máxima expresión del pueblo; y, a la teoría de la separación de poderes que otorga a un órgano independiente y garantista la tutela y protección de la Constitución.⁸⁹

La revisión judicial se consolidó en el año 1803 con el célebre caso *Marbury vs. Madison* resuelto por Marshall, juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, quien basó su decisión en la tesis expuesta por Hamilton en el *Federalista* No. 78.

⁸⁷ Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, 331.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Luis Prieto Sanchís, “Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley”, en Juan Luis Requejo Pagés, coord., *La Rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional: No. 4 (Oviedo: Fundamentos, 2006), 88 <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Luis.pdf>>.

Los hechos de este famoso caso son los siguientes: El presidente Adams, en los últimos momentos de su mandato, designa nuevos jueces del Estado, entre ellos se nombra a Marbury. Al respecto Madison, Secretario de Estado del nuevo Presidente Jefferson, no quiso dar lugar a dicho nombramiento, por esta razón Marbury acude ante la Corte Suprema a fin de que se ordene hacer efectivo su nombramiento.

El Juez Marshall fundamentó su decisión en el principio de supremacía constitucional, que ya se analizó *ut supra*, y la necesidad de garantizar esa supremacía, de tal forma que si una ley es contraria a la Constitución, el Juez, guardián de la norma constitucional, preferirá esta última. A partir de esta importante decisión judicial, se depositó en los jueces la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como mecanismo para garantizar la supremacía de la Constitución.

La revisión judicial es de carácter extraordinario procede solo cuando se evidencia de forma clara la inconstitucionalidad de la norma y no se puede evitar la cuestión constitucional; y, se efectúa solo en los procesos judiciales con la finalidad de encontrar la norma aplicable al caso, y si en ese sentido, la norma legal es contraria a los preceptos constitucionales se debe aplicar la norma constitucional.

En este modelo de control, cuando en un proceso judicial por un lado existe una ley y por otro una disposición constitucional contraria a la primera, el Juez debe:

1. Verificar si existe realmente una contradicción entre la norma legal y la norma constitucional;
2. Hacer una elección invocando el principio jerárquico de las normas;
3. Hacer esta elección en favor de la Constitución, por ser la norma superior.⁹⁰

En este sentido el juez al identificar una ley inconstitucional debe proceder a aplicar directamente la Constitución, de tal manera que no se dicta la nulidad de la ley, sino la deja de aplicar para solucionar el caso judicial.

Este control tiene el carácter de incidental ya que se realiza dentro de un proceso judicial ordinario en el que su objeto principal es resolver un tema litigioso, por lo que la inaplicación de una determinada norma legal solo tiene efectos para el caso en concreto, es decir interpartes. En consecuencia, también es declarativo, si bien considera que la

⁹⁰ Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 489.

inconstitucionalidad es *ex tunc*, la norma continua vigente y requiere de una ley que la derogue expresamente.⁹¹

Indicamos que la inaplicación de la norma legal solo tiene efectos para el caso en concreto, pero en virtud del principio *stare decisis*⁹² horizontal y vertical, los jueces resolverán conforme a sus propias decisiones o de otros jueces de igual jerarquía dictadas anteriormente en relación con una determinada norma; y, deben tener en cuenta el precedente dictado por los tribunales superiores. Si bien todos los jueces están facultados a efectuar el control judicial de la ley, en Estados Unidos de Norte América, generalmente los asuntos en los que se suscita la revisión judicial se presentan en el Tribunal Supremo.⁹³

De tal manera, que si bien la inaplicación de una norma inconstitucional tiene efectos para el caso en concreto, en virtud del principio *stare decisis*, se torna obligatorio para todos los tribunales⁹⁴ y mucho más cuando la decisión es realizada por el máximo tribunal, de forma que el resultado es idéntico a la declaración de inconstitucionalidad.

En este sistema de control, como bien lo señala Luis Fernando Torres, existe el riesgo de que un juez decida inaplicar una ley por considerarla inconstitucional, mientras que otros apliquen la misma, vulnerando de esa manera la seguridad jurídica,⁹⁵ pero se subsana este problema mediante el principio *stare decisis*.

Sin embargo de lo mencionado, si bien se disminuye el riesgo, no se lo soluciona, ya que solo se inaplica la ley para el caso en concreto, permaneciendo aún en el ordenamiento jurídico, por lo que otros jueces, al no conocer la decisión adoptada con relación a la inaplicación de la norma, pueden aplicarla, es decir permanece el problema.

En América Latina el país que aplica el control difuso es Argentina, pero no cuenta con la institución del *stare decisis*, por lo que efectivamente existe el riesgo que

⁹¹ Luis Fernando Torres, *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, (Quito: EDIPUCE, 1987), 101.

⁹² Sobre el principio *stare decisis* véase: David Rene, Camille Jauffret-Spinosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. por Jorge Sánchez Cordero, 11a ed., (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2010), 305-328. Cfr. . Javier Solís Rodríguez, “La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas”, en Cienfuegos Salgado David, Miguel Alejandro López Olvera, coord., *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, (México D.F.: Universidad Nacional de México, 2005), 328-30.

⁹³ Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 490.

⁹⁴ Fernández Segado, “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica”, 38.

⁹⁵ Torres, *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, 88.

hemos señalado, únicamente se superaría este riesgo cuando la inaplicación de una norma legal por ser inconstitucional la realiza la Corte Suprema de Argentina, si bien sus decisiones no son obligatorias, es el máximo órgano del poder judicial.⁹⁶ Otro mecanismo por el cual se subsanaría en cierta medida este problema es por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad.⁹⁷

En Ecuador el modelo de control difuso se introdujo de forma clara en la Constitución del año 1998, de tal manera que los jueces se encontraban facultados para no aplicar una norma inconstitucional, y sustentar su decisión directamente en la Constitución, sin embargo en la Constitución del 2008, actualmente vigente, no se determina de manera expresa esta atribución de los jueces.

2. Control concentrado

Señalamos que al finalizar la primera guerra mundial, Europa inició la aceptación de la Constitución como norma jurídica y el principio de supremacía de la misma; consecuentemente, también surgió el control de constitucionalidad de las leyes, dejando atrás la supremacía de la ley, por lo que también era necesario establecer un garante de dicha supremacía.

Es así que Kelsen inspiró a la conformación técnica jurídica de la Constitución de Austria de 1920 en la que se determinó la creación del Tribunal Constitucional con facultad de resolver sobre las controversias de carácter constitucional, siendo el primer país donde se instauró este sistema, por lo que también se lo denomina “austriaco”, este modelo de justicia ha influido en toda Europa. En el mismo año se creó este órgano en Checoslovaquia; y, en 1931 en España.

Hans Kelsen durante los años 1923 a 1928 esbozó varios ensayos sobre el control judicial de la constitucionalidad y su práctica; en 1928 publicó la Garantía jurisdiccional de la Constitución y en 1931 escribió ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? En

⁹⁶ Elena I. Highton, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Armin Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, coord., *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. 1 (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2010), 152.

⁹⁷ Fernández Segado, “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica”, 39. Véase también Gustavo Ferreira, “La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y restos del papel institucional del Tribunal”, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol: No. 47 (Buenos Aires: s.e., 2004), <<file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-LaCorteSupremaDeJusticiaArgentinaYElControlDeConst-1705658.pdf>>. Consulta: 20 de agosto de 2015.

todos estos escritos defendió el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes por medio de un Tribunal Constitucional, que se constituye como el órgano garante de la Constitución.

En el escrito “La garantía jurisdiccional de la Constitución”⁹⁸ Kelsen considera que la garantía de la Constitución radica en la posibilidad de nulificar los actos que no son creados de acuerdo con ella; esta facultad no puede ser asignada al propio parlamento, por cuanto así se tomaría un órgano de creación libre del derecho sin límites, por lo que es necesario un órgano independiente del poder legislativo que lo realice. El tribunal constitucional es el órgano que el tratadista propone para tener la función de enjuiciar la conformidad de las normas legales con la Constitución y anular la norma inconstitucional.

El tratadista indicado, señala que este Tribunal al anular la ley actúa como legislador negativo, porque ejerce una función legislativa, en consecuencia concluye que es un órgano del poder judicial. Al respecto, en la actualidad este órgano ha tenido un aumento notable en sus competencias, de tal manera que su actividad no se limita a actuar como legislador negativo, sino que ejerce un papel más activo en la solución de problemas surgidos en torno a la Constitución.⁹⁹

Kelsen formula que el examen de constitucionalidad, básicamente se concreta en el análisis de la validez formal de la norma legal, por cuanto como sostiene en su obra “Teoría pura del derecho” el ordenamiento jurídico está integrado por normas de distinta jerarquía, donde la superior determina la creación de la de grado inferior, en este caso la Constitución establece el procedimiento de promulgación de una ley, de tal manera que si una norma no ha sido creada conforme al procedimiento constitucional es nula. En el constitucionalismo contemporáneo, el Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de una norma toma en cuenta el contenido material previsto en la Constitución, en consecuencia si una norma es contraria a los preceptos constitucionales es inconstitucional.

⁹⁸ Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, trad. por Hernán Salgado Pesantes en *El tribunal de garantías constitucionales. Conflictos y jurisprudencia periodo 1980/1990*, (Quito: ILDIS, 1990).

⁹⁹ Marc Carrillo y Víctor Ferreres Comella, *Teoría general de la Constitución* (Barcelona: UOC Papers, 2002), 96.

En este sistema de justicia constitucional se atribuye la facultad de control de constitucionalidad de las leyes a un Tribunal Constitucional, independiente de los poderes del Estado, convirtiéndose en el órgano que mantiene el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, impidiendo que jueces ordinarios puedan realizarlo, es decir se concentra esta facultad en un solo órgano razón por la cual se lo llama “concentrado”.

El control de constitucionalidad continental-europeo se originó no tanto por un problema de lógica jurídica del constitucionalismo al encontrarse con una ley contraria a la Constitución, sino por un problema de lógica política¹⁰⁰ esto es la presencia de regímenes absolutistas. Es así que, nuevamente se observa cómo el control constitucional de la ley se convierte en un elemento indispensable del constitucionalismo.

Es por ello que, si bien este modelo surgió en las primeras décadas del siglo XX, solo después de la segunda guerra mundial, y luego de los lamentables regímenes autoritarios, vio la necesidad de ejercer un control del poder legislativo, siendo Alemania e Italia el escenario en el que se pone fin al absolutismo del parlamento, y se establece un Tribunal Constitucional que ejerza un control de las leyes; luego esta idea se extendió por otros países de Europa continental.

En este modelo existen dos formas para acceder al control constitucional de la ley por parte del Tribunal Constitucional:

1. Control de constitucionalidad por vía directa.

Se lo realiza mediante el recurso de inconstitucionalidad que tiene por objeto la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, en función de un examen abstracto de la norma legal en contraste con la norma constitucional, desvinculado de situaciones fácticas concretas.

2. Control de constitucionalidad por vía indirecta (llamado también incidental o cuestión de constitucionalidad).

¹⁰⁰ Brewer-Carías, “Control de constitucionalidad. La justicia constitucional”, 549.

En esta forma de control concentrado, se presentan dos momentos para efectuar el examen de constitucionalidad. El primero es un juicio *a quo* de constitucionalidad¹⁰¹ realizado por el juez ordinario que conoce un proceso, en el que examina la ley que es sustancial para resolver el proceso, considerando los hechos del caso en concreto, y concluye con la duda sobre la constitucionalidad de la norma legal. Al encontrarse frente a una ley contraria a la constitución, los jueces deben suspender la sustanciación del proceso y someter a criterio del Tribunal o Corte Constitucional con la finalidad de que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad. El segundo examen consiste en el juicio *ad quem* o juicio de constitucionalidad propiamente dicho,¹⁰² en el que se confrontan de forma abstracta la norma legal y la norma constitucional.

Las dos formas de control concluyen con la declaratoria de inconstitucionalidad que tiene efectos *ex nunc*, es decir desde el momento de su declaración, es constitutivo porque la norma es expulsada del ordenamiento jurídico, y efectos *erga omnes* por lo que obliga a todos.

Señalamos que en virtud del principio de aplicación directa, que le es inherente a la Constitución con valor normativo, el juez cuando identifica una contradicción entre la norma legal y la constitucional, debe preferir la segunda, sin embargo en este modelo de control constitucional, el juez se ve restringido a realizarlo, ya que en este caso debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Además otro elemento que no se puede dejar de lado es el efecto dilatorio que genera en la impartición de justicia, ya que, al tiempo de duración del proceso judicial se le añade los plazos que se determina para la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad.¹⁰³

El modelo de justicia constitucional europeo ha tenido una gran influencia en Latinoamérica, pero también por la cercanía con Estados Unidos de Norteamérica varios países de América del sur han adoptado varios elementos del sistema difuso, conduciendo así a la existencia de varios matices de los sistemas clásicos que varían en sus características de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno de cada país.

¹⁰¹ Pablo Pérez Tremps, “*La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español*”, Estudios Constitucionales, año/vol. 3, Número 001 (Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2005), 130.

¹⁰² *Ibíd.*, 137.

¹⁰³ *Ibíd.*, 130.

En algunos países latinoamericanos el control concentrado de constitucionalidad lo ejerce necesariamente un tribunal específico, creado para ello, tal es el caso de Bolivia por medio del Tribunal Constitucional Plurinacional, que tiene dentro de sus atribuciones exclusivas el conocer sobre la inconstitucionalidad de las leyes; Chile mediante el Tribunal Constitucional conforme a la Constitución de 1970 y sus reformas de 2005; o Guatemala por intermedio de la Corte Constitucional. En otros países como Costa Rica, Honduras, Paraguay y Uruguay, el control de constitucionalidad es ejercido por el máximo órgano del poder judicial, esto es la Corte Suprema de Justicia.¹⁰⁴

En Ecuador se dio el primer paso hacia el modelo concentrado con la creación del Tribunal Constitucional en el año 1945, sin embargo tuvo una corta duración, al ser eliminado en el año 1946. En la Constitución de 1978, reapareció éste órgano, pero sin competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley, sino únicamente para suspender temporalmente su aplicación para el caso concreto; solo a partir de la Constitución de 1998 se dota al Tribunal de garantías constitucionales de la competencia de declarar la inconstitucionalidad legal; y, en la Constitución del 2008, vigente en la actualidad, se determina claramente este modelo de control de constitucionalidad.

3. Control mixto

Debido a la expansión a escala mundial de la justicia constitucional y a la dinámica jurídica de los países ha surgido la hibridación de los sistemas de control de constitucionalidad, generando una proliferación de modelos y su constante mixtura, sobre todo en América Latina que ha sido influenciada por los modelos clásicos de control constitucional, por un lado el modelo difuso, debido a la cercanía con Estados Unidos que se ha reproducido en varios países, con sus respectivas diferencias; y, por otro, la incidencia del modelo Continental Europeo en vista al vínculo histórico existente.

La influencia bilateral existente en la justicia constitucional de Latinoamérica, ha dado lugar a que en varios países se encuentren presentes los dos sistemas de control suscitándose así los llamados modelos derivados: Paralelo y Mixto.

a) Paralelo

¹⁰⁴ Highton, "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", 119-46.

En el control de constitucionalidad Paralelo coexisten tanto el sistema difuso como el concentrado, por lo que también se lo suele denominar dual,¹⁰⁵ o según Francisco Fernández Segado “múltiple”.¹⁰⁶ En este modelo de control operan de forma separada, por un lado en virtud del control difuso los jueces, en un proceso contencioso, donde se les faculta para decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley, mediante su inaplicación que genera efectos interpartes. Por otro lado, tenemos el sistema concentrado en el cual existe un órgano, ya sea parte de la función judicial o especializado, que tiene la competencia de dictar la inconstitucionalidad de una norma legal y su decisión tiene efectos erga omnes.

Francisco Fernández Segado, hace referencia a la incompatibilidad entre el control difuso y el control concentrado, por cuanto en los países de tradición romanista no existe el principio de *stare decisis*. En un sistema paralelo, la falta de un mecanismo que permita coordinar y fomentar la unidad de las decisiones adoptadas por los distintos tribunales, es el principal problema, de tal manera que presenta el riesgo que hemos identificado en el control difuso.

Por lo que al hablar del sistema paralelo, si bien no podemos señalar la incompatibilidad de los dos sistemas, cabe observar la existencia de problemas al momento de que cada uno actúe de forma separada sin tener un mecanismo de cohesión de las decisiones referentes a la inaplicación de una norma legal por ser inconstitucional.

Entre los países que presentan este tipo de control se encuentran Brasil, Colombia, El Salvador, Perú.

En el caso brasileño¹⁰⁷ la Constitución de 1965 y sus reformas de 1988, 1993 y 1999, determinan la existencia del Supremo Tribunal Federal cuya principal competencia es la garantía de la Constitución, mediante la acción directa, este órgano puede declarar la inconstitucionalidad con efectos generales y no retroactivos. Además, todo juez puede inaplicar una ley inconstitucional al momento de resolver un caso contencioso. Frente a la inaplicación de una norma por ser inconstitucional.

¹⁰⁵ García Belaúnde, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, 1325.

¹⁰⁶ Fernández Segado, “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica”, 27.

¹⁰⁷ Sobre la justicia constitucional en Brasil véase Koerner Andrei, “‘Representación y justicia’: una hipótesis sobre el control de la constitucionalidad y el acceso a la justicia en Brasil desde 1930”, en Armin Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, coord., *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. 1(México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2010), 175-98.

La legislación de Brasil frente al problema que se ha identificado en el control paralelo, determina la “acción directa de constitucionalidad de la ley” mediante la cual se puede acudir ante el Supremo Tribunal Federal para que dirima en casos de decisiones contradictorias adoptadas por los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad. Esta acción tiene por objeto fijar una orientación homogénea sobre la constitucionalidad de una norma, es decir persigue brindar coherencia al ordenamiento cuando exista controversia sobre la inaplicación de una ley, sin embargo, este procedimiento se inicia a petición de parte, de tal manera que no todos los casos de inaplicación de una norma legal serán conocidos por el máximo órgano judicial.

En contraste con el caso Brasileño, en Colombia¹⁰⁸ a partir de la Constitución de 1991 se creó la Corte Constitucional, que es parte de la rama judicial, a quien se le otorga la competencia de garantizar la Constitución. A la par sigue imperando un control difuso por medio de la excepción de inconstitucionalidad mediante el cual el juez puede inaplicar una norma inconstitucional siempre y cuando la Corte Constitucional no haya declarado la exequibilidad de la misma.

b) Mixto

Tanto en el control paralelo como en el control mixto coexisten los modelos difuso y concentrado, pero el elemento que permite diferenciarlos es que en el segundo existe un mecanismo que los integra, de tal manera que su funcionamiento coadyuva a reducir los riesgos que cada uno presenta.

En este sentido, señalaremos que el control mixto, es aquel en el que se encuentran presentes el control difuso y el control concentrado, con uno o varios instrumentos que permiten articular sus actuaciones, con la finalidad de que las normas inaplicadas para el caso en concreto por los jueces sean declaradas inconstitucionales con efectos generales por parte del órgano concentrado de justicia constitucional.¹⁰⁹

La Constitución venezolana de 1999 prevé la existencia del control difuso y control concentrado. En este sentido, todos los jueces a fin de asegurar la integridad de

¹⁰⁸ Highton, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, 154.

¹⁰⁹ José Vicente Haro, “El sistema de justicia constitucional en la Constitución venezolana”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, 1a ed. (Buenos Aires: EDIAR. 2003), 741-9.

la Constitución, en cualquier causa, ya sea a petición de parte u oficio, tienen la facultad de no aplicar la norma legal que sea incompatible con la Constitución.

Venezuela cuenta con una sala constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia creado por mandato constitucional, su misión principal es garantizar la supremacía de las normas constitucionales, por lo que tiene competencias de un tribunal constitucional, que puede conocer acciones directas de inconstitucionalidad de las leyes y es el único órgano facultado para declarar su inconstitucionalidad.¹¹⁰

Hasta aquí únicamente estaríamos hablando de un control paralelo, en relación a esto los autores José Vicente Haro¹¹¹ y Allan R. Brewer Carías¹¹² sostienen que en Venezuela existe un control mixto por la existencia del mecanismo de revisión por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de las sentencias dictadas por los jueces en el ejercicio del control difuso.

Esta competencia se encuentra determinada en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución venezolana, que dice: “Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”.¹¹³

La institución señalada es desarrollada en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, como competencia excepcional de la Sala; es de ejercicio discrecional de la Sala Constitucional, estableciéndose la obligatoriedad de los jueces de remitir a la referida sala copias de todas las decisiones en que desapliquen alguna norma legal.¹¹⁴

La razón por la que se determina su discrecionalidad, coinciden Brewer-Carías y José Vicente Haro, es evitar que se acumule un sinnúmero de solicitudes en la Sala

¹¹⁰ Highton, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, 147.

¹¹¹ José Vicente Haro, “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. iii, Jurisdicción y control constitucional* (México D.F.: Marcial Pons, 2008), 750.

¹¹² Allan R. Brewer-Carías, “Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional venezolana”, *Anuario de derecho constitucional*, 2005 (Uruguay: Fundación Konrad – Adenauer Stiftung, 2005), 301.

¹¹³ *Ibíd.*, 322.

¹¹⁴ Highton, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, 149.

Constitucional, impidiendo que este órgano cumpla con funciones constitucionales a él encomendado. José Vicente Haro respecto a la discrecionalidad, defiende una discrecionalidad atenuada o alemana¹¹⁵ en el que existen presupuestos de admisibilidad, los cuales son amplios a fin de permitir la decisión discrecional de la Sala Constitucional.

Si bien este mecanismo permite configurar un control mixto, por cuanto integra los modelos, de tal manera que el órgano concentrado es el único que puede declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, y en este sentido, en ejercicio de la facultad conferida constitucionalmente, puede revisar cualquier decisión en la que los jueces no aplican una norma legal por ser contraria a la Constitución.

Sin embargo, el mecanismo de revisión no constituye un mecanismo idóneo para lograr la uniformidad de las decisiones adoptadas en el control difuso, por cuanto es una facultad discrecional de la Sala Constitucional, de tal manera que solo respecto de los casos seleccionados resolverá sobre la constitucionalidad con efectos generales de las normas inaplicadas; mientras que, en los casos en los cuales no ejerza esta atribución continúa latente la existencia de decisiones contradictorias, unas en las que se considere inconstitucional las normas jurídicas y otras resoluciones que se apliquen por considerarlas constitucionales.

Para que exista un control constitucional mixto, donde se consiga efectivamente la uniformidad de las decisiones respecto a la inaplicación de una ley por considerarla inconstitucional, se requiere un instrumento mediante el cual, el órgano concentrado que tiene la facultad exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de la ley, pueda revisar todas las sentencias dictadas en ejercicio del control difuso a fin de dictar con efectos generales la inconstitucionalidad de la norma legal inaplicada, y de esta manera evitar que otro juez la aplique, en pos de la seguridad jurídica.

¹¹⁵Este autor identifica además los siguientes tipos de discrecionalidad: Método de discrecionalidad absoluta o norteamericano, denominado *writ of certiorari* en virtud del cual la Suprema Corte Federal tiene la potestad de seleccionar cualquier sentencia, sin motivar su rechazo o admisión, y el Método Reglado los supuestos de admisibilidad están claramente determinados, y en el caso que se cumplan está en la obligación de admitir la revisión. José Vicente Haro, “El sistema de justicia constitucional en la Constitución venezolana”, 747.

1.2.3. ¿Qué control permite aplicar directamente la Constitución a los jueces?

En resumen el control constitucional es un elemento básico de una Constitución con valor normativo, en consecuencia en todos los ordenamientos jurídicos, independientemente del control de constitucionalidad vigente, los jueces en virtud del principio de aplicación directa, que es propio de la norma constitucional, están obligados a aplicar los preceptos constitucionales de forma directa ya sean ante un vacío legal o la presencia de una norma inconstitucional.

En el control difuso de constitucionalidad, existen tres escenarios de aplicación directa de la Constitución: Primero si no existiera norma legal aplicable al caso en concreto, el Juez deberá encontrar la solución jurídica en la norma suprema. Segundo al momento de interpretar la Constitución, de todas las interpretaciones posibles, en virtud del principio de interpretación conforme a la misma, optar por la que se adecue al precepto constitucional, de esta manera garantizar la validez de la norma, en consecuencia sustentar su decisión tanto en la norma legal como en la constitucional. Y finalmente, una vez realizada la actividad hermenéutica, el juzgador no encontrará una interpretación de la ley adecuada a la Constitución, y la única interpretación existente es inconstitucional, dejará de aplicar la norma legal y tendrá que aplicar la Constitución y sustentar su decisión basándose en ella.

El juez en un ordenamiento jurídico con control de constitucionalidad concentrado, puede aplicar la Constitución de manera directa de forma similar a los dos escenarios señalados en el control difuso, sin embargo en la tercera situación la aplicación varía. Por cuanto en este sistema si el juez evidencia en un caso en concreto que una norma legal está en contradicción con la Constitución, no puede dejar de aplicarla, sino que tiene el deber de suspender el curso del proceso y remitir al máximo organismo para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad.

En este sentido la cuestión de constitucionalidad o acción indirecta de constitucionalidad se constituye como prohibición de inaplicar una norma legal por ser inconstitucional, impidiendo así que el juzgador aplique directamente la Constitución.

Ahora ¿qué sucede con la aplicación directa en un sistema de control mixto?

La aplicación directa se realizará de la misma manera que en el control difuso, esto es, los jueces deben sustentar sus decisiones en la norma legal y constitucional, y en

ausencia de la primera directamente en la Constitución; y, de identificar en el caso en concreto la existencia de una norma inconstitucional, podrán inaplicarla.

Hasta aquí podríamos señalar que los dos sistemas que permiten de una manera más amplia la aplicación directa la Constitución son el difuso y el mixto. Sin embargo existe un elemento diferenciador que permite optar por el control Mixto, que es el mecanismo que permite lograr la uniformidad de las decisiones dictadas en el control difuso, mediante el cual el máximo órgano tiene la obligación de conocer las decisiones en las que se ha inaplicado una norma por ser inconstitucional y dictar la inconstitucionalidad con efectos erga omnes, y así evitar que existan decisiones contradictorias respecto a la constitucionalidad de una norma legal, garantizando la seguridad jurídica y asegurando la aplicación directa de un precepto constitucional de acuerdo con lo expresado por el máximo órgano de control constitucional.

Capítulo segundo

Aplicación directa de la Constitución y Control Constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Como se dijo en el capítulo precedente la Constitución es una norma jurídica de cumplimiento obligatorio por parte de todos los poderes públicos y de los ciudadanos configurando una vinculación bilateral, que conlleva su aplicación directa. La normatividad de la carta constitucional es factible al control jurídico de constitucionalidad que hace posible la vigilancia de su acatamiento y la sanción de su incumplimiento.

A continuación, se realizará una revisión del desarrollo del control de constitucionalidad en las constituciones del Ecuador para identificar qué modelo de control de constitucionalidad se estableció en cada una de ellas para garantizar su carácter normativo.

2.1. Precedentes Históricos

En el desarrollo del control de constitucionalidad de la ley y de otras normas pueden identificarse las siguientes etapas históricas:¹¹⁶ 1. La soberanía parlamentaria y el control político (1830-1945); 2. Transición del control político al control jurídico (1945-1996); y, 3. Consolidación del control jurídico: Tránsito del control concentrado hacia el control mixto (1996 hasta el presente).

2.1.1. Soberanía parlamentaria y el control político (1830-1945)

La Gran Colombia estaba integrada por los distritos de Nueva Granada, Venezuela y Distrito del Sur (Quito), este último, el 13 de mayo de 1830 se constituyó como un nuevo Estado con el nombre de Ecuador e inicia su vida republicana con la Constitución promulgada el 23 de septiembre de 1830.

¹¹⁶ Las etapas históricas se basan en los períodos presentados por Agustín Grijalva, “Evolución histórica del control constitucional de la ley”, en Enrique Ayala Mora, edit., *Historia Constitucional. Estudios Comparativos*, (Quito: Corporación Editora nacional, 2014), 330.

La Constitución de 1830¹¹⁷ en su artículo 73¹¹⁸ estableció que las leyes civiles y orgánicas continuarán vigentes en lo que no se opongan a ella, de esta manera determinaba la supremacía de la nueva carta constitucional sobre las normas posconstitucionales (las leyes coloniales se aplicaron sin cambio hasta 1860); sin embargo, según el artículo 5¹¹⁹ de esta carta constitucional, la validez de las disposiciones constitucionales se encontraba condicionada a las normas que se establecieran en el Pacto de unión de los Estados de Colombia.

Esta Constitución en el artículo 69 le exigía a todo funcionario que jure fidelidad a la Constitución, lo que implicaba la obligatoriedad del cumplimiento de los deberes en ella establecida, y por tanto, si bien no se determinaba expresamente, configuraba el principio de supremacía constitucional.

La Constitución de 1835 en el artículo 112 declaró que las normas existentes hasta ese momento continuarán vigentes siempre que no se opongan a la Constitución, en el mismo sentido que la carta constitucional precedente. En el artículo 110 se determinó como competencia del Congreso el resolver las dudas que surjan sobre la interpretación de la Constitución.¹²⁰

Sin embargo de lo mencionado, el Congreso era el único intérprete de la Constitución, por cuanto el artículo 109 determinaba que todo funcionario al momento de tomar posesión en el cargo debía prestar el juramento de sostener y defender la Constitución, en función de este deber los funcionarios públicos tenían la facultad de interpretar la Constitución dentro del ámbito de sus competencias.¹²¹

La Constitución de 1843 reproduce el contenido de los artículos referidos de la norma constitucional de 1835 en los artículos 105, 106, y 111, es decir no refleja ningún

¹¹⁷ Las Constituciones del Ecuador se encuentran recopiladas en la obra de Ramiro Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Tomo IV, apéndice, volúmenes I, II, y III, 2a ed. (Quito: IGM, 1980).

¹¹⁸ Constitución de 1830, artículo 73: “Se conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados, y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución”.

¹¹⁹ Constitución de 1830, artículo 5: “Los artículos de esta carta constitucional que resultaren en oposición con el pacto de unión y fraternidad que ha de celebrarse con los demás Estados de Colombia, quedarán derogados para siempre”.

¹²⁰ Constitución de 1835, artículo 110: “Solo el congreso podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno, o algunos artículos de esta Constitución”.

¹²¹ Torres, *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, 124.

cambio respecto a la supremacía constitucional, interpretación de la carta constitucional por parte del Congreso, y defensa de la Constitución por todos los funcionarios.

En la Constitución de 1845 se presentan varios cambios respecto a sus antecesoras, en este sentido el artículo 139 determinaba de forma clara la supremacía de la norma constitucional sobre las otras leyes, al disponer: “Toda ley que se oponga a esta Constitución, no tendrá efecto”. Además su artículo 135 establecía la obligación de todo funcionario de defender la Constitución; y, su artículo 138 consideraba al Congreso como el único órgano autorizado para resolver conflictos sobre la interpretación de la Constitución, su decisión se realizará mediante ley.¹²²

Además en esta Constitución, se destaca tres aspectos: 1. Se faculta a todo ciudadano a formular reclamos ante el Congreso o el Ejecutivo sobre las infracciones a la Constitución (artículo 126); 2. El Ejecutivo puede objetar los proyectos de ley cuando estos no hayan cumplido con el procedimiento determinado en los artículos 45, 46 y 47 (artículo 55); y, 3. Se otorga al Ejecutivo la siguiente atribución “hacer cumplir la Constitución y las leyes” (artículo 70).

La Constitución de 1851 reproduce todos los principios de la norma constitucional precedente.¹²³ El elemento que destaca en esta carta constitucional es la creación del Consejo de Estado a quien se otorga la competencia de velar que se respete la Constitución, dicha facultad se limitaba a identificar las omisiones del Poder Ejecutivo e informar a la Asamblea Nacional (artículo 82).

Las Constituciones de 1852¹²⁴ y 1861¹²⁵ en relación con los temas de interés para este trabajo, contemplaban disposiciones similares a las contenidas en las Constituciones de 1845 y 1851, excepto en los siguientes aspectos: 1. Se suprime el texto que dispone que toda ley que se oponga a la Constitución carecerá de efecto; y, 2. Se elimina el Consejo de Estado.¹²⁶

¹²² Constitución de 1845, artículo: 138: “Solo el Congreso podrá resolver o interpretar las dudas que ocurran en la inteligencia de alguno o algunos de los artículos de esta Constitución, y lo que resuelva constará por una ley expresa”.

¹²³ Constitución de 1851: arts. 43, 58, 107, 134, 136 y 135 (En la Constitución de 1845: 55, 70, 126, 135, 138 y 139 respectivamente).

¹²⁴ Constitución de 1852: arts. 53, 68, 125, 135 y 140.

¹²⁵ Constitución de 1861: arts. 52, 66, 119, 127 y 130.

¹²⁶ Torres, *El control de la Constitucionalidad en el Ecuador*, 125.

En la Constitución de 1869¹²⁷ con relación a los aspectos que son relevantes para el contenido de esta investigación, se mantienen disposiciones que coinciden con el contenido de las dos últimas constituciones, excepto en los siguientes temas: 1. Se elimina la facultad del Ejecutivo para hacer ejecutar la Constitución y la ley; y, 2. Se faculta a todo ecuatoriano a formular reclamos por las infracciones a la Carta Magna, no solo ante el Congreso y el Ejecutivo, sino también al Poder Judicial.

La Constitución de 1878, prescribió como una de las atribuciones del Congreso la interpretación de la Constitución mediante ley expresa,¹²⁸ sin embargo se mantuvo esta atribución en las disposiciones comunes, conforme consta en el artículo 122. Además permaneció la facultad del Ejecutivo para objetar los proyectos de ley que no hayan cumplido con el procedimiento constitucional para su elaboración (artículo. 59); y, el deber de todo empleado público de defender la Constitución.

Se dispuso que los acuerdos municipales que se opongan a la Constitución y a la ley no se ejecutarán, y si respecto a este tema surge una controversia entre la municipalidad y otra autoridad, es atribución de la Corte Nacional de Justicia resolver este conflicto.¹²⁹ Además se prescribió la obligación de los militares de no ejecutar órdenes que sean manifiestamente contrarias a la Constitución.¹³⁰ Es importante recalcar que a pesar de que el Congreso tenía la decisión final sobre la interpretación de la Constitución, otros órganos y autoridades podían interpretarla.

En esta Constitución se refleja un gran retroceso dentro del desarrollo constitucional por cuanto se eliminó la garantía de los ciudadanos que ya había sido reconocida en las anteriores constituciones, en consecuencia ya no se podía presentar reclamación alguna sobre las infracciones a la Constitución.

¹²⁷ Constitución de 1869: arts. 47, 104, 112 y 114.

¹²⁸ Constitución de 1878, artículo 47. “Son atribuciones del Congreso: 1a Reformar la Constitución, en el modo y forma que ella establece; y resolver e interpretar las dudas que ocurran en la inteligencia de alguno o algunos de sus artículos; haciendo constar en una ley expresa lo que resuelva o interprete”.

¹²⁹ Constitución de 1878, artículo 105: “No se ejecutarán los acuerdos municipales en todo lo que se oponga a la Constitución o a las leyes; y, caso que, sobre esta materia se suscitare alguna controversia entre la municipalidad y la autoridad pública, se decidirá por la Corte Suprema de Justicia”.

¹³⁰ Constitución de 1878, artículo 109: “Las autoridades no deben obedecer las órdenes superiores que tengan por objeto atentar contra los altos poderes nacionales, o que sean manifiestamente contrarias a la Constitución o las leyes”.

La Constitución de 1884¹³¹ con relación a los temas observados reprodujo los textos de su predecesora, excepto en lo siguiente: 1. Se reconoció nuevamente garantías para los ciudadanos,¹³² sin embargo no se les facultó a formular reclamaciones por infracciones a la Constitución; 2. Se eliminó la atribución exclusiva del Congreso de interpretar la Constitución, de tal manera que permitía que los órganos ejecutores en el ámbito de sus competencias también interpreten la Constitución; y, 3. El Ejecutivo tenía como atribución hacer cumplir solamente las leyes, ya no la Constitución (artículo 90).¹³³

Bajo el gobierno de Eloy Alfaro, se expidió la Constitución de 1897 la cual contempla disposiciones similares¹³⁴ a la Constitución de 1894, empero el artículo 39 estableció que se podía acusar ante los tribunales de justicia a los funcionarios que violen las garantías establecidas en la Constitución;¹³⁵ y, sobre todo *se reconoció expresamente la supremacía de la Constitución*, conforme se verifica en el Título XI, en el que se encuentra el artículo 132, que establece: “*La Constitución es la Suprema Ley de la República, y cualesquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieren en contradicción, o se apartaren de su texto, no surtirán efecto alguno*”. (Énfasis agregado).

La Constitución de 1906, de manera similar a la carta constitucional de 1897, declaró de forma expresa la supremacía de la Constitución; mantuvo como atribución del Ejecutivo hacer cumplir las leyes; asimismo dispone que las ordenanzas, acuerdos o resoluciones municipales que se opongan a la Constitución y a la ley no se ejecutarán y, si surge una controversia entre la municipalidad y otra autoridad será resuelta por la Corte Nacional de Justicia; y, la prohibición de los militares de ejecutar órdenes que sean manifiestamente contrarias a la Constitución. Nuevamente se reconoció la facultad

¹³¹ Constitución de 1884: arts. 62, 74, 119, 127 y 132.

¹³² Estas garantías se encuentran determinadas en el Título IV, arts. 14 al 37, entre ellas se encuentra por ejemplo la presunción de inocencia, libertad de asociación.

¹³³ Torres, *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, 128.

¹³⁴ Constitución de 1897: arts. 65, 77, 94, 123, 130 y 135.

¹³⁵ Constitución de 1897, art. 39: “Los empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución [...] podrán ser acusados por cualquier persona, sin necesidad de fianza ni firma de abogado, en los Tribunales de Justicia”.

a todo ciudadano para denunciar sobre la infracción a la Constitución ante el Poder Ejecutivo, el Congreso u otra autoridad competente.¹³⁶

Las novedades en esta Constitución son varias: el Consejo de Estado tenía la facultad de velar por la observancia de la Constitución¹³⁷; se determinó como competencia exclusiva del Congreso la interpretación de la Constitución de un *modo generalmente obligatorio*,¹³⁸ por primera ocasión se estatuyó de forma expresa sobre la facultad de *declarar la inconstitucionalidad de las leyes*, la misma que se le otorgó al órgano legislativo.

Al igual que en las anteriores constituciones se dispuso que el Congreso es el único intérprete de la Constitución, sin embargo se observa que al determinar la prohibición de ejecutar decisiones municipales inconstitucionales, o la prohibición a los militares de cumplir órdenes inconstitucionales, se facultaba a los órganos ejecutores evaluar la constitucionalidad de los actos públicos, pero con efectos para el caso en el que aplicaría la norma constitucional.¹³⁹

La Constitución de 1929 consagró disposiciones similares¹⁴⁰ a las de la Constitución anterior, mantuvo como competencia exclusiva del órgano legislativo la interpretación de la ley, así como el declarar la constitucionalidad o no de una ley; y, determina la prohibición de negarse a aplicar una ley por considerarla constitucional,¹⁴¹ contradiciendo lo previsto en el artículo 161 que establecía que toda ley que sea contraria o altere la Constitución no tendrá valor jurídico.¹⁴² Además otorgó al Consejo de Estado las competencias de velar por el cumplimiento de la Constitución y ejercer el

¹³⁶ Constitución 1906: art. 6, 80, 115, 122, 121.

¹³⁷ Constitución 1906, art. 98: “Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1a Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda”.

¹³⁸ Constitución 1906, art. 7: “Solo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y resolver las dudas que se suscitaren libre la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos. Asimismo, solo al Congreso le corresponde declarar si una Ley o Decreto Legislativo es o no inconstitucional”. Disposición concordante con lo dispuesto en el artículo 54 *ibídem*.

¹³⁹ Torres, *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, 127.

¹⁴⁰ Constitución de 1929: art. 48, 83, 142, 148, 163.

¹⁴¹ Constitución de 1929, art. 162: “La obligación primordial de toda autoridad, sea del orden que fuere, es ajustar sus actos a la Constitución, cumpliendo y haciendo cumplir sus disposiciones, en lo que le corresponda; pero no podrá negarse a cumplir o aplicar las leyes invocando que son inconstitucionales”.

¹⁴² Constitución de 1929, art. 161: “La Constitución es la Ley Suprema de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes [...] que se opusieren a ella o alteraren, de cualquier modo, sus prescripciones”.

control de constitucionalidad de los decretos y reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo (artículo 117, numeral 2).

En síntesis, en este período todas las constituciones reconocen la supremacía de la Constitución sobre las otras normas del ordenamiento jurídico, pero no existía un mecanismo jurídico que garantice la protección del texto constitucional. El órgano legislativo mantiene el rol de intérprete final de la Constitución, a pesar de ello los órganos ejecutores al momento de aplicar las normas, en virtud de su deber de defender la Constitución, también estaban facultados a interpretar la carta constitucional.

En relación con el control constitucional de los actos del Poder público, no existe uniformidad en el órgano que debía realizarlo, es así que en las Constituciones de 1878 y 1906 la Corte Nacional de Justicia estaba facultada para decidir sobre la constitucionalidad de los acuerdos municipales; en la Constitución de 1929 el Consejo de Estado tenía la facultad de declarar la inconstitucionalidad de decretos y reglamentos dictados por el Ejecutivo; en las Constituciones de 1906 y 1929 el órgano legislativo tenía la competencia exclusiva de realizar el control de constitucionalidad de las leyes; y, de acuerdo con Ramiro Borja y Borja, en todas las Constituciones de este período los órganos ejecutores dentro del ámbito de sus competencias y en los casos concretos, al momento de aplicar las normas, estaban facultados a examinar y decidir sobre su constitucionalidad.¹⁴³

De lo expuesto, esta fase se caracteriza por la dispersión del control constitucional de las normas infraconstitucionales entre distintos órganos, sin embargo el papel preponderante lo mantiene el Congreso al ser el intérprete final de la Constitución, y, finalmente al ejercer el control constitucional de las leyes, razones por las cuales se concluye que rigió un control político de constitucionalidad.

2.1.2. Transición del control político al control jurídico (1945-1996)

En la Constitución de 1945, por influencias del modelo de control constitucional europeo, se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales pero subordinado al Congreso por cuanto este último organismo conserva la potestad exclusiva de declarar la

¹⁴³ Ramiro Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Tomo III, 2a ed. (Quito: IGM, 1980), 283-84.

inconstitucionalidad de la ley. Solo después de las reformas de 1995-1996 se consolida en el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de la ley.¹⁴⁴

El artículo 163 de la Constitución 1945 reconoció la supremacía constitucional por lo que toda ley que se oponga a ella no tendrá valor alguno, en concordancia el artículo 35.1 determinó que: “Le está prohibido al Congreso: Dictar leyes que contradigan, modifiquen o violen la Constitución”.

El artículo 164 de manera similar a la anterior Constitución establece que las autoridades tienen que ajustar sus actos a la norma constitucional, pero ninguna autoridad podrá inaplicar una ley alegando su inconstitucionalidad, lo cual contradice el artículo 163. Se mantiene el deber del presidente de hacer cumplir la Constitución y la ley (artículo 65), la prohibición a los militares de cumplir órdenes que atenten contra la norma suprema; y, se consagra el derecho a denunciar sobre las infracciones a la Constitución (artículo 141.18).

El órgano legislativo conservó el rol de intérprete final de la Constitución (artículo 34.1) y la competencia de realizar el control de constitucionalidad no solo de la ley, sino también de decretos, acuerdos, reglamentos, órdenes, disposiciones y pactos (artículo 165).

Como se señaló la Constitución de 1945, en el artículo 159, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero, si el legislador es quien decide sobre la constitucionalidad de las normas, ¿cuál es la atribución de este organismo respecto al control constitucional?

El Tribunal tenía entre sus deberes velar y exigir el cumplimiento de la Constitución; formular observaciones sobre la inconstitucionalidad de decretos, reglamentos, ordenanzas y decisiones, e informar al Congreso para su decisión; pronunciarse sobre los proyectos de ley de acuerdo con lo determinado en el artículo 41; y, sobre la constitucionalidad de la ley la única atribución que tenía era la suspensión de la vigencia de la norma legal solo para el caso en concreto hasta que el órgano legislativo se pronuncie sobre el tema (artículo 160). Por tanto el Tribunal se configuró,

¹⁴⁴ Hernán Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2005), 39.

no como el máximo organismo de control constitucional como sucedía en el modelo kelseniano, sino como un órgano subordinado a la decisión del Congreso.¹⁴⁵

La Constitución de 1945, tuvo corta duración, ya que en 1946 se promulgó una nueva carta constitucional que mantuvo disposiciones semejantes a la Constitución precedente, es así que los artículos 53, 189, 130, y 92 eran iguales a los artículos 34, 165, 108 y 65 de la norma constitucional anterior.

Esta Constitución presentó varios cambios, entre ellos: se elimina la facultad otorgada a los militares para incumplir órdenes contrarias a la Constitución (artículo 155); se suprime el Tribunal de Garantías Constitucionales, por lo que se confiere a la Corte Suprema de Justicia la facultad de suspender la ejecución de la ley cuando se evidencie que se ha incumplido con los requisitos de forma, de lo cual debe informar al Congreso (artículo 76), que igual que en la anterior Constitución es el único órgano facultado para interpretar la Constitución con carácter general y obligatorio, y para declarar la inconstitucionalidad de una ley o decreto (artículo 189).

Aparece nuevamente el Consejo de Estado, que entre sus atribuciones tenía el velar por la observancia de la Constitución; y, realizar observaciones respecto a la constitucionalidad de decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones, de lo cual informará al Congreso, a fin de que resuelva sobre la inconstitucionalidad alegada (artículo 146).

La Constitución de 1967 determinaba en su artículo 257 la supremacía constitucional y mantuvo que solo al Congreso le corresponde la interpretación de un modo generalmente obligatorio de las disposiciones constitucionales. Con relación a la supremacía de la Constitución el artículo 26 estatuyó que toda disposición legal, administrativa o cualquier otra orden que vulnere los derechos constitucionales serán nulas.

Reaparece el Tribunal de Garantías Constitucionales pero sus atribuciones respecto al control constitucional se limitaban a realizar observaciones sobre la constitucionalidad de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones dictados con violación a la ley, previo a escuchar a los órganos involucrados, si las observaciones no eran acatadas, debía publicar en la prensa y comunicar al Congreso para que resuelva

¹⁴⁵ Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 39-42.

sobre la constitucionalidad de estas normas (artículo 220.3). Mientras, la Corte Suprema de Justicia puede suspender provisionalmente la ejecución de una norma jurídica por presentar inconstitucionalidad de forma o de fondo, sobre lo cual tiene que informar al órgano legislativo para que resuelva de manera definitiva (artículo 205.4).

En la Constitución de 1978, el artículo 137 establecía la supremacía de la Constitución; el artículo 78 determinaba como deber del presidente: el cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley; el órgano legislativo, denominado Cámara de Representantes, conservó la facultad de interpretar la ley de forma generalmente obligatoria (artículos 59 y 139); y, el Tribunal de Garantías Constitucionales conservaba la facultad reconocida en la Constitución de 1946 (artículo 141).

El control constitucional de las leyes estaba distribuido entre la Corte Suprema de Justicia y el órgano legislativo, el primero tenía la facultad de suspender la aplicación de una ley, ordenanza o decretos que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma; y, el segundo la atribución de declarar la inconstitucionalidad de estas normas de manera definitiva (artículo 138).

Las reformas a la Carta Constitucional de 1983 devolvieron al Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia de suspender las leyes y otras normas jurídicas inconstitucionales, por el fondo o por la forma, de oficio o a petición de parte, pero la decisión final permanecía en manos del Poder Legislativo (artículo 141, numeral 4).¹⁴⁶

Para dotar de fuerza jurídica a las resoluciones del Tribunal, la Constitución determinaba la punibilidad del desacato de las observaciones realizadas por este organismo, lo que conllevaba su remoción, sin perjuicio de la acción penal. Esta atribución debía ser regulada mediante ley, la misma que no se expidió (artículo 141, numeral 3, segundo inciso).¹⁴⁷

Debido a las reformas realizadas en 1992 nuevamente al Tribunal de Garantías Constitucionales no le es reconocido su rol de garante final de la Constitución como sucedía en el constitucionalismo europeo, pues si bien tenía la facultad de resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad de actos normativos, su resolución debía someterla

¹⁴⁶ Salgado Pesantes, Manual de justicia constitucional ecuatoriana, 46.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para que decida de manera definitiva sobre la constitucionalidad de las normas, atribución que anteriormente tenía el Congreso (artículo 146.1).

A modo de síntesis, en la Constitución de 1945 se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales con la atribución de suspender la ejecución de la ley solo para el caso en concreto de lo cual debía informar al Congreso; en 1946 el Tribunal se suprime del esquema constitucional, reapareciendo en 1967 y 1978 con la única atribución de realizar observaciones de normas infralegales; y, con las reformas constitucionales de 1983 asume la atribución de suspender la ejecución de la ley cuando esta sea inconstitucional, pero la decisión final en todos estos casos la conserva el Congreso.

La Corte Suprema de Justicia tuvo un rol más activo en el control de constitucionalidad de la ley, en 1946 podía suspender los efectos de la norma legal por inconstitucionalidad de forma; en 1967 y 1978 tenía la facultad de suspender la ejecución de cualquier norma jurídica ya sea por inconstitucionalidad de fondo o de forma, pero en las tres constituciones se determina la obligación de informar al Poder Legislativo para su decisión final.

El Consejo de Estado únicamente es previsto en la Constitución de 1946 con la atribución de realizar observaciones sobre constitucionalidad de acuerdos, reglamentos, resoluciones de lo cual debía informar al congreso.

En todas las constituciones de este período (1945, 1946, 1967, 1978 y su reforma de 1983) el Poder Legislativo conserva la decisión final sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas, por lo que se observa que la mayor parte de esta etapa estuvo marcada por la vigencia de un control político de constitucionalidad realizado por el Congreso, con la presencia de ciertos elementos del control jurídico como es la presencia del Tribunal Constitucional, o las facultades atribuidas a la Corte Suprema de Justicia, lo cual evidencia, como bien señala Agustín Grijalva, la falta de diferenciación entre control político y control jurídico.¹⁴⁸

Solo a partir de la reforma constitucional de 1992, se da un giro hacia el control jurídico, determinando como competencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la nueva Sala Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. El

¹⁴⁸ Grijalva, “Evolución histórica del control constitucional de la ley”, 331.

Tribunal desde las reformas de 1983 conserva la facultad de suspender temporalmente los efectos de las leyes u otros actos normativos por considerarlos inconstitucionales. Esta institucionalización del control no funcionó, por cuanto surgió una pugna entre las dos instituciones, adoptando resoluciones contradictorias, así por ejemplo la Corte Suprema dictó el “Estatuto de Control Constitucional”, pero el Tribunal suspendió su ejecución por considerarlo inconstitucional.¹⁴⁹

2.1.3. Consolidación del control jurídico: Tránsito del control concentrado hacia el control mixto (1996 hasta el presente)

En 1995-1996 las reformas constitucionales a la Constitución de 1978, dotan al Tribunal Constitucional (antes Tribunal de Garantías Constitucionales), de la competencia de suspender total o parcialmente la ejecución de las normas jurídicas por ser inconstitucionales (artículo 175), declaratoria que era de cumplimiento obligatorio conforme lo determina el artículo 176 que establece: “La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y deberá ser promulgada en el Registro Oficial, desde cuya fecha entrará en vigencia, dejando sin efecto la disposición y el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni de ella recurso alguno”.¹⁵⁰

En la Constitución de 1998,¹⁵¹ la Asamblea Nacional Constituyente codificó la carta constitucional vigente,¹⁵² se estatuye en su artículo 272 su supremacía, por lo cual determina que en caso de existir conflicto entre normas se aplicará la jerárquicamente superior; y, faculta a cualquier juez, dentro de un proceso judicial, a inaplicar una norma contraria a los preceptos constitucionales, de lo cual tenían que informar al Tribunal Constitucional para que este organismo resuelva con carácter general y obligatorio.¹⁵³

¹⁴⁹ Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 47.

¹⁵⁰ La irretroactividad de la decisión sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, caso contrario se debería revisar todos los actos que emanaron de la aplicación del precepto inconstitucional. Marco Morales Tobar, “El Tribunal Constitucional del Ecuador”, en Roberto Viciano, Julio César Trujillo y otro, *Estudios sobre la constitución ecuatoriana de 1998* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 249.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 1117-220.

¹⁵² Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 47.

¹⁵³ Constitución de 1998, artículo 274: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto

Con relación al Tribunal Constitucional, se determina que estará integrado por nueve vocales, designados por el Congreso de ternas enviadas por varios órganos estatales, entre sus atribuciones se encuentra el conocer sobre demandas de inconstitucionalidad de normas jurídicas y actos administrativos¹⁵⁴. El pronunciamiento de este Tribunal tiene el carácter definitivo y es de cumplimiento general y obligatorio.¹⁵⁵ Sin embargo, el Congreso mantiene el rol de intérprete final de la Constitución (artículo. 284). Lo dispuesto podría llevar a una grave contradicción, en tanto el Tribunal Constitucional al ejercer el control de constitucionalidad puede interpretar la Constitución, pero al ser el congreso el intérprete final de la Constitución, puede desvirtuar dejar sin validez las decisiones del órgano constitucional.¹⁵⁶

Dos elementos importantes destacan hasta el momento en esta etapa: El Tribunal Constitucional se consolida como el máximo organismo de control constitucional al ser el único órgano facultado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (modelo de control europeo); y, segundo, la facultad de todo juez o tribunal de inaplicar una ley por ser opuesta a los preceptos constitucionales (modelo de control americano), de lo cual informará al Tribunal Constitucional para que declare la inconstitucionalidad con efecto *erga omnes*.

De esta manera la Constitución de 1998 determinó el modelo de control constitucional mixto, en el cual coexisten el sistema difuso y concentrado, estableciendo como elemento integrador de los dos sistemas los informes que los jueces deben remitir

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

¹⁵⁴ Constitución de 1998, artículo 276: “Competerá al Tribunal Constitucional: 1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos. 2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales”.

¹⁵⁵ Constitución de 1998, artículo 278: “La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno. Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley”.

¹⁵⁶ Marco Morales Tobar, “El Tribunal Constitucional del Ecuador”, 258.

sobre la inaplicación de una norma para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad y expulse dicha norma del ordenamiento jurídico.

Finalmente en esta etapa encontramos la Constitución del año 2008, que respecto al control de constitucionalidad, por un lado se defiende que el texto constitucional determina únicamente un control concentrado; y, por otro lado, se argumenta que con fundamento en la aplicación directa de la Constitución, la norma constitucional también prevé un control difuso de constitucionalidad.

2.2. El control de constitucionalidad en la Constitución de 2008

La Constitución del año 2008 introdujo varios cambios respecto al control constitucional existente en la Constitución de 1998; en el presente apartado, a partir de las disposiciones constitucionales vamos a identificar qué modelo de control determina la Constitución Ecuatoriana.

Es indiscutible que la Constitución es norma jurídica, por lo que posee fuerza vinculante, que implica la obligación de todos los poderes constituidos de observarla en sus actuaciones. El valor normativo de la constitución se encuentra claramente reconocido en el artículo 424 e inciso primero del artículo 426, el primero determina: “*La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica*” (énfasis agregado); y, el artículo 426 en su primer inciso prescribe: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”.

Los artículos citados, no solo prescriben el carácter normativo de la Constitución, sino también su supremacía, concordantemente el artículo 425¹⁵⁷ ubica a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico, en consecuencia todo acto del poder público para su existencia debe observar tanto las condiciones formales como materiales previstas en la norma suprema, caso contrario daría lugar a una inconstitucionalidad.

¹⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador [2008] ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión legislativa y de fiscalización, s.f.), artículo 425: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

El valor normativo tiene como consecuencia inmediata la aplicación directa de todos los preceptos constitucionales por parte de cualquier persona, autoridad o juez, principio que se encuentra consagrado en el inciso segundo del artículo 426 de la Constitución, que expresamente establece: “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, *aplicarán directamente las normas constitucionales* y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”.

En el segundo inciso de este mismo artículo el constituyente hace referencia expresa a la aplicación directa de los derechos constitucionales, concordantemente el inciso primero del numeral 3 del artículo 11 de la carta constitucional determina que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁵⁸ “serán de directa e inmediata aplicación *por y ante* cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. (Énfasis agregado).

Las preposiciones “por” y “ante”, adquieren gran importancia al interpretar el enunciado constitucional mencionado, ya que, la primera implica que todo juez o jueza (haciendo referencia únicamente a la autoridad judicial) está facultado para aplicar de forma directa los derechos constitucionales dentro de un proceso judicial ya sea de oficio o a petición de parte; mientras, la preposición “ante” hace referencia a que todo ciudadano puede solicitar frente a cualquier administrador de justicia la aplicación directa de la Constitución en defensa de los derechos constitucionales.

La Constitución como norma suprema requiere necesariamente de un mecanismo que garantice su supremacía el cual es el control jurídico de constitucionalidad mediante el que se vigila el cumplimiento de la Constitución y en el caso de existir un acto estatal que vulnere el contenido constitucional se declare su inconstitucionalidad.¹⁵⁹ La Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación y control constitucional (artículo

¹⁵⁸ En el presente texto no se hará diferencia entre Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, considerando que estos últimos si son ratificados por el Ecuador tienen igual valor y jerarquía de la Constitución por lo que conforman el bloque constitucional, es decir son Constitución; mientras que, si no se hallan ratificados, no son de igual jerarquía pero si del mismo valor, formando parte del bloque de constitucionalidad. Cfr. Paloma Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional y bloque de constitucionalidad*, (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1997), 35-45.

¹⁵⁹ Blanco Valdez, *El valor de la Constitución*, 116.

429) por lo que posee *la facultad exclusiva de declarar la inconstitucionalidad de la ley* con efecto *erga omnes* ya sea de oficio conforme al numeral 4 del artículo 436 (inconstitucionalidad de normas conexas); o, a petición de parte mediante la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el numeral 2 *ibídem* (acción directa de inconstitucionalidad), o por intermedio de la consulta de norma prevista en el artículo 428 de la carta constitucional (conocida como acción indirecta de constitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad), configurando así un modelo de control concentrado.

En el capítulo precedente se señaló que el juez en ejercicio del principio de aplicación directa de la Constitución frente a la actividad del legislador, puede encontrar: 1. Ausencia de ley para el caso concreto por lo que debe sustentar su decisión en los preceptos constitucionales; y, 2. La existencia de una norma legal, que por un lado puede ser constitucional por lo que procede a aplicar conjuntamente con la norma constitucional; por otro lado ser inconstitucional, circunstancia por la que procederá a inaplicarla y aplicar directamente la Constitución.

Además se indicó que el alcance del principio de aplicación directa de la constitución depende del modelo de control constitucionalidad que se adopte en un sistema constitucional, en el caso de Ecuador, se podría afirmar que por un lado existe un modelo de control concentrado (artículos 429 y 436 de la Constitución); y, por otro lado, un control difuso (artículo 425 y 426 de la carta constitucional).

Teniendo en cuenta, la existencia de un control concentrado de Constitucionalidad, conforme lo determina el artículo 429 y 436 de la Constitución, dejando de lado las otras prescripciones constitucionales que permiten un control difuso, la aplicación directa de la Constitución se configuraría de la siguiente manera:

En el caso de vacío legal el juez está obligado a encontrar la solución jurídica en la norma constitucional, es decir, no requiere del desarrollo Legislativo de los preceptos constitucionales para aplicarlos y sustentar su decisión jurídica conforme a la Constitución.¹⁶⁰

¹⁶⁰Constitución del 2008, artículo 426 tercer inciso: “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

En el mismo sentido, cualquier ciudadano puede acudir ante una autoridad judicial y exigir el cumplimiento y protección de sus derechos constitucionales, sin ser necesaria la mediación del Legislador por medio de la ley,¹⁶¹ por lo que el juez no puede argumentar ausencia de ley para no aplicar la Constitución, así lo prescribe el inciso tercero del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución, que dice: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

Un segundo caso, tenemos cuando existe una ley que desarrolla los preceptos constitucionales, la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces se presenta de la siguiente manera:

La primera opción, es aplicar la ley a la luz de la Constitución, por cuanto existe una interpretación del texto legal que no contradice los preceptos constitucionales, lo mencionado se desprende de la obligación de que todo acto de poder público debe mantener conformidad con la Constitución, prevista en el inciso primero del artículo 426.

La segunda opción, cuando el Juez identifica que la norma legal aplicable a un proceso judicial en concreto, es contraria a la Constitución, al respecto el artículo 428 de la Constitución, estatuye:

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. (Énfasis agregado).

En este sentido al evidenciar la posibilidad de que la norma legal sea contraria a la Constitución, tiene la obligación de suspender la tramitación de la causa y remitir la consulta sobre la constitucionalidad de la prescripción normativa a la Corte

¹⁶¹Sin perjuicio de presentar la acción de inconstitucionalidad por omisión. Constitución del 2008, artículo 436.10.

Constitucional, configurando un control incidental de constitucionalidad, que es una forma característica de control del sistema europeo.

De lo expuesto, la aplicación directa de la Constitución por parte de un juez ordinario en el modelo concentrado se presentaría únicamente cuando existe ausencia de una ley que desarrollen los derechos constitucionales, por lo que inicialmente parecería que la Constitución del 2008 determina exclusivamente la aplicación directa cuando hay vacío legal; mientras, si existe una norma legal inconstitucional el juez tiene que presentar la consulta de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, de esta manera el órgano judicial se encuentra impedido de inaplicar la ley.

Sin embargo, a continuación se va a evidenciar que la Constitución permite a todo juez, amparado en el principio de aplicación directa, inaplicar un precepto legal inconstitucional y aplicar de forma directa la norma suprema, configurando de esta manera un control difuso de constitucionalidad que tiene como característica principal el ser ejercido por todos los órganos judiciales.

Al respecto, el artículo 425 prescribe el orden jerárquico de las normas, de este modo ubica a la Constitución como la norma jerárquicamente superior, y en su segundo inciso determina: “En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”.

De manera clara se faculta a todo Juez a aplicar la norma superior cuando exista contradicción entre normas de distinta jerarquía, en consecuencia al identificar que una norma legal se encuentra en contraposición con la Constitución, deberán aplicar esta última y no la ley.

Siguiendo este razonamiento, el principio de aplicación directa determinado en los artículos 11.3 y 426, debe ser interpretado sistemáticamente¹⁶² con el artículo 425, por lo que, si los jueces al momento de aplicar la ley en un proceso judicial identifican que se encuentra en contradicción con la norma constitucional están facultados constitucionalmente para no aplicar la norma legal y resolver sobre la base de la

¹⁶²La interpretación sistemática parte del presupuesto que la Constitución es un sistema que presenta coherencia en su contenido, por lo que se debe acudir a la conexión del precepto constitucional a interpretar con las otras disposiciones constitucionales. Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 9a ed. (Madrid: Editorial TECNOS, 2005), 279-281.

Constitución, en consecuencia configurando un control difuso de constitucionalidad. Además hay que tomar en cuenta las normas constitucionales que hacen referencia a la aplicación directa cuando existe ausencia de ley, no excluyen la posibilidad de hacerlo cuando se encuentra ante una norma inconstitucional.

En este sentido, tenemos por un lado la existencia de un control concentrado que limita el principio de aplicación directa únicamente al caso de ausencia de ley, eliminando la posibilidad de aplicar de forma directa la Constitución cuando existen normas legales opuestas al contenido constitucional ya que para estos casos determina la consulta de constitucionalidad, conforme lo dispone el artículo 428. Por otro lado, la existencia de un control difuso en el que todos los jueces pueden dejar de aplicar una ley inconstitucional y sustentar su decisión directamente en la Constitución, por ser la norma jerárquicamente superior, amparados en el artículo 425.

De lo manifestado, al momento de aplicar directamente la Constitución frente a una norma legal inconstitucional los jueces se encuentran con la tensión existente entre la consulta de norma (artículo. 428) y la aplicación directa de la norma suprema (artículos 11.3, 425 y 426).

Este problema en materia de garantías constitucionales podría encontrar una solución por medio del mecanismo de selección y revisión, de tal manera los jueces podrían inaplicar una norma inconstitucional y aplicar directamente la Constitución, es decir ejercer un control difuso de constitucionalidad en garantía de los derechos constitucionales; y por medio del mecanismo de selección y revisión,¹⁶³ la Corte Constitucional tener conocimiento sobre dichas decisiones y dictar la inconstitucionalidad con efectos generales y obligatorios.

2.3. El desarrollo Legislativo y jurisprudencial del control constitucional

Las disposiciones constitucionales determinan por un lado un control concentrado de constitucionalidad; y por otro, con fundamento en la aplicación directa de la Constitución (el artículo 11.3, 425 y 426) un modelo difuso. Este problema no presenta una solución definitiva por parte del constituyente, lo que podría generar vulneración

¹⁶³ Constitución, artículo 436.6.

directa a los derechos de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, y en general a los derechos constitucionales.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁶⁴ (en adelante LOGJCC), en su artículo 4¹⁶⁵ señala entre los principios en los cuales se sustenta la justicia constitucional la aplicación directa de la Constitución, cuyo contenido es similar al previsto en el artículo 11.3.

Con relación a este principio en la jurisprudencia¹⁶⁶ de la Corte Constitucional y en particular la sentencia No. 001-10-SIN-CC¹⁶⁷ defiende que el principio de aplicación directa de la Constitución implica que todos los jueces tienen que:

[..] tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) *en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental*; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución. (Énfasis agregado).

De esta manera la Corte Constitucional faculta a los órganos judiciales a aplicar directamente la Constitución cuando existe contradicción por parte de una norma legal, restringiendo el contenido de la consulta de norma a la existencia de una duda razonable sobre la constitucionalidad de la ley.

Respecto a la consulta de norma, es necesario revisar el desarrollo Legislativo y jurisprudencial con la finalidad de identificar cual es la solución jurídica frente a la aparente contradicción existente entre esta institución y el principio de aplicación directa, y así llegar a determinar el modelo de control constitucional que rige en el Ecuador.

¹⁶⁴ Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC, Registro Oficial, Suplemento No. 52, 22 de octubre de 2009.

¹⁶⁵ LOGJCC, artículo 4: “Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: [...] 2. Aplicación directa de la Constitución.- Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

¹⁶⁶ La Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación constitucional (429 y 436.1) y sus decisiones son carácter general y obligatorio por lo cual la jurisprudencia constitucional se constituye como fuente de derecho.

¹⁶⁷ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN, 18 de marzo de 2009.

El artículo 141 de LOGJCC con relación a la consulta de norma, determina:

El *control concreto* tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. *Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía.* En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. (Énfasis agregado).

El artículo 142 de LOGJCC de forma similar reproduce la disposición constitucional, pero a fin de solucionar la aparente contradicción existente entre la consulta de norma (428) y la aplicación directa de la Constitución (11, 3, 425, 426), agrega un elemento fundamental, que a continuación vamos a evidenciar. La disposición legal prescribe:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, *sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía.* En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, *sólo si tiene duda razonable y motivada* de 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, la 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 Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviera 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.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso. (Énfasis agregado).

En primer lugar determina, en concordancia con el artículo 141, que los Jueces aplicaran los preceptos constitucionales “sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en otras normas”, con lo cual dispone que los órganos jurisdiccionales pueden aplicar directamente la Constitución cuando exista vacío legal, ratificando lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 426 y tercer inciso del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución.

El principal elemento que se agrega en esta prescripción normativa es que el Juez realizará la consulta de norma “*solo si tiene duda razonable y motivada*”, texto del cual se puede interpretar que ante la certeza de inconstitucionalidad, no existe la obligación de consultar a la Corte. En este caso el órgano judicial puede dejar de aplicar la ley y sustentar su decisión directamente en los preceptos constitucionales conforme lo disponen los artículos 11,3, 425 y 426 de la Constitución.

En relación a la consulta de norma la Corte Constitucional, en varios fallos ha desarrollado algunas reglas. En primer lugar tenemos la sentencia No. 001-09-SCN-CC,¹⁶⁸ en la cual consideró que por medio de la consulta de norma se ejerce un control abstracto, al indicar: “que esta figura es vinculante y permite la aplicación de la Constitución de forma directa, ya que mediante *el control abstracto de constitucionalidad*, las normas, sobre cuya consulta se absuelve, podrán ser expulsadas del ordenamiento jurídico” (énfasis agregado).

En la sentencia No. 055-10-SEP-CC,¹⁶⁹ la Corte Constitucional al tratar sobre el control de constitucionalidad realizado mediante la consulta de norma, al responder a la pregunta “¿Puede un juez constitucional [...] declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo con efectos directos e individuales y la inaplicabilidad de un acto normativo con efectos generales?”,¹⁷⁰ expresamente estableció: “El término inaplicable [...] responde a un efecto que traía *el control constitucional difuso bajo el régimen de la Constitución Política de 1998, (artículo 274), y que no existe en la Constitución de la República vigente*”. (Énfasis agregado).

Además, en esta sentencia señala que “la regla constitucional (determinada en el artículo 428) es clara” por lo que los Jueces ante una eventual contradicción de la norma respecto a la Constitución “debieron suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional”. Por esta razón de forma expresa

¹⁶⁸ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 001-09-SIN-CC, Caso No. 0002-2009-CN, 14 de mayo de 2009.

¹⁶⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 055-10-SEP-CC, Caso No. 0213-10-EP-CC, 18 de noviembre de 2010.

¹⁷⁰ Se plantea esta pregunta por cuanto la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha mediante sentencia de 1 de febrero de 2010 dictada dentro de la acción de protección No. 70-10-V, considerando la obligatoriedad de que todo acto público guarde conformidad con la Constitución (424 y 426) y el principio de jerarquía (425 de la Constitución). resuelve que la resolución No. ST-2009-0483 afecta a los derechos a la libertad de pensamiento, comunicación e información, no solo de la accionante sino también de la ciudadanía.

determina que “los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la Causa”.

Dentro del desarrollo de esta institución tenemos la sentencia No. 001-13-SCN-CC¹⁷¹ (decisión hito sobre esta institución) la cual prescribió que la consulta de norma constituye un *control concreto* de constitucionalidad, cuya finalidad es garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

En la sentencia referida, la Corte Constitucional determinó:

En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte.(Énfasis agregado).

Por otra parte, en esta sentencia la Corte reconoció que la expresión “duda razonable y motivada” plantea incertidumbre respecto a su alcance, razón por la cual señaló que es “obligación de esta Corte dotar de contenido a este requisito legal para así garantizar su adecuada comprensión y evitar dilaciones innecesarias de justicia ante consultas de norma que no cumplen con los requisitos legales y constitucionales”. Razón por la cual en esta misma sentencia dispuso que el juez al momento de presentar la consulta de norma tenga que cumplir con los siguientes presupuestos:

1. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta. Los jueces deben establecer de forma clara cuál es la norma legal aplicable a un caso concreto que consideran inconstitucional.
2. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos por la aplicación de la norma infraconstitucional. El juez no solo debe identificar la norma, sino motivar porque se presume que contraviene los preceptos constitucionales, razón por la cual señaló la Corte, la

¹⁷¹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 001-13-SCN-CC, Caso No. 0535-12-CN, 6 de febrero de 2013.

motivación se debe realizar conforme lo determina el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución.

3. Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto. El juez debe establecer las razones por las cuales la norma legal es indispensable para la decisión de un proceso, lo que conlleva la determinación de cómo la interpretación de la norma es indispensable para el caso; de tal manera que los jueces realizarán la consulta de constitucionalidad solo cuando sea necesaria para continuar con la causa.

En la sentencia N.º 002-13-SCN-CC¹⁷² consideró que la consulta de norma debe entenderse como la garantía constitucional que obliga a los jueces y juezas a elevar consultas a la Corte Constitucional, para que ésta 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.

La Corte Constitucional, en esta sentencia, identificó *dos finalidades* principales de la consulta de norma: una objetiva que garantiza la supremacía constitucional, mediante la interpretación conforme o la validez de normas que componen el ordenamiento jurídico, cuando estas contradigan el texto constitucional; y, una finalidad subjetiva, que tutela a las partes de un proceso judicial, evitando una posible aplicación de normas inconstitucionales.¹⁷³

¹⁷² Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 002-13-SCN-CC, Caso No. 0677-12-CN, 28 de febrero de 2013.

¹⁷³ Coherentemente con lo referido, en la sentencia No. 004-14-SCN-CC, la Corte señala que la consulta de norma tiene una doble dimensionalidad “en la que existen efectos concretos, dentro de la causa consultada, y abstractos referentes a todos los casos en los que fuera aplicable dicha norma”. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 004-14-SCN-CC, Caso No. 0072-14-CN, 06 de agosto de 2013. Respecto a los efectos de la sentencia dictada dentro de la consulta de constitucionalidad el artículo 143 de la LOGJCC con relación a los efectos determina: “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”.

La Corte Constitucional en la sentencia No.030-13-SCN-CC, al tratar sobre la consulta de norma, determinó:

ante las eventuales contradicciones de una disposición legal con la Constitución, el juez no está facultado para resolver tal asunto; sino corresponde a la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en materia constitucional, aplicando directamente las normas supremas, declarar si la disposición legal cuestionada es o no constitucional.

En la sentencia indicada al referirse al tema “Aplicación jerárquica de la norma, aplicación directa e inmediata de la Constitución cuando hay contradicción con normas infraconstitucionales”, reconoce la fuerza normativa de la Constitución y su aplicabilidad directa conforme a lo dispuesto en los artículos 11 numeral 3, 425 y 426 de la Constitución, por lo que se plantea la siguiente interrogante: el control concreto de constitucionalidad de la normas, contenido en el artículo 428 de la Constitución de la República y artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ¿permite a las juezas y jueces inaplicar una disposición normativa, cuando estos tengan “certeza” de que dicha disposición, no es compatible con la Constitución?.

En primer lugar la Corte Constitucional señala que al determinar el artículo 428 de la Constitución que los jueces cuando presentaran la consulta de constitucionalidad cuando “consideren que una norma es contraria a la Constitución”; mientras que, al disponer la LOGJCC que la consulta procede cuando exista “duda razonable y motivada”, originaría que “en casos en que el juez tenga certeza de que la norma es inconstitucional podría inaplicarla para el caso concreto”.

Siguiendo este razonamiento, la Corte Constitucional declaró que frente a esta *aparente contradicción* hay que tener en cuenta que “la decisión de la sentencia No. 55-10-SEP-CC ratifica la regla establecida en el artículo 428 de la Constitución, por el cual los jueces siempre en caso de considerar que una norma es contraria a la Constitución deberán remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional”, en concordancia con lo referido, establece que:

[..] ni la Constitución de la República, ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ni el Código Orgánico de la Función Judicial autorizan a las juezas y jueces a inaplicar una disposición normativa al tener “certeza” de

su inconstitucionalidad, pues el único órgano con competencia para juzgar si una disposición normativa es contraria a la Constitución es la Corte Constitucional.

La línea jurisprudencial en la sentencia No. 0034-13-SCN¹⁷⁴ establece la siguiente regla:

[..] advierte a las juezas y jueces que de proceder en contrario a la obligación de suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional, ante la presencia de una duda razonable y motivada respecto de su conformidad con la Constitución configura un incumplimiento de precedentes constitucionales, sancionado conforme lo determinan los artículos 86 numeral 4 de la Constitución, 164 numeral 4 y 165 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De lo referido en líneas anteriores, se observa que el legislador calificó a la consulta de norma como un control concreto, mientras que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se la cataloga como control concreto y también como un ejercicio de control abstracto.

Al respecto hay que tener en cuenta que se trata de un control concreto al momento que el Juez en el proceso de aplicación de la ley en una causa específica, identifica una norma legal inconstitucional; sin embargo, se torna abstracto al instante que la Corte Constitucional decide sobre la inconstitucionalidad de la norma presentada por cuanto examina la norma legal según los preceptos constitucionales, sin considerar o considerando de forma mínima los hechos que dieron lugar a la consulta.¹⁷⁵

En consecuencia, podemos concluir que la consulta de norma, por el tipo de examen que se realiza, implica un doble juicio de constitucionalidad:

Un primer examen, que normalmente se configura como control concreto por cuanto en el análisis que realiza el juez ordinario identifica la posible inconstitucionalidad basándose en las situaciones fácticas que se presentan dentro de un proceso (excepcionalmente podría ser abstracto, si el juez sin considerar el caso en concreto, evidencia que la norma contradice a la Constitución) (juicio *a quo* de constitucionalidad);¹⁷⁶ mientras, el segundo análisis que lo realiza la Corte Constitucional, es un control abstracto porque una vez admitida la consulta de norma, el examen de constitucionalidad se basa en las disposiciones legales y constitucionales que

¹⁷⁴ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 0034-13-SCN, Caso No. 0561-12-SCN, 30 de mayo de 2013.

¹⁷⁵ Pablo Pérez Tremps, *La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español*, 130.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

presentan la contradicción “desvinculando al menos formalmente, del caso concreto en que suscitó la cuestión”¹⁷⁷ (juicio *ad quem* o juicio de constitucionalidad propiamente dicho).¹⁷⁸

Respecto al modelo de control constitucional vigente la Corte Constitucional indicó expresamente que en Ecuador solo existe un control concentrado, por lo que en ningún momento un juez podría dejar de aplicar una norma legal inconstitucional, de esta manera negando la existencia de un control difuso.

En el caso que alguna autoridad judicial no proceda de manera conforme lo determinado por la Corte, esto es que cuando se encuentre frente a la duda o certeza la inconstitucionalidad de una norma legal contraria a la Constitución debe remitir a consulta, serán sancionados por incumplimiento de los precedentes constitucionales.

La Corte Constitucional en su desarrollo jurisprudencial no realizó una interpretación integral de la Constitución, y de la misma manera interpretó el artículo 142 únicamente basado en el artículo 428 de la Constitución, sin tomar en cuenta que el contenido que le dotó a la consulta de norma se encuentra en total contradicción con el principio de aplicación directa y de jerarquía normativa (que implica que entre conflicto de normas se debe aplicar la jerárquicamente superior), eliminando el control difuso de constitucionalidad “cuya necesidad es imperiosa en los complejos sistemas jurídicos contemporáneos”.¹⁷⁹

La jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que la consulta de norma, prevista en el artículo 428 de la Constitución y 142 de la LOGJCC, procede cuando el juez considere que una norma es contraria a la norma constitucional, ya sea que tenga duda o certeza de la inconstitucionalidad. A continuación se demostrará que en caso de que exista certeza sobre la inconstitucionalidad de la norma legal, los jueces no tienen la obligación de presentar la consulta de norma; y, poseen la facultad de inaplicar la ley, y aplicar directamente la Constitución amparados en los artículos 11.3, 425 y 426 de la carta constitucional.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 139.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 137.

¹⁷⁹ Claudia Escobar García, “Del tribunal a la corte: ¿tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, (Quito: Ministerio de Justicia, 2008), 340.

Por un lado la disposición constitucional contenida en el artículo 428 determina que la consulta de norma procede cuando el Juez *considere* que es contraria a la Constitución; mientras que la norma legal (142 de la LOGJCC) indica que se debe consultar cuando exista *duda razonable*.

Para entender el contenido de cada una de las expresiones es necesario acudir a la definición de los términos *considerar* y *duda*. El primero de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua presenta las siguientes definiciones: “1. *Pensar, meditar, reflexionar algo con atención y cuidado*. 2. *Tratar a alguien con urbanidad o respeto*. 3. *Juzgar, estimar*”.¹⁸⁰ Mientras que la locución *duda* es definida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como: “1. *Suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia*. 2. *Vacilación del ánimo respecto a las creencias religiosas*. 3. *Cuestión que se propone para ventilarla o resolverla*”.¹⁸¹

Entonces el *considerar* que una norma es inconstitucional, tomando en cuenta las definiciones (1) y (2), implica un análisis que tiene como conclusión la posible existencia de una inconstitucionalidad que da origen a la consulta, por ello es denominado como “juicio de «posibilidad» de inconstitucionalidad”.¹⁸²

Por lo tanto al plantear la consulta a la Corte Constitucional, ya sea que exista certeza sobre la inconstitucionalidad o indecisión, siempre se configura como una posibilidad, es decir puede ser o no inconstitucional, por lo que se pone a consideración del máximo órgano para que resuelva la *duda* sobre la constitucionalidad de una norma.

En el mismo sentido, considerando las definiciones de *duda* (1) y (2) referidas en líneas precedentes, la expresión “*sólo si tiene duda razonable y motivada*”, implica que el Juez no tiene certidumbre sobre la constitucionalidad de la norma. Es decir, existe *duda* sobre la constitucionalidad cuando hay por lo menos dos interpretaciones, una primera en que la norma es conforme a la Constitución, y la segunda que conlleva la inconstitucionalidad. Pero para plantear la consulta debe existir argumentos lo suficientemente fuertes que sustenten la inconstitucionalidad; caso contrario si existe mayor carga argumentativa que respalde la interpretación constitucional, se aplicará la

¹⁸⁰Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <<http://lema.rae.es/drae/?val=considerar>>.

¹⁸¹Diccionario de la Real Academia de la Lengua. <<http://lema.rae.es/drae/?val=duda>>

¹⁸²García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 66.

presunción de constitucionalidad de la ley, por lo que se debe proceder a aplicar la norma legal.¹⁸³

Mientras que, hay certeza sobre la inconstitucionalidad cuando el Juez por medio de su ejercicio hermenéutico, en el que interpreta la ley a la luz de la Constitución, obtiene como único resultado una norma legal contraria a los preceptos constitucionales, en este caso se aplicará de forma directa la Constitución y no la ley.

De esta manera, debe interpretarse que la consulta de constitucionalidad se realizará únicamente cuando el juez presente incertidumbre sobre la constitucionalidad de la norma, caso contrario si tiene certeza de la inconstitucionalidad, no será necesario presentar la consulta, debe aplicar la Constitución e inaplicar la ley, conforme lo dispone el artículo 425 en concordancia con los artículos 11.3 y 426.¹⁸⁴

Hay que tener en cuenta, que la suspensión del proceso y la espera de cuarenta y cinco días puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto impide que los jueces puedan resolver los problemas sometidos a su conocimiento,¹⁸⁵ es por ello necesario que efectivamente los jueces en los procesos judiciales, más aun en la acción de protección y otras garantías constitucionales, puedan aplicar de forma directa la Constitución cuando existe certeza de que una norma legal es contraria a las disposiciones constitucionales.

Sobre la base de lo expuesto, se llega nuevamente a la conclusión de que la Constitución del Ecuador reconoce la coexistencia de un control concentrado y control difuso de constitucionalidad.

Considerando que las sentencias que dicta el juez en ejercicio del control difuso tienen efectos solo para el caso concreto, por lo que la norma legal que se deja de aplicar continúa vigente, se evidencia el siguiente problema: pueden existir decisiones

¹⁸³Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley cfr. Víctor Ferrere Comelia, *Justicia constitucional y democracia*, 141-62.

¹⁸⁴ En sentido contrario a lo expuesto Johanna Romero Larco, sostiene que la cuestión de inconstitucionalidad procede tanto frente a la duda como a la certeza de norma. Niega que esta institución restrinja la aplicación directa por parte del juez en caso de una norma legal contraria a la Constitución, sino que indica se da un paso intermedio por medio de la consulta hacia la Corte Constitucional para que ella en virtud del principio indicado y de la supremacía constitucional declarar si una norma es o no inconstitucional. Cfr. Johanna Romero Larco, “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de norma”, en Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de derecho constitucional*, t. 3 (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2011), 141-69.

¹⁸⁵Escobar García, *Del tribunal a la corte*, 340.

contradictorias, en las que por un lado se aplique la ley por considerarla acorde a la Constitución; y por otro se aplique la norma legal, generando de esta manera inseguridad jurídica.

Frente al problema identificado es necesario un instrumento que permita conocer a la Corte Constitucional las decisiones que han adoptado los órganos judiciales en virtud del control difuso, para que esté órgano en ejercicio del control concentrado declare la inconstitucionalidad con efectos generales y obligatorios, este mecanismo es el proceso de selección y revisión por medio del cual puede dictar sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, competencia prevista en el artículo numeral 6 del artículo 436 de la Constitución.

En el caso que la Constitución determinará únicamente un modelo de control concentrado se despojaría de utilidad al proceso de selección y revisión, que tiene como finalidad la unificación y la coherencia de las decisiones judiciales con los preceptos constitucionales en materia de garantías constitucionales, por cuanto, frente a toda inconstitucionalidad de una norma jurídica los jueces no podrían aplicar directamente la Constitución, tendrían que acudir a la Corte Constitucional para que se pronuncie, de forma previa a la aplicación de una norma, sobre su constitucionalidad, de esta manera el riesgo sobre fallos judiciales contradictorios sería mínimo.

La Corte Constitucional deberá disponer a los jueces que dejen de aplicar una ley por ser contradictoria a los preceptos constitucionales, la obligación de informar de forma inmediata a este órgano, a fin de que declare su inconstitucionalidad con efectos erga omnes.

En consecuencia, el esquema constitucional determina un control de constitucionalidad mixto, en el cual coexisten el control difuso y el control concentrado, en virtud del primero los jueces tienen la facultad de inaplicar una norma jurídica inconstitucional, de lo cual deben informar a la Corte Constitucional; y en atención del control concentrado la Corte, una vez que por medio del mecanismo de selección y revisión tienen conocimiento de las decisiones adoptadas por los jueces, resuelven con efectos generales sobre la inconstitucionalidad de las normas inaplicadas.

Capítulo tercero

El control mixto de constitucionalidad como garantía de los derechos constitucionales

3.1. Garantismo y control de constitucionalidad

La Constitución del año 2008 en el artículo 1 establece que Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y justicia” de esta manera configura un nuevo paradigma constitucional en la región andina¹⁸⁶ que implica “la superación definitiva, en el Ecuador, del Estado legalista o de legalidad, que había prevalecido en el país desde los inicios de la República por allá en 1830, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado”.¹⁸⁷

El Estado constitucional de derechos y justicia,¹⁸⁸ según Ramiro Ávila Santamaría, se caracteriza porque su Constitución es rígida, es fuertemente materializada y determina el contenido de la ley, el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder que obliga de manera directa a todos los detentadores del poder. En este modelo los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos.¹⁸⁹ Son límites porque la actividad estatal, incluso si es manifestación de la mayoría parlamentaria, tienen la obligación de respetarlos; y, vínculos por cuanto los poderes estatales están

¹⁸⁶ Ningún país de la región posee este calificativo. Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 22.

¹⁸⁷ Juan Montaña Pinto, “La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso” en Juan Montaña Pinto edit. *Apuntes de derecho procesal constitucional t. 3.* (Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición), 33.

¹⁸⁸ El modelo de Estado Constitucional fue instaurado a partir de la Constitución de 1998, en la que se determinó un avance en materia de derechos y creó el amparo constitucional como garantía judicial, razón por la que, en palabras de Ramiro Ávila Santamaría, “podría considerarse un primer estado constitucional de la historia del país”. Ramiro Ávila Santamaría, *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*, 6 de septiembre de 2012 <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3015/1/%C3%81vila%2c%20R-CON-008-Evoluci%C3%B3n.pdf>>. Consulta: 15 de octubre.

¹⁸⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2004), 66.

obligados a efectivizarlos, porque como se mencionó, los derechos constituyen la finalidad del Estado.¹⁹⁰

Juan Montaña Pinto señala que el actual Estado constitucional de derecho presenta entre otras características, las siguientes: El estado tiene una finalidad material, esto es, la garantía efectiva de los derechos de las personas; la Constitución es una norma jurídica directamente aplicable, y el reforzamiento del papel del juez frente al resto de funciones estatales.¹⁹¹

Los autores citados al referirse al actual Estado constitucional de derecho señalan varios de sus elementos constitutivos, de los cuales nos interesa la presencia de los derechos como límites y vínculos del poder, y la existencia de garantías para su protección.

El Estado constitucional de derecho contemporáneo no presenta características homogéneas, varía según el ordenamiento jurídico en el que se desarrolla, por ello no existe acuerdo en el modelo teórico que lo sustenta, es así que autores como: Luis Prieto Sanchís lo denomina neo constitucionalismo;¹⁹² Luigi Ferrajoli lo llama constitucionalismo garantista;¹⁹³ Paolo Comanducci¹⁹⁴ considera al constitucionalismo como la ideología en la que se cuenta con una Constitución y, concordantemente con Riccardo Guastini,¹⁹⁵ que mediante un proceso de constitucionalización se logra sus objetivos; o, por desarrollarse en Latinoamérica Roberto Viciano¹⁹⁶ y Claudia

¹⁹⁰ Respecto a las características del Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, véase Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 19.

¹⁹¹ Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en *Manual de derecho constitucional*, en Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional), 35.

¹⁹² Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo (s)* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 123-37.

¹⁹³ Luigi Ferrajoli lo denomina como constitucionalismo garantista. Ver “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa: Cuadernos de filosofía*, N. 34(2011), 15-33.

¹⁹⁴ Paolo Comanducci, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo (s)* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 75-98.

¹⁹⁵ Riccardo Guastini, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo (s)* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 49-74.

¹⁹⁶ Roberto Viciano y Rubén Martínez, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en El nuevo constitucionalismo en América Latina* (Quito: Corte Constitucional, 2010), 13-43.

Storini¹⁹⁷ lo designan como nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo de lo manifestado, no es de interés por el momento identificar cual es la denominación más adecuada del constitucionalismo que sustenta al modelo de Estado que establece la Constitución del Ecuador del año 2008, por lo que se destaca que en todos ellos tienen como eje los derechos constitucionales y sus garantías.

Las garantías surgen para hacer frente a la crisis del derecho que se da por la falta de sujeción a la ley y a la Constitución de los poderes públicos, que generó una crisis de legalidad y de constitucionalidad, discrecionalidad en la satisfacción de ciertos derechos, inflación legislativa, en concreto carencia de límites y de controles al ejercicio del poder estatal.¹⁹⁸ En este sentido: “una constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas –es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.¹⁹⁹

De tal manera, que en el Estado constitucional dentro del paradigma del garantismo el ordenamiento jurídico no se limita al reconocimiento de derechos sino también configura un conjunto de mecanismos para su real eficacia, en términos de Luigi Ferrajoli el derecho se constituye como “un *sistema artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales”.²⁰⁰ La concepción no solo del derecho, sino también del Estado como medios artificiales para la garantía de los derechos, es parte de la teoría del garantismo²⁰¹ en materia penal desarrollada por Luigi Ferrajoli quien reconoce que “también puede ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico”.²⁰²

Siguiendo este razonamiento el autor traslada el modelo garantista al derecho constitucional para referirse al actual Estado constitucional de derecho, como se evidenció en el párrafo que antecede. En el mismo sentido Luis Prieto Sanchís señala que: “el Estado constitucional de derecho expresa la fórmula política del garantismo, el

¹⁹⁷ Claudia Storini, “Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Heriberto Cairo Carou y otros edit., *Actas del Congreso Internacional “América Latina: La autonomía de una región”*, (Madrid: Trama editorial, 2012), 645-62.

¹⁹⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías*, 15-9.

¹⁹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid: Trotta, 1995), 852.

²⁰⁰ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 19.

²⁰¹ Garantismo puede presentar tres acepciones, como: 1. Estado de derecho; 2. Teoría del derecho y crítica del derecho; y, 3. Filosofía del derecho y crítica de la política. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 851-53.

²⁰² *Ibíd.*, 851.

único marco institucional en el que puede prosperar el ambicioso programa garantista”.²⁰³

Puede, por tanto, llegarse a la conclusión que el Estado constitucional en el modelo garantista, tiene como finalidad la protección y realización de los derechos reconocidos en la Constitución; y para ello los propios derechos actúan a la vez como fines, límites y vínculos al ejercicio del poder público, consecuentemente toda actividad del Estado debe orientarse a la consecución de los derechos, así como al respeto de los mismos. Según lo indicado, el legislador al momento de producir la ley tiene que observar no solo el procedimiento constitucional, sino también el contenido material de los derechos constitucionales.

Para cumplir con esta finalidad la propia Constitución establece garantías como mecanismos para proteger y hacer efectivos los derechos. Las garantías son técnicas del ordenamiento jurídico que posibilitan la eficacia de los derechos conforme lo establece la norma constitucional,²⁰⁴ y en términos generales protegen y permiten restablecer el orden constitucional.

Efectivamente, la Constitución del Ecuador del año 2008 amplía el catálogo de derechos y establece su vinculación directa para todos los poderes públicos y privados, así también todos los derechos se encuentran amparados por un conjunto de garantías constitucionales.

El texto constitucional presenta en el título denominado “Garantías Constitucionales”, la siguiente clasificación: a) Normativas (artículo 84), b) De políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (artículo 85); y, c) Garantías jurisdiccionales, las cuales son: Acción de Protección (artículo 88), hábeas corpus (artículo 89), acción de acceso a la información pública (artículo 91), acción de habeas data (artículo 92), acción por incumplimiento de normas e informes de organismos internacionales de derechos humanos (artículo 93), y acción extraordinaria de protección (artículo 94).

Aparte de las garantías determinadas en la sección referida, el texto constitucional también prescribe las siguientes: *procedimiento agravado de reforma*

²⁰³Luis Prieto Sanchís, “Constitucionalismo y Garantismo”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, (s.l.: Trotta, 2005), 41.

²⁰⁴ Ferrajoli, *Derechos y Garantías*, 25.

constitucional (artículo 441); reserva de ley orgánica y ordinaria para la regulación de los derechos constitucionales (artículos 132 y 133); previsión de un procedimiento preferente y sumario para la protección jurisdiccional de todos los derechos, de una reparación integral y de instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia o resolución (artículo 86); *carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías* (artículo 436.6); *selección y revisión por parte de la Corte Constitucional* (artículo 436.6); *capacidad de la Corte Constitucional de enjuiciar la constitucionalidad de actos normativos y actos administrativos, y de ser el caso declarar su inconstitucionalidad* (artículo 436 numerales 2,3 y 4); *sujeción de toda autoridad a la Constitución* (artículo 426); *vinculación de los jueces y tribunales a los derechos y garantías constitucionales* (artículo 11.5); obligación del legislador de respetar el contenido esencial de estos derechos (artículo 11.4 CRE); *vinculación directa de todos los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo* (artículo 11.3 y 426 CRE); *aplicación de la norma jerárquica superior por parte de los jueces en caso de conflicto entre normas* (artículo 425); la Defensoría Pública (artículo 191); la Defensoría del Pueblo (artículo 214); la Fiscalía General del Estado (194); entre otras garantías.²⁰⁵

Es evidente cómo el marco constitucional determina un complejo conjunto de garantías para asegurar la defensa de la Constitución, la protección y eficacia de los derechos constitucionales, razón por la cual ha sido calificada como una Constitución garantista, o en palabras de Claudia Storini “podría afirmarse que representa un modelo ejemplar”.²⁰⁶

Luigi Ferrajoli ha propuesto la siguiente clasificación de las garantías constitucionales: “las garantías negativas, consistentes en la prohibición de derogar; por el otro, las garantías positivas, consistentes en la obligación de realizar lo dispuesto por ellas.”²⁰⁷

Las garantías constitucionales negativas consisten en las prohibiciones de inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario, estas a la vez se

²⁰⁵ Claudia Storini, “Las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana de 2008”, en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 288.

²⁰⁶ *Ibíd.*, 288.

²⁰⁷ Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, 25.

subdividen en: Primarias y secundarias. Las garantías negativas primarias se refieren a las normas sobre el procedimiento agravado para reformar la Constitución, que implica la prohibición de producir normas que alteren o se opongan al contenido constitucional; y, las garantías negativas secundarias que se encuentran integradas por las normas referentes al control de constitucionalidad consistentes en la posibilidad de anular o inaplicar las normas contrarias a la Constitución, es decir actúan cuando las garantías negativas primarias han sido vulneradas.

Esta clasificación evidencia la vinculación existente entre los poderes públicos y los derechos constitucionales, de tal manera que en virtud de las garantías primarias tienen la obligación de respetar los derechos desarrollados en la Constitución; y, cuando los detentadores del poder no observen o actúen de manera contraria a los preceptos constitucionales, es decir vulneran las garantías primarias, se activan las garantías secundarias, que conlleva la obligación de sancionar o anular los actos violatorios de los derechos constitucionales.

En este orden de ideas en el actual Estado constitucional, el poder legislativo tiene que observar las garantías primarias, tales como el procedimiento agravado de reforma constitucional, la reserva de ley orgánica y ordinaria para el desarrollo de los derechos constitucionales y respetar el contenido esencial, de modo que en su actividad legislativa no solo debe observar el procedimiento constitucional para la producción de la ley, sino también el contenido material de los derechos, con la finalidad de no modificar, restringir inconstitucionalmente o anular los mismos. En consecuencia si el legislador no respeta las garantías constitucionales primarias, se activan las garantías secundarias del control constitucional de la ley.

En atención de la garantía secundaria del control constitucional frente a la vulneración de los derechos constitucionales por parte del poder legislativo actúa la Corte Constitucional, por medio de su facultad de realizar el control de constitucionalidad de la ley cuyas decisiones tiene efecto erga omnes; y, el juez o tribunal ordinario por medio de la inaplicación para el caso en concreto de la norma inconstitucional.

En este contexto, la Constitución del 2008 no prevé únicamente un control concentrado, ya que no es coherente con el sistema de garantías constitucionales, porque

si únicamente la Corte pudiera efectuar el control de constitucionalidad y los jueces pudieran actuar solamente mediante el control incidental (consulta de constitucionalidad) se impediría que los órganos judiciales cumplan con las garantías de aplicación directa, sujeción de los jueces a la norma constitucional y aplicación de la norma jerárquica superior para solucionar los conflictos de la ley con la Constitución.

Tampoco sería coherente con el modelo garantista, solo la presencia del control difuso, en el que se deja de aplicar la norma inconstitucional para el caso en concreto, mientras que continúa vigente en el ordenamiento, sin la presencia de un mecanismo para expulsarla del ordenamiento, por lo cual los jueces podrían continuar aplicando normas contrarias a la Constitución en desmedro de los derechos en ella reconocida, en este sentido Ferrajoli refiere “una Constitución que carece de la garantía de la anulación de los actos inconstitucionales —escribe KELSEN—, no es, en sentido técnico, completamente obligatoria”.²⁰⁸

Dadas las consideraciones indicadas, es evidente que la Constitución determina un control de constitucionalidad mixto. Este modelo de control guarda coherencia con el sistema garantista previsto en la carta constitucional, por cuanto permite hacer efectivas las garantías de aplicación directa, sujeción a la norma constitucional, aplicación de la norma jerárquica superior y la anulación de las normas contrarias a la Constitución los derechos constitucionales, de este modo existe una protección específica de los derechos constitucionales por parte de los jueces y tribunales; y, defensa genérica por parte de la Core Constitucional.

La Corte Constitucional es el máximo organismo de control e interpretación constitucional, motivo por el cual la Constitución le otorga las siguientes atribuciones: a) Dictar sentencias que constituyan precedentes constitucionales; b) Realizar el control de constitucionalidad ya sea a petición de parte (por medio de las acciones de inconstitucionalidad), o de oficio (de normas conexas); c) Declarar la inconstitucionalidad por omisión de las autoridades públicas; d) Conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección y acciones de incumplimiento, e) Dictar precedentes en materia de garantías constitucionales; entre otras.²⁰⁹

²⁰⁸ Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, 27.

²⁰⁹ Artículo 436 de la Constitución del 2008.

Como se evidencia la carta constitucional dota de instrumentos suficientes para que la Corte Constitucional pueda cumplir de manera efectiva su rol de máximo defensor de los preceptos constitucionales, en este sentido la Corte en función del control de constitucionalidad puede expulsar toda norma jurídica que se oponga al contenido material de la Constitución; así como posee la facultad de conminar a los poderes públicos a cumplir con los mandatos constitucionales. Además mediante la acción extraordinaria de protección puede tutelar de manera específica los derechos constitucionales, de modo que si identifica la existencia de vulneraciones a los mismos, debe declararlas y reparar integralmente las afectaciones causadas.

La Corte Constitucional en materia de garantías jurisdiccionales, considerando que su finalidad es la protección efectiva de los derechos, tenía la posibilidad de facultar a los jueces el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, ya que la propia Constitución en materia de garantías determina el proceso de selección y revisión como mecanismo mediante el cual la Corte puede dictar precedentes constitucionales con fuerza obligatoria con relación a estas acciones. A pesar de ello en el capítulo precedente, se observó que la Corte determinó que solo existe un control concentrado.

Por otra parte, en el Estado constitucional de derechos y justicia, el contenido constitucional material vincula directamente a todos los poderes públicos, por lo que ellos tienen que orientar todo su actuar para garantizar a todas las personas el pleno goce de los derechos constitucionales.

En el momento que la actividad estatal (o también el poder privado) contradicen los preceptos constitucionales en desmedro de los derechos, adquiere un rol protagónico el Poder Judicial, debido a que en el esquema constitucional todos los jueces y tribunales son garantes de los derechos constitucionales por medio de las garantías jurisdiccionales; y, también en ejercicio del principio de aplicación directa de la Constitución encontrar las normas necesarias para proteger los derechos.

Por lo citado, en el modelo garantista el juez abandona el papel que mantenía en el estado legalista como “boca de la ley” y se torna un verdadero juez constitucional para lograr “justamente garantizar efectivamente los derechos de las personas mediante un

sistema de garantías jurídicas eficaces”²¹⁰ que es el objetivo principal de la carta constitucional del año 2008.

De este modo, todo juez o tribunal en cumplimiento de las garantías constitucionales, tales como la sujeción de toda autoridad a la Constitución, la vinculación de los jueces y tribunales a los derechos y garantías, y aplicabilidad directa de la norma constitucional, tiene que desarrollar su actividad jurisdiccional para lograr la consecución de los derechos y sus garantías, por lo que siempre debetener como premisa para la solución de un caso en concreto las disposiciones constitucionales, esto no significa que deje de aplicar la ley sino que la debe aplicar a la luz de la Constitución.

Se señaló que el legislador en la promulgación de leyes no solo debe considerar el procedimiento formal previsto en la Constitución sino obligatoriamente el contenido material de la Constitución, es decir mediante su actividad normativa no tiene que menoscabar o anular los derechos constitucionales, caso contrario si la ley no guarda coherencia con la norma constitucional no será válida, o en palabras de Ferrajoli, si se cumple con las normas formales para la elaboración de la ley la norma tiene vigencia, pero, si no cumple con las normas sustanciales no tendrá validez.²¹¹

Por esta situación, se refuerza la función del juez frente a la actividad del legislador, por lo que están llamados a identificar y controlar las normas legales que no guardan coherencia con el contenido material de la Constitución. En este orden de ideas en el Estado Constitucional:

el propio garantismo termina atribuyendo al juez un gran poder dispositivo (el poder de censura de las leyes) trasmutando así el principio de legalidad, tal y como ha sido entendido por el positivismo teórico europeo (vinculación de los jueces al derecho, pero sobre todo a la ley), en principio de constitucionalidad (vinculación del juez a los derechos y a la justicia consagrados en la Constitución); y ello como consecuencia de la

²¹⁰ Montaña Pinto, “La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso” en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras, edit., *Apuntes de derecho constitucional. Parte especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, t. 2. (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional), 34.

²¹¹ Sobre vigencia y validez Luigi Ferrajoli sostiene: “la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su protección. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 22.

doble artificialidad del derecho («ser» y «deber ser» positivizados), o si se quiere, de la teoría de divergencia entre vigencia y validez²¹²

La función del juez ordinario como garante de los derechos constitucionales es de total relevancia dentro del control de constitucionalidad mixto. En primer lugar para interpretar y aplicar la ley debe tener en cuenta el contenido material de los derechos, de este modo siempre debe realizar un juicio de valoración sobre la validez material de la norma, es decir debe analizar que las regulaciones del legislativo no vulneren los derechos constitucionales.²¹³

En este sentido el Juez al aplicar la ley, en virtud de la presunción de constitucionalidad, por medio de su actividad hermenéutica debe encontrar una interpretación coherente con el contenido material de la Constitución, que permita una decisión constitucional para el caso en concreto.

Caso contrario, si el juez tiene duda sobre la constitucionalidad de la aplicación de la ley, es decir identifica por un lado una interpretación constitucional y por el contrario obtiene una norma inconstitucional, el juez tiene dos opciones: Si existe mayor carga argumentativa que respalde la constitucionalidad de la norma, en virtud del principio *pro legislatore* y presunción de constitucionalidad de la ley, debe aplicar la norma legal; o, si mayores son los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad, a fin de obtener certeza sobre la constitucionalidad de la aplicación de ley debe remitir en consulta a la Corte Constitucional, para que se resuelva la duda de constitucionalidad.

Finalmente, el juez o tribunal puede encontrarse frente a una norma evidentemente contraria con la norma constitucional, es decir existe certeza sobre la inconstitucionalidad, que debe estar acompañada de una argumentación sólida, en cumplimiento de las garantías constitucionales de aplicabilidad directa de la Constitución y aplicación de la norma jerárquica superior para solucionar contradicciones normativas, el juez no tiene otra opción que tutelar los derechos

²¹² María Gascón Abellán, “La teoría general de garantismo. Rasgos principales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (Madrid: Trotta, 2005), 28.

²¹³ En definitiva el juez debe analizar que el legislador haya observado la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales, aquel contenido sin el cual el derecho deja de serlo. Sobre el contenido esencial véase: Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, (México, D.F.: UNAM Instituto de investigaciones jurídicas, 2007), 111-15. Cfr. Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, (México, D.F.: UNAM Instituto de investigaciones jurídicas, 2003), 244-320.

conforme al contenido material constitucional por lo cual dejará de aplicar la norma legal inconstitucional. Las decisiones judiciales en las que se deje de aplicar una norma legal inconstitucional, deben ser remitidas a la Corte Constitucional con la finalidad de que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad con efectos generales.

El control mixto cumple con las finalidades constitucionales, por un lado por medio del control difuso los jueces y tribunales tutelan de forma concreta y específica los derechos fundamentales; y por otro, sobre la base de los informes de los casos en que se ha dejado de aplicar una norma contraria a la Constitución, y en razón de la competencia de selección y revisión, la Corte Constitucional en ejercicio del control concentrado declarará la inconstitucionalidad de la ley, decisión que tiene efectos vinculantes y generales, de esta manera brindando seguridad jurídica y garantizando la defensa de la Constitución.

3.2. Razones por las que el control mixto cumple con las finalidades constitucionales

3.2.1. Garantía de la seguridad jurídica

Anteriormente se identificó que al otorgar a todo juez o tribunal la facultad de inaplicar una norma legal inconstitucional, se presenta el riesgo de que otro juez aplique la ley por considerar que está de acuerdo con la norma constitucional, lo que daría lugar a la presencia de decisiones judiciales contradictorias, y consecuentemente se vulneraría el derecho a la seguridad jurídica. Este problema, se señaló, se evitaría por medio del mecanismo de selección y revisión dentro del control de constitucionalidad mixto. Antes de analizar el control mixto de constitucionalidad como garantía de la seguridad jurídica, es necesario revisar el contenido de este derecho.

La palabra seguridad proviene del latín *securitas* que significa “lo cierto”, “lo confiable”, “lo confiable”, “lo indemne”, “lo conocido”, “lo indubitable”, “lo responsable”; mientras, la Real Academia de Lengua Española la define como: “1. Cualidad de seguro, 2. Certeza (conocimiento seguro y claro de algo)”²¹⁴. La seguridad puede ser observada desde el ámbito del sujeto, por lo que es privada o pública, la

²¹⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, <<http://dle.rae.es/?w=seguridad&m=form&o=h>>.

primera se refiere al ámbito personal e íntimo; mientras que, la segunda trata de la situación del hombre en sociedad; y, puede ser visto desde el sujeto que la presta, la primera es brindada por entes privados, mientras que la pública es prestada por el Estado, de tal forma que la seguridad constituye un valor social, político y jurídico.

En este sentido dentro del amplio concepto de “seguridad” que debe garantizar el estado se encuentra la seguridad jurídica que es: “el requerimiento de toda sociedad moderna y libre para desenvolverse racionalmente dando estabilidad a los agentes productivos y certeza a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y deberes”.²¹⁵

Antonio Pérez Luño, manifiesta que la definición del derecho a la seguridad jurídica “provoca inseguridad”,²¹⁶ sin embargo distingue dos acepciones:

La primera, que responde a la seguridad jurídica *stricto sensu*, se manifiesta como una exigencia **objetiva** de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta **subjetiva**, se presenta como **certezadel derecho**, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. (Énfasis del autor).

En otras palabras Juan Carlos Riofrío define la seguridad jurídica como el derecho al conocimiento (derecho objetivo) y reconocimiento del derecho (derecho subjetivo), y más exactamente expresa:

En cuanto «conocimiento del derecho» la seguridad jurídica vela por la certidumbre del Derecho objetivo y de los derechos subjetivos; se manifiesta como un derecho a que las normas sean claras, puedan conocerse y en efecto sean conocidas. En cuanto «reconocimiento del derecho» la seguridad jurídica ampara la estabilidad, respeto y vigencia del Derecho objetivo, de las instituciones jurídicas y de los Derechos subjetivos, evitando su desconocimiento, inestabilidad o transgresión.²¹⁷

Los autores referidos coinciden en que la definición de seguridad jurídica presenta dos dimensiones: por una parte, se refiere al conocimiento de los sujetos destinatarios de las normas que integran el ordenamiento jurídico, para lo cual adquiere importancia los medios de información públicos en los que se pública toda norma jurídica, por medio de ello las personas deben tener claridad de lo que esta ordenado, prohibido o permitido; por otra, se refiere a la certeza acerca de que las normas jurídicas

²¹⁵ Mónica Madariaga Gutiérrez, *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*, 2ª ed. (Chile: Editorial jurídica de Chile, 1993), 26.

²¹⁶ Antonio Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, 2ª ed. (Barcelona: Ariel, 1994), 28.

²¹⁷ Juan Carlos Riofrío, “El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica”, en Juan Falconí Piug y otros, *Seguridad jurídica* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2007), 8.

poseen estabilidad, no van a ser modificadas de un día para otro a conveniencia de un determinado grupo, y que van a ser respetadas por todos, tanto por el poder público como por los sujetos privados.

Antonio Pérez Luño, señala que hay dos exigencias básicas para la consecución de la seguridad jurídica, las cuales son: 1. La Corrección estructural “en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico”; y, 2. La Corrección Funcional “que comporta la garantía de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios y regularidad de la actuación de los órganos encargados de su aplicación”.²¹⁸

La seguridad jurídica en el control mixto en el ámbito de la corrección funcional se ve garantizado en el momento que el juez aplica directamente la Constitución para solucionar una antinomia jurídica, por cuanto permite la realización del derecho reconocido en la norma superior que es la constitucional. En el Estado constitucional el cumplimiento de la norma constitucional es condición y garantía de los derechos constitucionales.

El ejercicio del control de constitucionalidad de la ley por parte de todos los jueces podría generar sentencias contradictorias, por un lado dejar de aplicar la norma legal inconstitucional y por otro lado otra autoridad judicial aplicarla por considerarla constitucional, vulnerando de esta manera el derecho a la seguridad jurídica en el ámbito de la corrección estructural, por cuanto no existiría certidumbre sobre la validez de la norma legal.

Frente a este problema, la Constitución determina como competencia de la Corte Constitucional el proceso de selección y revisión de casos reconocida en el artículo 426 numeral 6, que dentro del control mixto de constitucionalidad, permite otorgar certidumbre sobre la inconstitucionalidad de la norma inaplicada por el Juez, de tal forma se garantiza el derecho a la seguridad jurídica.

En este sentido, el juez que en virtud del control difuso deje de aplicar una norma legal por ser inconstitucional en un caso en concreto, tiene la obligación de remitir a la Corte Constitucional un informe con el contenido de la sentencia.

²¹⁸ Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, 30.

Una vez que tenga conocimiento la Corte Constitucional, debe seleccionar y pronunciarse sobre los casos en los que los jueces no han aplicado una norma legal por ser contraria a la Constitución, y declarar la inconstitucionalidad de la norma legal²¹⁹ con efectos generales, evitando así que existan decisiones contradictorias respecto a la aplicación de una determinada disposición normativa.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional, en el artículo 25 regula la competencia indicada, así como en el artículo 14 del Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, sin embargo únicamente se refiere a las sentencias dictadas en los casos de garantías constitucionales, por lo que tanto el legislador como la Corte Constitucional tienen el deber constitucional de desarrollar este mecanismo en función del control mixto de constitucionalidad.

3.2.2. Garantía de la tutela judicial efectiva en la dimensión del plazo razonable

Como ya se anotó, Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, tiene como finalidad principal el respetar y proteger los derechos reconocidos en la Constitución, tarea que conlleva la obligación de actuar en el momento que los derechos sean vulnerados, con la finalidad de restituir y repararlos integralmente.²²⁰

El Estado por medio de la administración de justicia debe asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales que han sido vulnerados, es decir debe garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de contenido complejo contenido complejo,²²¹ al respecto Vanessa Aguirre señala que la tutela judicial efectiva

²¹⁹ En varias sentencias se observa que la Corte Constitucional no declara la inconstitucionalidad de la norma, sino resuelve dictar la constitucionalidad condicionada, mediante este tipo de sentencias por la cual el contenido de la norma legal está sujeto a determinadas condiciones que establece la Corte, las mismas que no formaban parte de la norma consultada. Al respecto véase las sentencias: Sentencia 007-15-SCN-CC de 3 de junio de 2015; Sentencia 003-15-SCN-CC de 11 de marzo de 2015; Sentencia 030-12-SCN-CC de 2 de diciembre de 2012.

²²⁰ Sobre la reparación integral veasé: Jhoel Escudero Soliz, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”, en Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2013), 73-89.

²²¹ Joan Picó, sostiene que la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo integrado por: El derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y, el derecho al recurso legalmente previsto. Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: BOSCH, 2002), 40. Cfr. Chamorro Bernal Francisco, *La tutela judicial efectiva* (Barcelona: BOSCH, 1994).

por su configuración compleja, presenta entre sus contenidos: “el derecho a la ejecución [...], el derecho de libre acceso al proceso [...]; el derecho a que el proceso sea conocido por jueces y tribunales independientes e imparciales; a que el juicio sea resuelto rápidamente, sin dilaciones indebidas; el derecho a la asistencia profesional gratuita [...]; entre otros”²²²

Martín Hurtado Reyes, respecto al contenido del derecho de tutela judicial efectiva señala que:

La tutela jurisdiccional es un derecho constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal) que en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante, etc.). Se hace efectivo el otorgamiento de la tutela jurisdiccional cuando el Estado resuelve un conflicto de intereses a través del proceso, esta decisión debe ser el resultado de la concesión de garantías mínimas para las partes, consideramos que al momento de resolver el conflicto de intereses y dar la oportunidad para su ejecución de la resolución final, es cuando el Estado convierte esta tutela jurídica en efectiva²²³

Del texto citado, se observa dos dimensiones del derecho a la tutela judicial efectiva, la primera durante el proceso en que se debe observar *las garantías mínimas* que el Estado debe proporcionar a los sujetos procesales para lograr una decisión jurisdiccional sobre el asunto controvertido; y, en segundo lugar al momento de la ejecución de la sentencia.

Sin embargo como bien indica el autor referido, este derecho tiene como parte de su contenido la estructura normativa e institucional que el Estado debe garantizar para que cualquier persona sin ser parte en un proceso cuente con los mecanismos y normas que le permitan acceder a la Administración de justicia a fin de resolver los conflictos jurídicos por medio de la función jurisdiccional.²²⁴ Además al activar la administración de justicia contra la vulneración de un derecho, se persigue no solo el reconocimiento de la afectación del derecho, sino también la reparación integral, material e inmaterial del daño causado.²²⁵

²²² Vanesa Aguirre, “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador” en Universidad Andina Simón Bolívar, Programa Andino de Derechos Humanos, *¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009* (Quito: Abya-Yala, 2009), 15.

²²³ Martín Hurtado Reyes, *Tutela Jurisdiccional diferenciada* (Lima: Palestra, 2006), 41.

²²⁴ *Ibíd.*, 39.

²²⁵ Storini, “Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 652.

La Constitución del Ecuador reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva se en el artículo 75, que establece:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a 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. (Énfasis agregado).

De la norma constitucional citada no se puede determinar cuál es el contenido y alcance de este derecho, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia No. 032-09-SEP-CC,²²⁶ señala:

el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, tiene relación con el derecho a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: *el primero, relacionado con el acceso a la justicia; el segundo con el desarrollo del proceso que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia.*(Énfasis agregado).

Conforme los autores referidos *ut supra* y el pronunciamiento de la Corte Constitucional, este derecho involucra un conjunto de derechos que se presentan en tres momentos: 1. Antes del proceso: mediante los medios jurídicos y materiales creados por el Estado que permiten a cualquier persona acceder al sistema de administración de justicia; 2. Durante el proceso: por medio de la prestación de garantías mínimas que no obstaculicen ni dificulten su desarrollo hasta llegar a obtener una decisión final; entre estas garantías se identifica el plazo razonable de duración de un juicio, sin dilaciones indebidas, o como indica el texto constitucional que la tutela sea expedita; y, 3. Durante la ejecución de la sentencia.

Para el desarrollo del tema principal del presente acápite, vamos a centrar nuestro análisis en la tutela judicial efectiva en el ámbito de la garantía de evitar dilaciones indebidas y obtener una decisión en un plazo razonable.

Un famoso dicho popular señala “*justicia que tarda no es justicia*”, o como refiere Joan Picó i Junoy “*giustizia ritardata, giustizia deganata*”. Es por ello, con la

²²⁶Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009, Caso 0415-09-EP. En el sistema interamericano, respecto a la tutela judicial efectiva se tiene la sentencia dictada en el caso Tibi versus Ecuador, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafos 53-60, 168-200.

finalidad de evitar que los procesos tengan una duración excesiva, se introduce el derecho a que “los Jueces y Magistrados resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un «plazo razonable», esto es, cumplan su función jurisdiccional con la rapidez que permita la duración normal de los procesos”.²²⁷

De acuerdo con Joan Picó i Junoy, los criterios para determinar si ha existido dilaciones indebidas son: 1. El exceso de trabajo del órgano jurisdiccional: la existencia de un gran volumen procesal, no es elemento suficiente para justificar el retardo de un proceso; 2. La defectuosa organización personal y material de los tribunales: el deber de administrar justicia del Estado, lleva implícito a la dotación de adecuados instrumentos para lograrlo; 3. El comportamiento de la autoridad judicial: las dilaciones indebidas puede provenir a la acción u omisión del órgano judicial; 4. La conducta procesal de la parte; 5. La complejidad del asunto: se examina según cada caso en concreto; y, 6. La duración media de procesos del mismo tipo.²²⁸

Se indicó en los capítulos precedentes que la consulta de constitucionalidad en el modelo concentrado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del plazo razonable, para demostrarlo vamos a tomar el criterio del promedio de duración de las causas del mismo tipo.

La duración de los procesos judiciales varía según la materia y al tipo de caso, considerando que inicia a transcurrir el tiempo desde que se presenta la acción a la administración de justicia, y, concluye al momento de obtener una sentencia definitiva.

Respecto a las garantías jurisdiccionales la Constitución señala que su tramitación será rápida, sencilla y eficaz;²²⁹ en cumplimiento de esta mandato constitucional el legislador determinó el siguiente procedimiento: una vez receptada la demanda de la acción, el juez debe calificarla dentro de las 24 horas, y en la misma providencia señalar día y hora para la realización de la audiencia, que tiene que ser efectuada en un plazo no mayor a 3 días que inician a transcurrir desde la calificación de

²²⁷ Otro momento de esta garantía, señala el autor, es “una faceta reaccional, que actúa también en el marco estricto del proceso y consiste en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas”. Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 120.

²²⁸ *Ibíd.*, 121-126.

²²⁹ Artículo 86 de la Constitución del 2008.

la acción. En esta diligencia procesal el juez debe emitir su decisión en forma oral, y en 48 horas notificarla de manera escrita.

Del procedimiento indicado se deduce que el tiempo máximo de duración de una acción constitucional es de 5 días, el mismo que tiene sustento en la finalidad de las garantías constitucionales que frente a la vulneración de un derecho es cesarla y determinar su reparación integral, material e inmaterial.

Si el Juez realiza la consulta de constitucionalidad de una norma aplicable al proceso que conoce, según lo previsto en el artículo 428 de la Constitución, de manera obligatoria debe suspender la causa hasta que la Corte Constitucional se pronuncie, para lo cual tiene el plazo de 45 días.

El tiempo que la corte se demora en resolver la consulta se agrega al periodo que normalmente dura la causa; y, en el caso de las garantías jurisdiccionales, el perjuicio es mayor, ya que no se estarían protegiendo de manera eficaz los derechos constitucionales, de tal manera las acciones jurisdiccionales serán únicamente bellas palabras que constan en la carta constitucional.

Si el juez tiene certeza sobre la inconstitucionalidad de la aplicación de la norma en el caso concreto, al presentar la consulta de constitucionalidad, genera una vulneración a la tutela judicial efectiva en el ámbito del plazo razonable, por cuanto esta actuación no es moderada, ya que la propia Constitución dota a la autoridad judicial de las garantías de aplicación directa de la norma constitucional y la aplicabilidad de norma superior en caso de antinomias, por lo que puede brindar una solución en función de los preceptos constitucionales y dejar de aplicar la norma inconstitucional para lograr una efectiva tutela de los derechos constitucionales.

Para ilustrar lo expuesto, vamos a analizar la consulta de norma en una acción de garantías constitucionales y en un proceso judicial.

1. Acción de protección y petición de medidas cautelares No. 17551-2012-2050 de la Unidad judicial primera de contravenciones del cantón Quito de la provincia de Pichincha:

Fecha de inicio:	26 de diciembre de 2012
Fecha de la Consulta:	10 de enero de 2013
Fecha de sentencia:	14 de agosto de 2015

En el presente caso se determinará los hechos que motivaron la acción de protección, por cuanto va a permitir evidenciar la gravedad de la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva:

- La accionante es una persona que se encuentra en estado cuadripléjico debido a la enfermedad *diastrofia muscular*, por esta razón requiere de empleadas todo el tiempo.
- Percibía una pensión 169 dólares por montepío por parte de su padre, la madre recibía una pensión en razón de pensión jubilar, dichos valores eran empleados para la atención de la accionante como de su madre.
- Al momento de fallecer su madre, solicita se le otorgue la pensión de orfandad por motivo de la muerte de su madre, petición que le fue negada en todas las instancias en sede administrativa mediante los actos administrativos N.º 2012-0999, de la Subdirección Provincial del Sistema de Pensiones del IESS de Pichincha, N.º 32001700-1624-2012, de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS de Pichincha y N.º 12-0753, de la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
- Las autoridades del IESS argumentaban que la accionante no existía una dependencia económica total y permanente de su madre, ya que percibía la pensión por montepío de su padre, por lo que únicamente se le acreditaba el valor de 169 dólares.
- La accionante señala que se vulnera el derecho a la salud y a la vida digna, ya que se estaba exigiendo un requisito que no está previsto en la ley de seguridad social.

Es necesario anotar que el Juez, en el auto por el cual avoca conocimiento de la acción de protección de fecha 27 de diciembre de 2012, negó la concesión de medidas cautelares, con base al siguiente argumento: “En cuanto a la petición de medidas cautelares estas no proceden por cuanto aceptarlas sería pronunciarme sobre el fondo del asunto controvertido sin que exista aún los elementos de convicción suficientes que hagan presumir una posible vulneración de derechos”.

Al respecto la Corte Constitucional al resolver la consulta, señaló que:

la actuación del juez consultante dentro del caso concreto, al negar la solicitud de medidas cautelares constitucionales conjuntas con una acción de protección, por cuanto su criterio, la aceptación de las mismas se constituiría en un pronunciamiento de fondo denota falta de acuciosidad en la observación de las normas constitucionales y legales en las que se contemplan y desarrollan las mismas, así como también una falta de diligencia en la consideración de los elementos fácticos del caso concreto en razón de los graves alegatos de presuntas vulneraciones a derechos constitucionales esgrimidos por el accionante.

Este lamentable hecho evidencia el desconocimiento respecto al rol del juez dentro del Estado Constitucional de derechos y justicia, cuya finalidad principal es garantizar el efectivo goce de los derechos constitucionales, por lo cual todo detentador del poder debe orientar su actividad a la realización y protección de ellos; y, en caso de ser conculcados, los jueces como garantes de la Constitución están obligados a emplear todas las herramientas jurídicas que le provee el marco constitucional para tutelar efectivamente los derechos constitucionales, que implica el deber de evitar, cesar y reparar integralmente las violaciones de los derechos.

Uno de los mecanismos que la Carta Constitucional determina son las medidas cautelares²³⁰ que tienen como finalidad cesar la posible o inmanente vulneración de los derechos constitucionales, por este motivo se establece un procedimiento sencillo que permita al Juez ordenar de manera inmediata y urgente las acciones para garantizar los derechos constitucionales.

En este sentido el juez al conocer una solicitud de medidas cautelares, únicamente debe considerar: a) Que del contenido de la petición se determine un cierto grado de verosimilitud de sus argumentos fácticos, es decir se presumirán verdaderos los hechos alegados y la existencia de la amenaza o violación de derechos constitucionales (*fumus bonis iuris*); y, b) Que es urgente adoptar las medidas de protección ante la inmanencia de daño grave, de modo que cualquier demora resulte peligrosa (*periculum in mora*).²³¹

²³⁰Las medidas cautelares se encuentran reconocidas en el artículo 87 de la Constitución y en los artículos 26 y siguiente de la LOGJCC.

²³¹ Sobre las medidas cautelares véase: Luis Cueva Carrión, *Medidas Cautelares Constitucionales* (Quito: Cueva Carrión, 2012). También puede revisarse: Daniel Fernando Uribe Terán, “Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador”, en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras, edit., *Apuntes de derecho constitucional. Parte especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, t. 2. (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional), 83-102.

Retomando el tema principal objeto de estudio, la consulta de constitucionalidad presentada dentro de la acción de protección antes indicada fue signada con el No. 0035-11-CN:

SENTENCIA:	006-15-SCN-CC de 27 de mayo de 2015 ²³²
Autoridad Consultante	Juez unidad judicial primera de contravenciones del cantón Quito de la provincia de Pichincha
Fecha de la Consulta:	10 de enero de 2013
Tema de la Consulta	<p>El juez consultante: señala que el artículo 195²³³ de la Ley de Seguridad Social, al referirse a la pensión por orfandad, determina que procede su concesión a hijos e hijas "... incapacitados para el trabajo y que hayan vivido a cargo del causante". De igual manera prescribe el artículo 18 del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. Sin embargo indica que la disposición transitoria octava del reglamento referido define la expresión "vivir a cargo", como "la total y permanente dependencia económica de los deudos con respecto al causante".</p> <p>Argumento principal del Juez <i>a quo</i>: Señala que presenta duda razonable sobre la constitucionalidad de la disposición general octava del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, por cuanto considera que la norma reglamentaria determina condiciones no previstas en los artículos 195 y 196 de la ley de Seguridad Social para acceder a la pensión por orfandad. Con base a esta norma reglamentaria el IESS negó la pensión de orfandad causada por el fallecimiento de la madre. Por lo que considera que la disposición del reglamento en mención contraviene los artículos 424 y 425 de la Constitución, el principio de reserva de ley; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la vida, integridad personal y derecho a la salud.</p>
Problema jurídico que se plantea la Corte Constitucional	Entre los problemas que se propuso la Corte, se encuentra el siguiente: La aplicación de la Disposición General Octava del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte a una persona con discapacidad que le impida trabajar, que con anterioridad a la muerte del causante dependía económicamente únicamente de los ingresos de este último y del montepío de su otro progenitor, ¿contraviene los derechos a la vida digna, la integridad personal, la salud, la seguridad social y los de las personas con discapacidad, en conexión con las prohibiciones de restricción y regresividad, así como los principios de aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales, y de igualdad y prohibición de discriminación?"; y, si dicha disposición atenta contra la supremacía de la Constitución y la reserva de ley.

²³² Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 006-15-SCN-CC, Caso No. 005-15-SCN-CC, de 27 de mayo de 2015.

²³³ La Ley de seguridad Social en su artículo 195 dispone: "DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD.- Tendrá derecho a pensión de orfandad cada uno de los hijos del afiliado o jubilado fallecido, hasta alcanzar los dieciocho (18) años de edad. También tendrá derecho a pensión de orfandad el hijo o la hija de cualquier edad incapacitado para el trabajo y que haya vivido a cargo del causante"; y, en el artículo 196 estatuye: "OTROS BENEFICIARIOS.- A falta de viuda o viudo, conviviente con derecho, e hijos, tendrán derecho a montepío los padres del asegurado o jubilado fallecido, siempre que hayan vivido a cargo del causante".

Argumentos Principales de la Corte	La norma impugnada se fundamenta en los principios de solidaridad y subsidiariedad que rigen al sistema de seguridad social. La accionante se encuentra en condición de discapacidad severa, por lo que requiere prestaciones de salud mayores a las de una persona normal, por ello afirma que este derecho podría verse afectado por la disposición de la cual se cuestiona su constitucionalidad. La disposición reglamentaria en el caso en concreto atenta contra el principio de suficiencia de la seguridad social, por cuanto la accionante percibía por pensión de montepío del padre el valor de 169 dólares, mientras que la madre recibía 800 dólares de pensión jubilar; mientras que después del fallecimiento de la madre únicamente tenía para su sustento el primer valor, que por sus condiciones de salud no eran suficientes para cubrir sus necesidades, por lo que también se produciría una afectación al derecho a la vida digna. La disposición octava del Reglamento en cuestión modifica el sentido el sentido de los artículos 195 y 196 de la Ley de seguridad social, el principio de reserva de ley por cuanto regula derechos constitucionales en un acto infralegal.
Decisión	Niega la consulta de norma. Determina que cuando la subsistencia de la persona que reclame la pensión de orfandad por padecer una discapacidad que le impida trabajar, haya dependido en lo económico únicamente del causante y de otra pensión por orfandad que hubiere venido percibiendo a la muerte de este último, se considerará que ha cumplido el requisito de total y permanente dependencia económica del deudo respecto del causante previsto en la Disposición General Octava del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.

Fuente: Propia.

Con base a la información indicada, se determina que la acción de protección inició el 21 de junio de 2012, cuya tramitación fue suspendida en audiencia de 10 de enero de 2013 y en esa misma fecha se formuló la consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional. La Corte resolvió la consulta con fecha 27 de mayo de 2014, esto es en un plazo de 2 años 4 meses 2 semanas y 3 días, tiempo que se imputa a la duración de la garantía Constitucional.

La decisión de la Corte Constitucional fue que en el caso fáctico de la accionante, y en las situaciones análogas, se debe considerar que se cumple con la disposición General Octava del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, eso es que dependía económicamente de manera total del causante de la pensión.

El Juez de primera instancia reinstala la audiencia y reanuda la tramitación de la acción el 11 de agosto, fecha a la cual la accionante lamentablemente había fallecido, por lo que el abogado defensor de la accionante señaló: *“quiero decir en primer lugar el aforismo jurídico que dice que justicia que tarda no es justicia, este aforismo jurídico ha tenido aplicación en el caso de la señora LAURA ELENA URRESTA BURBANO”*.

El juez a quo frente a esta situación fáctica decidió negar la acción de protección aduciendo que no existe objeto de la misma. La sentencia escrita fue emitida el 14 de agosto de 2015.²³⁴

Desde el inicio de esta acción hasta la notificación de la sentencia de primera instancia ha transcurrido 2 años 7 meses, 2 semanas 5 días, excediendo de manera irrazonable el tiempo determinado para la duración de las garantías constitucionales que es de 5 días, despojando de su naturaleza a la acción de protección, ya que no se logró tutelar eficazmente los derechos de la accionante; y, lamentablemente la decisión del Juez no persigue de ninguna forma reconocer la vulneración y determinar su reparación integral, material e inmaterial.

Es evidente la vulneración a la tutela judicial efectiva, a pesar de ello para consolidar este criterio, a continuación se establece las fechas de inicio y finalización de un grupo de acciones constitucionales tramitadas en la Unidad judicial primera de contravenciones del cantón Quito de la provincia de Pichincha, con la finalidad de determinar el plazo promedio de duración de estas acciones.

No. Causa	Fecha de inicio	Fecha de decisión	Tiempo de duración del proceso
17151-2013-2166	5 de julio de 2013	31 de julio de 2013	24 días
17151-2013-3111	19 de septiembre de 2013	14 de octubre de 2013	25 días
17151-2013-0561	4 de julio de 2013	28 de julio de 2013	24 días
17151-2012-2059	26 diciembre de 2012	24 de enero de 2013	29 días
17151-2012-2048	21 de diciembre de 2012	15 de enero de 2013	25 días
17551-2012-10486	12 de septiembre de 2012	2 de octubre de 2012	20 días
17151-2012-0181	6 de junio de 2012	2 de julio de 2012	26 días
17151-2013-3050	7 de octubre 2013	28 de octubre de 2013	21 días
17151-2013-2227	23 de junio de 2013	10 de julio de 2013	17 días

Fuente: Propia.

Se observa que el promedio de duración de la tramitación de las acciones de protección es de 24 días aproximadamente²³⁵, mientras que la acción constitucional

²³⁴ Se presentó apelación frente a dicha decisión, y la sala civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia aceptó la acción de protección en sentencia de fecha 20 de octubre de 2015. (17151-2012-2050).

analizada tuvo una duración de 2 años y medio aproximadamente, lo que evidencia efectivamente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; y en consecuencia de los derechos que se pretendía proteger.

En el presente caso, por medio del Control mixto de constitucionalidad, se hubiera logrado proteger los derechos de la accionante y evitar las graves vulneraciones que se han evidenciado. Ya que, el Juez hubiera podido dejar de aplicar la norma infralegal y resolver la acción de protección amparado directamente en los mandatos constitucionales, de esta manera proteger el derecho a la salud y a la vida digna de la accionante, que conforme resolvió la consulta la Corte, tenía derecho a la pensión de orfandad. Y finalmente, basándose en el informe remitido por el juez de instancia y seleccionado por la Corte podía resolver sobre su constitucionalidad con efectos generales, o como en el presente caso lo realizó con efecto inter pares.

2. Proceso judicial por contravención de cuarta clase signado con el No. 17551-2011-7163 de la Unidad judicial Primera de contravenciones del cantón Quito de la provincia De Pichincha:

Fecha de inicio:	21 de junio de 2011
Fecha de la Consulta:	5 de julio de 2011
Fecha de sentencia:	17 de febrero de 2012

La consulta de constitucionalidad en la Corte Constitucional fue signada con No, Caso No. 0035-11-CN:

SENTENCIA:	011-12-SCN-CC de 19 de enero de 2012 ²³⁶
Autoridad Consultante	Juez primero de contravenciones de Pichincha
Fecha de la Consulta:	5 de julio de 2011
Tema de la Consulta	Se presenta la consulta, en razón de que el juez <i>a quo</i> considera que el artículo 606 numeral 12 del Código Penal vigente en el año 2011 contradice los artículos 1, 11, 66 y 76 de la Constitución, artículos 13 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto de San José de Costa Rica. Argumento principal del Juez <i>a quo</i> : la norma del código penal prevista en el artículo 606 numeral 12 del código penal no determina un hecho típico, jurídico y culpable, sino de un hecho indeterminado, por esta razón vulnera el derecho constitucional de presunción de inocencia previsto en el artículo 76 numeral 2 de la Carta Constitucional.
Problema jurídico	El artículo 606 numeral 12 ²³⁷ del Código Penal ¿es contrario al

²³⁵ La duración de las acciones de protección indicadas, coincide con el plazo promedio de duración de estas acciones en las Ciudades de Guayaquil y Cuenca, de 25 días, en Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en el Ecuador* (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2014), 85.

²³⁶ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 011-12-SCN-CC de 2012-01-19, Caso 0035-11-CN.

que se plantea la Corte Constitucional	principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 76 numeral 2 ²³⁸ de la Constitución? ²³⁹
Argumentos principales de la Corte	La presunción de inocencia constituye una garantía del procesado, implica que toda persona es inocente hasta que no exista sentencia que declare su culpabilidad; y, también conlleva que la carga de la prueba recaea en la persona que realiza la acusación. La Corte considera que la norma consultada deja a discrecionalidad del juzgador el determinar si existió o no infracción, si permaneció o no mucho tiempo en un lugar, lo que genera una presunción contraria a la presunción de inocencia.
Decisión	Se declara la inconstitucionalidad del numeral 12 del artículo 606 del Código Penal por contradecir lo dispuesto en los artículos 76 numeral 2; 76 numeral 3; 82; 76 numeral 7; 11 numeral 2 de la Constitución. Por tanto, se determina su expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Fuente: Propia.

A continuación consta la fecha de inicio y final de procesos iniciados por contravenciones penales del mismo tipo de la causa que dio lugar a la consulta de constitucionalidad, los mismos que servirán como parámetro para identificar el plazo promedio de duración de estos procesos.

No. Causa	Fecha de inicio	Fecha de decisión	Duración del proceso	Tipo de decisión judicial
17551-2011-7027	20 de junio de 2011	1 de agosto de 2011	42 días	Auto de Prescripción
17551-2011-7100	21 de junio de 2011	21 de junio de 2011	1 día	Sentencia
17551-2011-7149	21 de junio de 2011	10 de agosto de 2011	50 días	Auto de Prescripción
17551-2011-7199	22 de junio de 2011	25 de agosto de 2011	64 días	Auto de Prescripción
17551-2011-7269	23 de junio de 2011	03 de agosto de 2011	41 días	Auto de Prescripción
17551-2011-7300	23 de junio de 2011	24 de agosto de 2011	64 días	Auto de Prescripción
17551-2011-7337	23 de junio de 2011	23 de junio de 2011	1 día	Sentencia
17551-2011-7298	23 de junio de 2011	23 de junio de 2011	1 día	Sentencia
17551-2011-7338	23 de junio de 2011	23 de junio de 2011	1 día	Sentencia

²³⁷ Artículo 606 numeral 12 del Código Penal: Artículo 606 numeral 12 del Código Penal:

“Serán reprimidos con una multa de siete a catorce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y con prisión de dos a cuatro días, con una de éstas penas solamente: 12.- Los que permanecieren mucho tiempo y sin objeto alguno plausible parados en las esquinas de las calles u otros lugares no destinados al recreo de los habitantes”.

²³⁸ Constitución del Ecuador, artículo. 76: “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: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

²³⁹ Otro problema que se plantea la corte es “El artículo 606 numeral 12 ¿contradice lo dispuesto en la Constitución en el artículo 76 numeral 6 respecto del principio de proporcionalidad?”.

17551-2011-7366	26 de junio de 2011	26 de junio de 2011	1 día	Sentencia
-----------------	---------------------	---------------------	-------	-----------

Fuente: Propia.

Se señaló, que uno de los criterios para identificar si han existido dilaciones indebidas, es la duración media de los procesos del mismo tipo. En el caso de la consulta presentada por el Juez primero de contravenciones de Pichincha consideró que el artículo 606.12 del Código Penal vigente en el año 2011, determinaba una sanción penal no por un hecho típico, antijurídico y culpable, sino por una situación fáctica indeterminada, en el que se deja a discreción de la autoridad el establecer que es *mucho tiempo* y no se exige otro elemento probatorio que sustente la responsabilidad del acusado, vulnerando el principio de presunción de inocencia.

El 5 de julio de 2011 suspendió la causa y presentó la consulta de constitucionalidad, la misma que fue resuelta el 19 de enero de 2012, es decir aproximadamente en 6 meses, periodo que conforme al artículo 142 “no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso”.

La causa 17551-2011-7163 que dio lugar a la consulta inició el 21 de junio de 2011, y la sentencia fue emitida el 17 de febrero de 2012, en un plazo de 7 meses 3 semanas. De acuerdo con el artículo 617 del Código Penal vigente en dichos años, determina que el tiempo de prescripción de este tipo de acciones es de 30 días, razón por la que si no se presentaba la consulta debía finalizar máximo el 21 de julio de 2012.

Se observa que en procesos similares se resolvieron dentro de las 24 horas de iniciada la acción por la contravención; y, respecto a la prescripción se evidencia que se declaró la misma aproximadamente dos meses contados desde el inicio del proceso; mientras, en la causa 17551-2011-7163 se resolvió en un tiempo de 7 meses 3 semanas y 6 días. En este contexto, se evidencia que en la tramitación de esta presenta causa judicial se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso analizado, si el juez tenía la certeza de esta antinomia constitucional, actuando dentro del control mixto de constitucionalidad, efectivamente podía aplicar directamente la Constitución y no presentar la consulta de constitucionalidad, y de esta manera evitar la vulneración a la tutela judicial en el ámbito de la duración del juicio en un plazo razonable. Y la Corte Constitucional, por medio del informe remitido por el

juez y el proceso de selección y revisión, podía dictar la inconstitucionalidad de la norma legal, con efecto general y obligatorio.

Finalmente, con base a las ideas desarrolladas, se evidencia que el control de constitucionalidad mixto guarda coherencia con la finalidad de Estado constitucional de derechos y justicia, tutelando de manera efectiva los derechos frente a una norma inconstitucional, de tal forma que este modelo de control se constituye como garantía efectiva de los derechos constitucionales.

Conclusiones

I. En el constitucionalismo contemporáneo no existe discusión respecto al carácter normativo de la Constitución, lo cual implica reconocer que es derecho objetivo que irradia todo el ordenamiento jurídico, por lo tanto el poder público en el ejercicio de sus competencias debe observar las disposiciones constitucionales de manera obligatoria, lo que exige su aplicación de manera directa e inmediata.

II. El Estado constitucional de derechos y justicia tiene como finalidad la protección y realización de los derechos reconocidos en la Constitución; y para ello los propios derechos actúan a la vez como fines, límites y vínculos al ejercicio del poder público, consecuentemente toda actividad del Estado debe orientarse a la consecución de los derechos, así como al respeto de los mismos.

III. El control de constitucionalidad es un medio de defensa de la supremacía constitucional mediante el cual se puede inaplicar o expulsar una norma que se encuentre en contradicción con el contenido constitucional, por tal motivo es un elemento inseparable de la Constitución con valor normativo.

Sin un efectivo control jurídico, el valor normativo y la supremacía de la Constitución quedarían en simples palabras, desprovistas de mecanismos que obliguen a su respeto; tornándola en un mero programa político.

IV. La aplicación directa e inmediata significa que de la Constitución derivan derechos y obligaciones para sus destinatarios, por lo que pueden exigir su cumplimiento amparados directamente en la norma constitucional, y los detentadores del poder, especialmente los jueces, tutelarlos basados directamente en la norma constitucional.

V. El alcance del principio de aplicación directa depende del control constitucional en el que se efectúe:

El modelo concentrado, se caracteriza porque la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley es otorgada a una Corte o Tribunal Constitucional, dentro de este sistema el juez únicamente puede aplicar directamente la norma constitucional cuando exista ausencia de ley; mientras que, si existiera una norma legal inconstitucional la autoridad judicial tiene la obligación de formular el incidente de constitucionalidad ante el órgano concentrado de control de constitucionalidad.

En el control difuso de constitucionalidad el juez tiene la atribución de inaplicar para el caso en concreto una norma legal inconstitucional. En este sentido el principio de aplicación directa de la Constitución procede tanto frente al vacío legal como a la ley inconstitucional.

En el control mixto, coexisten los dos modelos anteriormente señalados, pero existe un elemento mediante el cual el órgano concentrado conoce de las decisiones adoptadas por el juez en ejercicio del control difuso, con la finalidad de resolver sobre su inconstitucionalidad con efecto erga omnes.

En este modelo de control de constitucionalidad el juez puede inaplicar una norma legal inconstitucional y aplicar directamente la Constitución, y con la finalidad de evitar la existencia de decisiones contradictorias que vulneren el derecho a la seguridad jurídica, el máximo órgano constitucional resolverá sobre la inconstitucionalidad de la norma. De tal manera que el control mixto de constitucionalidad garantiza la aplicación directa de la Constitución y a la vez tutela el derecho a la seguridad jurídica.

VI. El desarrollo del control de constitucionalidad fue tardío, durante la mayoría de constituciones el legislador mantuvo un papel importante como garante e intérprete de la Constitución, solo a partir de las reformas de 1996 se inicia la transición de un modelo de control político a un control jurídico, concluyendo con el establecimiento de un control mixto de constitucionalidad en la Constitución de 1998 y 2008.

VII. La Constitución del Ecuador presenta una tensión entre la consulta de norma prevista en el artículo 428 y la aplicación directa de la norma suprema reconocida en los artículos 11.3, 425 y 426. El legislador en la LOGJCC, pretendió brindar una solución, al determinar que la consulta de norma procede únicamente cuando existe *duda razonable*, de lo cual podría entenderse que si existe certeza de la inconstitucionalidad se podría inaplicar la norma legal. La Corte Constitucional, prescriptivamente resolvió que en Ecuador solo existe un control concentrado de constitucionalidad, y el juez se encuentra vedado de ejercer un control difuso.

En sentido contrario, se concluye que los términos *considerar* y *duda razonable* se refieren a la posibilidad de una inconstitucionalidad, por lo que si el juez presenta certeza de la inconstitucionalidad de una norma legal, en virtud del principio de aplicación directa y aplicabilidad de la norma superior para solucionar antinomias, no

está obligado a formular la consulta de constitucionalidad y está facultado a inaplicar una norma inconstitucional. De esta manera, debe interpretarse que la consulta de constitucionalidad se realizará únicamente cuando el juez presente incertidumbre sobre la constitucionalidad de la norma.

La Corte Constitucional, en materia de garantías constitucionales, tenía la oportunidad de por lo menos en este tipo de acciones, facultar a los jueces a ejercer un control de constitucionalidad mediante la inaplicación de la norma, ya que mediante el proceso de selección y revisión podía conocer sobre tales decisiones y dictar precedentes constitucionales con efectos generales y obligatorios, garantizando de esta manera la protección efectiva de los derechos constitucionales.

VIII. El esquema constitucional del año 2008 diseña un control mixto de constitucionalidad en el cual coexisten el control difuso y el control concentrado, en virtud del primero los jueces tienen la facultad de inaplicar una norma jurídica inconstitucional, de lo cual deben informar a la Corte Constitucional; y en atención del control concentrado la Corte, una vez que por medio del mecanismo de selección y revisión tienen conocimiento de las decisiones adoptadas por los jueces, resuelven con efectos generales sobre la inconstitucionalidad de las normas inaplicadas.

IX. El control mixto cumple con las finalidades constitucionales, por un lado mediante el control difuso los jueces y tribunales tutelan de forma concreta y específica los derechos fundamentales; y por otro, respecto a las decisiones dictadas dentro de los procesos de garantías constitucionales la Corte Constitucional en razón de la competencia de selección y revisión, en ejercicio del control concentrado unificara los fallos de los jueces a fin de otorgar coherencia y unidad y evitar la presencia de sentencias contradictorias, y, en relación a los procesos ordinarios en los que se ha ejercido el control difuso, procedimiento que debe ser regulado, los jueces y tribunales informarán a la Corte, con la finalidad de que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la ley, decisión que tiene efectos vinculantes y generales. De tal forma que garantiza la tutela efectiva de los derechos, la seguridad jurídica y la defensa de la Constitución.

X. En síntesis las razones para defender el control mixto de constitucionalidad, se podrían resumir en las siguientes:

1. Permite la aplicación directa de la Constitución para la solución de antinomias existentes entre normas legales y mandatos constitucionales, facultando al juez otorgar una protección directa e inmediata de los derechos constitucionales.
2. Garantiza el derecho a la seguridad jurídica que podría verse afectado por el ejercicio del control difuso, por cuanto en función del control concentrado la Corte Constitucional puede resolver sobre la inconstitucionalidad de las normas jurídicas inaplicadas; y,
3. Garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto, cuando el juez tiene certeza de la inconstitucionalidad de una norma, evita el retardo indebido que genera la consulta de constitucionalidad.

XI. Finalmente, el control mixto de constitucionalidad es el modelo que es coherente con los principios del Estado constitucional, de derechos y justicia, porque garantiza la protección directa de los derechos constitucionales que puedan ser vulnerados por la actividad normativa del Estado.

Bibliografía

- **Publicaciones**

Aguirre Castro, Pamela Juliana. “Consulta de norma: Garantía de la tutela judicial efectiva”. En Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*: 293-318. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2013.

Aguirre Guzmán, Vanesa. “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador” en Universidad Andina Simón Bolívar, Programa Andino de Derechos Humanos, *¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*. Quito: Abya-Yala, 2009.

Aja, Eliseo. “Estudio preliminar”. En Ferdinand Lassalle, *¿Que es una constitución?*, 5a ed. Barcelona, Ariel, 1997.

Aragón Reyes, Manuel. *La Constitución y el control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

-----*Estudios de derecho constitucional*, 2d..Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro. “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”, 6 de septiembre de 2012 < <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3015/1/%C3%81vila%2c%20R-CON-008-Evoluci%C3%B3n.pdf> >. Consulta: 15 de octubre de 2015.

-----*La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Blanco Valdés, Roberto L. *La construcción de la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

-----“La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”. En Miguel Carbonell, comp.,

- Teoría constitucional y derechos fundamentales*. México D.F.: Comisión nacional de derechos humanos, 2002.
- El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal*. Madrid: Alianza editorial, 1994.
- Borja y Borja, Ramiro *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Tomo III, 2a ed. Quito: IGM, 1980.
- Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Tomo IV, apéndice, volumen I., 2a ed. Quito: IGM, 1980.
- Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Tomo IV, apéndice, volumen II., 2a ed. Quito: IGM, 1980.
- Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Tomo IV, apéndice, volumen III., 2a ed. Quito: IGM, 1980.
- Brewer-Carías, Allan R. *Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional venezolana*. Anuario de derecho constitucional 2005. Uruguay: Fundación Konrad –Adenauer Stiftung, 2005.
- “Control de constitucionalidad. La justicia constitucional”. En Eduardo García de Enterría, Manuel Clavero Arévalo, dir., *El derecho público a finales del siglo. Una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Civitas, 1997.
- Carrillo, Marc y Víctor Ferreres Comella. *Teoría general de la Constitución*. Barcelona: UOC Papers, 2002.
- Casiello, Juan. *Derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Perot, 1954.
- Chamorro Bernal, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Editorial BOSCH, 1994.
- Comanducci, Paolo. "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico". En Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo (s)*: 75-98. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- Corwin, Edward S. *La Constitución de los Estados Unidos y su significado Actual*, trad. por Aníbal Leal. España. Fraterna, 1987.
- Cueva Carrión, Luis. *Medidas Cautelares Constitucionales*. Quito: Cueva Carrión, 2012.

- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel. 1989.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- Escobar García, Claudia. “Del tribunal a la corte: ¿tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia, 2008.
- Escudero Soliz, Jhoel. “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”. En Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana:73-89*. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional.
- Fernández Segado, Francisco. “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo”. En Anuario de derecho constitucional latinoamericano. 1a ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 1997.
- “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución. En Aníbal Quiroga León, comp., *Sobre la jurisdicción constitucional: 103-46*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990.
- Ferrajoli, Luigi. "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista". *Doxa: Cuadernos de filosofía*, 34:15-33, 2011.
- “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29: 15-31, 2006.
- Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- “La democracia constitucional”. En Christian Courtis, y otros. *Desde otra mirada, Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 2001.
- Ferreira, Gustavo. “La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y restos del papel institucional del Tribunal”, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió

- Ceriol: No. 47. Buenos Aires: s.e., 2004.
<file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-LaCorteSupremaDeJusticiaArgentinaYEIControlDeConst-1705658.pdf >. Consulta: 20 de Agosto de 2015.
- Ferrerres Comella, Víctor. *Una defensa del Modelo europeo de control de constitucionalidad*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- Justicia, constitucional y democracia*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.
- García Belaúnde, Domingo. “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”. En Universidad Externado de Colombia, VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.
- García Pelayo, *Manual. Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- Gargarella, Roberto. “Constitución y democracia”. En Susana Albanese, y otros. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial universitaria, 2004.
- Las amenazas del constitucionalismo, constitucionalismo, derechos y democracia*<http://www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/29052011/ndp-constitucionalismo_derechos_democracia.pdf>. Consulta: 12 de agosto de 2015.
- Gascón Abellán, María. “La teoría general de garantismo. Rasgos principales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- Grijalva, Agustín. “Evolución histórica del control constitucional de la ley”. En Enrique Ayala Mora, edit., *Historia Constitucional. Estudios Comparativos*. Quito: Corporación Editora nacional, 2014.

- Guastini, Riccardo. “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo (s)*: 94. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- Hamilton, Madison y Jay. *El Federalista*, 2a ed. México D.F.: Fondo de cultura económica, 1957.
- Haro, José Vicente. “El sistema de justicia constitucional en la Constitución venezolana”. En Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, 1a ed.: 741-9. Buenos Aires: EDIAR. 2003.
- “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. iii, Jurisdicción y control constitucional. México D.F.: Marcial Pons, 2008).
- Hauriou André, Jean Cicquel y Patrice Gérald. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Trad. por José Antonio Gonzales Casanova. Barcelona: Ariel, 1980.
- Highton, Elena I. “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”. En Armin Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, coord., *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. 1. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2010.
- Hurtado Reyes, Martín. *Tutela Jurisdiccional diferenciada*. Lima: Palestra, 2006.
- Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, trad. por Hernán Salgado Pesantes. En *El tribunal de garantías constitucionales. Conflictos y jurisprudencia periodo 1980/1990*. Quito: ILDIS, 1990.
- Teoría pura del derecho*, ed., 4ta. Buenos Aires: editorial universitaria de Buenos Aires, 2009.
- Koerner Andrei, “‘Representación y justicia’: una hipótesis sobre el control de la constitucionalidad y el acceso a la justicia en Brasil desde 1930”. En Armin Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales

- Antoniazzi, coord., *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. 1. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2010.
- Madariaga Gutiérrez, Mónica. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*, 2ª ed. Chile: Editorial jurídica de Chile, 1993.
- Mezzetti, Luca . “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 2, (2009): 281-300. <http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios10.pdf>. Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Montaña Pinto, Juan. “La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso”. En Juan Montaña Pinto y Angélica Porras, edit., *Apuntes de derecho constitucional. Parte especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador*, t. 2. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional.
- “La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso”. En Juan Montaña Pinto edit. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t.3. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición.
- Mora Donatto, Cecilia. *Las comisiones parlamentarias de investigación como órgano de control político*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1998.
- Morales Tobar, Marco. "El Tribunal Constitucional del Ecuador". En Roberto Viciano, Julio César Trujillo y otro, *Estudios sobre la constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*, trad. Siro García del Mazo. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1996.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México D.F.: UNAM Instituto de investigaciones jurídicas, 2003.
- Oyarte, Rafael. “La supremacía constitucional”. En Marco Morales Tobar, dir., *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*. Quito: Tribunal Constitucional, 1999.

- Paloma Requejo Rodríguez. *Bloque constitucional y bloque de constitucionalidad*. España: Universidad de Oviedo, 1997.
- Pegoraro, Lucio. *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal constitucional, N. 2 (2004): 131-158.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 9a ed. Madrid: Editorial TECNOS, 2005.
- La seguridad jurídica*, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1994.
- Pérez Royo, Javier. *Las fuentes del derecho*. Madrid: TECNOS, 2008.
- Curso de derecho constitucional*. 7a ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- La reforma de la Constitución, <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1986-22-B5B39544&dsID=PDF>> Consulta: 15 de septiembre de 2015.
- Pérez Tremps, Pablo. “La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español”, Santiago de Chile, Estudios Constitucionales, año/vol. 3, Número 001, Centro de Estudios Constitucionales. 2005.
- Picó i Junoy, Joan,. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Editorial BOSCH, 2002.
- Pissoruzzo, Alessadro. *Justicia, Constitución y pluralismo*. Lima: Palestra, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis. “Constitucionalismo y Garantismo”. En Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. s.l.: Trotta, 2005
- “Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley”. En Juan Luis Requejo Pagés, coord., *La Rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional: No. 4. Oviedo: Fundamentos, 2006.
- <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Luis.pdf>>. Consulta: 10 de octubre de 2015.
- “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo (s)*: 123-37. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

- “Supremacía rigidez y garantía de la constitución”, en Heber Joel Campos Bernal, edit. *Control constitucional y activismo*: 263-83. Lima: Ara Editores, 2012.
- Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- Rene David, Camille Jauffret-Spinozi. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. por Jorge Sánchez Cordero, 11a ed. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2010.
- Riofrío, Juan Carlos . “El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica”. En Juan Falconí Piug y otros, *Seguridad jurídica*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2007), 8.
- Romero Larco, Johanna. “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de norma”. En Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de derecho constitucional*, t. 3.; 141-69. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2011.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*, trad. Consuelo Berges. Madrid: Aguilar, 1970.
- Ruiz, Miguel. *Constitucionalismo clásico y moderno: desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2013.
- s.a. Sobre Estados Unidos. *La constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas*. s.l.:world Books, 2004.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005.
- Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México D.F.: UNAM Instituto de investigaciones jurídicas, 2007.
- Solís Rodríguez, Javier. "La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas". En Cienfuegos Salgado David, Miguel Alejandro López Olvera, coord., *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*. México D.F.: Universidad Nacional de México, 2005.
- Storini. “Las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana de 2008”. En *La Nueva Constitución del*

Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

-----Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. En Heriberto Cairo Carou y otros edit., *Actas del Congreso Internacional "América Latina: La autonomía de una región"*:645-62. Madrid: Trama editorial, 2012.

-----*La acción de protección en el Ecuador.* Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2014.

Torres, Luis Fernando. *El control de la constitucionalidad en el Ecuador.* Quito: EDIPUCE, 1987.

Viciano Roberto, Rubén Martínez, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano".En*El nuevo constitucionalismo en América Latina: 13-43.* Quito: Corte Constitucional, 2010.

Vituro, Paula. *Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad.* Argentina: Konrand Adenauer Stifung, 2002.

- **Normativa**

Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión legislativa y de fiscalización, s.f.

Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC. Registro Oficial, Suplemento No. 52, 22 de octubre de 2009.

- **Jurisprudencia**

Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN, 18 de marzo de 2009.

-----Sentencia No. 032-09-SEP-CC, Caso 0415-09-EP, 24 de noviembre de 2009.

-----Sentencia No. 001-09-SIN-CC, Caso No. 0002-2009-CN, 14 de mayo de 2009

-----Sentencia No. 055-10-SEP-CC, Caso No. 0213-10-EP-CC, 18 de noviembre de 2010

-----Sentencia No. 011-12-SCN-CC, Caso 0035-11-CN, de 19 de enero de 2012

-----Sentencia No. 001-13-SCN-CC, Caso No. 0535-12-CN, 6 de febrero de 2013

-----Sentencia No. 002-13-SCN-CC, Caso No. 0677-12-CN, 28 de febrero de 2013

-----Sentencia No. 0034-13-SCN, Caso No. 0561-12-SCN, 30 de mayo de 2013

-----Sentencia No. 006-15-SCN-CC, Caso 005-15-SCN-CC, 27 de mayo de 2015

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi versus Ecuador, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafos 53-60, 168-200.