

El control de constitucionalidad en Ecuador

Defensa de un control mixto

Robinson Patajalo



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster

El control de constitucionalidad en Ecuador

Defensa de un control mixto

Robinson Patajalo



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CASA ANDINA

Serie Magíster
Vol. 265

El control de constitucionalidad en Ecuador: Defensa de un control mixto
Robinson Patajalo

Primera edición

Coordinación editorial: Casa Andina y Jefatura de Publicaciones

Correctora de estilo: Gabriela Cañas

Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro

Impresión: Ediciones Fausto Reinoso

Tiraje: 300 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,

Sede Ecuador: 978-9942-837-16-5

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

• www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Impreso en Ecuador, septiembre de 2020

Título original:

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

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional

Autor: Robinson Marlon Patajalo Villalta

Tutora: Claudia Storini

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1816

*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.

CONTENIDOS

Agradecimientos	7
Introducción	9

Capítulo primero

Aplicación directa de la Constitución y el control constitucional	13
1. El valor normativo, la supremacía y la aplicación directa de la Constitución	13
1.1. El valor de la Constitución y la supremacía constitucional en el constitucionalismo norteamericano... ..	17
1.2. El valor de la Constitución y la supremacía de la ley en el constitucionalismo europeo	29
1.3. El valor normativo y la aplicación directa de la Constitución	38
2. Control de constitucionalidad	39
2.1. Control del poder: un elemento inseparable de la Constitución	39
2.2. Modelos de control constitucional.....	41
2.2.1. Control difuso	43
2.2.2. Control concentrado	47
2.2.3. Control mixto	51
2.3. ¿Qué control permite aplicar directamente la Constitución a los jueces?	56

Capítulo segundo

Aplicación directa de la Constitución y el control constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	59
1. Precedentes históricos	59
1.1. Soberanía parlamentaria y el control político (1830-1945)	60
1.2. Transición del control político al control jurídico (1945-1996)	66
1.3. Consolidación del control jurídico: Tránsito del control concentrado hacia el control mixto (1996 hasta el presente)	71

2. El control de constitucionalidad en la Constitución de 2008	73
3. El desarrollo legislativo y jurisprudencial del control constitucional.....	79

Capítulo tercero

El control mixto de constitucionalidad como garantía de los derechos constitucionales	93
1. Garantismo y control de constitucionalidad	93
2. Razones por las que el control mixto cumple con las finalidades constitucionales.....	103
2.1. Garantía de la seguridad jurídica	103
2.2. Garantía de la tutela judicial efectiva en la dimensión del plazo razonable	107
2.2.1. Acción de protección y petición de medidas cautelares n.º 17151-2012-2050 de la Unidad Judicial Primera de Contravenciones del cantón Quito de la provincia de Pichincha	112
2.2.2. Proceso judicial por contravención de cuarta clase signado con el n.º 17551-2011-7163 de la Unidad Judicial Primera de Contravenciones del cantón Quito de la provincia de Pichincha	119
Conclusiones	123
Bibliografía	127

AGRADECIMIENTOS

A Dios, razón de mi existencia.

A mi madre, hermanos y familia, por el apoyo constante.

A los maestros de la Universidad Andina Simón Bolívar, especialmente a la profesora Claudia Storini, por su calidad humana y excelencia académica.

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

INTRODUCCIÓN

El valor normativo de la Constitución y su supremacía en la actualidad son aceptados por gran parte de la doctrina constitucional y son adoptados por la mayoría de Estados que la poseen. 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, de la cual surge de forma conminatoria el control de constitucionalidad, entendido como un elemento inseparable de la Constitución como norma jurídica tendiente a garantizar su protección de actuaciones contrarias o de la inobservancia de su aplicación. La inexistencia de un mecanismo de control efectivo de la norma constitucional ocasionaría que fuese despojada diariamente de su normatividad, condenándola a ser letra muerta.

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

De los arts. 428 y 436 de la Constitución del Ecuador,¹ se podría entender que existe únicamente un control concentrado de constitucionalidad,

1 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 428 y 436.

al cual se accede mediante una acción de constitucionalidad o por medio de la consulta de constitucionalidad cuando el juez considere o dude sobre la norma jurídica. Empero, los arts. 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; así, se facultaría a todo juez a dejar de aplicar una norma contraria al contenido constitucional, configurando un control difuso de constitucionalidad.

Es así que, si en un caso concreto el juez identifica una norma jurídica inconstitucional, tendría el aparente dilema de, o bien elevarla a consulta a la Corte Constitucional —con lo que se desconocería el principio de aplicación directa—, o bien dejar de aplicar la norma inconstitucional y emplear directamente la Constitución —con lo que a su vez se incumpliría la obligación de enviar la consulta—. Esta tensión existente entre las normas constitucionales es la razón que motivó la presente investigación, cuya finalidad es determinar cuál es el modelo de control que prevé la Constitución de Ecuador de 2008.

En función de esos antecedentes, en el primer capítulo se desarrolla el origen del valor normativo de la Constitución en los modelos de justicia norteamericana y europea. Se evidencia que en EE. UU. la Constitución surgió como norma jurídica, mientras que en Europa se originó como un pacto político y solo a partir de la segunda década del siglo XIX empezó a adoptar su carácter normativo. 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 analizan los modelos de control difuso, concentrado y mixto (en el que coexisten 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 revisa la evolución del control de constitucionalidad en Ecuador; se evidencia que desde la Constitución de 1830 hasta la carta constitucional de 1978 existe una débil cultura sobre el tema. Solo a partir de las reformas de 1995-1996 a la Constitución de 1978 se da un gran paso hacia la consolidación de un control jurídico, el cual logra su auge en la carta constitucional de 2008.

En ese sentido, no se discute sobre la existencia de un control jurídico de constitucionalidad en la norma constitucional de 2008, pero sí existe la duda sobre el modelo de constitucionalidad que determina; por eso, en la segunda parte de este capítulo se estudian las normas constitucionales, las normas legales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Según el análisis efectuado, se concluye que el esquema constitucional establece un control mixto de constitucionalidad, en el cual los mecanismos de selección y revisión adquieren 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: 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 del 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 cómo por medio de este tipo de control constitucional se protege el derecho a la tutela judicial efectiva vulnerado en la consulta de norma de constitucionalidad, lo cual se refleja en los casos analizados.

CAPÍTULO PRIMERO

APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

1. EL VALOR NORMATIVO, LA SUPREMACÍA Y LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución, como producto del poder constituyente, es una norma jurídica en la que se configura y ordena el poder estatal, y se reconocen derechos y garantías que conforman los límites a las actuaciones estatales. Es así que los poderes estatales son un instrumento de la soberanía del pueblo, subordinados a la decisión del soberano que se plasma 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 tiene 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 solo 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

este modo, la norma constitucional crea una vinculación directa de los detentadores del poder y de los ciudadanos.

Citando a Kågi, «lo fundamentalmente nuevo del Estado Constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la fuerza vinculante bilateral de la norma»;² 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.

A la Constitución como norma jurídica le es inmanente la supremacía constitucional, que es uno de los mayores aportes del derecho constitucional norteamericano.³ Esta, según Luis 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».⁴

En efecto, la Constitución no es cualquier norma, sino la norma superior del ordenamiento que define el sistema de fuentes formales, las cuales —a su vez— solo podrán dictarse conforme a lo dispuesto en ella y de acuerdo con su contenido; esto la convierte en un límite al poder legislativo. Al respecto, García de Enterría señala que la Constitución es la *lex superior*, la norma fundamental, la primera de las normas, por varias razones.⁵

Primero, define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo al dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una ley

2 Werner Kågi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, citado en Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1994), 49.

3 Roberto 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, 1994), 117.

4 Luis Prieto Sanchís, «Supremacía, rigidez y garantía de la constitución», en *Control constitucional y activismo*, ed. Heber Joel Campos Bernal (Lima: Ara Editores, 2012), 265. Al respecto véase también Manuel Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 171-8.

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

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 infraconstitucionales, sino por un procedimiento agravado que le asegure la preeminencia jerárquica, de tal forma que se vincula la rigidez con la supremacía constitucional como elementos inseparables.

En ese orden de ideas, al existir formas reforzadas para el cambio o modificación de la Constitución, se 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. Sin embargo, estas no solo tienen que cumplir con el sistema formal de producción, sino también observar el contenido material establecido en la carta constitucional.⁶

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. Es la norma suprema, por lo cual para su expedición y reforma se exigen requisitos diferentes y más gravosos que a las normas infraconstitucionales. 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 deben tener como vértice de su contenido los preceptos constitucionales;

6 Ibid., 50.

además, este principio tiene como consecuencia que la Constitución se torne 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».⁷

Es decir, toda norma que existe de acuerdo con la norma suprema es válida, para lo cual debe ser producida según las condiciones de validez formal y material⁸ 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»,⁹ surgiendo así la figura del control de constitucionalidad como un elemento inseparable de la Constitución con valor normativo¹⁰ como garantía de la supremacía constitucional.

En la actualidad, el valor normativo y la supremacía constitucional no admiten discusión; sin embargo, en el proceso histórico 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 su concepción.

Por un lado, en el constitucionalismo de los EE. UU. 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 únicamente era considerada como un documento político que se limitaba a la organización y funcionamiento de los poderes del Estado. Estos aspectos 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 que cada uno configuró y su relación con la aplicación directa de la norma constitucional.

7 Ibid., 19.

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

9 Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 116.

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

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 —motivado 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 suscribió el Tratado de Confederación, que entre sus acuerdos mencionaba la igualdad de todos los Estados, el socorro en caso de invasión, la libre circulación de los ciudadanos, y un único órgano común: una Asamblea integrada por un representante de cada uno de los Estados.¹¹

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.¹² En la Convención de Filadelfia de 1787 decidieron firmar la Constitución de los Estados Unidos, que surgió como un contrato sustentado en los acuerdos de los representantes de los Estados.¹³

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 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; la segunda es la condición de posibilidad, que conlleva un procedimiento agravado para la reforma.¹⁴

11 André Hauriou, Jean Cicquel y Patrice Gérard, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. José Antonio Gonzales Casanova (Barcelona: Ariel, 1980), 484.

12 Jean-Jacques 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». *El contrato social*, trad. Consuelo Berges (Madrid: Aguilar, 1970), 14.

13 Hauriou, Cicquel y Gérard, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 487.

14 Roberto Blanco Valdés, «La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana», en *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, comp. Miguel Carbonell (Ciudad de México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002), 29.

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.¹⁵ 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 lado, la presencia de excepciones a estas funciones,¹⁶ con la finalidad de garantizar un equilibrio y contrapeso de poderes (*checks and balances*).¹⁷ 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

*[e]l 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 solo dure el tiempo que exija la necesidad. 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 tiene a la magistratura y no los magistrados.*¹⁸

El poder legislativo se confiere al Congreso de Estados Unidos, integrado por el Senado y la Cámara de Representantes; el poder ejecutivo se lo inviste en el presidente, y el poder judicial se lo otorga a la Corte Suprema y tribunales.¹⁹ En tanto a las excepciones por parte del ejecutivo hacia el legislativo, tenemos las siguientes: la atribución del vicepresidente del Estado de ocupar la presidencia del Senado; el llenar las vacantes del Senado cuando este se encuentre en receso; la 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

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

16 *Ibíd.*, 90.

17 *Ibíd.*

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

19 Blanco Valdés, *El valor de la constitución*, 90. Al respecto, véase también: Estados Unidos Departamento de Estado, *Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas* (Washington, D.C.: World Book, 2004).

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 pueden realizar como excepción al principio de especialización funcional es el juicio político contra el presidente de la Federación.²⁰

Edward Corwin señala que la Constitución 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*». ²¹ 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.

La mayor intervención del Ejecutivo hacia el Legislativo se explica porque estaba latente en los Padres Fundadores²² 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 «[e]l departamento legislativo está extendiendo por dondequiera la esfera de su actividad y absorbiendo todo dominio en su impetuoso torbellino». ²³

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

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

21 Edward S. Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, trad. Aníbal Leal (Nueva York: Fraterna, 1987), 268.

22 Es la denominación colectiva que se da a los líderes políticos que participaron en la independencia y la constitución de EE. UU.

23 James Madison, «El federalista n.º 48», en *El federalista*, 2.ª ed. (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1957), 210.

diferenciaba entre nobles y pueblo, teniendo los primeros mayor participación en el parlamento.

Otro elemento importante que coadyuvó 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, otorgándoles 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».²⁴

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 requería ser 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».²⁵

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 se sitúa en primer plano como problema

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

25 Madison, «El federalista n.º 48», 211.

político la limitación del poder legislativo, la cual debería servir para hacer frente al riesgo indeseable de un eventual abuso democrático.²⁶

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.²⁷ Mientras que, en «El federalista n.º 78», Hamilton señala que el rol del poder judicial permitiría sanear el absolutismo de las mayorías.²⁸

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.²⁹ El procedimiento de reforma es entendido como el «instrumento democrático de protección de la supremacía de la Constitución sobre todos los poderes constituidos».³⁰ Su importancia no radica en su utilidad práctica³¹ sino en su

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

27 James Madison, «El federalista n.º 51», en *El federalista*, 2.ª ed. (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1957), 330-6.

28 Alexander Hamilton, «El federalista n.º 78», en *El federalista*, 2.ª ed. (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1957), 330-6.

29 El art. V de la Constitución de los Estados Unidos determina el procedimiento de reforma de la Constitución. Estados Unidos, *Constitución de los Estados Unidos de América*, Archivos Nacionales, 1787, art. V.

30 Javier Pérez Royo, «La reforma de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, n.º 22 (1986): 13, doi:10.5944/rdp.22.1986.8324.

31 Los antifederalistas atacaban al procedimiento de reforma argumentando la dificultad de cumplir con los requisitos que determina el art. V de la Constitución norteamericana; en defensa de ello, en *El federalista* Madison 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 (*El valor de la Constitución*, 104-10) otorga la razón a los antifederalistas al concluir que «de las cuatro vías procedimentales existentes solo una ha sido utilizada hasta la fecha de forma más o menos generalizada».

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».³²

Los constituyentes norteamericanos no vincularon expresamente la rigidez en la reforma constitucional con la supremacía de la Constitución; sin embargo, el carácter escrito y las solemnidades especiales para efectuar cambios en ella la dotan de un mayor valor respecto de las leyes.³³

Tampoco Hamilton, Madison y Jay en *El federalista* determinan el vínculo entre el valor de la Constitución y la dificultad de su reforma; no obstante, menciona Blanco Valdés que en el escrito 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».³⁴

Hamilton, en «El federalista n.º 78», señala como sigue:

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 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

32 Pérez Royo, «La reforma de la Constitución», 13.

33 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, si se requiere únicamente que la reforma sea expresa, conserva su carácter de norma superior. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 111. En la misma línea, Prieto Sanchís («Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución», 270-6), respecto a la relación entre rigidez y supremacía constitucional, señala 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 mediante el procedimiento legislativo, cumpliendo como requisito que la reforma sea expresa; así, la reforma constitucional debe realizarse según el procedimiento, caso contrario estaría vulnerando los preceptos constitucionales. De ahí que «una cosa es reformar la Constitución y otra violarla».

34 Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 113.

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.³⁵

En este texto se reconoce el derecho a reformar la Constitución, pero se debe realizar según el procedimiento y requisitos establecidos en esta 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».³⁶

A manera de colofón, se evidencia que tanto el esquema de división de poderes como la determinación de un procedimiento diferenciado y

35 Hamilton, «El federalista n.º 78», 334; énfasis añadido.

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

único para la reforma de la Constitución orientan, 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 modelo americano fue resultado de «un proceso tranquilo, consecuencia natural de unas necesidades y unos principios que resultaban indiscutibles por sí mismos».³⁷

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 caso Bonham, 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».³⁸

Otro antecedente en el derecho inglés se encuentra en el Instrument of Government,** sancionado por Oliver Cromwell en 1653; en este documento se consideraba su superioridad sobre toda ley, por lo que toda norma contraria a dicho instrumento era considerada nula. Si bien no entró en vigencia, sirvió de fundamento para el desarrollo de este principio.³⁹

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

En el momento de la Revolución e Independencia de EE. UU., en Inglaterra primaba la doctrina de la soberanía parlamentaria y soberanía de la ley; por lo tanto, los jueces no podían evaluar la constitucionalidad

* *N. de E.*: Presidente de tribunal de primera instancia con jurisdicción en materia múltiple.

** *N. de E.*: 'Instrumento de Gobierno'; no se traduce este y otros términos en inglés por petición del autor.

37 *Ibíd.*

38 Edward Coke citado en Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 118.

39 Oliver Cromwell citado en Juan Casiello, *Derecho constitucional argentino* (Buenos Aires: Perrot, 1954), 124.

de las leyes, situación que paradójicamente llevó a la consolidación del pensamiento de Coke en las colonias inglesas en Norteamérica, con base en 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 y un sistema político* sostiene la preminencia del gobierno de las leyes sobre el 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.⁴⁰

Locke, en ese mismo sentido, defiende la supremacía del poder legislativo. Sin embargo, es partidario de que debe tener limitaciones; entre ellas está el bien público de la sociedad, 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».⁴¹ La idea de un derecho fundamental tiene como sustento la concepción de 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 caso *Writs of Assistance*, 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».⁴²

La influencia de las ideas mencionadas tiene sus resultados iniciales en las constituciones de Maryland, Delaware, Pensilvania (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 (1176), 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.

* *N. de E.*: 'los principios fundamentales del derecho'.

40 James Harrington, *La república de Oceana y un sistema político* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014).

41 Locke parafraseado por Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 121.

42 *Ibíd.*, 122.

Así también, algunas cartas constitucionales de los Estados determinaban órganos políticos (no jurídicos)⁴³ que estaban destinados al control y vigilancia del cumplimiento de estas.

Consecuentemente, si bien no reconocen de modo expreso 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.

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 del 29 de mayo de 1787 se presentó el Plan Virginia, en el cual el gobernador de Virginia, Randolph propuso 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 Pensilvania— 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 a la creación del consejo de revisión, consideró

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

que el peligro no procedería de los otros poderes sino del Legislativo, por lo que señaló lo siguiente: «La experiencia de todos los Estados ha demostrado la tendencia de la legislatura a absorber todo el poder en su propio torbellino. Esta, que es la verdadera fuente de peligro en las constituciones americanas, ha sugerido de la necesidad de dar a otros órganos del Estado toda la autoridad para defenderse que sea compatible con los principios republicanos».⁴⁴

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 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 América, que en el art. 6, sección II determina la denominada *cláusula de supremacía* en la que estatuye así:

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.⁴⁵

Se observa que el debate no se concentró en la supremacía constitucional sino en la forma de controlar al Poder Legislativo, en el cual tomó relevancia el rol del Poder Judicial; de ello se desprende que los representantes de los Estados consideraban la necesidad de defender a la Constitución de la actividad del legislador, por lo que coincidieron en 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 n.º 78», en el cual Hamilton indicó como sigue:

44 *Ibíd.*, 132.

45 Estados Unidos, *Constitución de los Estados Unidos de América*, art. 6, sección II.

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 que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las 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.⁴⁶

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; este tema estudiaremos más adelante.

A partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema 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 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.⁴⁷

En conclusión, por un lado en el debate constitucional los Padres Fundadores tácitamente reconocieron la supremacía de la Constitución; por otro lado, la forma en la que se realizó la división de poderes —en la cual se establecieron pesos y contrapesos a fin de controlar que su actividad, sobre todo del Legislativo, no atentase 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 que la Constitución de los Estados Unidos era la 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

46 Hamilton, «El federalista n.º 78», 332.

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

y tras un largo proceso de evolución, es catalogada como una norma jurídica.

1.2. EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN Y LA 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 de 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». ⁴⁸ 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 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». ⁴⁹

La división de poderes, según el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ⁵⁰ constituye uno de los elementos indispensables de la Constitución: establece una ruptura histórica en la organización del poder, por cuanto pone fin al absolutismo concentrado en la figura del monarca.

La Constitución de 1791 establece la división de poderes a partir de la afirmación del principio de soberanía nacional, el cual 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 cual

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

49 *Ibíd.*

50 El art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano establece que «[t]oda sociedad en la cual la garantía de derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución». Francia, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. Antonio Nariño, 26 de agosto de 1789, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8s4z7>.

requería ser asignada a una persona; por eso los constituyentes decidieron investir a la nación de soberanía.⁵¹ Es así que la referida norma constitucional, en el título III, art. 2, determina que «[l]a 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».⁵²

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 Régime (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 pasó a formar parte de los poderes constituidos sometidos a la ley, lo que dio 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 representaba el Ejecutivo a cargo del rey que el Poder Legislativo porque «el cuerpo legislativo es elegido, numeroso, tiene el bien por interés y 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».⁵³

Por otro lado, el poder legislativo estaba investido en el 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, según la cual el Parlamento el único intérprete de la voluntad general por intermedio de la ley.⁵⁴

En ese sentido, los constituyentes franceses, influenciados por la doctrina de Rousseau, plasmaron en los textos constitucionales el concepto

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

52 Citada en Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 185.

53 *Ibíd.*, 195.

54 Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, 100.

de ley como «una declaración de la voluntad general sobre un objeto de interés común». ⁵⁵ 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 cumplía los requisitos para ser ciudadano, como por ejemplo tener una propiedad de un determinado valor. En consecuencia, la ley era la expresión de un pequeño grupo de personas. ⁵⁶

El movimiento revolucionario, a partir de 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, cuyo postulado lo defendió Enmanuel Sieyes. ⁵⁷ 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.

Sieyes se decantó por la primera al señalar que los ciudadanos no tienen ni instrucción ni tiempo libre suficientes para ocuparse de las leyes, por lo que designan representantes que expresen el parecer de la mayoría; en este sentido, consideraba que «[c]uando una sociedad está formada se sabe que el parecer de la mayoría se convierte en ley para todos». ⁵⁸

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 y investido por la soberanía nacional que 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

55 Ibid., 217.

56 Eliseo Aja, «Introducción al concepto actual de Constitución», estudio preliminar a ¿Qué es una Constitución?, de Ferdinand Lassalle, 5.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1997), 14.

57 Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, 99.

58 Ibid., 219.

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».⁵⁹

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 se 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.

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 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. Así también, podía nombrar a los principales funcionarios, ratificar tratados, declarar la guerra, incluso en ciertas circunstancias proceder a la deposición del monarca.⁶⁰ 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 fuerte y un

59 Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, 104.

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

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 interpretara con total libertad el sentido material de las atribuciones constitucionales en perjuicio del poder ejecutivo. Frente a esta posibilidad, por un lado se determinó el período de un año para el funcionamiento de la Asamblea, tras el cual se debía elegir nuevos representantes; y, por otro lado, se estableció la participación del pueblo en la actividad legislativa al dotar a los colegios municipales de la facultad de objetar la ley en el plazo de cuarenta días, tras lo cual se sometería a sanción popular para su aprobación; caso contrario, entraba en vigencia.

Esa 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 triunfó el movimiento de los jacobinos, liderado por Robespierre, que suspendió la vigencia de la Constitución y encaminó acciones extremas para impedir toda acción contrarrevolucionaria, haciendo uso del Poder Judicial para estos fines.⁶¹

Como reacción a estos hechos políticos, en 1795 se promulgó una nueva Constitución en la que se persiguió 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 los Quinientos y el Consejo de Ancianos; en cambio, el poder ejecutivo fue otorgado a un directorio designado por los consejos. No existían mecanismos de control por parte de los órganos; únicamente se determinaba la prohibición a los poderes constituidos de modificar la Constitución.

En las tres constituciones se mantuvo el principio de supremacía del Parlamento y de la ley; sin embargo, también se determinaron varios principios fundamentales teóricamente correctores de su supremacía, contenidos en la Declaración de derechos constitucionales —cuya funcionalidad es actuar como límite material frente a los poderes del

61 Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 287.

Estado, entre ellos el 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»,⁶² 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 esto 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 ley fundamental. 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 representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo tipo de incumplimiento de la Constitución»; propuesta que no tuvo aceptación.⁶³

En ese sentido, la declaración de derechos determinados en las constituciones francesas indicadas era inoperante como limitación al Parlamento. Así, la defensa de la Constitución quedaba en el pueblo por medio de la convocatoria a una convención constituyente, lo cual configuraba la falta de mecanismos jurídicos efectivos que permitían el control del respeto a los principios materiales contenidos en la Constitución y la dejaban sin contenido normativo.⁶⁴

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 quedaban 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

62 *Ibíd.*, 225.

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

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

libertades públicas, en la conciencia de la legitimidad y en el derecho a la resistencia.⁶⁵

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 permitía controlar tanto el cumplimiento de las competencias otorgadas a cada uno de los detentadores del poder como el respeto a los derechos previstos en la carta constitucional, llevaban inevitablemente a la negación del valor normativo de la Constitución.⁶⁶

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 y 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.⁶⁷

En ese 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 rey y la sociedad, que conservaron muchas de las conquistas realizadas a partir de la revolución, de tal forma que los monarcas aceptaron limitaciones sin mayor trascendencia.⁶⁸ 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 (1914-1918), la presencia de tensiones nacionalistas y de reorganización territorial y social coadyuvó a redefinir la noción de Constitución, en la que el poder ejecutivo fue asignado al presidente de la República, se introdujeron elementos

65 Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, 103.

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

67 Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, 102.

68 Aja, «Introducción al concepto actual de Constitución», 16.

para disminuir el poder del Legislativo y el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley. Estos elementos permitieron dar un giro a la visión de la Constitución como un mero programa político para entenderla como norma jurídica y suprema.⁶⁹

La primera Constitución a la que se le dio preeminencia sobre la ley fue la de Weimar (1919), que determinó la sujeción de los poderes a la carta constitucional y la creación del Tribunal Superior del Imperio, al que se le envistió de la facultad de dirimir los conflictos entre los poderes constitucionales y los surgidos entre los entes territoriales de la Federación.

En 1920 se promulgó la Constitución de Austria, en la cual se creó el Tribunal Constitucional (fruto del aporte intelectual de Kelsen) al que se 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 hacia 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 supremacía de la ley, no entendida como la manifestación de la voluntad general sino como la expresión de la voluntad del Ejecutivo. Por esta razón, la Constitución quedaba sometida a las modificaciones que realizara el jefe de Estado; tal fue el caso de Alemania, por lo que la Constitución de Weimar se tornó inoperante. En este período 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.⁷⁰

Solo después de la Segunda Guerra Mundial en Europa continental, con la creación del Tribunal Constitucional, se consolidó el principio de supremacía constitucional y el valor jurídico de la Constitución. La

69 Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, 102.

70 Alessandro Pizzorusso, *Justicia, Constitución y pluralismo* (Lima: Palestra, 2005), 38.

presencia de factores pluralistas, tanto en el ámbito social como en el ámbito político, exigieron un consenso constitucional. El pluralismo social produjo el reconocimiento de medidas conducentes a la superación de las diferencias económicas y sociales, y el pluralismo político estableció límites a la regla de las mayorías con la finalidad de que estas no vulneren derechos constitucionales; esto dio como resultado la creación del Tribunal Constitucional, cuya finalidad era el control constitucional de la actividad legislativa, específicamente de la ley.⁷¹ Así, 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 se encomienda a un tribunal constitucional su protección frente a las leyes.⁷²

La creación del Tribunal Constitucional, como organismo encargado del control de constitucionalidad de la ley, marcó el cambio en la concepción de la Constitución: se superó la visión de ser un simple pacto político que definía la distribución de poderes y pautas para su comportamiento, para consolidarse como la norma jurídica fundamental del Estado, dotada de supremacía, sobre todo del 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 la concibe como norma jurídica investida de supremacía 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 como una atribución del Tribunal Constitucional.

Tanto en el constitucionalismo de EE. UU. 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.

* *N. de E.*: 'revisión judicial'.

71 Aja, «Introducción al concepto actual de Constitución», 33-5.

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

1.3. EL VALOR NORMATIVO Y LA 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. Por esta razón, 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 incide sobre la eficacia de la Constitución.⁷³

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 existencia de una ley 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 frente a un vacío legal los jueces tienen que sustentar su decisión directamente en la norma constitucional. En este caso, 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 «[l]os derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos».⁷⁴ 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

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

74 *Ibíd.*

que en un caso en concreto se analiza si la norma se encuentra o no acorde a ella.⁷⁵ Puede presentarse una norma que guarde relación con los preceptos constitucionales, por lo que se procederá a aplicar la norma legal y constitucional para sustentar su decisión judicial; en caso de identificarse una norma legal inconstitucional, en virtud del principio analizado, el juez podrá aplicar de manera directa 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 de control de constitucionalidad de la ley.

2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

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 la hagan efectiva. Es decir, de no existir el control del cumplimiento constitucional, la Constitución no tendría fuerza normativa. Por tanto, «el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad a la misma; es decir, si se pretende que la misma se “realice”, en expresión, bien conocida de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico».⁷⁶

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

75 Sobre la interpretación conforme a la Constitución, véase Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 141-62.

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

inseparables, donde el segundo hace efectivo al primero, por lo que, al hablar de un poder limitado, hablamos de un poder controlado.⁷⁷

Existen limitaciones no institucionalizadas, consecuentemente controles no institucionalizados, denominados *controles sociales*, 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 y la presión social;⁷⁸ sin embargo, estos no garantizan la normatividad de la Constitución. Por otro lado, existen limitaciones institucionalizadas, como son los controles políticos y controles jurídicos, que en consecuencia se encuentran determinados.⁷⁹

Los controles políticos presentan carácter subjetivo, lo que significa que no existe un parámetro predeterminado de valoración sino que depende de la apreciación del órgano de control, que lo realiza de forma voluntaria basado en razones políticas, 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 que haya sido solicitado o que se evidencie 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 están dotados de competencia técnica y conocimiento del derecho; deben ser imparciales e independientes y no se constituyen en limitadores sino en verificadores de las limitaciones. Estas características las encontramos en los órganos judiciales y los tribunales constitucionales, de ahí que sea el control jurisdiccional el control jurídico por excelencia.⁸⁰

El control del poder es un elemento necesario en el constitucionalismo para garantizar la división de poderes, en la cual la Constitución es la norma jurídica suprema. El control en general y sobre todo el

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

78 Aragón Reyes, *La constitución y el control del poder*, 64.

79 *Ibíd.*, 65.

80 *Ibíd.*, 66.

jurídico del poder legislativo es una garantía de la supremacía y valor normativo de la norma constitucional.

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, con lo que se tornaría en 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. 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 irrespeto la Constitución, conllevará una sanción que es la inconstitucionalidad, así como el irrespeto al semáforo en rojo implicará una multa.⁸¹

El control jurídico puede ejercerse, en general, sobre toda actividad estatal, ya sea en el ámbito administrativo, judicial o legislativo. Es de interés el estudio del control jurídico de constitucionalidad del producto del parlamento —esto es, de la ley—; 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; este problema no es objeto de la presente tesis, pero sí es necesario hacer una breve referencia. Al respecto se pueden señalar dos posiciones: la primera, defendida por Roberto Gargarella, quien 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

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

no se afectaría al principio mayoritario que respalda a la ley.⁸² La segunda, un control constitucional material y formal, postulado por Luigi Ferrajoli, quien defiende la promulgación de leyes conforme al procedimiento constitucional, pero también que estas normas no sean contrarias al contenido material constitucional; señala también que es necesario establecer límites a la mayoría en defensa de los derechos de las minorías.⁸³

Al igual que en el control del poder no existe un concepto unívoco, se presenta un sinnúmero de clasificaciones del control constitucional atendiendo a diferentes criterios, como la forma de acceso, los efectos, el momento del control, entre otros.⁸⁴ Sin embargo, todos se relacionan con el órgano del Estado que ejerce el control y responden 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 Belaunde *originarios*⁸⁵ porque tienen un origen histórico ligado al nacimiento del constitucionalismo. Se diferencian por el órgano que ejerce el control y son los sistemas político⁸⁶ y jurídico; este último a su vez se subdi-

82 Sobre el tema, véase Roberto Gargarella, «Las amenazas del constitucionalismo: Constitucionalismo, derechos y democracia», (ponencia, SELA 2001), http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Las_amenazas_del_constitucionalismo.pdf web desaparecida); Roberto Gargarella, «Constitución y democracia», en *Derecho constitucional* (Buenos Aires: Universitaria, 2004).

83 Al respecto, véase Luigi Ferrajoli, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 16-23, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9954>; Luigi Ferrajoli, «La democracia constitucional», en *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: Eudeba, 2001).

84 Sobre 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* 7, n.º 2 (2009): 281-300, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>.

85 Domingo García Belaunde, «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: En conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti* (Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 1998), 1323.

86 El control político se origina en Francia a partir de la Revolución francesa, momento histórico en el que existía una marcada desconfianza hacia los jueces basada en las actuaciones de los parlamentos judiciales en los reinados de Luis XIV, XV y XVI. Sieyès proponía la creación de un Jurado Constitucional, la cual no fue aceptada por los constituyentes de la Revolución. Durante la historia constitucional francesa

vide en difuso (americano) y concentrado (continental europeo). Estos se han expandido y han experimentado múltiples transformaciones⁸⁷ que han dado lugar a varios tipos de control según las características de cada ordenamiento.

El primer país en el que se implementó el modelo judicial fue EE. UU. a partir del famoso caso *Marbury vs. Madison* en 1803, mientras que en los países europeos, a partir de la segunda década del siglo XIX, bajo la doctrina de Hans Kelsen se postuló el ejercicio del control judicial por un tribunal constitucional. Por este hecho se puede señalar que EE. UU. es el precursor del control judicial de las leyes. Francisco Fernández Segado expresa que «en este continente surgió la verdadera y propia garantía jurisdiccional de la Constitución».⁸⁸

2.2.1. Control difuso

La decisión en el caso *Bonham* dictada por el juez Coke, Chief Justice de la Court of Common Pleas —en la que estableció que una norma contraria al derecho común y a la razón no era válida— coadyuvó al origen del principio de supremacía constitucional y también constituyó 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 atentasen contra los derechos reconocidos en el derecho común. Así, por ejemplo, en el año 1765, frente a la Ley de Sellos (según la cual toda publicación realizada en las colonias debía realizársela en papel sellado y producido en Inglaterra), John Adams sostenía que

se observa la presencia del control político de la Constitución, que se consideraba tenía una supremacía política, no jurídica; así, en la Constitución de 1958 se creó 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 *Sobre la jurisdicción constitucional*, comp. Aníbal Quiroga León (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990), 103-46.

87 Lucio Pegoraro, «Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 2 (2004): 131-158.

88 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* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997), 27.

esta norma era nula por cuanto contradecía la carta magna y el derecho a la equidad natural.⁸⁹

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 ensayo 78, sentó las bases de la revisión de la ley por parte del poder judicial. En este sentido, indicó lo siguiente:

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.⁹⁰

Mencionamos 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 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.⁹¹ En este sentido, todos los jueces y tribunales se constituyen en garantes de la Constitución y de los derechos en ella establecidos; 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.⁹²

89 Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, 289.

90 Hamilton, «El federalista n.º 78», 331.

91 *Ibíd.*

92 Luis Prieto Sanchís, «Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley: Los presupuestos históricos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional», *Fun-*

La revisión judicial se consolidó en 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 n.º 78». 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 a Marbury. El secretario de Estado del nuevo presidente Jefferson, Madison, 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 designación.

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. 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 existe, por un lado, 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.⁹³

En ese sentido, el juez, al identificar una ley inconstitucional, debe aplicar directamente la Constitución, de tal manera que no se dicta la

damentos, n.º 4 (2006): 88, <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Luis.pdf>.

93 Hauriou, Cicquel y Gérald, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 489.

nulidad de la ley sino que se 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 *inter partes*. En consecuencia, también es declarativo ya que, si bien considera que la inconstitucionalidad es *ex tunc*, la norma continúa vigente y requiere de una ley que la derogue de manera expresa.⁹⁴

Indicamos que la inaplicación de la norma legal solo tiene efectos para el caso en concreto, pero en virtud del principio *stare decisis*⁹⁵ horizontal y vertical, los jueces resuelven conforme a sus propias decisiones o de otros jueces de igual jerarquía, dictadas anteriormente en relación con una determinada norma; es decir, 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 EE. UU. generalmente los asuntos en los que se suscita la revisión judicial se presentan en la Corte Suprema.⁹⁶ De tal manera, si bien la inaplicación de una norma inconstitucional tiene efectos para el caso en concreto, en virtud del principio *stare decisis* se torna obligatoria para todos los tribunales⁹⁷ 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 la apliquen, lo que vulneraría la

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

95 Sobre el principio *stare decisis*, véanse David Rene y Camille Jauffret-Spinosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. Jorge Sánchez Cordero, 11.^a ed. (Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2010), 305-28; Javier Solís Rodríguez, «La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas», en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz: Derecho procesal*, coord. David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera (Ciudad de México: Universidad Nacional de México, 2005), 328-30.

96 Hauriou, Cicquel y Gérald. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 490.

97 Fernández Segado, «El control de la constitucionalidad en Iberoamérica», 38.

seguridad jurídica.⁹⁸ Este riesgo se disminuye pero no se soluciona del todo mediante el principio *stare decisis*, ya que solo se inaplica la ley para el caso en concreto, pero aún permanece en el ordenamiento jurídico. Por ello, otros jueces, al no conocer la decisión adoptada con relación a la inaplicación de la norma, podrían aplicarla.

En América Latina, Argentina aplica el control difuso de constitucionalidad, pero no cuenta con la institución del *stare decisis*, por lo que efectivamente existe el riesgo que hemos señalado, el cual únicamente se superará cuando la Corte Suprema de Argentina inaplique una norma legal por ser inconstitucional, ya que, si bien sus decisiones no son obligatorias, es el máximo órgano del Poder Judicial.⁹⁹ Otro mecanismo por el cual se subsanaría en cierta medida este problema es por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad.¹⁰⁰

En Ecuador, el modelo de control difuso se introdujo de forma clara mediante la Constitución de 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 de 2008, actualmente vigente, no se determina de manera expresa esta atribución de los jueces.

2.2.2. Control concentrado

Señalamos que la finalización de la Primera Guerra Mundial en Europa dio origen a que se aceptara la Constitución como norma jurídica y el principio de supremacía de esta; 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.

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

99 Elena I. Highton, «Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad», en *La justicia constitucional y su internacionalización*, coords. Armin Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2010), 1:152.

100 Fernández Segado, «El control de la constitucionalidad en Iberoamérica», 39. Véase también Gustavo Ferreyra, «La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: Vicisitudes y restos del papel institucional del Tribunal», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 47 (2004): 13-44, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/131018>.

Hans Kelsen inspiró a la conformación técnico-jurídica de la Constitución de Austria de 1920, en la que se creó el Tribunal Constitucional con facultad de resolver sobre las controversias de carácter constitucional; este fue el primer país donde se instauró este sistema, conocido como *austriaco*. Este modelo de justicia influyó rápidamente en los demás países europeos; así, se instauraron en el mismo año el referido tribunal en Checoslovaquia y en 1931 en España.

Durante el período comprendido entre 1923 y 1928, Hans Kelsen 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 estos escritos defendió el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes por medio de un tribunal constitucional, órgano garante de la Constitución.

En «La garantía jurisdiccional de la Constitución», Kelsen determina que esta radica en la posibilidad de nulificar los actos que no son creados de acuerdo con la norma suprema.¹⁰¹ Esta facultad no puede ser asignada al propio parlamento, por cuanto así se tornaría 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 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.¹⁰²

Kelsen formula que el examen de constitucionalidad básicamente se concreta en el análisis de la validez formal de la norma legal, por

101 Hans Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución», trad. Hernán Salgado Pesantes, en *El tribunal de garantías constitucionales: Conflictos y jurisprudencia período 1980/1990* (Quito: Ildis, 1990), 35-44.

102 Carrillo y Ferreres Comella, *Teoría general de la Constitución*, 96.

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.¹⁰³ 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, para evaluar una norma el tribunal constitucional toma en cuenta el contenido material previsto en la Constitución. En consecuencia, si una norma es contraria a los preceptos constitucionales, es inconstitucional.

En este sistema de justicia constitucional se atribuye la facultad de control de las leyes a un tribunal independiente de los poderes del Estado; es el órgano que mantiene el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, para impedir que jueces ordinarios puedan realizarlo. Se concentra esta facultad en un solo órgano, por lo cual adopta el nombre de *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 política,¹⁰⁴ esto es, la presencia de regímenes absolutistas. Nuevamente se observa cómo el control constitucional de la ley se convierte en un elemento indispensable del constitucionalismo.

Por eso, 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 se vio la necesidad de ejercer un control del poder legislativo. Así, en Alemania e Italia se puso fin al absolutismo del Parlamento y se estableció un Tribunal Constitucional que ejerce el control de las leyes. 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 una ley, en función de un examen abstracto de la norma legal,

103 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 4.ª ed. (Buenos Aires: Universitaria, 2009).

104 Brewer-Carías, «Control de constitucionalidad: La justicia constitucional», 549.

como contraria a la norma constitucional, desvinculada de situaciones fácticas concretas.

2. *Control de constitucionalidad por vía indirecta (llamado también incidental o cuestión de constitucionalidad)*. En esta forma de control concentrado se presentan dos momentos para efectuar el examen de constitucionalidad: el primero es un juicio *a quo* de constitucionalidad¹⁰⁵ realizado por el juez ordinario que conoce un proceso, en el que examina la ley que es sustancial para resolverlo, 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,¹⁰⁶ 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 constitutiva, 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—, cuando el juez identifica una contradicción entre la norma legal y la constitucional, debe preferir la segunda; sin embargo, en este modelo de control el juez se ve restringido a realizarlo, ya que en este caso debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el tribunal. Otro elemento que no se puede dejar de lado es el efecto dilatorio que genera en la impartición de justicia, debido al plazo de tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad, que se añade al tiempo de duración del proceso judicial.¹⁰⁷

El modelo de justicia constitucional europeo ha tenido una gran influencia en Latinoamérica, pero también por la cercanía con EE. UU. varios países de América del Sur han adoptado elementos del sistema difuso. Esta situación ha conducido a la existencia de diversos matices

105 Pablo Pérez Trempe, «La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español», *Revista de Estudios Constitucionales* 3, n.º 1 (2005): 130.

106 *Ibíd.*, 137.

107 *Ibíd.*, 130.

de los sistemas clásicos que difieren en sus características de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno.

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: la Corte Suprema de Justicia.¹⁰⁸

En Ecuador, mediante la creación del Tribunal Constitucional en 1945, se dio el primer paso hacia el modelo concentrado de control constitucional; sin embargo, tuvo una corta duración, al ser eliminado en 1946. En la Constitución de 1978 reapareció este órgano, pero sin competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley, sino solo para suspender temporalmente su aplicación para el caso concreto. 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 de 2008, vigente en la actualidad, se determina con claridad este modelo de control de constitucionalidad.

2.2.3. 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, que ha generado una proliferación de modelos y su constante mixtura. Esto ha sucedido 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 EE. UU.; 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

108 Highton, «Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad», 119-46.

los dos sistemas de control, por lo que se han suscitado los modelos derivados: paralelo y mixto.

a) *Paralelo*

En el control de constitucionalidad paralelo coexisten tanto el sistema difuso como el concentrado, por lo que también se lo suele denominar *dual*¹⁰⁹ o, según Francisco Fernández Segado, *múltiple*.¹¹⁰ En este modelo de control operan de forma separada, por un lado, los jueces en un proceso contencioso, en virtud del control difuso, donde se les faculta para decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley mediante su inaplicación con efecto *inter partes*. 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 con efecto *erga omnes*.

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 constituye el principal problema al presentarse el riesgo que hemos identificado en el control difuso. Por ello, al hablar del sistema paralelo, si bien no podemos señalar la incompatibilidad de los dos sistemas, cabe observar la existencia de problemas al momento en 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 y Perú.

En el caso brasileño,¹¹¹ 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

109 García Belaunde, «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», 1325.

110 Fernández Segado, «El control de la constitucionalidad en Iberoamérica», 27.

111 Sobre la justicia constitucional en Brasil, véase Andrei Koerner, «“Representación y justicia”: Una hipótesis sobre el control de la constitucionalidad y el acceso a la justicia en Brasil desde 1930», en Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi *La justicia constitucional y su internacionalización*, 1:175-98.

efectos generales y no retroactivos, así como inaplicar una norma por ser inconstitucional al momento de resolver un caso contencioso.

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 Colombia a partir de la Constitución de 1991 se creó la Corte Constitucional que es parte de la rama judicial, a la que se le otorga la competencia de garantizar la Constitución.¹¹² 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 su exequibilidad.

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.¹¹³

112 Highton, «Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad», 154.

113 José Vicente Haro, «El sistema de justicia constitucional en la Constitución venezolana», en *Defensa de la constitución: Garantismo y controles*, coord. Víctor Bazán (Buenos Aires: Ediar, 2003), 741-9.

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 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 ella.

Venezuela cuenta con una Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia creado por mandato constitucional, cuya misión principal es garantizar la supremacía de las normas constitucionales; así, 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.¹¹⁴

Hasta aquí únicamente estaríamos hablando de un control paralelo. En relación con esto, los autores José Vicente Haro y Allan R. Brewer Carías 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.¹¹⁵

Esta competencia se encuentra determinada en el num. 10 del art. 336 de la Constitución venezolana: «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».¹¹⁶

La institución señalada es de ejercicio discrecional de la sala constitucional y se desarrolla como su competencia excepcional en el art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo;¹¹⁷ en esta norma se establece la obligación de los jueces de remitir las copias de todas las decisiones en que se desaplique alguna norma legal.¹¹⁸

114 Highton, «Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad», 147.

115 José Vicente Haro, «El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión», en *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, t. III (Ciudad de México: Marcial Pons, 2008), 750; Allan R. Brewer-Carías, «Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional venezolana», *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano* 1 (2005): 301.

116 Citada en Brewer-Carías, «Los procesos y procedimientos constitucionales», 322.

117 Venezuela, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta Oficial 37 942, 20 de mayo de 2004, art. 5.

118 Highton, «Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad», 149.

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 constitucional, impidiendo que este órgano cumpla con funciones constitucionales a ella encomendadas. José Vicente Haro, al respecto, defiende una discrecionalidad atenuada o alemana,¹¹⁹ en la cual existen presupuestos de admisibilidad amplios a fin de permitir la decisión discrecional de la sala constitucional.

Si bien este mecanismo permite configurar un control mixto, pues integra los modelos de tal manera que el órgano concentrado es el único que puede declarar la inconstitucionalidad de una norma legal; 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. Así, 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 inconstitucionales las normas jurídicas y otras resoluciones que se apliquen por considerarlas constitucionales.

Para que exista un control constitucional mixto, en el que 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.

119 Este autor identifica además dos 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, en el que los presupuestos de admisibilidad están claramente determinados y, en el caso que se cumplan, está en la obligación de admitir la revisión. Haro, «El sistema de justicia constitucional», 747.

2.3. ¿QUÉ CONTROL PERMITE APLICAR DIRECTAMENTE LA CONSTITUCIÓN A LOS JUECES?

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 sea 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: 1. si no existiera norma legal aplicable al caso en concreto, el juez deberá encontrar la solución jurídica en la norma suprema. 2. Al momento de interpretar la Constitución —de todas las interpretaciones posibles, en virtud del principio de interpretación conforme a la norma suprema—, se optará por la que se adecúe al precepto constitucional para garantizar la validez de la norma y consecuentemente sustentar su decisión, tanto en la norma legal como en la constitucional. 3. Si una vez realizada la actividad hermenéutica el juzgador no encontrase una interpretación de la ley adecuada a la Constitución y la única interpretación existente fuese inconstitucional, dejará de aplicar la norma legal y tendrá que sustentar su decisión mediante la aplicación de la Constitución.

En un ordenamiento jurídico con control de constitucionalidad concentrado, el juez 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 porque en este sistema si el juez evidencia en un caso concreto que una norma legal está en contradicción con la Constitución, no puede dejar de aplicarla sino que tiene el deber de suspender el decurso 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, pudiendo además en un caso concreto inaplicar una norma inconstitucional.

Hasta aquí podríamos señalar que los dos sistemas que permiten de una manera más amplia la aplicación directa de la Constitución son el difuso y el mixto. Sin embargo, existe un elemento diferenciador que permite optar por el control mixto, 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*. Así se evita 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 EL 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, mediante la cual se configura una vinculación bilateral que conlleva a 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 de Ecuador para identificar qué modelo de control de constitucionalidad se estableció en cada una de ellas para garantizar su carácter normativo.

1. PRECEDENTES HISTÓRICOS

En el desarrollo del control de constitucionalidad de la ley y de otras normas, pueden identificarse las siguientes etapas históricas:¹²⁰

120 Las etapas históricas se basan en los períodos presentados por Agustín Grijalva, «Evolución histórica del control constitucional de la ley en el Ecuador», en

1. 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).

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 se constituyó como un nuevo Estado el 13 de mayo de 1830, bajo el nombre de Ecuador e inició su vida republicana con la Constitución promulgada el 23 de septiembre de 1830.

La Constitución de 1830, en el art. 73, estableció que las leyes civiles y orgánicas continuarían vigentes en lo que no se opusieran a ella.¹²¹ 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 art. 5 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.¹²²

Asimismo, el art. 69 de esta Constitución exigía de todo funcionario el juramento de fidelidad, 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.

Más adelante, la Constitución de 1835 —al igual que la precedente— declaró que las normas existentes hasta ese momento continuarían

Historia constitucional: Estudios comparativos, ed. Enrique Ayala Mora (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 330.

121 Ecuador, *Constitución del Estado de Ecuador*, 23 de septiembre de 1830, art. 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». Las constituciones de Ecuador están recopiladas en la obra de Ramiro Borja y Borja, *Derecho constitucional ecuatoriano*, 2.^a ed. (Quito: Instituto Geográfico Militar, 1980), t. 4, apéndice, vols. 1-3.

122 Ecuador, *Constitución del Estado*, 1830, art. 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».

vigentes siempre que no se opusieran a aquella (art. 112). En el art. 110 se determinó como competencia del Congreso la resolución de dudas que pudieran surgir sobre la interpretación de la norma fundamental.¹²³

Sin embargo de lo mencionado, el Congreso no era el único intérprete de la Constitución, por cuanto el art. 109 determinaba que todo funcionario al momento de tomar posesión de su cargo debía prestar el juramento de sostener y defender a la Constitución, entendiéndose a esta disposición como una facultad de interpretación de la norma constitucional dentro del ámbito de sus competencias.¹²⁴

La Constitución de 1843 reprodujo el contenido de los artículos referidos de la norma constitucional de 1835 en los arts. 105, 106 y 111;¹²⁵ es decir, no reflejaba ningún 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 cambio, en la Constitución de 1845 se presentaron varios cambios con respecto a sus antecesoras. El art. 139 determinaba de forma clara la supremacía de la norma constitucional sobre las otras leyes, al disponer que «[t]oda ley que se oponga a esta Constitución, no tendrá efecto».¹²⁶ Además, el art. 135 establecía la obligación de todo funcionario de defenderla; y el art. 138 consideraba al Congreso como el único órgano autorizado para resolver conflictos sobre la interpretación de la Constitución, su decisión se realizaría mediante ley.¹²⁷

En esta Constitución se destacaron tres aspectos: 1. se facultaba a todo ciudadano a formular reclamos ante el Congreso o el Ejecutivo sobre las infracciones a la Constitución (art. 126); 2. el Ejecutivo podía objetar los proyectos de ley cuando no hubieran cumplido con el procedimiento determinado en los arts. 45, 46 y 47 (art. 55); y 3. se otorgaba al Ejecutivo la atribución de «hacer cumplir la Constitución y las leyes» (art. 70).

123 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 13 de agosto de 1835, art. 110: «Solo el congreso podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno, o algunos artículos de esta Constitución».

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

125 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, 31 de marzo de 1843.

126 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 3 de diciembre de 1845, art. 139.

127 *Ibíd.*, art. 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».

La Constitución de 1851 reprodujo todos los principios de la norma constitucional precedente.¹²⁸ El elemento que destaca es la creación del Consejo de Estado, al cual se otorgaba la competencia de velar por el respeto de la Constitución; dicha facultad se limitaba a identificar las omisiones del Poder Ejecutivo e informar a la Asamblea Nacional (art. 82).

Las constituciones de 1852 y 1861,¹²⁹ con relación al control de constitucionalidad, contemplaban disposiciones similares a las previstas en las constituciones de 1845 y 1851, excepto en los siguientes aspectos: 1. se suprimió el texto que disponía que toda ley que se opusiera a la Constitución carecería de efecto, y 2. se eliminó el Consejo de Estado.¹³⁰

La Constitución de 1869 mantuvo disposiciones que coincidían con el contenido de las dos últimas, excepto en los siguientes temas: 1. se eliminaba la facultad del Ejecutivo para hacer efectuar la Constitución y la ley; y 2. se facultaba 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.¹³¹

La Constitución de 1878 prescribió como una de las atribuciones del Congreso la interpretación de la Constitución mediante ley expresa.¹³² Además, permaneció la facultad del Ejecutivo para objetar los proyectos de ley que no hubieran cumplido con el procedimiento constitucional para su elaboración (art. 59); y el deber de todo empleado público de defender la Constitución.

Se dispuso que los acuerdos municipales que se opusieran a la Constitución y a la ley no se ejecutarían, y si surgiera una controversia entre

128 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, 25 de febrero de 1851, arts. 43, 58, 107, 134, 136 y 135 (en la Constitución de 1845, 55, 70, 126, 135, 138 y 139, respectivamente).

129 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 6 de septiembre de 1852, arts. 53, 68, 125, 135 y 140; Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 10 de abril de 1861, arts. 52, 66, 119, 127 y 130.

130 Torres, *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, 125.

131 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 11 de agosto de 1869, arts. 47, 104, 112 y 114.

132 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, 6 de abril de 1878, art. 47: «Son atribuciones del Congreso: 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».

la municipalidad y otra autoridad, sería atribución de la Corte Nacional de Justicia resolver este conflicto.¹³³ También se prescribió la obligación de los militares de no ejecutar órdenes manifiestamente contrarias a la Constitución.¹³⁴ 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 hacerlo.

En esta Constitución se refleja un gran retroceso dentro del desarrollo constitucional, en vista de que 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.

La Constitución de 1884, con relación a los temas observados, reprodujo los textos de su predecesora,¹³⁵ excepto en lo siguiente: 1. se reconoció nuevamente garantías para los ciudadanos¹³⁶ —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 (art. 90).¹³⁷

En el Gobierno de Eloy Alfaro se expidió la Constitución de 1897, la cual contempla disposiciones similares a su predecesora.¹³⁸ Sin embargo, el art. 39 estableció que se podía acusar ante los tribunales de justicia a los funcionarios que violen las garantías establecidas en la

133 *Ibíd.*, art. 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».

134 *Ibíd.*, art. 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».

135 Ecuador, *Constitución Política de la República de Ecuador*, 13 de febrero de 1884, arts. 62, 74, 119, 127 y 132.

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

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

138 Ecuador, *Constitución Política de la República de Ecuador*, Registro Oficial 272, Suplemento, 14 de enero de 1897, arts. 65, 77, 94, 123, 130 y 135.

Constitución;¹³⁹ sobre todo se reconoció expresamente la supremacía de la Constitución, conforme consta en el título XI, art. 132: «*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».¹⁴⁰

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; dispuso que las ordenanzas, acuerdos o resoluciones municipales que se opusieran a la Constitución y a la ley no se ejecutarían y, si surgiera una controversia entre la municipalidad y otra autoridad, sería resuelta por la Corte Nacional de Justicia; y la prohibición de los militares de ejecutar órdenes manifiestamente contrarias a la Constitución. Nuevamente, se reconoció la facultad a todo ciudadano para denunciar sobre la infracción a la Constitución ante el Poder Ejecutivo, el Congreso u otra autoridad competente.¹⁴¹

Las novedades en esta Constitución eran varias: el Consejo de Estado tenía la facultad de velar por la observancia de la Constitución;¹⁴² se determinó como competencia exclusiva del Congreso la interpretación de la Constitución de un modo generalmente obligatorio;¹⁴³ por primera ocasión se estatuyó de forma expresa sobre la facultad de declarar

139 Ecuador, *Constitución Política*, 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». Véanse también los arts. 65, 77, 94, 123, 130 y 135.

140 *Ibíd.*, art. 132. Énfasis añadido.

141 Ecuador, *Constitución Política de la República de Ecuador*, Registro Oficial 262, 24 de diciembre de 1906, arts. 6, 80, 115, 121 y 122.

142 Ecuador, *Constitución Política*, 1906, art. 98: «Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 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».

143 *Ibíd.*, 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 art. 54.

la inconstitucionalidad de las leyes, la cual se le otorgó al órgano legislativo.

Al igual que en las anteriores constituciones, se dispuso que el Congreso fuera 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 concreto.¹⁴⁴

La Constitución de 1929 consagró disposiciones similares a las de la anterior:¹⁴⁵ mantuvo como competencia exclusiva del órgano legislativo la interpretación de la ley, así como declarar su constitucionalidad o no, y determinó la prohibición de negarse a aplicar una ley considerada inconstitucional¹⁴⁶ —en contradicción con lo previsto en el art. 161, que establecía que toda ley que sea contraria o altere la Constitución no tendrá valor jurídico—. ¹⁴⁷ Además, otorgó al Consejo de Estado las competencias de velar por el cumplimiento de la Constitución y ejercer el control de constitucionalidad de los decretos y reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo (art. 117, num. 2).

En síntesis, en ese período todas las constituciones reconocían su supremacía por sobre las otras normas del ordenamiento jurídico, pero no existía un mecanismo jurídico que garantizara la protección del texto constitucional. El órgano legislativo mantuvo el rol de intérprete final de la Constitución; a pesar de ello, los órganos ejecutores también estaban facultados a interpretarla al aplicar las normas, en virtud de su deber de defender la Constitución.

En relación con el control constitucional de los actos del poder público, no existía uniformidad en el órgano que debía realizarlo; es así

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

145 Ecuador, *Constitución Política de la República de Ecuador*, Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929, arts. 48, 83, 142, 148, 163.

146 *Ibíd.*, 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».

147 *Ibíd.*, 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».

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.¹⁴⁸

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

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 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales pero subordinado al Congreso, por cuanto este último organismo conservaba la potestad exclusiva de declarar la inconstitucionalidad de la ley. Solo después de las reformas de 1995-1996 se consolidó el control de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional.¹⁴⁹

El art. 163 de la Constitución de 1945 reconoció la supremacía constitucional por lo que toda ley que se oponía a ella no tendría valor alguno.¹⁵⁰ En concordancia, el art. 35.1 determinó que «[l]e está prohibido al Congreso: Dictar leyes que contradigan, modifiquen o violen la Constitución». El art. 164, de manera similar a la anterior Constitución, establecía que las autoridades tenían que ajustar sus actos a la norma constitucional, pero ninguna autoridad podría inaplicar una

148 Borja y Borja, *Derecho constitucional ecuatoriano*, t.3, 283-84.

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

150 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945, art. 163.

ley alegando su inconstitucionalidad, en contradicción con el art. 163. Se mantuvo el deber del presidente de hacer cumplir la Constitución y la ley (art. 65), la prohibición a los militares de cumplir órdenes que atentasen contra la norma suprema; y se consagró el derecho a denunciar sobre las infracciones a la Constitución (art. 141.18).

El órgano legislativo conservó el rol de intérprete final de la Constitución (art. 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 (art. 165).

Como se señaló, la Constitución de 1945, en el art. 159, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero, si el legislador decidía sobre la constitucionalidad de las normas, ¿cuál fue 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 art. 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 (art. 160). Por tal razón, el Tribunal se configuró no como el máximo organismo de control constitucional, como sucedía en el modelo kelseniano, sino como un órgano subordinado a la decisión del Congreso.¹⁵¹

La Constitución de 1945 tuvo corta duración, ya que en 1946 se promulgó una nueva carta constitucional que mantuvo disposiciones semejantes a la precedente: los arts. 53, 189, 130 y 92 eran iguales a los arts. 34, 165, 108 y 65 de la norma constitucional anterior.¹⁵²

A pesar de ello, también introdujo varios cambios: se eliminó la facultad otorgada a los militares para incumplir órdenes contrarias a la Constitución (art. 155); se suprimió el Tribunal de Garantías Constitucionales, por lo que se confirió a la Corte Suprema de Justicia la facultad de suspender la ejecución de la ley cuando se evidenciaba que se había

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

152 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.

incumplido con los requisitos de forma, de lo cual debía informar al Congreso (art. 76) que —igual que en la anterior Constitución— era el único órgano facultado para interpretar la Constitución con carácter general y obligatorio, y para declarar la inconstitucionalidad de una ley o decreto (art. 189).

Apareció nuevamente el Consejo de Estado; 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 informaría al Congreso, a fin de que resolviera sobre la inconstitucionalidad alegada (art. 146).

La Constitución de 1967 determinaba en el art. 257¹⁵³ la supremacía constitucional y mantuvo la facultad del Congreso de interpretar de un modo generalmente obligatorio las disposiciones constitucionales. Con relación a la supremacía de la Constitución, en el art. 26 se estatuyó que toda disposición legal, administrativa o de cualquier otra orden que vulnere los derechos constitucionales será nula.

Reapareció 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. Antes de escuchar a los órganos involucrados, si las observaciones no eran acatadas, debía publicar en la prensa y comunicar al Congreso para que resuelva sobre la constitucionalidad de estas normas (art. 220.3). Mientras, la Corte Suprema de Justicia podía suspender provisionalmente la ejecución de una norma jurídica por presentar inconstitucionalidad de forma o de fondo, sobre lo cual tenía que informar al órgano legislativo para que resuelva de manera definitiva (art. 205.4).

En la Constitución de 1978, el art. 137 establecía la supremacía de la Constitución; el art. 78 determinaba como deber del presidente el cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley.¹⁵⁴ El órgano legislativo, denominado Cámara de Representantes, conservó la facultad de interpretar la ley de forma generalmente obligatoria (arts. 59 y 139); y el

153 Ecuador, *Constitución Política del Estado Ecuatoriano*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967, art. 257.

154 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 137, art. 78.

Tribunal de Garantías Constitucionales mantuvo la facultad reconocida en la Constitución de 1946 (art. 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; el segundo, la atribución de declarar la inconstitucionalidad de estas normas de manera definitiva (art. 138).

Las reformas a la Carta Constitucional de 1983 devolvió 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,¹⁵⁵ pero la decisión final permanecía en manos del Poder Legislativo (art. 141, num. 4).¹⁵⁶

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 que no se expidió (art. 141, num. 3, inc. 2.º).¹⁵⁷

Debido a las reformas realizadas en 1992,¹⁵⁸ nuevamente al Tribunal de Garantías Constitucionales no le fue reconocido su rol de garante final de la Constitución, como en el constitucionalismo europeo. Eso debido a que, si bien tenía la facultad de resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad de actos normativos, su resolución debía someterla a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que decidiera de manera definitiva sobre la constitucionalidad de las normas, atribución que anteriormente tenía el Congreso (art. 146.1).

A modo de síntesis, en la Constitución de 1945 se creó 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 suprimió del esquema constitucional, y reapareció en 1967 y 1978 con la única atribución de realizar observaciones de normas infralegales; con las reformas constitucionales de

155 Ecuador, *Reformas a la Constitución*, Registro Oficial 569, 1 de septiembre de 1983.

156 Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 46.

157 *Ibíd.*

158 Ecuador, *Reformas a la Constitución Política del Estado*, Registro Oficial 93, Suplemento, 23 de diciembre de 1992.

1983, asumió la atribución de suspender la ejecución de la ley cuando esta sea inconstitucional, pero la decisión final en todos estos casos la conservaba el Congreso.

En cambio, 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 determinó la obligación de informar al Poder Legislativo para su decisión final.

El Consejo de Estado únicamente fue 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 conservó la decisión final sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas. Por tanto, se observa que buena 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 la creación del Tribunal Constitucional o las facultades atribuidas a la Corte Suprema de Justicia. Este hecho evidencia, como bien señala Agustín Grijalva, la falta de diferenciación entre control político y control jurídico.¹⁵⁹

Solo a partir de la reforma constitucional de 1992 se dio un giro hacia el control jurídico, al determinar como competencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la nueva Sala Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. El Tribunal Constitucional, desde las reformas de 1983, conservó la facultad de suspender temporalmente los efectos de las leyes u otros actos normativos por considerarlos inconstitucionales. Esta institucionalización del control no funcionó, porque surgió una pugna entre las dos instituciones y se adoptaron resoluciones contradictorias; así, por ejemplo, la Corte Suprema dictó el Estatuto de Control Constitucional, pero el Tribunal suspendió su ejecución por considerarlo inconstitucional.¹⁶⁰

159 Grijalva, «Evolución histórica del control constitucional de la ley», 331.

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

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 otorgaron al Tribunal Constitucional —antes Tribunal de Garantías Constitucionales— la competencia de suspender total o parcialmente la ejecución de las normas jurídicas por ser inconstitucionales.¹⁶¹ Esta declaratoria era de cumplimiento obligatorio conforme lo determinaba el art. 176, que establecía que «[l]a 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».¹⁶²

En la Constitución de 1998,¹⁶³ en la que la Asamblea Nacional Constituyente codificó la carta constitucional vigente en ese momento,¹⁶⁴ se estatuyó en el art. 272 la supremacía constitucional: se determinó que, en caso de existir conflicto entre normas, se aplicaría la jerárquicamente superior;¹⁶⁵ y se facultó 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 resolviera con carácter general y obligatorio.¹⁶⁶

161 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador Codificada*, Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996, art. 175.

162 *Ibíd.*, art. 176. La irretroactividad de la decisión sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica se fundamenta en el principio de seguridad jurídica; caso contrario se deberían revisar todos los actos que emanaron de la aplicación del precepto inconstitucional. Marco Morales Tobar, «El Tribunal Constitucional del Ecuador», en *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*, coord. Roberto Viciano, Julio César Trujillo y Santiago Andrade (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 249.

163 Roberto Viciano, Julio César Trujillo y Santiago Andrade, coord., *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 117-220.

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

165 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 272.

166 *Ibíd.*, art. 274: «Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe

Con relación al Tribunal Constitucional, se determinó que estaría integrado por nueve vocales designados por el Congreso de ternas enviadas por varios órganos estatales; entre sus atribuciones se encontraba el conocer sobre demandas de inconstitucionalidad de normas jurídicas y actos administrativos.¹⁶⁷ El pronunciamiento de este Tribunal tenía el carácter definitivo y era de cumplimiento general y obligatorio.¹⁶⁸ Sin embargo, el Congreso mantenía el rol de intérprete final de la Constitución (art. 284). Lo dispuesto podría llevar a una grave contradicción, en tanto el Tribunal Constitucional al ejercer el control de constitucionalidad podía interpretar la Constitución, pero al ser el Congreso el intérprete final de la Constitución, podía dejar sin validez las decisiones del órgano constitucional.¹⁶⁹

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

sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio».

167 *Ibíd.*, art. 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».

168 *Ibíd.*, art. 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».

169 Morales Tobar, «El Tribunal Constitucional del Ecuador», 258.

De esa manera, la Constitución de 1998 determinó el modelo de control constitucional mixto, en el cual coexistían el sistema difuso y concentrado, y estableció como elemento integrador de los dos sistemas los informes que los jueces debían remitir sobre la inaplicación de una norma, con la finalidad de que el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad y expulsara dicha norma del ordenamiento jurídico.

Finalmente, en esta etapa encontramos la Constitución de 2008 que, respecto al control de constitucionalidad, contempla dos posiciones: por un lado, varios autores defienden 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. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008

La Constitución de 2008 introdujo varios cambios respecto al control constitucional existente en la 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; esto 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 art. 424 e inc. 1.º del art. 426. El primero determina que «[l]a 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»;¹⁷⁰ y el art. 426 en el inc. 1.º prescribe que «[t]odas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución».¹⁷¹

Los artículos citados no solo prescriben el carácter normativo de la Constitución, sino también la supremacía. Concordantemente, el art.

170 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 424; énfasis añadido.

171 *Ibíd.*, art. 426, inc. 1.º.

425 ubica a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico;¹⁷² 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.

El valor normativo tiene como consecuencia inmediata la aplicación directa de todos los preceptos constitucionales por parte de cualquier persona, autoridad o juez; este principio se encuentra consagrado en el inc. 2.º del art. 426 de la Constitución, que expresamente establece que «[l]as 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 inc. 2º de ese mismo artículo, el constituyente hace referencia expresa a la aplicación directa de los derechos constitucionales; concordantemente, el inc. 1º del num. 3 del art. 11 de la carta constitucional determina que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁷³ «serán de directa e inmediata aplicación *por y ante* cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte».¹⁷⁴

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

172 *Ibíd.*, art. 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».

173 En el presente texto no se hará diferencia entre Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, considerando que estos últimos, si son ratificados por Ecuador, tienen igual valor y jerarquía que 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 sí del mismo valor y forman parte del bloque de constitucionalidad. Paloma Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional y bloque de constitucionalidad* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1997), 35–45.

174 Ecuador, *Constitución*, 20 de octubre de 2008, art. 11.3, inc. 1.º; énfasis añadido.

constitucionales dentro de un proceso judicial, ya sea de oficio o a petición de parte; mientras que 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; este es el control jurídico de constitucionalidad, mediante el cual se vigila su cumplimiento y, en el caso de existir un acto estatal que vulnere el contenido constitucional, se declara su inconstitucionalidad.¹⁷⁵ La Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación y control constitucional (art. 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 num 4 del art. 436 (inconstitucionalidad de normas conexas)—, a petición de parte mediante la acción pública de inconstitucionalidad —prevista en el num. 2 (acción directa de inconstitucionalidad)—, o por intermedio de la consulta de norma —prevista en el art. 428 de la carta constitucional (conocida como acción indirecta de constitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad)—, configurando así un modelo de control concentrado.¹⁷⁶

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. existencia de una norma legal que, por un lado, puede ser constitucional, por lo que procede a aplicar conjuntamente con la norma constitucional, y, 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 (arts. 429 y 436 de la Constitución) y, por otro lado, un control difuso (arts. 425 y 426).

175 Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, 116.

176 Ecuador, *Constitución*, 20 de octubre de 2008, arts. 428, 429 y 436.

Si se toma en cuenta la existencia de un control concentrado de constitucionalidad —conforme determinan los arts. 429 y 436 de la Constitución— y se dejan 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.¹⁷⁷ En este sentido, cualquier ciudadano puede acudir ante la autoridad judicial y exigir el cumplimiento y protección de sus derechos constitucionales, sin ser necesaria la mediación del legislador por medio de la ley,¹⁷⁸ por lo que el juez no puede argumentar ausencia de ley para no aplicar la Constitución, así lo prescribe el inc. 3.º del num. 3 del art. 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».¹⁷⁹

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, pues existe una interpretación del texto legal que no contradice los preceptos constitucionales; lo mencionado se desprende de la obligación prevista en el inc. 1º del art. 426 que determina que todo acto de poder público debe mantener conformidad con la Constitución.

La segunda opción se da cuando el juez identifica que la norma legal aplicable a un proceso judicial en concreto es contraria a la Constitución; para este caso el art. 428 de la Constitución estatuye así:

177 *Ibíd.*, art. 426, inc. 3º: «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».

178 Sin perjuicio de presentar la acción de inconstitucionalidad por omisión. Ecuador, *Constitución*, 20 de octubre de 2008, art. 436.10.

179 *Ibíd.*, art. 11; énfasis añadido.

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.¹⁸⁰

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 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 existiera ausencia de una ley que desarrolle los derechos constitucionales, por lo que inicialmente parecería que la Constitución de 2008 determina exclusivamente la aplicación directa cuando hay vacío legal; mientras que, 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 art. 425 prescribe el orden jerárquico de las normas en el que ubica a la Constitución como la norma jerárquicamente superior, y el inc. 2° determina que, «[e]n caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades

180 *Ibíd.*, art. 428; énfasis añadido.

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 contradicción con la Constitución, deberá aplicar esta última y no la ley.

Siguiendo este razonamiento, el principio de aplicación directa determinado en los arts. 11.3 y 426 debe ser interpretado sistemáticamente¹⁸¹ con el art. 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 Constitución, en consecuencia, configurando un control difuso de constitucionalidad. Además, hay que tomar en cuenta que 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 ese 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 art. 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 art. 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 (art. 428) y la aplicación directa de la norma suprema (arts. 11.3, 425 y 426).

181 La interpretación sistemática parte del presupuesto de 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. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9.^a ed. (Madrid: Tecnos, 2005), 279-81.

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,¹⁸² la Corte Constitucional tener conocimiento sobre dichas decisiones y dictar la inconstitucionalidad con efectos generales y obligatorios.

3. EL DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Las disposiciones constitucionales determinan, por un lado, un control concentrado de constitucionalidad y, por otro lado, con fundamento en la aplicación directa de la Constitución (arts. 11.3, 425 y 426) un modelo difuso. Este problema no presenta una solución definitiva por parte del constituyente, lo que podría generar vulneración 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 Constitucional¹⁸³ (en adelante, LOGJCC), en el art. 4 señala entre los principios que sustentan la justicia constitucional la aplicación directa de la Constitución,¹⁸⁴ cuyo contenido es similar al previsto en el art. 11.3.¹⁸⁵

Con relación a este principio, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional,¹⁸⁶ en particular la Sentencia n.º 001-10-SIN-CC defiende

182 *Ibíd.*, art. 436.6.

183 Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.

184 *Ibíd.*, art. 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».

185 Ecuador, *Constitución*, 20 de octubre de 2008, art. 11.3.

186 La Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación constitucional (arts. 429 y 436.1) y sus decisiones son carácter general y obligatorio; por ello, la jurisprudencia constitucional se constituye como fuente de derecho.

que el principio de aplicación directa de la Constitución obliga a todos los jueces a

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.¹⁸⁷

De esa manera, en el caso de existir una norma legal contraria a la Constitución, la Corte Constitucional faculta a los órganos judiciales a aplicar directamente la Constitución, limitando la consulta de norma para cuando exista 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 cuál 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 Ecuador.

El art. 141 de la LOGJCC, con relación a la consulta de norma, determina lo siguiente:

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.*¹⁸⁸

De forma similar, el art. 142 de la LOGJCC reproduce la disposición constitucional, pero —a fin de solucionar la aparente contradicción existente entre la consulta de norma (art. 428) y la aplicación directa de la Constitución (arts. 11.3, 425 y 426)— agrega un elemento fundamental que a continuación vamos a evidenciar. La disposición legal prescribe así:

187 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 001-10-SIN-CC», en *Caso n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN*, 18 de marzo de 2009, Registro Oficial 176, 21 de abril de 2010; énfasis añadido.

188 Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales*, art. 141; énfasis añadido.

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 resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

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

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.¹⁸⁹

En primer lugar determina, en concordancia con el art. 141, que los jueces aplicarán los preceptos constitucionales «sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas»,¹⁹⁰ con lo cual dispone que los órganos jurisdiccionales pueden aplicar directamente la Constitución cuando exista vacío legal, ratificando lo dispuesto en el inc. 2.º del art. 426 y inc. 3.º, num. 3 del art. 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 arts. 11.3, 425 y 426 de la Constitución.

189 *Ibíd.*, art. 142; énfasis añadido.

190 *Ibíd.*, art. 141.

En relación con la consulta de norma, la Corte Constitucional en varios fallos ha desarrollado algunas reglas. En primer lugar, la Sentencia n.º 001-09-SCN-CC 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».¹⁹¹

En segundo lugar, 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?»,¹⁹² la Corte Constitucional, al tratar sobre el control de constitucionalidad realizado mediante la consulta de norma, expresamente estableció que «[e]l 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*».¹⁹³

Además, en esta sentencia señala que «la regla constitucional [determinada en el art. 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 determina que «los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa [...]».¹⁹⁴

191 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 001-09-SIN-CC», en *Caso n.º 0002-2009-CN*, 14 de mayo de 2009, Registro Oficial 602, Suplemento, 1 de junio de 2019.

192 Se plantea esta pregunta porque 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 n.º 70-10-V, considerando la obligatoriedad de que todo acto público guarde conformidad con la Constitución (arts. 424 y 426) y el principio de jerarquía (art. 425 de la Constitución), resuelve que la resolución n.º 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.

193 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 055-10-SEP-CC», en *Caso n.º 0213-10-EP-CC*, 18 de noviembre de 2010, Registro Oficial 359, Suplemento, 10 de enero de 2011, 17; énfasis añadido.

194 *Ibíd.*, 22.

Dentro del desarrollo de esta institución tenemos la Sentencia n.º 001-13-SCN-CC (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 que

*[e]n 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.*¹⁹⁵

Por otra parte, en esta sentencia la Corte Constitucional 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». Por eso, en esta misma sentencia dispuso que el juez, al momento de presentar la consulta de norma, tenga que cumplir con los siguientes presupuestos:¹⁹⁶

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 por qué se

195 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 001-13-SCN-CC», en *Caso n.º 0535-12-CN*, 6 de febrero de 2013, Registro Oficial 890, Suplemento, 13 de febrero de 2013; énfasis añadido.

196 *Ibíd.*

presume que contraviene los preceptos constitucionales, razón por la cual señaló la Corte que la motivación se debe realizar conforme lo determina el art. 76, num. 7, lit. 1 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-CC se 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 esta resuelva sobre la constitucionalidad de una norma que deba ser aplicada en el proceso que se encuentra sustanciando y respecto de la cual la jueza o juez considera que es contraria a la Constitución.¹⁹⁷ Allí, la Corte Constitucional 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.¹⁹⁸

197 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 002-13-SCN-CC», en *Caso n.º 0677-12-CN*, 28 de febrero de 2013, Registro Oficial 919, Suplemento, 25 de marzo de 2013.

198 Coherentemente con lo referido, en la Sentencia n.º 004-14-SCN-CC la Corte señala que la consulta de norma tiene una doble dimensión «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 n.º 004-14-SCN-CC», en *Juicio n.º 0072-14-CN*, 6 de agosto de 2014, Registro Oficial 315, Suplemento, 20 de agosto de 2014. Respecto a los efectos de la sentencia dictada dentro de la consulta de constitucionalidad, el art. 143 de la LOGJCC, con relación a los efectos, determina lo siguiente: «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

La Corte Constitucional en la Sentencia n.º 030-13-SCN-CC, al tratar sobre la consulta de norma, determinó que,

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.¹⁹⁹

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 el art. 11, num. 3, arts. 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 art. 428 de la Constitución de la República y arts. 141, 142 y 143 de la LOGJCC, ¿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 art. 428 de la Constitución que los jueces presentarán la consulta de constitucionalidad «cuando consideren que una norma es contraria a la Constitución» y 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».²⁰⁰

Siguiendo este razonamiento, la Corte Constitucional declaró que, frente a esta aparente contradicción, hay que tener en cuenta que «la sentencia N.º 55-10-SEP-CC ratificaría 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

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».

199 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 030-13-SCN-CC», en *Caso n.º 0697-12-CN*, 14 de mayo de 2013, Registro Oficial 16, Suplemento, 17 de junio de 2013, 6.

200 *Ibíd.*, 7.

remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional». ²⁰¹ 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. ²⁰²

La línea jurisprudencial en la Sentencia n.º 0034-13-SCN 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. ²⁰³

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 en 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 cuando la Corte Constitucional decide sobre la inconstitucionalidad de la norma presentada puesto que examina la norma legal según los preceptos constitucionales, sin considerar, o considerando de forma mínima, los hechos que dieron lugar a la consulta. ²⁰⁴

201 *Ibíd.*, 8.

202 *Ibíd.*, 8-9; énfasis en el original.

203 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 0034-13-SCN», en *Caso n.º 0561-12-SCN*, 30 de mayo de 2013, Registro Oficial 42, Suplemento, 23 de julio de 2013, 21.

204 Pérez Tremps, «La cuestión de inconstitucionalidad», 130.

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 debido a que 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).²⁰⁵ En cambio, 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 presentan la contradicción «desvinculando al menos formalmente, del caso concreto en que suscitó la cuestión»²⁰⁶ (juicio *ad quem* o juicio de constitucionalidad propiamente dicho).²⁰⁷

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, niega la existencia de un control difuso.

En el caso de que alguna autoridad judicial no proceda de acuerdo a lo determinado por la Corte, esto es que cuando se encuentre frente a la duda o certeza de 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 art. 142 únicamente basado en el art. 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, eliminando el control difuso de constitucionalidad «cuya necesidad es imperiosa en los complejos sistemas jurídicos contemporáneos».²⁰⁸

205 *Ibíd.*

206 *Ibíd.*, 139.

207 *Ibíd.*, 137.

208 Claudia Escobar García, «Del tribunal a la corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?», en *La Constitución de 2008 en el contexto andino: Análisis desde la*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que la consulta de norma, prevista en el art. 428 de la Constitución y art. 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, en consecuencia, poseen la facultad de inaplicar la ley y aplicar directamente la Constitución amparados en los arts. 11.3, 425 y 426 de la carta constitucional.

Por un lado, la disposición constitucional contenida en el art. 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 Lengua, presenta las siguientes definiciones: «1. *Pensar sobre algo analizándolo con atención.* [...] 2. *Pensar o creer, basándose en algún dato, que alguien o algo es como se expresa.* [...] 4. *Tener un concepto elevado de alguien y tratarlo de acuerdo con él.* [...] ». ²⁰⁹ Por su parte, la locución *duda* es definida por el mismo diccionario 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.*» ²¹⁰

Entonces el considerar que una norma es inconstitucional, tomando en cuenta las definiciones uno y dos, 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». ²¹¹

doctrina y el derecho comparado, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia, 2008), 340.

209 RAE y ASALE, *Diccionario de la lengua española*, versión 23.3, actualización 2019, s. v. «considerar», <http://lema.rae.es/drae/?val=considerar>; énfasis añadido.

210 *Ibíd.*, s. v. «duda», <http://lema.rae.es/drae/?val=duda>; énfasis añadido.

211 García de Enterría, *La constitución como norma*, 66.

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 que puede ser o no inconstitucional, por lo que se pone a consideración del máximo órgano para que resuelva la duda sobre la de una norma.

Además, considerando las definiciones de duda (1 y 2) referidas en líneas precedentes, la expresión «solo 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. Sin embargo, para plantear la consulta deben existir argumentos lo suficientemente fuertes que sustente la inconstitucionalidad; caso contrario, si existe mayor carga argumentativa que respalde la interpretación constitucional, se aplicará la presunción de constitucionalidad de la ley, por lo que se debe proceder a aplicar la norma legal.²¹²

Mientras que haya 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 esa 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 art. 425 en concordancia con los arts. 11.3 y 426.²¹³

212 Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley, véase Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 141-62.

213 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 que 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, declare si una norma es o no inconstitucional. «Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: La consulta de norma», en *Apuntes de derecho constitucional*, ed. Juan Montaña Pinto, y Angélica Porras, t. 3, *Parte especial 2: Garantías constitucionales*

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, pues impide que los jueces puedan resolver los problemas sometidos a su conocimiento.²¹⁴ Por eso es necesario que los jueces en los procesos judiciales, más aún 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 de 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, es posible que se presente el siguiente problema: pueden existir decisiones 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 señalado, 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 este 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 num. 6 del art. 436 de la Constitución.

En el caso de que la Constitución determinara 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; porque, frente a toda inconstitucionalidad de una norma jurídica, los jueces no podrían aplicar directamente la Constitución, tendrían que acudir a la Corte

en Ecuador (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 141-69.

214 Escobar García, «Del Tribunal a la Corte», 340.

Constitucional para que esta se pronuncie sobre su inconstitucionalidad, de forma previa a la aplicación de una norma. 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, así como la obligación de informar de forma inmediata a este órgano, a fin de que declare su inconstitucionalidad con efecto *erga omnes*.

En consecuencia, el esquema constitucional determina un control de constitucionalidad mixto en el que coexiste el control difuso y el control concentrado. Con base en el 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, una vez que por medio del mecanismo de selección y revisión tienen conocimiento de las decisiones adoptadas por los jueces, la Corte resuelve con efectos generales sobre la inconstitucionalidad de las normas inaplicadas.

EL CONTROL MIXTO DE CONSTITUCIONALIDAD COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

1. GARANTISMO Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución de 2008 en el art. 1 establece que Ecuador es un «Estado constitucional de derechos y justicia»; de esta manera configura un nuevo paradigma constitucional en la región Andina²¹⁵ que implica «la superación definitiva [...] 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».²¹⁶

El Estado constitucional de derechos y justicia,²¹⁷ según Ramiro Ávila Santamaría, se caracteriza porque su Constitución es rígida, es

215 Ningún país de la región posee este calificativo. Ramiro Ávila Santamaría, «Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia», en Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, 22.

216 Juan Montaña Pinto, «La interpretación constitucional: Variaciones de un tema inconcluso», en Montaña Pinto y Porras, *Apuntes de derecho constitucional*, 3:33.

217 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

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.²¹⁸ Son límites porque la actividad estatal, incluso si es manifestación de la mayoría parlamentaria, tiene la obligación de respetarlos, y vínculos puesto que los poderes estatales están obligados a efectivizarlos, porque los derechos constituyen la finalidad del Estado.²¹⁹

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 se refuerza el papel del juez frente al resto de funciones estatales.²²⁰

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 eso no existe acuerdo en el modelo teórico que lo sustenta. Es así que autores como Luis Prieto Sanchís lo denominan neoconstitucionalismo;²²¹ Luigi Ferrajoli lo llama constitucionalis-

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». *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano* (Quito: UASB-E, 2012), <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3821/1/PI-2012-05-Avila-Evolución%20de.pdf>.

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

219 Respecto a las características de Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, véase Ávila Santamaría, «Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia», 19-38.

220 Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, «Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano», en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coord. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 35.

221 Luis Prieto Sanchís, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Carbone, *Neoconstitucionalismo(s)*, 123-37.

mo garantista;²²² Paolo Comanducci considera al constitucionalismo como la ideología en la que se cuenta con una Constitución y,²²³ concordantemente con Riccardo Guastini,²²⁴ que mediante un proceso de constitucionalización se logra sus objetivos; o, por desarrollarse en Latinoamérica, Roberto Viciano y Claudia Storini lo designan como nuevo constitucionalismo latinoamericano.²²⁵ Sin embargo, no es de interés por el momento identificar cuál es la denominación más adecuada del constitucionalismo que sustenta al modelo de Estado que establece la Constitución de Ecuador de 2008, pero se destaca que 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.²²⁶ 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».²²⁷

De tal manera, 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

222 Luigi Ferrajoli lo denomina como constitucionalismo garantista. Véase «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho* 34 (2011): 15-33.

223 Paolo Comanducci, «Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico», en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 75-98.

224 Riccardo Guastini, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano», en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 49-74.

225 Roberto Viciano y Rubén Martínez, «Presentación: Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2010), 13-43; Claudia Storini, «Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano», en *Actas Congreso Internacional América Latina: La autonomía de una región*, ed. Heriberto Cairo Carou et al. (Madrid: Trama, 2012).

226 Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 15-9.

227 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 852.

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». ²²⁸ 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 garantismo ²²⁹ en materia penal, desarrollada por Luigi Ferrajoli quien reconoce que «también puede ser trasladada a todos los campos del ordenamiento jurídico». ²³⁰

Siguiendo ese razonamiento, el autor desplaza 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 único marco institucional en el que puede prosperar el ambicioso programa garantista». ²³¹

Puede, por tanto, llegarse a la conclusión de 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 a su respeto. 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, ²³² y en términos generales protegen y permiten restablecer el orden constitucional.

228 Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 19.

229 El garantismo puede presentar tres acepciones: 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.

230 *Ibíd.*, 851.

231 Luis Prieto Sanchís, «Constitucionalismo y garantismo», en *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, ed. Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Madrid: Trotta, 2005), 41.

232 Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 25.

La Constitución de Ecuador de 2008 amplía el catálogo de derechos y establece su vinculación directa para todos los poderes públicos y privados; además 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 (art. 84), b) De políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (art. 85); y c) Garantías jurisdiccionales, las cuales son: Acción de Protección (art. 88), hábeas corpus (art. 89), acción de acceso a la información pública (art. 91), acción de habeas data (art. 92), acción por incumplimiento de normas e informes de organismos internacionales de derechos humanos (art. 93), y acción extraordinaria de protección (art. 94).

Aparte de las garantías determinadas en la sección referida, el texto constitucional también prescribe las siguientes: procedimiento agravado de reforma constitucional (art. 441); reserva de ley orgánica y ordinaria para la regulación de los derechos constitucionales (arts. 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 (art. 86); carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías (art. 436.6); selección y revisión por parte de la Corte Constitucional (art. 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 (art. 436, nums. 2, 3 y 4); sujeción de toda autoridad a la Constitución (art. 426); vinculación de los jueces y tribunales a los derechos y garantías constitucionales (art. 11.5); obligación del legislador de respetar el contenido esencial de estos derechos (art. 11.4); vinculación directa de todos los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo (arts. 11.3 y 426); aplicación de la norma jerárquica superior por parte de los jueces en caso de conflicto entre normas (art. 425); la Defensoría Pública (art. 191); la Defensoría del Pueblo (art. 214); la Fiscalía General del Estado (art. 194); entre otras garantías.²³³

233 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: UASB-E / Corporación Editora Nacional, 2009), 288.

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».²³⁴

Luigi Ferrajoli ha propuesto la siguiente clasificación de las garantías constitucionales: «garantías negativas, consistentes en la prohibición de derogar; [...] garantías positivas, consistentes en la obligación de realizar lo dispuesto por ellas».²³⁵

Las garantías constitucionales negativas consisten en las prohibiciones de inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario; estas a la vez se subdividen en primarias y secundarias. Las garantías negativas primarias se refieren a las normas sobre el procedimiento agravado para reformar la Constitución, que implican 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 consistente 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, vulneren las garantías primarias, se activan las garantías secundarias, que conlleva la obligación de sancionar o anular los actos violatorios de los derechos constitucionales.

En ese 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

234 *Ibíd.*, 288.

235 Ferrajoli, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», 25.

producción de la ley, sino también el contenido material de los derechos, con la finalidad de no modificar, restringir inconstitucionalmente o anularlos. 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 tienen efecto *erga omnes*, y el juez o tribunal ordinario por medio de la inaplicación para el caso en concreto de la norma inconstitucional.

En ese contexto, la Constitución de 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».²³⁶

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, porque 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

236 *Ibíd.*, 27.

la Constitución; 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 Corte 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.²³⁷

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, 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, tiene 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

237 Ecuador, *Constitución*, 20 de octubre de 2008, art. 436.

para garantizar a todas las personas el pleno goce de los derechos constitucionales.

En el momento en que la actividad estatal (o también el poder privado) contradice 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 de «boca de la ley» que mantenía en el Estado legalista y se torna un verdadero juez constitucional para lograr «justamente garantizar efectivamente los derechos de las personas mediante un sistema de garantías jurídicas eficaces»²³⁸ que es el objetivo principal de la carta constitucional de 2008.

De este modo, todo juez o tribunal en cumplimiento de las garantías constitucionales, tales como la sujeción de las autoridades a la Constitución, la vinculación de jueces y tribunales a los derechos y garantías, y aplicabilidad directa de la norma constitucional, tiene que desarrollar su actividad jurisdiccional con la finalidad de lograr la consecución de los derechos y sus garantías; por lo que siempre debe tener 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.²³⁹

238 Montaña Pinto, «La interpretación constitucional», 34.

239 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

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 doble artificialidad del derecho «ser» y «deber ser» positivizados, o si se quiere, de la teoría de divergencia entre vigencia y validez.²⁴⁰

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.²⁴¹

En ese 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

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». *Derechos y garantías*, 22.

240 María Gascón Abellán, «La teoría general de garantismo: Rasgos principales», en Carbonell y Salazar, *Garantismo*, 28.

241 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* (Ciudad de México: UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007), 111-15; Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003), 244-320.

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 la 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 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 lado, 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 brinda seguridad jurídica y garantiza la defensa de la Constitución.

2. RAZONES POR LAS QUE EL CONTROL MIXTO CUMPLE CON LAS FINALIDADES CONSTITUCIONALES

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 indemne», «lo conocido», «lo indubitable», «lo responsable»; mientras que la Real Academia Española la define como «1. Cualidad de seguro, 2. Certeza (conocimiento seguro y claro de algo)».²⁴² La seguridad puede ser observada desde el ámbito del sujeto, por lo que es privada o pública. La 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 ese 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».²⁴³

Antonio Pérez Luño manifiesta que la definición del derecho a la seguridad jurídica «provoca inseguridad»;²⁴⁴ 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 *certeza del derecho*, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva.²⁴⁵

242 RAE y ASALE, *Diccionario de la lengua española*, s. v. «seguridad».

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

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

245 *Ibíd.*; énfasis en el original.

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

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.²⁴⁶

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 publica toda norma jurídica; por medio de ellos, las personas deben tener claridad de lo que está ordenado, prohibido o permitido. Por otra, se refiere a la certeza acerca de que las normas jurídicas 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: 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».²⁴⁷

La seguridad jurídica en el control mixto en el ámbito de la corrección funcional se ve garantizada cuando el juez aplica directamente la Constitución para solucionar una antinomia jurídica, puesto que permite la realización del derecho reconocido en la norma superior

246 Juan Carlos Riofrío, «El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica», en *Seguridad jurídica* Juan Falconí Piug et al. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007), 8.

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

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, porque no existiría certidumbre sobre la validez de la norma legal.

Frente a ese problema, la Constitución determina como competencia de la Corte Constitucional el proceso de selección y revisión de casos, reconocida en el art. 426.6, que dentro del control mixto de constitucionalidad permite otorgar certidumbre sobre la inconstitucionalidad de la norma inaplicada por el juez. Así se garantiza el derecho a la seguridad jurídica.

En ese 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.

Una vez que tenga conocimiento la Corte Constitucional, debe 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 legal²⁴⁸ con efectos generales, evitando así que existan decisiones contradictorias respecto a la aplicación de una determinada disposición normativa.

En el art. 25, la LOGJCC regula la competencia indicada, así como en el art. 14 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de

248 En varias sentencias se observa que la Corte Constitucional no declara la inconstitucionalidad de la norma, sino que resuelve dictar la constitucionalidad condicionada mediante este tipo de sentencias, por las cuales el contenido de la norma legal está sujeto a determinadas condiciones que establece la Corte y que no formaban parte de la norma consultada. Al respecto, véase «Sentencia 007-15-SCN-CC», en *Caso n.º 0140-14-CN*, 3 de junio de 2015, Registro Oficial 575, Suplemento, 28 de agosto de 2015; «Sentencia 003-15-SCN-CC», en *Caso n.º 0460-12-CN*, 11 de marzo de 2015.

Competencia de la Corte Constitucional.²⁴⁹ 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 de desarrollar este mecanismo en función del control mixto de constitucionalidad.

2.2. GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA DIMENSIÓN DEL PLAZO RAZONABLE

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 en que los derechos sean vulnerados, con la finalidad de restituir y repararlos integralmente.²⁵⁰

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.²⁵¹ Al respecto, Vanessa Aguirre señala que la tutela judicial efectiva, 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,

249 Ecuador Corte Constitucional, *Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro Oficial 613, Suplemento, 22 de octubre de 2015.

250 Sobre la reparación integral, véase Jhoel Escudero Soliz, «Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador», en Benavides Ordóñez y Escudero Soliz, *Manual de justicia constitucional*, 73-89.

251 Joan Picó i Junoy 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. *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: Bosch, 2002), 40; también véase Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva* (Barcelona: Bosch, 1994).

sin dilaciones indebidas; el derecho a la asistencia profesional gratuita [...]; entre otros». ²⁵²

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

[l]a 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 efectiva. ²⁵³

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

Sin embargo, como bien indica Reyes, 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. ²⁵⁴ 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. ²⁵⁵

252 Vanesa Aguirre Guzmán, «La tutela judicial efectiva como derecho humano: Una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador», en ¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009, coord. Programa Andino de Derechos Humanos, UASB-E (Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2009), 15.

253 Martín Hurtado Reyes, *Tutela jurisdiccional diferenciada* (Lima: Palestra, 2006), 41.

254 *Ibíd.*, 39.

255 Storini, «Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano», 652.

La Constitución de Ecuador reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 75, que establece que «[t]oda 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».²⁵⁶

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 n.º 032-09-SEP-CC señala que

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.*²⁵⁷

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.

256 Ecuador, *Constitución*, 20 de octubre de 2008, art. 75; énfasis añadido.

257 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 032-09-SEP-CC», en *Caso n.º 0415-09-EP*, 24 de noviembre de 2009, Registro Oficial 97, Suplemento, 29 de diciembre de 2009; énfasis añadido. En el sistema interamericano, respecto a la tutela judicial efectiva se tiene la sentencia dictada en el caso Corte IDH, «Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)», en *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párrs. 53-60, 168-200, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

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*. Por eso, con la 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».²⁵⁸

De acuerdo con Joan Picó i Junoy, los criterios para determinar si ha existido dilaciones indebidas son seis: 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 pueden provenir de 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.²⁵⁹

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 el tipo de caso, considerando que empieza a transcurrir el tiempo desde que se presenta la acción a la administración de justicia y concluye al momento de obtener una sentencia definitiva y se la ejecute.

258 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». Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 120.

259 *Ibíd.*, 121–6.

Respecto a las garantías jurisdiccionales, la Constitución señala que su tramitación será rápida, sencilla y eficaz,²⁶⁰ en cumplimiento de este 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 tres días, que inician a transcurrir desde la calificación de 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 cinco días, el cual 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 art. 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 período 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, puesto que extiende la duración del proceso. 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.

260 Ecuador, *Constitución*, 20 de octubre de 2008, art. 86.

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

2.2.1. Acción de protección y petición de medidas cautelares n.º 17151-2012-2050 de la Unidad Judicial Primera de Contravenciones del cantón Quito de la provincia de Pichincha

Tabla 1: Causa n.º 17151-2012-2050

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

Fuente: Consejo de la Judicatura, e-satje

Elaboración propia

En el presente caso se determinarán los hechos que motivaron la acción de protección, porque permitirá 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 denominada *diastrofia muscular*; por esta razón, requiere del cuidado de empleadas todo el tiempo.
- Percibía una pensión de 169 dólares por montepío por parte de su padre; la madre recibía una pensión en razón de pensión jubilar. Dichos valores eran utilizados para la atención tanto de la accionante como de su madre.
- Al momento de fallecer su madre, solicita que se le otorgue la pensión de orfandad, petición que le fue negada en todas las instancias en sede administrativa mediante los actos n.º 2012-0999 de la Subdirección Provincial del Sistema de Pensiones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (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 IESS.
- Las autoridades del IESS argumentaban que la accionante no ejercía 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 basado en el 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».²⁶¹

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.²⁶²

Ese 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

261 Ecuador Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, «Auto de conocimiento de la acción de protección y petición de medidas cautelares», en *Juicio n.º 17151-2012-2050*, 27 de diciembre de 2012.

262 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia No. 006-15-SCN-CC», en *Caso n.º 005-13-CN*, 27 de mayo de 2015, Registro Oficial 575, Suplemento, 28 de agosto de 2015, 26.

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 cautelares,²⁶³ que tienen como finalidad cesar la posible o inmanente vulneración de los derechos constitucionales; por este motivo, se establece un procedimiento sencillo que permite al juez ordenar de manera inmediata y urgente las acciones para garantizar los derechos constitucionales.

En ese 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*).²⁶⁴

Retomando el tema principal objeto de estudio, la consulta de constitucionalidad presentada dentro de la acción de protección antes indicada fue signada con el n.º 0035-11-CN.

263 Las medidas cautelares se encuentran reconocidas en el art. 87 de la Constitución y en los arts. 26 y 27 de la LOGJCC.

264 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 *Apuntes de derecho constitucional*, eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras, t. 2, *Parte especial 1. Garantías constitucionales en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 83-102.

Tabla 2: Sentencia 006-15-SCN-CC de 27 de mayo de 2015,
Caso n.º 005-15-SCN-CC

Elemento	Descripción
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 art. 195 de la Ley de Seguridad Social,¹ 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 art. 18 del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.² Sin embargo, indica que la disposición transitoria octava del reglamento referido define la expresión <i>vivir a cargo</i>, 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, pues considera que la norma reglamentaria determina condiciones no previstas en los arts. 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 arts. 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	<p>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.</p>

Elemento	Descripción
Argumentos principales de la Corte	<p>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, puesto que la accionante percibía por pensión de montepío del padre el valor de 169 USD, mientras que la madre recibía 800 USD de pensión jubilar. 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.</p> <p>La disposición octava del Reglamento en cuestión modifica el sentido de los arts. 195 y 196 de la Ley de Seguridad Social, el principio de reserva de ley, porque regula derechos constitucionales en un acto infralegal.</p>
Decisión	<p>Niega la consulta de norma.</p> <p>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.</p>

Fuente: Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 006-15-SCN-CC»

Elaboración propia

1. Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Registro Oficial Suplemento 465, 30 de noviembre de 2001, art. 195: «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». En el art. 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».

2. Ecuador IESS, *Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte*, Registro Oficial 225, 9 de marzo de 2006, art. 18.

De acuerdo con la información indicada, se determinó 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 dos años cuatro meses dos semanas y tres 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 reinstaló la audiencia y reanudó la tramitación de la acción el 11 de agosto de 2014, 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 esta. La sentencia escrita fue emitida el 14 de agosto de 2015.²⁶⁵

Desde el inicio de esta acción hasta la notificación de la sentencia de primera instancia ha transcurrido dos años siete meses dos semanas cinco días, excediendo de manera irrazonable el tiempo determinado para la duración de las garantías constitucionales que es de cinco días. Se despojó de su naturaleza a la acción de protección ya que no se logró tutelar eficazmente los derechos de la accionante. 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 establecen las fechas de inicio y finalización de un grupo de acciones constitucionales tramitadas en la Unidad Judicial Primera de Contravenciones de cantón Quito de la provincia de Pichincha, con la finalidad de determinar el plazo promedio de duración de estas acciones.

265 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. Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 006-15-SCN-CC».

Tabla 3. Duración de las acciones de protección

N.º Causa	Fecha de inicio	Fecha de decisión	Duración del proceso
17151-2012-2059	26 de diciembre de 2012	24 de enero de 2013	29 días
17151-2012-0181	6 de junio de 2012	2 de julio de 2012	26 días
17151-2013-3111	19 de septiembre de 2013	14 de octubre de 2013	25 días
17151-2012-2048	21 de diciembre de 2012	15 de enero de 2013	25 días
17151-2013-2166	5 de julio de 2013	31 de julio de 2013	24 días
17151-2013-0561	4 de julio de 2013	28 de julio de 2013	24 días
17151-2013-3050	7 de octubre de 2013	28 de octubre de 2013	21 días
17551-2012-10486	12 de septiembre de 2012	2 de octubre de 2012	20 días
17151-2013-2227	23 de junio de 2013	10 de julio de 2013	17 días

Fuente y elaboración propia

Se observa que el promedio de duración de la tramitación de las acciones de protección es de veinticuatro días,²⁶⁶ mientras que la acción constitucional analizada tuvo una duración de dos años y medio aproximadamente, lo que evidencia 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 habría logrado proteger los derechos de la accionante y evitar las graves vulneraciones que se han evidenciado. El juez habría 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 Corte, tenía derecho a la pensión de orfandad. 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, con efecto *inter pares*.

266 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. Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en el Ecuador* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2014), 85.

2.2.2. Proceso judicial por contravención de cuarta clase signado con el n.º 17551-2011-7163 de la Unidad Judicial Primera de Contravenciones del cantón Quito de la provincia de Pichincha

Tabla 4: Causa n.º 17551-2011-7163

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

Fuente: Consejo de la Judicatura, e-satje

Elaboración propia

La consulta de constitucionalidad en la Corte Constitucional fue signada con Caso n.º 0035-11-CN.²⁶⁷

Tabla 5: Sentencia 011-12-SCN-CC de 19 de enero de 2012, Caso n.º 0035-11-CN

Elemento	Descripción
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 a quo considera que el art. 606 num. 12 del Código Penal vigente en el año 2011 contradice los arts. 1, 11, 66 y 76 de la Constitución, arts. 13 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica.
	Argumento principal del juez a quo: la norma del Código Penal prevista en el art. 606 num. 12 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 art. 76 num. 2 de la Carta Constitucional.
Problema jurídico que se plantea la Corte	¿El art. 606 num. 12 ^a del Código Penal es contrario al principio de presunción de inocencia establecido en el art. 76 num. 2 ^b de la Constitución? ^c

267 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia No. 011-12-SCN-CC», en *Caso n.º 0035-11-CN*, 19 de enero de 2012, Registro Oficial 641, Suplemento, 15 de febrero de 2012.

Fecha de inicio	Fecha de la consulta	Fecha de sentencia
Argumentos principales de la Corte	<p>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 recaiga en la persona que realiza la acusación.</p> <p>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 de inocencia.</p>	
Decisión	<p>Se declara la inconstitucionalidad del num. 12 del art. 606 del Código Penal por contradecir lo dispuesto en los arts. 76 num. 2; art. 76 num. 3; art. 82; art. 76 num. 7, y art. 11, num. 2 de la Constitución. Por tanto, se determina su expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano.</p>	

Fuente: Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 011-12-SCN-CC»

Elaboración propia

a. Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 606, num. 12: «Serán reprimidos con una multa de siete a catorce dólares de los Estados Unidos de América y con prisión de dos a cuatro días, con una de estas penas solamente: [...] 12.- Los que permanecieron mucho tiempo y sin objeto alguno plausible parados en las esquinas de las calles u otros lugares no destinados al recreo de los habitantes».

b. Ecuador, *Constitución*, 20 de octubre de 2008, art. 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».

c. 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?». Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia n.º 011-12-SCN-CC».

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 cuales servirán como parámetro para identificar el plazo promedio de duración de estos procesos.

Tabla 6: Duración de procesos de contravenciones

N.º Causa	Fecha de inicio	Fecha de decisión	Duración	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	3 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
17551-2011-7366	26 de junio de 2011	26 de junio de 2011	1 día	Sentencia

Fuente y elaboración 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 art. 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 qué 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 que fue resuelta el 19 de enero de 2012, es decir, aproximadamente en seis meses, período que conforme al art. 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 siete meses tres semanas. De acuerdo con el art. 617 del Código Penal vigente en dichos años, se determina que el tiempo de prescripción de este tipo de acciones es de treinta días, razón por la

cual, si no se presentaba la consulta, debía finalizar máximo el 21 de julio de 2012.

Se observa que procesos similares se resolvieron dentro de las veinticuatro horas de iniciada la acción por la contravención, y respecto a la prescripción se evidencia que se declaró aproximadamente dos meses contados desde el inicio del proceso; mientras que en la causa 17551-2011-7163 se resolvió en un tiempo de siete meses tres semanas y seis días. En este contexto, se evidencia que en la tramitación de la presente 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, mediante el 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 en las ideas desarrolladas, se evidencia que el control de constitucionalidad mixto guarda coherencia con la finalidad del Estado constitucional de derechos y justicia, tutelando de manera efectiva los derechos frente a una norma inconstitucional; así este modelo de control se constituye como garantía efectiva de los derechos constitucionales.

CONCLUSIONES

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.

El Estado constitucional de derechos y justicia tiene como finalidad la protección y realización de los derechos reconocidos en la Constitución; 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 hacia la consecución y respeto de los derechos.

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, lo que la tornaría en un mero programa político.

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.

El alcance del principio de aplicación directa depende del control constitucional en el que se efectúe: el modelo concentrado, el cual 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 solo puede aplicar directamente la norma constitucional cuando exista ausencia de ley; mientras que, si existiera una norma legal inconstitucional, la autoridad judicial tendría 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.

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 inició la transición de un modelo de control político a un control jurídico, concluyendo con el establecimiento de un control mixto de constitucionalidad en las constituciones de 1998 y 2008.

La Constitución de Ecuador presenta una tensión entre la consulta de norma prevista en el art. 428 y la aplicación directa de la norma suprema

reconocida en los arts. 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, con base en el 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.

El esquema constitucional de 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. En atención del control concentrado, la Corte, una vez que por medio del mecanismo de selección y revisión tiene conocimiento de las decisiones adoptadas por los jueces, resuelve con efectos generales sobre la inconstitucionalidad de las normas inaplicadas.

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 lado, 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, unificará los fallos de los jueces a fin de otorgar coherencia y unidad y evitar la presencia de sentencias contradictorias. Con 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 se garantice la tutela efectiva de los derechos, la seguridad jurídica y la defensa de la Constitución.

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, porque, en función del control concentrado, la Corte Constitucional puede resolver sobre la inconstitucionalidad de las normas jurídicas inaplicadas.

Garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, debido a que, en caso de que el juez tenga certeza de la inconstitucionalidad de una norma, evita el retardo indebido que genera la consulta de constitucionalidad.

Finalmente, el control mixto de constitucionalidad es el modelo 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

- Aguirre Guzmán, Vanesa. «La tutela judicial efectiva como derecho humano: Una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador». En *¿Estado Constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, coordinado por el Programa Andino de Derechos Humanos, UASB-E 13-35. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2009.
- Aja, Eliseo. «Introducción al concepto actual de Constitución». Estudio preliminar a *¿Qué es una Constitución?*, de Ferdinand Lassalle, 5.^a 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*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, ed. *La Constitución de 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . «Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia». En Ávila Santamaría, *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, 19-38.
- . *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*. Quito: UASB-E, 2012. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3821/1/PI-2012-05-Avila-Evolución%20de.pdf>.
- Bendavides Ordóñez, Jorge, y Jhoel Escudero Soliz, coords. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza, 1994.
- . «La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana». En *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, compilado por Miguel Carbonell. Ciudad de México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002.
- . *La construcción de la libertad*. Madrid: Alianza, 2010.
- Bogdandy, Armin, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Mariela Morales Antoniazzi, eds. *La justicia constitucional y su internacionalización*. 2 vols. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2010.

- Borja y Borja, Ramiro. *Derecho constitucional ecuatoriano*, 2.^a ed., 4 t. Quito: Instituto Geográfico Militar, 1980.
- Brewer-Carías, Allan Randolph. «Control de constitucionalidad: La justicia constitucional». En *El derecho público a finales del siglo: Una perspectiva iberoamericana*, dirigido por Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo, 519-70. Madrid: Civitas, 1997.
- . «Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional venezolana». *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, n.º 1 (2005): 301-30.
- Carbonell, Miguel, ed. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- Carbonell, Miguel, y Pedro Salazar, eds. *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- Carrillo, Marc, y Víctor Ferreres Comella. *Teoría general de la Constitución*. Barcelona: UOC Papers, 2002.
- Casiello, Juan. *Derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Perrot, 1954.
- Chamorro Bernal, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994.
- Comanducci, Paolo. «Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis meta-teórico». En Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 75-98.
- Corwin, Edward S. *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*. Traducido por Aníbal Leal. Nueva York: Fraternal, 1987.
- Cueva Carrión, Luis. *Medidas cautelares constitucionales*. Quito: Cueva Carrión, 2012.
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1989.
- Escobar García, Claudia. «Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?». En Ávila Santamaría, *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, 285-362.
- Escudero Soliz, Jhoel. «Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador». En Benavides Ordóñez y Escudero Soliz, *Manual de justicia constitucional*, 73-89.
- Estados Unidos Departamento de Estado. *Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas*. Washington, D. C.: World Book, 2004.
- Fernández Segado, Francisco. «El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: Su evolución». En *Sobre la jurisdicción constitucional*, compilado por Aníbal Quiroga León, 103-46. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

- . «El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo». En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 27-47. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997.
- Ferrajoli, Luigi. «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011): 15-53.
- . *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- . *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- . «La democracia constitucional». En *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*, compilado por Christian Courtis, 431-48. Buenos Aires: Eudeba, 2001.
- . «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 15-31. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9954>.
- Ferreres Comella, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- . *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- Ferreya, Gustavo. «La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: Vicisitudes y restos del papel institucional del Tribunal». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 47 (2004): 13-44. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/131018>.
- García Belaunde, Domingo. «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo». En *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: En conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti*, 1319-135. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 1998.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1999.
- Gargarella, Roberto. «Las amenazas del constitucionalismo: Constitucionalismo, derechos y democracia». Ponencia presentada en el SELA 2001. http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Las_amenazas_del_constitucionalismo.pdf. Web desaparecida
- . «Constitución y democracia». En *Derecho constitucional*, 70-86. Buenos Aires: Universitaria, 2004.
- Gascón Abellán, María. «La teoría general de garantismo: Rasgos principales». En Carbonell y Salazar, *Garantismo*, 21-40.

- Grijalva, Agustín. «Evolución histórica del control constitucional de la ley en el Ecuador». En *Historia constitucional: Estudios comparativos*, editado por Enrique Ayala Mora, 125-44. Quito: Corporación Editora Nacional, 2014.
- Guastini, Riccardo. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano». En Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 49-74.
- Hamilton, Alexander. «El federalista n.º 78». En *El federalista*, 2.ª ed., 330-6. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1957.
- Haro, José Vicente. «El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión». En *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, t. III, 699-732. Ciudad de México: Marcial Pons, 2008.
- . «El sistema de justicia constitucional en la Constitución venezolana». En *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*, coordinado por Víctor Bazán, 741-9. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Harrington, James. *La república de Oceana y un sistema político*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Hauriou André, Jean Cicquel y Patrice Gérald. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Traducido por José Antonio Gonzales Casanova. Barcelona: Ariel, 1980.
- Highton, Elena I. «Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad». En Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi, *La justicia constitucional y su internacionalización*, 1:107-73.
- Hurtado Reyes, Martín. *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima: Palestra, 2006.
- Kelsen, Hans. «La garantía jurisdiccional de la Constitución». Traducido por Hernán Salgado Pesantes. En *El tribunal de garantías constitucionales: Conflictos y jurisprudencia período 1980/1990*, 35-44. Quito: Ildis, 1990.
- . *Teoría pura del derecho*, 4.ª ed. Buenos Aires: Universitaria, 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 Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi *La justicia constitucional y su internacionalización*, 1:175-98.
- Madariaga Gutiérrez, Mónica. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*, 2.ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Madison, James. «El federalista n.º 48». En *El federalista*, 2.ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1957.
- . «El federalista n.º 51». En *El federalista*, 2.ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

- Mezzetti, Luca. «Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI». *Estudios Constitucionales* 7, n.º 2 (2009): 281-300. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>.
- Montaña Pinto, Juan. «La interpretación constitucional: Variaciones de un tema inconcluso». En Montaña Pinto, y Porras, *Apuntes de derecho constitucional*, 3:21-62.
- Montaña Pinto, Juan, y Angélica Porras. *Apuntes de derecho constitucional*. T. 3, *Parte especial 2: Garantías constitucionales en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Montaña Pinto, Juan, y Patricio Pazmiño Freire. «Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano». En Benavides Ordóñez y Escudero Soliz, *Manual de justicia constitucional*, 23-48.
- Mora Donatto, Cecilia. *Las comisiones parlamentarias de investigación como órgano de control político*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 1998.
- Morales Tobar, Marco. «El Tribunal Constitucional del Ecuador». En Viciano, Trujillo y Andrade, *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*, 237-60.
- Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Traducido por Siro García del Mazo. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1996.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Oyarte, Rafael. «La supremacía constitucional». En *Derecho constitucional para fortalecer la democracia*, dirigido por Marco Morales Tobar, 73-89. Quito: Tribunal Constitucional, 1999.
- Pegoraro, Lucio. «Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 2 (2004): 131-58.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*, 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 1994.
- . *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9.ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- Pérez Royo, Javier. «La reforma de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, n.º 22 (1986): 7-60. doi:10.5944/rdp.22.1986.8324.
- . *Curso de derecho constitucional*, 7.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- . *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 2008.
- Pérez Tremps, Pablo. «La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español», *Revista de Estudios Constitucionales* 3, n.º 1 (2005): 127-48.

- Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2002.
- Pizzorusso, Alessandro. *Justicia, Constitución y pluralismo*. Lima: Palestra, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- . «Constitucionalismo y garantismo». En Carbonell y Salazar, *Garantismo*, 41-58.
- . «Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley: Los presupuestos históricos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional». *Fundamentos*, n.º 4 (2006): 27-107. <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Luis.pdf>.
- . «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». En Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 123-37.
- . «Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución». En *Control constitucional y activismo*, editado por Heber Joel Campos Bernal, 263-83. Lima: Ara Editores, 2012.
- RAE (Real Academia Española) y ASALE (Asociación de Academias de la Lengua Española). *Diccionario de la lengua española*. Versión 23.3. Actualización 2019. <https://dle.rae.es>.
- Rene David, Camille Jauffret-Spinosi. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Traducido por Jorge Sánchez Cordero, 11.ª ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2010.
- Requejo Rodríguez, Paloma. *Bloque constitucional y bloque de constitucionalidad*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1997.
- Riofrío, Juan Carlos. «El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica». En *Seguridad jurídica*, Juan Falconí Piug, 1-46. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Romero Larco, Johanna. «Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: La consulta de norma». En Montaña Pinto, y Porras, *Apuntes de derecho constitucional*, 3:141-69.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Traducido por Consuelo Berges. Madrid: Aguilar, 1970.
- Ruiz Miguel, Carlos. *Constitucionalismo clásico y moderno: Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2013.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005.
- Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. Ciudad de México: UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

- Solís Rodríguez, Javier. «La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas». En *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz: Derecho procesal*, coordinado por David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera, 325-337. Ciudad de México: Universidad Nacional de México, 2005.
- Storini, Claudia. «Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano». En *Actas Congreso Internacional América Latina: La autonomía de una región; XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, editado por Heriberto Cairo Carou, Almudena Cabezas González, Tomás Mallo Gutiérrez, Esther del Campo García y José Carpio Martín, 645-62. Madrid: Trama / CEEIB, 2012.
- . «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008». En *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 287-312. Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional, 2009.
- Storini, Claudia, y Marco Navas. *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.
- Uribe Terán, Daniel Fernando. «Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador». En *Apuntes de derecho constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras, 2:83-102, *Parte especial 1: Garantías constitucionales en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Viciano, Roberto, Julio César Trujillo, y Santiago Andrade, eds. *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Viciano, Roberto, y Rubén Martínez. «Presentación: Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano». En *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, 13-43. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2010.

NORMATIVA

- Ecuador. *Código Penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971. Derogado.
- . *Constitución del Estado del Ecuador*. 23 de septiembre de 1830. Derogada.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. 13 de agosto de 1835. Derogada.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. 31 de marzo de 1843. Derogada.

- . *Constitución de la República del Ecuador*. 3 de diciembre de 1845. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República del Ecuador*. 25 de febrero de 1851. Derogada.
 - . *Constitución de la República del Ecuador*. 6 de septiembre de 1852. Derogada.
 - . *Constitución de la República del Ecuador*. 10 de abril de 1861. Derogada.
 - . *Constitución de la República del Ecuador*. 11 de agosto de 1869. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República de Ecuador*. 6 de abril de 1878. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República de Ecuador*. 13 de febrero de 1884. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República de Ecuador*. Registro Oficial 272, Suplemento. 14 de enero de 1897. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República de Ecuador*. Registro Oficial 262, 24 de diciembre de 1906. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República de Ecuador*. Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República del Ecuador Codificada*. Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996.
 - . *Constitución Política del Estado Ecuatoriano*. Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979. Derogada.
 - . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998. Derogada.
 - . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
 - . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
 - . *Ley de Seguridad Social*. Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001.
 - . *Reformas a la Constitución*. Registro Oficial 569, 1 de septiembre de 1983.
 - . *Reformas a la Constitución Política del Estado*. Registro Oficial 93, Suplemento, 23 de diciembre de 1992.
- Ecuador Corte Constitucional. *Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*. Registro Oficial 613, Suplemento, 22 de octubre de 2015.

- Ecuador IESS. *Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte*. Registro Oficial 225, 9 de marzo de 2006.
- Estados Unidos. *Constitución de los Estados Unidos de América*. Archivos Nacionales. 1787.
- Francia. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Traducción de Antonio Nariño. 26 de agosto de 1789. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8s4z7>.
- Venezuela. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial 37 942, 20 de mayo de 2004.

JURISPRUDENCIA

- Corte IDH. «Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)». *Caso Tibi vs. Ecuador*. 7 de septiembre de 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.
- Ecuador Corte Constitucional. «Sentencia n.º 001-10-SIN-CC». En *Caso n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN*. 18 de marzo de 2009. Registro Oficial 176, 21 de abril de 2010.
- «Sentencia n.º 032-09-SEP-CC». En *Caso n.º 0415-09-EP*. 24 de noviembre de 2009. Registro Oficial 97, Suplemento, 29 de diciembre de 2009.
- «Sentencia n.º 001-09-SIN-CC». En *Caso n.º 0002-2009-CN*. 14 de mayo de 2009. Registro Oficial 602, Suplemento, 1 de junio de 2009.
- «Sentencia No. 055-10-SEP-CC». En *Caso n.º 0213-10-EP-CC*. 18 de noviembre de 2010. Registro Oficial 359, Suplemento, 10 de enero de 2011.
- «Sentencia No. 011-12-SCN-CC». En *Caso 0035-11-CN*. 19 de enero de 2012. Registro Oficial 641, Suplemento, 15 de febrero de 2012.
- «Sentencia No. 001-13-SCN-CC». En *Caso n.º 0535-12-CN*. 6 de febrero de 2013. Registro Oficial 890, Suplemento, 13 de febrero de 2013.
- «Sentencia No. 002-13-SCN-CC». En *Caso n.º 0677-12-CN*. 28 de febrero de 2013. Registro Oficial 919, Suplemento, 25 de marzo de 2013.
- «Sentencia No. 0034-13-SCN». En *Caso n.º 0561-12-SCN*. 30 de mayo de 2013. Registro Oficial 42, Suplemento, 23 de julio de 2013.
- «Sentencia No. 006-15-SCN-CC». En *Caso n.º 005-13-CN*. 27 de mayo de 2015. Registro Oficial 575, Suplemento, 28 de agosto de 2015.
- «Sentencia n.º 004-14-SCN-CC». En *Caso n.º 0072-14-CN*. 6 de agosto de 2014. Registro Oficial 315, Suplemento, 20 de agosto de 2014.
- «Sentencia n.º 030-13-SCN-CC». En *Caso n.º 0697-12-CN*. 14 de mayo de 2013. Registro Oficial 16, Suplemento, 17 de junio de 2013.
- «Sentencia 003-15-SCN-CC». En *Caso n.º 0460-12-CN*. 11 de marzo de 2015.

- . «Sentencia 007-15-SCN-CC». En *Caso n.º 0140-14-CN*. 3 de junio de 2015. Registro Oficial 575, Suplemento, 28 de agosto de 2015.
- Ecuador Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. «Auto de conocimiento de la acción de protección y petición de medidas cautelares». En *Juicio n.º 17151-2012-2050*. 27 de diciembre de 2012.

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.

ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

250	Ángela Castillo, <i>Santa Gema y la construcción de la santidad en la representación mediática</i>
251	Alvaro Vélez Tangarife, <i>Economía política de las drogas en la frontera norte ecuatoriana</i>
252	Andrea Vaca, <i>La figura de delegación en los servicios públicos y en la economía popular y solidaria de Ecuador</i>
253	Tirsa Chindoy, <i>Los kamëntsá y el legado visual de la diócesis de Mocoa-Sibundoy</i>
254	Daniela Solano, <i>Lavado de activos: Ecuador en la mira del GAFI, 2010-2014</i>
255	María Teresa Arteaga, <i>Las cartas de doña Ana Zurita Ochoa: Hacia una subjetividad femenina colonial (Cuenca, siglo XVII)</i>
256	Mirian Amagua, <i>La religión en la narconovela Rosario Tijeras</i>
257	Marcelo Quishpe Bolaños, <i>Educación superior, pueblos indígenas e interculturalidad: La Escuela de Educación y Cultura Andina</i>
258	Mariana Jiménez, <i>Una lectura constitucional del derecho a la resistencia colectiva</i>
259	Juan Aguirre Ribadeneira, <i>La contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea</i>
260	Mónica León, <i>El trabajo sexual como actividad laboral en Ecuador</i>
261	Lenin Carrera Oña, <i>Ocularcentrisimo: Cuando el sentir supera al ver</i>
262	Rina Artieda Velástegui, <i>Cantuña: Historia y leyenda, palabra y poder. Versiones de dominación y reivindicación</i>
263	Oscar Banegas, <i>Microfinanzas en Ecuador a la luz de las tendencias globales</i>
264	Stephany Olarte, <i>El anticipo del impuesto a la renta: Señales de un tributo encubierto</i>

El valor normativo de la Constitución, aceptado por buena parte de la doctrina, implica que esta es de aplicación directa: los detentadores del poder público y los particulares deben cumplir de manera irrestricta sus mandatos. Al mismo tiempo, al ser una norma jurídica, requiere de un instrumento jurídico que garantice su cumplimiento; frente a esta necesidad surge el control de constitucionalidad, el cual —según el órgano que lo ejerce— puede ser difuso, concentrado o mixto. En Ecuador, la Constitución de 2008 amplió el catálogo de derechos e incorporó varios mecanismos para su protección: las garantías constitucionales. En este sentido, el objetivo de este trabajo es determinar el tipo de control constitucional que establece la Constitución, que sea coherente con el garantismo constitucional. Se concluye que, con base en una interpretación integral, esta determina un control mixto. Este modelo de control permite garantizar la protección de los derechos constitucionales.

Robinson Patajalo (Pallatanga, 1988) es abogado (2013) por la Universidad Central del Ecuador y magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional (2016) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. En la actualidad es docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas y se desempeña en el libre ejercicio profesional.



9789942837165