

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La inaplicabilidad del control constitucional concentrado en un Estado
Constitucional de derechos y justicia**

José Julián Semanate Morales

Marco Morales, MA, Director de Tesis

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, enero 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

***"La inaplicabilidad del control constitucional concentrado en un Estado
Constitucional de derechos y justicia"***

José Julián Semanate Morales

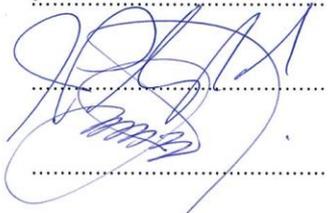
Dr. Diego Pérez Ordóñez
Presidente del Tribunal e Informante



Dr. Marco Morales
Director de Tesis



Dr. Juan Pablo Aguilar
Informante



Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 20 de Enero de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO La inaplicabilidad del control constitucional concentrado ...
ALUMNO José Julián Semanate Morales

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado. 15 puntos

En el 2008, el Ecuador optó por un nuevo régimen constitucional, sin embargo el control de constitucionalidad estipulado en nuestra Carta Magna fue cambiado, debiendo los jueces consultar antes de decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma. La tesina propuesta busca analizar cómo este nuevo esquema de control por parte de los jueces, que convierte a nuestro sistema en uno de control concentrado, no es compatible con el modelo de Estado actual de nuestro país. Por ello, el problema presentado resulta muy importante en la discusión académica jurídica.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador. 14 puntos

La hipótesis planteada resulta clara y completa, pues se pretende afirmar que el modelo actual de control constitucional no es compatible con el Estado constitucional.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados. 18 puntos

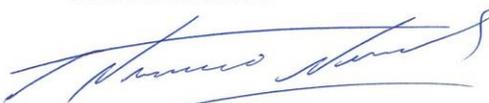
Los documentos y materiales utilizados para el análisis y desarrollo de la Tesina son pertinentes para el efecto y se observa que han sido adecuadamente utilizados por el estudiante.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada). 46 puntos

La argumentación que contiene la Tesina es buena, pues logra cubrir las ideas fundamentales necesarias para dar solución a la hipótesis planteada. Se observa un correcto análisis introductorio sobre el paso del Estado de Derecho legalista al Estado Constitucional, luego se aborda la diferencia entre las formas de control de constitucionalidad y finalmente concluir con la determinación de la improcedencia del control concentrado en nuestro Estado Constitucional.

TOTAL: 94 PUNTOS

FIRMA DIRECTOR:



Marco Antonio Morales Andrade

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: José Julián Semanate Morales

C. I.: 1712996477

Fecha: Quito, enero 2014

A mis padres y hermano, por su amor infinito y apoyo incondicional.

Resumen

Con la expedición y entrada en vigencia de la Constitución de 2008, el Estado Ecuatoriano evolucionaría para transformarse y definirse como un Estado Constitucional de derechos y justicia. Conjuntamente con esta transformación aparecerá la Corte Constitucional como el único órgano del Estado capaz de interpretar la Constitución y ejercer control de constitucionalidad sobre la misma. Esta facultad exclusiva de la Corte consagraría a posterior en el Ecuador, al que se denomina control de constitucionalidad concentrado, limitando la interpretación constitucional a una sola jurisdicción. El presente trabajo pretenderá demostrar como el control de constitucionalidad de tipo concentrado resulta inaplicable en el Estado Constitucional de derechos y justicia, pues los valores, principios y derechos característicos de este modelo estatal, se ven vulnerados y limitados por el control concentrado, en particular en el caso de las nuevas labores interpretativas del juez constitucional (activismo judicial) propias del Estado Constitucional.

Abstract

Since the Ecuadorian government issued the 2008 Constitution, the main idea was to evolve into a constitutional country, based on rights and justice. With this transformation, the Constitutional Court appeared and this was going to be the only institution capable of interpret the constitution. This exclusive faculty of the mentioned Court will be denominated later on as the concentrated constitutional control, limiting the interpretation of the constitution to only one jurisdiction. This work pretends to demonstrate how this concentrated constitutional control is inapplicable in a Constitutional State of rights and justice, due to the fact that the values and principles that make this governmental model are violated and limited. This particular effect can be seen in the new interpretative tasks the constitutional judges have.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION	10
1. CAPÍTULO I: LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO COMO ORIGEN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR	14
1.1. ANÁLISIS INICIAL DEL MODELO ESTATAL ECUATORIANO	14
1.2. EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO COMO ORIGEN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	16
1.2.1. El Estado de Derecho	16
1.2.2. El Estado Liberal de Derecho	16
1.2.3. El Estado Social de Derecho y sus bases.	19
1.2.4. El Estado Constitucional	23
1.3. ACTIVISMO JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	28
1.4. EL ECUADOR COMO MODELO CONSTITUCIONAL	30
2. CAPÍTULO II: LA ESTRUCTURA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO ³⁷	
2.1. DEL CONTROL CONSTITUCIONAL	38
2.1.1. Tipos de Control Constitucional relevantes al tema	38
2.1.2. Origen de legitimidad del Control Constitucional	39
2.1.2.1. Los tipos de conflicto sobre los que se aplica el control constitucional	41
2.1.3. Función del Juez constitucional	43
2.2. CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO EN EL ESTADO ECUATORIANO	46
2.2.1. De acuerdo a la Constitución y normativa inferior	46
2.2.2. Conforme a jurisprudencia de la Corte Constitucional	51
3. CAPÍTULO III: LA INAPLICABILIDAD DEL CONTROL CONCENTRADO EN RELACIÓN A LOS ELEMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ⁵⁸	
3.1. ANÁLISIS INICIAL	58
3.2. EL ACTIVISMO JUDICIAL PARA LA CORTE CONSTITUCIONAL	59
3.2.1. De acuerdo al análisis de la primera Resolución de la Corte Constitucional	59
3.2.2. De acuerdo al análisis del primer Precedente vinculante de la Corte Constitucional	61
3.3. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO ORIGEN DE LA INAPLICABILIDAD	64
3.3.1. Análisis de las actas de la Asamblea Constituyente	64
3.3.2. Discordancia en la Asamblea Constituyente	66
3.4. LA CONSTITUCIÓN DE 1998 Y EL CONTROL DIFUSO.	73
3.5. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.	75
3.5.1. El Control Difuso en Estados Unidos	76
3.5.2. El Control Concentrado en el Estado Alemán.	78
4. CONCLUSIONES	82
5. BIBLIOGRAFÍA	88

INTRODUCCIÓN

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi en el año 2008, el Ecuador adoptará una nueva estructura y organización correspondiente con la doctrina del neo constitucionalismo, convirtiéndose en un Estado Constitucional de derechos y justicia. Esta transformación contiene una serie de implicaciones tanto de forma como de fondo, principalmente reflejadas en el cambio de modelo estatal y las implicaciones que esa transformación conlleva.

Como consecuencia del cambio de Constitución, se modificaron una serie de elementos correspondientes a la estructura y funcionamiento de la maquinaria estatal. En relación a este cambio estructural, se implementa la jurisdicción constitucional a través de la creación de la Corte Constitucional, como un órgano separado e independiente de los distintos poderes del Estado. Conjuntamente con la creación de la Corte Constitucional, se le otorgaría a este órgano, la capacidad y facultad exclusiva de interpretación de la Constitución.

Las facultades de La Corte, como ya mencionamos con anterioridad, serán mandatoriamente exclusivas de ésta, conforme lo que dispone la propia Constitución, y como consecuencia de estas facultades exclusivas de interpretación constitucional, podemos asegurar que existe un cambio en el mecanismo del Control Constitucional. Desde el año 1998, hasta la promulgación de la Constitución de 2008, el Ecuador utilizaba el que se denomina control de constitucionalidad de tipo difuso, mismo que facultaba a todos los jueces ordinarios con la posibilidad de inaplicar una norma alegada dentro de un conflicto inter-partes, por considerarla contrapuesta con la Carta Política de nuestro país.

El traslado de la facultad para interpretar la Constitución que le correspondía a todos los jueces ordinarios y ahora le corresponde solamente a la Corte Constitucional, devela un nuevo modelo de interpretación y control constitucional, pues al ser únicamente una Corte o Tribunal el que ostente esta facultad y calidad, el control de constitucionalidad pasa de ser difuso a concentrado. Aseguramos que el modelo de control es ahora de tipo concentrado, no solamente por lo establecido en la Constitución de 2008, sino porque de este trabajo se desprenderá un análisis teórico, así como legal y jurisprudencial sobre el

tema, contando con lo establecido en la Constitución, normativa inferior, en la jurisprudencia emitida por La Corte, y en la Doctrina.

Ahora, teniendo en cuenta que en el Ecuador ha existido un cambio de modelo Estatal, por el cual se consagra como un Estado Constitucional de derechos y justicia, es importante notar las implicaciones que dicho cambio conlleva. Esta transformación se verá reflejada en un sinnúmero de ámbitos y aspectos que parten desde la propia concepción del Estado, mismo que será gobernado y dirigido ahora por un Constitucionalismo profundo. El constitucionalismo al que nos acabamos de referir, marca su delineamiento principalmente por la inmensa protección que se pretende respecto de los derechos de los ciudadanos, tanto en un ámbito particular como en un ámbito social, limitando cualquier transgresión que vulnere estos derechos o impida su ejercicio. Es así que el Estado Constitucional, se auto limita para no vulnerar los derechos de sus ciudadanos a través de cualquier institución de la administración, y pretende resultados justos en los conflictos inter-partes, guardando los derechos constitucionales como máximo objetivo.

Así como el Estado Constitucional guarda como una de sus directrices la protección primaria de los derechos constitucionales, de ésta se deriva un concepto propio y característico tanto del constitucionalismo como del Estado Constitucional; este es el activismo judicial. Es a través de este concepto que el Estado Constitucional establece una serie de nuevas tareas, labores y responsabilidades correspondientes a sus operadores judiciales, a todos ellos. El activismo judicial es el nombre que se le ha otorgado a la labor activa de aplicación e interpretación constitucional correspondientes a los jueces constitucionales, y debe entenderse a la luz del Estado Constitucional que jueces constitucionales son todos los jueces, sean ordinarios o de instancia, además de los magistrados de La Corte Constitucional.

Partiendo de los conceptos anteriormente descritos, se desprende a primera vista una contradicción doctrinaria. Cómo es que en un Estado Constitucional (de derechos y justicia) -en el cual la Constitución debería aplicarse por sobre todas las leyes y en cualquier ocasión, a través de todos los jueces como reflejo del activismo judicial- se consagra un mecanismo de control de constitucionalidad de tipo concentrado. Resulta evidente que la limitación a los operadores judiciales y jueces ordinarios que les impide aplicar directamente la Constitución cuando una norma se contraponga con ésta, deviene en

una aún más evidente vulneración a los principios y delimitaciones del Estado Constitucional.

El objeto de este trabajo será demostrar la inaplicabilidad del control constitucional concentrado dentro de un Estado Constitucional de derechos y justicia, para lo cual, partimos de la explicación general que se ha detallado, para continuar con la demostración posterior de tres conclusiones. En primer lugar, comprobaremos que el Estado Ecuatoriano es un Estado Constitucional; lo cual se encontrará detallado a lo largo del Capítulo Primero a través de muestras de la evolución del Estado de derecho hasta llegar al Estado Constitucional. En segundo lugar, a lo largo del Capítulo Segundo se matizará toda la temática correspondiente al control de constitucionalidad en el Ecuador, demostrando que este mecanismo es de tipo concentrado. Por último a lo largo del Capítulo Tercero se detallarán los elementos que respaldan la inaplicabilidad que se pretende demostrar, contando con muestras de derecho comparado así como una breve comparación con la Constitución de 1998 y un análisis de las actas de la Asamblea Constituyente como origen del problema. Así en definitiva se concluirá que la aplicación de un sistema de control concentrado, resulta por el contenido de la teoría que lo desarrolla, inaplicable en un Estado Constitucional.

El problema que se pretende abordar a lo largo de este trabajo, se presenta en su totalidad como consecuencia del tipo de control constitucional que se encuentra establecido en el Estado ecuatoriano, en correlación con el modelo estatal establecido en la Constitución del Ecuador. Si bien la “inaplicabilidad” como tal no demuestra un conflicto entre leyes(es decir, no se manifiesta un conflicto de legalidad) ni un conflicto entre la Constitución Política y otras normas inferiores, esta inaplicabilidad demuestra un conflicto de carácter doctrinario y teórico, pues se impone un determinado tipo de Control Constitucional sobre un modelo Estatal inadecuado para dicho tipo de Control Constitucional; éstos son incompatibles.

Para probar a cabalidad que el problema jurídico es real y relevante, y que existe una inadecuada aplicación teórica y doctrinaria respecto de este tema en nuestro país, primero será absolutamente necesario definir y delimitar el concepto y tipos tanto del control constitucional como también de los modelos estatales existentes. Posteriormente analizaremos el caso del Estado ecuatoriano con el objetivo de encasillarlo dentro de

alguno de los modelos estatales expuestos; igualmente respecto de los modelos de control constitucional.

Por último, a través de este trabajo se buscará demostrar en primer lugar que el tipo de control constitucional aplicado en el Ecuador, es efectivamente el que se denomina “concentrado”; en segundo lugar, que el modelo estatal definido para nuestro país, es en realidad uno que se denomina “Constitucional”(de derechos y Justicia); y por último, la contraposición doctrinaria que existe entre estos dos sistemas, por lo que el uso de uno, a la par del uso del otro, resultaría necesariamente inaplicable.

Para la obtención acertada de la conclusión prioritaria descrita en párrafos anteriores, será necesario demostrar que el Estado ecuatoriano, a pesar de provenir de una larga tradición correspondiente a la doctrina del “Estado de Derecho”, en la actualidad ha evolucionado y se encuentra más apegado a la doctrina del neo constitucionalismo, y por tal razón, toda la rama administrativa del Estado apunta ahora hacia el “Estado constitucional de derechos y justicia”.

Asimismo, deberá realizarse un análisis profundo de la normativa y jurisprudencia ecuatoriana correspondiente al control constitucional, y a su ámbito de aplicación en búsqueda de la delimitación del mismo, para la comparación y contraste entre los modelos de control, el control ejercido en el Estado ecuatoriano, y la concordancia o no entre este tipo de control respecto del modelo estatal establecido.

CAPÍTULO I: LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO COMO ORIGEN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

1.1.- ANÁLISIS INICIAL DEL MODELO ESTATAL ECUATORIANO

Como base para la demostración de la inaplicabilidad que venimos sosteniendo como hipótesis, resulta fundamental la delimitación del modelo estatal Ecuatoriano. Con este objetivo, acudiremos en primer lugar, necesariamente a la Carta Política ecuatoriana, donde lógicamente encontraremos una descripción del Estado y de toda su subsecuente estructuración. Es asimismo importante notar que si bien, en el documento físico de la Constitución encontramos una definición del tipo o modelo estatal con el que el Estado ecuatoriano cuenta, esta definición extremadamente positivista es limitada, y cabe preguntarse si es que esta descripción que delimita al Estado ecuatoriano, se encuentra necesariamente apegada a la realidad práctica y desarrollo órgano estatal.

La Constitución vigente del Estado ecuatoriano menciona en su artículo primero lo siguiente:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.¹

Se desprende de la primera línea del texto del artículo, en la parte pertinente, que el Ecuador es un “**Estado constitucional de derechos y justicia...**”, pero en qué se diferencia esta acepción del Estado de Derecho planteado por la doctrina tradicional, y más importante aún, es este el modelo estatal que se ajusta a nuestra realidad como sociedad, o responde más bien a la consecución de los intereses políticos del grupo de poder de turno.

La inclusión de esta variante en el texto de nuestra Constitución vigente, va muy de la mano con la teoría del positivismo “pop”², es decir, con una doctrina que “se limita a un análisis de las declaraciones constitucionales y, a partir de ellas, concluye si un derecho ha

¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² Fernando de Trazegnies, “La muerte del legislador”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (1997), p. 864.

sido reconocido, existe o no en un ordenamiento jurídico”³. Si bien la doctrina tiene un enfoque correspondiente a los derechos que se establecen o no en una Constitución, analógicamente se podría aplicar esta teoría, para entender que la disposición constitucional del artículo uno que establece el “Estado constitucional de derechos y justicia”, pretende reconocer al Estado como tal sin que necesariamente se encuentre apegado a ese modelo en la realidad.

Para despejar estas inquietudes deberemos tener en cuenta primero las diferentes variantes de Estado y las diferencias y semejanzas que existen entre éstas. En búsqueda de la delimitación del modelo estatal ecuatoriano actual, resulta pertinente en primera instancia observar la evolución que se ha producido con el ahora “Estado constitucional de derechos y justicia”, respecto de nuestro inmediato predecesor, el Estado social de derecho.

El modelo con el que pretendemos comparar y contrastar al Estado constitucional de derechos y justicia, se encuentra descrito en la ahora derogada Constitución Política del Ecuador de mil novecientos noventa y ocho, que en su artículo número uno contiene el siguiente texto:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es Republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución.

El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley.

La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.⁴

Independientemente de la totalidad del texto del artículo, que nos da una perspectiva un poco más amplia de la organización estatal, lo que nos corresponde tener en cuenta, es nuevamente la primera línea del artículo que define al Ecuador como: “**Estado social de**

³Juan Pablo Aguilar Andrade. “Constitución y Realidad”, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*” Quito: INRED, pp. 329-345.

⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

derecho...”. Lo pertinente entonces sería definir al Estado social de derecho pero con esos fines, es también necesario, analizar los antecedentes y raíces del mismo.

1.2.- EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO COMO ORIGEN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

1.2.1.- El Estado de Derecho

En primer lugar, debemos tener claro lo que el Estado de Derecho comprende, y en amplio sentido “significa que la gente debe obedecer el derecho y regirse por él”⁵, pero no debemos limitarnos a ese concepto básico y podemos complementar al Estado de Derecho, como aquel en el que tanto la administración como los administrados se encuentran regulados y limitados por el ordenamiento jurídico, por las leyes, impidiendo toda acción arbitraria por parte de los ciudadanos o la administración. Sin duda la evolución de este concepto apunta una clara relación con el principio de legalidad y demuestra un mecanismo de autorregulación estatal en búsqueda de la limitación de sus facultades y poderes.

Ahora, partiendo de este concepto básico del Estado de Derecho, podemos deducir que el Estado Social de Derecho, es en sí una variante del Estado de Derecho como tal. De hecho, bien sabemos que el Estado Social de Derecho se plantea como una variante del modelo Liberal del Estado de derecho; en palabras de Francisco Palacios Romero, “las críticas al Estado (liberal) confluyeron en la propuesta de un Estado social que superara la anemia constitucional del modelo liberal.”⁶

Queda entonces por definir cuál es el Estado Liberal de derecho y sus características, para entrar luego en el Estado Social de Derecho y sus cambios en relación al modelo liberal.

1.2.2.- El Estado Liberal de Derecho

⁵Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez. *Estado de derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Siglo XXI Editores S.A, 2009.

⁶ Francisco Palacios Romero. “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales”. *Desafíos Constitucionales, La Constitución Ecuatoriana de 2008 en perspectiva* (2008), p.45.

El Estado Liberal de Derecho, aparece como consecuencia del tan conocido “pacto social”⁷ entre la administración, que es el Estado en general, y los administrados, conformados por todos quienes somos ciudadanos de aquel Estado. Debemos tener en cuenta que el pacto social, involucra la “renuncia” voluntaria de algunos de los derechos inherentes a los administrados⁸, en búsqueda de que el Estado, los administre, los asegure y los garantice para con ellos, permitiéndole así (al Estado) actuar en nombre y en procura de los intereses de todos quienes lo integran. De esta manera, “Así como la naturaleza da al hombre un poder absoluto sobre sus miembros, el cuerpo político adquiere por el pacto social igual poder sobre los suyos”⁹.

Sin embargo, la teoría sobre el pacto social plantea en parte que “lo que cede cada uno (de los ciudadanos) de sus facultades, bienes y libertad por el pacto social, es solamente aquella parte cuyo uso conviene a la sociedad”¹⁰. Si bien el Estado Liberal de Derecho, de la mano con la teoría del pacto social, buscaba que se aseguren los derechos individuales de cada ciudadano, el mismo limitaba tales derechos, su ejercicio y garantías, a través de los delineamientos impuestos por la teoría de la soberanía del Estado, teniendo como base precisamente el hecho de que el Estado recibe del ciudadano (quien cede), solamente lo que al Estado le convenga, así justificando el límite de los derechos de los administrados.

En palabras de Francisco Palacios Romero, “El Estado liberal burgués reivindicaba al individuo pero, en la práctica, lo negaba a través de la implementación de una teoría de la soberanía que encerraba, de forma irremisible, a ese individuo bajo la lógica del Estadopropietarista”¹¹.

Es aquí donde notamos en primera instancia, carencias respecto del modelo liberal del Estado de Derecho, pues si bien encontramos la búsqueda por situar al individuo en una mejor posición respecto de sus derechos y la garantía de los mismos, encontramos así mismo la intención del Estado de limitar estos derechos bajo la justificación del pacto

⁷Elio Gallego García. *Fundamentos para una teoría del Derecho*. Madrid: Edit. Dikynson, 2006, p. 95.

⁸*Ibíd.*

⁹Jean Jacques Rousseau. *El contrato Social, o Principios del Derecho Político*.

<http://books.google.com.ec/books?id=D9Hljv7C1sAC&printsec=frontcover&dq=el+pacto+social&hl=en&sa=X&ei=-IBEUvtOYT48gSE8oHoAg&ved=0CEgQ6AEwBA#v=onepage&q=el%20pacto%20social&f=false>

(acceso: 24/09/2013).

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹Francisco Palacios Romero. “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales”. *Desafíos Constitucionales, ...* *Óp. cit.*, p.43.

social; pero por qué nos referimos al pacto social como método de limitación de los derechos, pues porque a partir del análisis del modelo liberal burgués del Estado, se desprende la teoría del pacto social (mismo que otorga al Estado su soberanía), como una falacia justificativa para el control máximo, por medio de facultades desmedidas que limitarían el ejercicio y defensa de los derechos individuales.

En teoría la soberanía del Estado era producto de la soberanía popular y la soberanía popular no era una entelequia sino producto de la voluntad de cada ciudadano que, por sí mismo, debía ser partícipe del pacto social. Sin embargo, la gran falacia del Estado y del pacto liberal era que ese pacto no era con consentimiento explícito sino con una especie de consentimiento tácito que hacía de cada persona un partícipe obligado, que le venía impuesto desde que nacía hasta que moría, sin posibilidad alguna de poder denunciarlo o revocarlo.¹²

A pesar de que la concepción del Estado liberal burgués, pretendía una igualdad entre sus administrados, debemos considerar que ya en el plano fáctico la igualdad entre los administrados resultaba más en una igualdad formal que material; nos referimos al hecho de que la protección de los derechos de los administrados no resultaba “justa”, en muchísimos casos, pues los administrados no se encontraron nunca en condiciones de igualdad entre unos y otros. Esto se debía principalmente al hecho de que:

...los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal. Tal criterio coincidía con el sistema de concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad se correspondía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del Derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el Derecho.¹³

Después de lo mencionado anteriormente, resulta fácil entender que bajo el modelo Liberal Burgués, la distribución de poder entre el Estado y los administrados, se encontraba claramente inclinada en favor del Estado, precisamente por encontrarse éste “manipulado” por grupos de poder. A partir de esto, se concluye que el propio Estado, como un “aliado” de los grupos de poder, y los grupos de poder, beneficiados por el manejo de capital y protegidos por el ordenamiento jurídico (diseñado por y para ellos), se encargaron de mantener la pantalla de desigualdad real que se desenvolvía respecto del común de los administrados.

¹²*Ibíd*

¹³ Manuel García Pelayo. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Ed. Alianza Universidad, 1996, p. 55.

Entonces, como consecuencia de las carencias encontradas dentro del modelo liberal del Estado de Derecho, aparece la necesidad de plantear alternativas que efectivamente otorguen y garanticen el ejercicio y protección de los derechos de los ciudadanos, de cada uno de los individuos. Se pretende que estos mecanismos no fueren solamente enunciativos, y limitados a un reconocimiento positivo de los mismos, sino que efectivamente se muestren como contracara a la “soberanía” del Estado, es decir, en búsqueda de que los derechos limiten a las facultades del Estado, de este gran omnipotente ente, y no en la vía opuesta.

1.2.3.- El Estado Social de Derecho y sus bases.

De manera concatenada con las intenciones expresadas en las ideas que se mostraron en párrafos anteriores, y teniendo en cuenta que el modelo liberal del Estado de Derecho se encontró presente (y fracasó) durante el siglo XVIII, el siglo XIX y principios del siglo XX, aparece una variante a dicho modelo estatal. El modelo Social del Estado de Derecho, mismo que fundo sus bases en el concepto de la “daseinvorsorge”, como raíz de desarrollo sobre toda la teoría, y que será tratada a profundidad con posterioridad dentro del presente apartado.

Ahora, lo primero a tener en cuenta es que el Estado Social de Derecho, debe ser analizado desde un punto de vista “Hagelsiano”, es decir desde su origen, si es que se pretende tener una comprensión amplia sobre las razones que generaron este modelo como alternativa al Estado Liberal. Al respecto nos vemos en la necesidad de argumentar en una doble vertiente que solventará nuestras dudas sobre el origen del Estado Social. Es pertinente señalar que debemos que esta doble vertiente no debe ser analizada por separado, sino de manera yuxtapuesta, es decir siempre teniendo en cuenta que ambas “fuentes” transcurrieron a la vez y siempre influenciaron a la otra en la formación del Estado Social.

La primera de las fuentes que nos acercará a la creación del Estado Social es la Iglesia Católica, pero no precisamente por las razones que podríamos imaginar. Resultaría redundante enfocarnos en el poder político, económico y social que la Iglesia Católica posee inclusive hasta nuestros días, peor aún en aquella época. Sin embargo nos referimos a Ésta, pues contradictoriamente a lo que imaginamos, esta institución se encargó de actuar

en objeción con los principios a los que representaba y defendía, específicamente en relación a los votos de pobreza correlativamente con la ayuda a los menos afortunados. La Iglesia se enriquecía desbordadamente y dejó de practicar la caridad. Como consecuencia de tales hechos, Sotelo apunta al nacimiento de la teoría Social, es decir a la búsqueda del bienestar colectivo y ayuda al prójimo, por primera vez separada de la Iglesia Católica. El mismo nos indica:

... con el rápido desarrollo de las ciudades, promovido por un capitalismo comercial incipiente que conecta con una mayor productividad en el campo, nos encontramos con las primeras instituciones no eclesíásticas de ayuda a los pobres. Ciudadanos piadosos fundan hermandades para organizar la caridad y la pertenencia a los gremios supuso una primera forma de ayuda social.¹⁴

Es así que el factor social se extrae de la ecuación religiosa y pasa a ser parte de los intereses del pueblo y por consiguiente será de ahí en adelante un interés del Estado. La segunda fuente, misma que encuentra íntimamente relacionada con la creación del Estado Social, es la conciencia que se ha generado en los pueblos europeos sobre el poder que les corresponde ante su inconformidad respecto de un determinado sistema o factor. Es así que las secuelas de tanto la revolución Francesa como la Revolución industrial (Siglo XIX) marcan un punto de partida en el ámbito social, pues si bien los pueblos europeos (el inmenso proletariado) estuvieron acostumbrados a vivir siempre inmersos en una inmensa pobreza, ahora se encuentra dentro de ellos la sed de mejoras y la posibilidad protesta. En ese sentido, Sotelo nuevamente nos expone las siguientes ideas complementarias:

Cierto que la pobreza de las grandes masas ha existido siempre, hasta el punto de que se había tenido por un hecho natural inmodificable. Lo nuevo es que ahora provoque una indignación creciente en amplios sectores sociales.

Como aviso pertinente para nuestro tiempo conviene dejar constancia de que la revuelta social estalla cuando se ha producido un descenso fulminante del nivel de vida, y no tras largas etapas de miseria que sumergen a la población en una apatía muy difícil de superar.¹⁵

Se debe tener en cuenta que estos dos factores íntimamente relacionados con el Liberalismo(en el sentido de la ausencia de intervención estatal en el control y manejo de recursos), provocan la erradicación de los vestigios del Estado Liberal, y a la vez generan la necesidad de una nueva teoría que pretenda agrupar los deseos del pueblo para con el pueblo y por tanto, del Estado para con el pueblo. Aparece entonces el concepto de

¹⁴ Ignacio Sotelo. *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 141.

¹⁵ Ignacio Sotelo. *El Estado Social. Antecedentes, origen... Óp. cit.*, pp. 139-140.

“daseinvorsorge”, como una expresión que traducida de su natal idioma el alemán, al español, quiere decir “el interés general”, pero que se encuentra tratada también como concepto de la procura existencial en lenguaje jurídico. La teoría de la procura existencial busca en definitiva establecer como contracara de la soberanía que le pertenece al Estado, las amplias obligaciones que éste tiene para con sus ciudadanos. El propio Palacios nos dice citando a Fortshoff, autor de la “daseinvorsorge” que, “Con esta expresión se quería apelar a las amplias obligaciones sociales del Estado respecto a los ciudadanos que tenía bajo su soberanía. En ella se estaba implícita la idea de la integralidad o conexidad de todos los derechos”¹⁶

Como se mencionó, la teoría base del Estado social de derecho, proviene de un lenguaje jurídico distinto al nuestro, y las expresiones de tanto interés general, como procura existencial, no son del todo precisas ni acertadas. Es entonces nuestra necesidad, obtener una explicación más detallada de lo que “desainvorsorge” significa, los ámbitos que abarca y lo extenso de su aplicación; todo esto por ser pilar del modelo Social.

El jurista, doctrinario y catedrático español, Rubén Serrano Lozano, tratando y refiriéndose al tema de la “daseinvorsorge”, se vio en la necesidad de profundizar en los orígenes etimológicos del término con el objetivo de definirlo y delimitarlo en nuestro idioma. Como tal, se refiere a las consideraciones ya realizadas por L. Martín RetortilloBaquer, quién señala:

El término Daseinvorsorge no se presta fácilmente a ser reducido a una palabra que tenga en nuestro idioma la misma fuerza y la misma amplitud que el término alemán. Dicho término es un conglomerado de tres raíces distintas: la palabra Sorge significa cuidado, atención, dedicación; el término Vores una preposición que encierra la idea de precedencia o anterioridad, ya sea en el tiempo o en el espacio. Antepuesta aquí al término Sorge, viene a expresar conjuntamente el significado de preocupación, procuración, cuidado preventivo, prevención, etc. La palabra Dasein, por fin, sirve para denominar la propia existencia humana. El conjunto de los tres términos nos da, pues, como traducción de la palabra Daseinvorsorge, la idea de preocupación por la existencia humana, de preocupación de los presupuestos vitales o, mejor aún, superando la traducción estrictamente literal para referir su contenido ideológico, la idea de la asistencia vital o de prestaciones vitales...¹⁷

Esta definición de la teoría base que ha servido como fundamentación para el Estado social de derecho, nos permite ahora entender el ámbito de aplicación del término “social”

¹⁶ Ernst. Fortshoff. “La configuración jurídica de la Administración Pública, y el concepto de Daseinvorsorge”. *Revista de Administración Pública* No. 38 (1965), p 35.

¹⁷Rubén Serrano Lozano. *El Régimen Jurídico de los Residuos de Envases*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2001, p. 186.

y las implicaciones que dicho término sostiene en todo el contexto del Estado Social de Derecho. Sin duda podemos anticiparnos a decir, que la alternativa al Estado Liberal de Derecho, busca específicamente la equiparación entre administrados y administración, o incluso, que busca una compensación implícita a los derechos sociales e individuales de cada uno de los ciudadanos; en vista de las constantes limitaciones a los mismos generadas en el modelo de Estado Liberal.

En definitiva, el Estado Social de Derecho aparece para contrarrestar los enfoques puramente económicos del modelo liberal del Estado. Como hemos anticipado anteriormente, el Estado Liberal tiene como base la idea de que todos quienes provienen de un Estado nacen iguales, pero esta igualdad no se encuentra enfocada a una igualdad material y económica, sino a una igualdad de derechos y condiciones. De todas maneras esta hipótesis se vería (y se vio) eventualmente equivocada pues debe contrastarse contra otros conceptos del propio modelo liberal del Estado de Derecho, como la propiedad privada, que por ser un concepto expansivo¹⁸ necesariamente limitó las condiciones y oportunidades de “los demás” de adquirir riqueza en las mismas proporciones.

Manteniéndonos en una línea estrictamente económica, el Estado social de derecho, pretende restituir de alguna forma a sus ciudadanos por las enormes potestades irrogadas por el Estado en base a la falacia del pacto social. Principalmente debemos enfocarnos en la potestad respecto de la propiedad, es decir respecto de la expropiación. “El Estado está en la obligación de suplir esa expropiación del individuo, devolviéndola en derechos sociales, retornándola bajo unas prestaciones mínimas o esenciales bajo una nueva estructura de espacio efectivo...”¹⁹, de no ser así nos encontraríamos con un modelo estatal con excesivas atribuciones y muy pocas responsabilidades respecto de sus ciudadanos, y de hecho nos encontramos con un modelo ineficiente (Estado liberal de derecho) que fue remplazado por el modelo Social, del Estado de derecho.

Sin embargo, el reconocimiento de los derechos sociales que el Estado pretendía reivindicar respecto de sus ciudadanos, recayó en las manos del legislativo (lógicamente), pues, como se pensaba en ese momento, solamente a través de sus creaciones es que se

¹⁸ Julia Celdrán Ruano. *La Responsabilidad del Estado por actos de aplicación de leyes: Aproximación histórica y significado actual*. Murcia: Servicio de publicaciones, Universidad de Murcia, 1996, p. 11.

¹⁹ Francisco Palacios Romero. “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales”. *Desafíos Constitucionales... Óp.cit.*, p.44.

lograría el reconocimiento de estos derechos²⁰. Lamentablemente, el excesivo apego a la ley en el tema del mencionado reconocimiento, presento un problema adicional, dividido en dos subsecuentes. En primer lugar, y ante la necesidad del reconocimiento de los derechos, el órgano legislativo sobre pobló el ordenamiento jurídico de normativa de diferente jerarquía, lo que ocasionó antinomias y contraposiciones al momento de interpretar y ejercer tales derechos. En segundo lugar, el legislativo se encontró en una posición de poder, desde la cual las leyes que emanen del mismo, no tendrían control de ningún tipo y por tal su contenido podría sobrepasar la guía del texto constitucional sin mayores implicaciones. En consecuencia, la supresión y corrección de estas anomalías, y el Estado en sí mismo, sólo podría conseguirse

...si se avanzaba simultáneamente en el sometimiento de todos los poderes públicos a valores y principios absolutos, sin cuyo respeto cualquier régimen político podría ser caracterizado como arbitrario, y el ejercicio del poder calificado como ilegítimo. Este sometimiento solo podía darse si se controlaba materialmente el contenido de las normas expedidas por el legislador, para lo cual fue necesario reconocer en la Constitución ya no solo la guía suprema o la norma reguladora del procedimiento legislativo, sino una norma de naturaleza especial, capaz de sujetar materialmente en sus decisiones a los órganos del poder legislativo, y entregar a un tribunal independiente el papel de guardián de las normas previstas en la Constitución, restableciendo con ello, de manera simultánea, la dignidad de la ley.²¹

1.2.4.- El Estado Constitucional

Toda vez que se ha tratado ya la temática que le dio origen y fin al Estado Social de Derecho, cabe también hacer énfasis en el hecho de que, a pesar de plantearse éste como una mejor opción al modelo liberal del Estado de Derecho, el Estado Social de Derecho también se ha visto atacado por una serie de factores y críticas que eventualmente desembocaron en el planteamiento de una alternativa, por encontrarlo así mismo deficiente e incompleto.

Aparece entonces el Estado Constitucional de Derecho, como una novedosa variante para remplazar las falencias del modelo social. Con esto en mente, es de suma importancia

²⁰ Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: escritos de filosofía jurídica y política*. Madrid: Edit. Dykinson, 1999, p. 55.

²¹ Juan Carlos Lancho Gámez. *Del Estado liberal al Estado constitucional. implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*.

<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1549/2125>(acceso: 13/07/13).

resaltar como una conclusión adelantada, que el Estado Constitucional a pesar de ser una variante al Estado Social, en realidad plantea un modelo o alternativa que refuerce las “bien” planteadas intenciones que el modelo social ya venía ofreciendo. Para ser un poco más claros, resaltaremos que el Estado Constitucional de Derecho, en realidad busca proteger los derechos sociales que el Estado Social pretendió otorgar a sus ciudadanos, y para tal efecto se fortalece a sí mismo, pretendiendo superar los vacíos que le quitaron fuerza y eficacia al modelo Social del Estado. “En todo caso en la actualidad el “Estado Social de Derecho” es un elemento esencial en el conjunto del Estado Constitucional, y su evolución de etapas textuales dan testimonio de ello”²².

Lo dicho con anterioridad tiene el objetivo de enfatizar el hecho de que este nuevo modelo estatal no pretende eliminar los avances logrados por el modelo social puesto que se encuentran dirigidos o delineados por la misma ideología. Es importante recordar que si hablamos de que tanto el modelo constitucional como el modelo social pertenecen a una misma tendencia, el Estado Constitucional de derecho, sería automáticamente y diametralmente opuesto al modelo liberal del Estado de Derecho (liberal burgués).

La teoría respecto del Estado constitucional, como ya dijimos con anterioridad, enmarca y trae consigo una gran cantidad de contenido de tipo social. Ahora, qué es lo que diferencia al Estado Constitucional del modelo social de Estado de Derecho; tenemos principalmente dos implementaciones que harán del modelo constitucional un modelo con mayor avance y tecnicidad que el ya remplazado modelo del Estado social de derecho.

Primero debemos tener en cuenta que el Estado constitucional de derecho busca el reconocimiento de los derechos sociales a través de la “positivación” de los mismos, es decir contemplándolos en la propia constitución, y por tal, otorgándoles la mayor jerarquía normativa posible. “Estos derechos resultan ser elementos constitutivos del cuadro constitucional y del ordenamiento...”²³, y se ven a su vez protegidos por mecanismos de garantía efectivos y ejecutables que permitan una verdadera protección. La implementación de tales mecanismos efectivos de garantía sobre los derechos y la jerarquización de los mismos, impedirá directamente que tales derechos sean vulnerados por la protección de derechos económicos consagrados en leyes secundarias, como ocurrió

²²Peter Haberle. *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004, p. 224.

²³ Peter Haberle. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 1997, p. 56.

en el Estado Social de derecho. En segundo lugar el modelo constitucional del Estado de derecho, buscará que los derechos sociales sobre los que tratamos, no sean considerados individualmente, sino que ahora éstos, responden a la teoría de la conexidad, por la que entendemos que todos los derechos (sociales) se encuentran íntimamente vinculados unos con otros, y que por tal, la vulneración de uno desencadenaría la vulneración de todos²⁴;consecuentemente se provocaría una falta directa del texto constitucional.

La inclusión de las características mencionadas en el párrafo anterior, tiene como consecuencia un nuevo rol del Estado, con mayor responsabilidad social y necesariamente con mayor participación, convirtiendo al Estado en un ente activo y no tan “pasivo” como en modelos anteriores. Como sustento a estas nuevas responsabilidades del Estado, Palacios no dice que el modelo Constitucional:

Asignará un papel social pro activo y promotor al Estado, una función positiva a la administración pública y un rol distinto al individuo; y, sobre todo, en paralelo, pone los causes para dinamizar el tejido civil no de forma individual y competitiva sino solidaria y comunitaria. Se abre un modelo constitucional de omnicomprensión social e implicación individual y colectiva. Es un constitucionalismo social extenso, garantista, sincrético, reglamentarista, cuasi-administrativo y participativo.²⁵

Teniendo en cuenta las ideas expuestas conjuntamente con las ideas de Palacio, se deduce que el papel del Estado (Constitucional), se ve ahora forjado por un constitucionalismo profundo y amplio que aparece como consecuencia de la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos; el Estado se auto limita desde el nivel constitucional. “La constitucionalización del derecho, como ya se ha anticipado, posee repercusiones sobre los diferentes poderes estatales. Al legislador y al administrador se le imponen deberes negativos y positivos de actuación, en orden a que se observen los límites y promuevan los fines dictados por la Constitución.”²⁶

Además, resulta absolutamente necesario enfatizar que el modelo de Estado Constitucional no busca solamente la obtención de los objetivos que se plantea a través de la enunciación de los derechos y garantías que pretende proteger, sino que busca una

²⁴Beatriz Londoño Toro. “La protección de los derechos colectivos: de la tutela a la acción popular”. *Corte Constitucional: 10 años, Balance y perspectivas*. 1era. ed. Bogotá: Universidad de Medellín et., 2003, p. 96.

²⁵Francisco Palacios Romero. “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales”. *Desafíos Constitucionales... Óp.cit.*, p.46.

²⁶Luis Roberto Barroso. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho, El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. 1era. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 32.

implementación efectiva de los mismos ya en un plano real. Cuando traemos a colación el plano real nos resulta necesario ejemplificar algunos casos con el objetivo de demostrar el enfoque profundo que el Estado Constitucional plantea en relación al correcto ejercicio de los derechos. En ese sentido tenemos por ejemplo y en primera línea a los derechos “fundamentales” asociados con la calidad de vida que el modelo Constitucional pretende obtener. Dentro de estos derechos tomaremos el derecho al agua como el caso más apto de ejemplificación, cuando tratamos de compaginar tanto el reconocimiento de un derecho, como la inclusión de los mecanismos de garantía sobre ese derecho y esto a su vez con la aplicación de los mismos en el plano real.

Sabemos entonces que en teoría el Estado Constitucional, plantea el ejercicio de los derechos en un triple plano que ya hemos mencionado con anterioridad, que consta de: 1.- La enunciación del derecho en la Constitución, 2.- La implementación de los mecanismos que permitan la protección del derecho ante la privación del ejercicio o vulneración del mismo, y 3.- La implementación de elementos que permitan el ejercicio del derecho o la protección del mismo en el plano real. Cabe recalcar que los puntos uno (1) y dos (2) mencionados anteriormente se encuentran mucho más vinculados entre sí, en relación al punto número (3) pues tanto la enunciación de los derechos (1), como la implementación de los mecanismos de garantía sobre los derechos (2), son en realidad dos elementos de carácter positivo, es decir que ambos deben encontrarse estipulados en la norma máxima como complementos el uno del otro, mientras que la implementación del punto tres (3) busca elementos externos a la Constitución que complementen lo establecido en la misma; elementos de carácter administrativo.

Para maximizar la comprensión sobre el triple plano de ejercicio, defensa y protección de los derechos que se viene planteando como la alternativa del Estado Constitucional, utilizaremos como ejemplo el Derecho al Agua, que matizaremos con lo ya establecido por nuestra Constitución en lo correspondiente a los puntos uno (1) y dos (2) mencionados en el párrafo anterior y lo complementaremos con supuestos que demostrarán el elemento número tres (3).

En primer lugar debemos identificar el derecho en la Constitución para la comprobación de que efectivamente se encuentra enunciado en la misma. El derecho al agua ciertamente se encuentra contemplado en nuestra Carta Política, en el artículo número doce (12) que señala: “Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable.

El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.”²⁷, por lo que entendemos que se comprueba el primer elemento del triple plano de protección, es decir que se encuentre considerado en la constitución y por ende ser de jerarquía superior.”

En segundo lugar debemos encontrar en la Carta Magna a los mecanismos de garantía de los derechos protegidos por ésta, en búsqueda de satisfacer el cumplimiento del segundo elemento del plano de triple protección. En este caso nos encontramos con una serie de garantías jurisdiccionales diseñadas con el objetivo exclusivo de impedir la vulneración de los derechos establecidos en la constitución, como lo son específicamente la acción de protección y la acción extraordinaria de protección. Estas acciones (garantías) se encuentran encargadas de la protección de los derechos establecidos en la constitución ante una posible vulneración por parte de autoridad pública no judicial, y ante laudos o sentencias definitivos que demuestren clara vulneración a derechos constitucionales, respectivamente, comprobándose así la existencia del segundo elemento en el triple plano de protección. Si bien las garantías no se encuentran enfocadas a derechos específicos, se ven íntimamente vinculadas con los derechos por su propia calidad y naturaleza; la protección de los derechos constitucionales.

Por último procedemos a la ejemplificación y comprobación del tercer elemento dentro del triple plano de protección que el Estado Constitucional plantea, elemento que se refiere a la inclusión de mecanismos externos a la constitución para el real ejercicio de un derecho. Es aquí donde debemos ser un poco más explicativos y en donde el derecho al agua cumplirá con su objetivo de ejemplificación a cabalidad. Cuando el Estado Constitucional plantea la inclusión del derecho en el ámbito real, se refiere necesariamente a que en su papel de Estado activo, no se conformará con los enunciados positivos (por más fuertes que estos sean), sino que empleará la maquinaria administrativa en búsqueda de que cada ciudadano tenga un acceso real al bien jurídico protegido por el derecho subjetivo. Con esa premisa, la aplicación del elemento “realidad”, se enfoca por ejemplo en la implementación de políticas estatales que prioricen el agua potable (por tratarse del derecho al agua en este caso), a través de asignaciones presupuestarias canalizadas exclusivamente a la creación de obras o mejoras en las obras ya existentes, que le permitan al ciudadano o particular, el consumo efectivo de agua como bien jurídico protegido.

²⁷Constitución de la República del Ecuador. Artículo 12. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Por medio de la suma de los elementos que expone el triple plano de ejercicio y protección de los derechos constitucionales expuesto con anterioridad, es que el Estado Constitucional se asegura, en teoría, el ejercicio pleno y la defensa de los derechos que posiblemente podrían ser vulnerados aplicando un sistema de complementos que se traduce a un régimen de protección integral, separándose así del Estado Social de Derecho.

1.3.- ACTIVISMO JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Ahora, independientemente de la existencia del triple plano de protección respecto de los derechos de los particulares, cómo es que éstos se ven asegurados en contra de cualquier tipo de vulneración de sus derechos, sea por parte de la propia administración o de los demás particulares o ciudadanos. Pues será labor de los jueces constitucionales, como controladores de los derechos y justicia, quienes a través de su actuación y papel activo, se encargarán de precautelar el bienestar de tales derechos e impedirán su vulneración.

Como se ha señalado, el papel de los Jueces tendrá ahora una relevancia particular. Si bien la labor judicial siempre ha encarnado un papel de gran responsabilidad, la actividad judicial como reflejo del constitucionalismo actual implicará roles ajenos a los que planteaba el Estado liberal. El juez como operador del Estado Constitucional, no se limitará a la aplicación sistemática de la ley, sino que realizara un análisis profundo de cada caso particular. En ese sentido “El doctor Christian Masapanta, señala que los jueces en este nuevo modelo de Estado, su actividad es mucho más dinámica, lo que en doctrina suele denominarse **activismo judicial**, en donde los jueces dejan de ser la simple boca de la ley, propio de un modelo paleopositivista de Estado, asumiendo un nuevo rol, esto es convirtiéndose en verdaderos intérpretes y guardianes del texto constitucional;”²⁸

No cabe duda que a través del mencionado activismo judicial, característico del Estado Constitucional, los jueces deberán dejar de cumplir un rol estático, y sus decisiones deberán fundamentarse en un tema valorativo de cada caso particular. Con el objetivo de demostrar y ejemplificar el nuevo papel de los Jueces bajo la perspectiva neo

²⁸ José García Flaconí. *Misión de los jueces en un Estado Constitucional*. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=7638:mision-de-los-jueces-en-un-estado-constitucional&catid=256:noticias-de-interes (acceso: 11/07/13)

constitucional, el Dr. Edwin Figueroa Gutarra, reaviva una discusión doctrinaria de grandes juristas sobre la labor judicial, en la que señala:

...creemos que la famosa polémica de los años treinta entre Hans Kelsen, quien desconfiaba de la labor de los jueces, y Karl Schmitt, el cual proponía la existencia de un Estado jurisdiccional en el que los jueces gobernaban con sus decisiones sin ser gobernantes, se ha inclinado nítidamente a favor de este último, en tanto los jueces son capaces de decirles a otros poderes del Estado, dentro del ejercicio legítimo de sus facultades, que ciertas decisiones de aquellos no pueden contravenir la Carta Magna.²⁹

El activismo judicial se presenta como una alternativa a la labor “estática”, presentada por los jueces en un antiguo y arcaico Estado de Derecho. El Estado Constitucional, plantea firmemente la necesidad de que se superen conceptos preestablecidos por la doctrina, que resultan incompatibles con la evolución del Derecho, como que “una vez promulgada, la ley queda exclusivamente bajo la garantía de los jueces que deben aplicarla”³⁰ correlativamente con la idea de que “El juez debe ser únicamente la boca de la ley”³¹. En contraposición con estos viejos atavismos del Estado Liberal, Gabriel Mora Restrepo comenta en su tratado *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces* que:

... lejos de consistir en un simple razonamiento deductivo, los procesos judiciales son hoy comprendidos como una actividad racional y discursiva compleja, cuya solución depende de la combinación de distintas fuentes de juzgamiento que son valoradas, en último término, según la mirada particular y propia que cada juez hace del problema discutido y de la importancia y relevancia que otorga a los elementos constitutivos de cada caso.³²

Así entonces, encontramos quizá una de las características más importantes del Estado Constitucional en relación a la labor que les corresponde a sus operadores judiciales. Sin duda que encontramos aquí mismo una diferencia sustancial y ampliamente marcada en relación con los modelos de Estado que se han descrito con anterioridad pues “en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado con la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez.”³³ No queda duda sobre que el Estado Constitucional, es en realidad, un modelo plenamente enfocado en la defensa de los

²⁹ Edwin Figueroa Gutarra. *Los Jueces en el Estado Constitucional*. http://www.pnp.gob.pe/boletin/cont_jurid/jueces.html (acceso: 13/07/13).

³⁰ Manuel Santaella López. *Montesquieu. El legislador y el arte de legislar*. Madrid: Editorial Gráfica ORTEGA, 1995, p. 77.

³¹ *Ibid*

³² Gabriel Mora Restrepo. *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons Editorial, 2009, p. 17.

³³ Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 26.

derechos de los ciudadanos, así como en resultados justos. La labor del juez se modifica otorgándole una carga valorativa. Así por ejemplo, encontramos nuevamente como a través del sistema de justicia, se desechan mecanismos de juzgamiento que podrían desembocar en eventuales vulneraciones a derechos, o en juzgamientos apegados a ley, con resultados injustos (mecanismos de simple aplicación de la ley).

Topando este último escalón, queda así definido el modelo de Estado Constitucional, con sus claras ventajas respecto del reconocimiento, y efectiva aplicación de los derechos sociales tanto individuales como colectivos. Es ahora momento de delimitar al Estado ecuatoriano dentro de uno de los diferentes modelos estatales de acuerdo a su realidad y a las características que se han mencionado en los modelos planteados con anterioridad.

1.4.- EL ECUADOR COMO MODELO CONSTITUCIONAL

Toda vez que hemos realizado una concatenada descripción de la evolución comparativa entre los distintos modelos estatales, podemos necesariamente concluir en que sobre éstos tenemos tres variantes principalmente. En primer lugar encontramos al modelo de Estado Absoluto, sobre el que no hemos tratado, pero que puede ser descrito como un Estado en donde una autoridad absoluta y máxima es el poder en sí mismo, es decir, esta autoridad es el creador y administrador de su propio poder, y a la vez límite al mismo. En este sentido el jurista Ramiro Ávila Santamaría nos comenta respecto del Estado Absoluto:

... la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura de poder. El poder se encuentra concentrado en una persona o en una clase política. La autoridad emite las normas, administra el Estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El Estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen privilegios sino, a lo sumo, privilegios. En el Estado absoluto no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad³⁴.

Además del modelo de Estado Absoluto tratado anteriormente, tenemos como segundo modelo al Estado de derecho y por último y como tercera variante al Estado Constitucional, mismos que ya han sido plenamente tratados, descritos y ejemplificados a lo largo de éste capítulo, por lo que no cabe realizar mayores descripciones ni

³⁴Ramiro Ávila Santamaría. "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia". *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: MJDH, 2008, p.20.

puntualizaciones al respecto. Queda analizar y situar al Estado ecuatoriano dentro de una de estas variantes de modelos estatales. A continuación presentaremos una serie de argumentaciones que encasillarán al Estado ecuatoriano dentro del modelo Constitucional, pues la Constitución vigente debela tanto en la parte dogmática o material, como en su parte orgánica, su apego hacia este particular modelo estatal.

Podemos empezar por notar lo más obvio respecto de posicionar al Ecuador como un Estado Constitucional de derecho, para lo cual debemos referirnos, como ya lo hemos hecho antes, al artículo primero del texto político del Ecuador, en el que se menciona en su parte pertinente que "...El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...", de donde podemos obtener el primer lineamiento respecto del modelo estatal que se pretende aplicar. Sin embargo encontramos complementos a la característica de Constitucional, como lo son los elementos de "de derechos" y justicia".

Son acaso estos elementos influyentes respecto de la calidad de Constitucional que le pertenece al modelo estatal ecuatoriano. En realidad sí, pero no en forma de elementos distorsionantes de la naturaleza del Estado Constitucional, sino que más bien se encargan de reforzar tal calidad, otorgándole puntos de apoyo. Decimos esto ya que dichos elementos se encuentran dirigidos y enfocados en la misma línea de pensamiento. El análisis respecto de la calidad de "de derechos" debe iniciarse por la afirmación de que "No existe en el derecho constitucional comparado Estado alguno que cualifique al Estado como de *derechos*"³⁵, lo que nos llevaría a pensar que se trata de una innovación o una equivocación. Sin embargo teniendo en cuenta la línea de protección a los derechos que el Estado constitucional plantea a través de su ideología y estructura, podríamos inclinarnos a que tal calidad (de derechos),

Significa que el aspecto central en el Estado son los derechos de las personas sobre el Estado y la ley, de esta manera se garantizan los derechos de las personas cuando la ley o el Estado atente contra ellos a través de la obligación que tienen los órganos del Estado y los particulares de aplicación directa de las disposiciones constitucionales³⁶

Es así entonces que podemos concluir que el la expresión *de derechos* no busca sino enfatizar los lineamientos que el Estado Constitucional plantea desde su teoría, destacando a los derechos de los particulares como sustitutos del principio de legalidad, pues serán

³⁵*Id.*, p 28.

³⁶Paul Peña Núñez. *Estado Social y Constitucional de Derechos y Justicia*. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5999 (acceso: 14/06/13)

éstos el límite necesario al poder y a la autoridad. “En el Estado de Derechos, finalmente, todo poder público y privado está sometido a los Derechos”³⁷, de los ciudadanos o particulares, o de las colectividades. En conclusión, y en palabras del propio Ramiro Ávila, podemos sostener que:

Finalmente, en el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente, en este último caso diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales³⁸.

Continuando con el análisis que se planteaba anteriormente, cabe ahora iniciar un detalle de lo que la expresión *justicia* significaría en términos del artículo primero de la Constitución ecuatoriana vigente, y como tal, su aplicación en términos de definir el modelo estatal ecuatoriano. Si bien la palabra justicia resulta en principio demasiado amplia o ambigua como para definir su significado aplicado dentro del Estado Constitucional, debemos intentar limitarla dentro de los delineamientos de la doctrina y espíritu que el Estado Constitucional plantea y propone.

Para cumplir con los objetivos de delimitación que se planteaban en el párrafo anterior, resulta absolutamente necesario comprender que el modelo de Estado Constitucional se basa en su mayoría en la doctrina del neoconstitucionalismo, afirmación que será sostenida y demostrada también en capítulos posteriores, pero de la cual nos es necesario partir y que servirá como conclusión del análisis posterior.

Desde un punto de vista plenamente positivista, no tendríamos mayor discusión respecto de los alcances del término *justicia*. Para resolver un posible conflicto entre particulares se deberán observar los presupuestos de ley, es decir que se deberá considerar lo que la ley establece respecto de ese tipo de conflicto en particular, para continuar analizando las conductas humanas dentro del mismo. Esto con el objetivo de concluir si es que las conductas se apegan a lo descrito en la norma o no. Posteriormente a los presupuestos descritos, la terminación del conflicto es simple pues se determina si un particular tiene derecho o no sobre el bien jurídico que se disputa en el conflicto y por ende si su reclamación es pertinente o no. En este caso en particular el elemento de *justicia* se

³⁷Ramiro Ávila Santamaría. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino... Óp.cit.*, p.29.

³⁸*Ibíd*

apega estrictamente a lo establecido en la ley, asumiendo que por encontrarse positivado en la ley, la resolución es justa. Sin embargo, durante este tipo de casos, nos es posible darnos cuenta que si bien resolver únicamente conforme a la ley resulta diligente y sencillo, se admitiría que cualquier conducta que se encuentre establecida en la ley es correcta y justa, lo que bajo ningún punto de vista puede ser considerada una verdad absoluta.

Recordemos que el apego a la ley ha servido durante varios períodos dentro de la historia de la humanidad como un justificativo para la adopción de conductas reprochables y despreciables, como ocurrió durante la segunda guerra mundial³⁹. La defensa de los altos mandos del ejército y partido Nacional Socialista Alemán se basó durante los juicios de Nuremberg, en el principio de legalidad y en el apego de sus conductas a la ley vigente para ellos en ese momento, pretendiendo justificar los terribles crímenes cometidos. En este episodio, se manifiesta de manera clara y precisa, que a pesar de que se actuaba “legalmente”, jamás hubiera resultado “justo” dejar ese tipo de actuaciones impunes, y que por tal se debe necesariamente realizar una valoración más a fondo sobre lo que es justo o no.

Ahora, como ya hemos demostrado, las perspectivas de la justicia no deben ser analizadas solamente por el enfoque positivista, sino que resulta muy pertinente presentar a la justicia desde el enfoque contrapuesto al positivismo; el ius naturalismo. Para entender este enfoque en particular, partimos de la idea que a través del iusnaturalismo, se pretende otorgar derechos a los sujetos o particulares como si estos derechos les fueren inherentes a ellos, producto de una divinidad o ente superior. Así por ejemplo, los monarcas católicos verían justificado su reinado y su poder por derecho divino. Lamentablemente a través del ius naturalismo se logran justificar así como en el positivismo, conductas igualmente reprochables y despreciables, basadas en el convencimiento de que se debe actuar de una determinada manera porque una ideología lo autoriza⁴⁰. Desde esta perspectiva, la justicia se vuelve casi un punto de vista personal o colectivo, pero casi siempre contrapuesto con el

³⁹ Modesto Saavedra López. “La opiniones de H.L.A Hart sobre el derecho injusto: Reflexiones en torno a la hipótesis –Esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido”. *El Positivismo Jurídico a Examen*. J.A. Ramos Pascua, M. Á. Rodilla Gonzales (eds). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp 271-272.

⁴⁰ Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación*. Madrid: Edit. MAD S.L., 2005, pp. 21-22.

de otra persona o grupo. En tal sentido Ramiro Ávila, refiriéndose a los tratados de Kelsen sobre la justicia nos dice:

Se podría afirmar, incluso, que invocando a la justicia, se ha justificado regímenes autoritarios y represivos; por citar algunos ejemplos, la justicia de los colonizadores españoles para exterminar a los “salvajes” indígenas, la justicia del régimen fascista para exterminar judíos, gitanos y homosexuales; la justicia del kukuxklan para exterminar afroamericanos, la justicia de los regímenes de seguridad nacional del siglo XX para exterminar al enemigo interno (izquierdistas revolucionarios).⁴¹

Tenemos ahora dos puntos de vista contrapuestos entre sí respecto de las implicaciones que el término *justicia* podría tener desde los puntos de vista positivista y iusnaturalista. Sin embargo estas perspectivas no son lo suficientemente apegadas a la realidad que el Estado constitucional busca defender a través de su base (la doctrina neo constitucional), pues tratan el tema de la justicia como un elemento externo, ajeno al derecho precisamente por la ambigüedad en su interpretación. Ahora, “el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se lo hace desde lo interno”⁴², descartando automáticamente los enfoques positivista y iusnaturalista, para generar una nueva versión de la justicia y por tal un nuevo alcance de la misma.

Para explicar el alcance que el término *justicia* tiene como complemento del Estado Constitucional, nos vemos en la necesidad de generar un caso hipotético con el suficiente contenido como para demostrar que tal alcance muchas veces se encontrará inclusive por encima de los derechos de los particulares, pero que no buscará vulnerar tales derechos, sino, generar alternativas para el “desfavorecido”. Si bien el ejemplo que a continuación se destaca es uno completamente original, se basa en los elementos comunes detallados en el ejemplo del artículo “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”⁴³. Cabe en este punto recordar que durante el apartado anterior tratamos plenamente el tema del activismo de los jueces o activismo jurisdiccional, y que el ejemplo que se detallará a continuación podría demostrar de manera acertada, las labores que el activismo judicial les significan a los operadores judiciales.

⁴¹Ramiro Ávila Santamaría. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino... Óp.cit.*, p.24.

⁴²*Id.*, p 26.

⁴³*Id.*, pp 27-29.

Imaginemos un caso en el que se firma un contrato de compraventa entre dos particulares, A y B. En este caso hipotético A, será el comprador de una determinada medicina que B vende y distribuye. El contrato se firma y en éste se establece que B entregará la totalidad de las medicinas a A en un solo acto y que A pagará un determinado valor monetario mensualmente hasta cumplir el pago del precio total pactado durante un período de 5 meses. A, viene cumpliendo con su parte de las obligaciones durante los primeros 3 meses pero deja de pagar el valor monetario pactado por las medicinas y en su lugar durante el 4to mes y el 5to mes le entrega a B joyas con el suficiente valor como para satisfacer el precio de las medicinas, pero incumpliendo la obligación del pago en dinero. En este caso en particular B, tendría derecho a demandar civilmente el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo ante el claro incumplimiento de las obligaciones de A (Queda claro que por tratarse de medicinas que probablemente ya se han consumido, la resolución del contrato involucraría una devolución de mercadería equivalente al no pago de los meses 4 y 5, o al cumplimiento de las obligaciones como se habían pactado, es decir el pago en dinero -y en cualquier caso los daños y perjuicios correspondientes-). Si bien todo apunta a que resolución del caso se presenta como una resolución simple y rápida en favor de B, desde el punto de vista del Estado Constitucional (neoconstitucionalismo), existe la necesidad de considerar otros elementos que van más allá del derecho en búsqueda de un resultado realmente justo. Añadamos ahora al ejemplo el hecho de que A es una persona que se encuentra muy enferma y que producto de su condición le es imposible trabajar como para obtener el dinero para pagar las medicinas y que como consecuencia de esta situación se ve obligado a entregar las joyas a B; así mismo supongamos que B es una persona muy acaudalada y bien conectada y que ante su condición, recibir joyas o efectivo no representa ningún problema. Resultaría claro que ante estos dos supuestos una resolución por parte del juez en favor de B aparecería injusta a pesar de encontrarse apegada a derecho, y es precisamente esto lo que busca impedir el Estado Constitucional, intentando precautelar el resultado justo inclusive por encima de la existencia de un claro derecho en favor de B.

Así como hemos dicho que será la justicia la que deberá prevalecer por sobre los derechos, no debemos confundirnos en estos concepto, teniendo en cuenta que habíamos señalado anteriormente que los derechos de los particulares serían la piedra angular del modelo constitucional del Estado. Los derechos son y seguirán siendo la base del

Estadoconstitucional pues son éstos el límite a los poderes del Estado, de la administración, mientras que será la justicia la que deberá prevalecer como límite de los derechos entre los ciudadanos, entre los particulares, y que por tal, *derechos* y *justicia* se complementan en distintos planos de protección previstos por el Estado Constitucional.

Por lo expuesto con anterioridad no queda sino una clara manifestación de que el Ecuador, a través de su Constitución de 2008, efectivamente ha quedado encasillado dentro del modelo de Estado Constitucional y que como tal, a través de los elementos de 1.- *de derechos* Y 2.- *de justicia*, se ve en la necesidad de cambiar tanto las concepciones del Estado de Derecho y del principio de legalidad, como en la aplicación de los derechos y garantías establecidas en la propia carta política, por medio de quienes son ahora los nuevos portadores de este estandarte, los jueces constitucionales.

CAPÍTULO II: LA ESTRUCTURA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Como hemos detallado a lo largo del capítulo anterior, el Estado Ecuatoriano ha evolucionado a lo largo de su historia republicana hasta definirse, como se describe dentro de la Constitución política que se obtuvo como resultado de la asamblea constituyente de 2008, es decir como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Partiendo de esta premisa, debemos destacar como muy relevante el papel de quienes serán los aplicadores del derecho dentro de este determinado modelo estatal; los jueces constitucionales. Así mismo resulta de suma importancia el estudio de las nuevas atribuciones que les competen a estos jueces como aplicadores de todo un nuevo sistema de derecho, que no se limita a seguir y aplicar reglas, sino que busca la aplicación de un orden concatenado de principios, derechos constitucionales y políticas públicas que tienen como objetivo, además de resolver sobre derecho, la consecución de un resultado justo para las partes ante cualquier conflicto eventual.

Con tales antecedentes, será objetivo del presente capítulo, debelar el alcance y el papel de los jueces bajo el modelo de Estado Constitucional, respecto de la interpretación del derecho ante la posible vulneración de un derecho constitucional. Entendiendo el papel de los jueces en el Ecuador respecto de su capacidad para resolver sobre la constitucionalidad o no de una norma, se mostrarán los diferentes sistemas de control constitucional, y se los comparará con el sistema planteado en el Ecuador. Finalmente se debatirá y demostrará como un determinado modelo estatal particular es o no compatible con el tipo de control constitucional establecido en su ordenamiento jurídico.

A pesar de lo dicho, cabe realizar una aclaración inclusive más puntual, y es que analizaremos el alcance y las potestades jurisdiccionales para el control constitucional respecto del conflicto entre particulares, pues lo que buscamos es realizar un examen de cómo se encuentra enfocado el control constitucional en el Ecuador y las ventajas o desventajas que este tipo de control le presenta al modelo estatal adoptado por el Estado ecuatoriano; el Estado Constitucional. En ese sentido Víctor FerreresComella nos sugiere que “El reto práctico, entonces, es el de perfilar el sistema concreto de justicia constitucional que mejor se adapte a las condiciones políticas, sociales y culturales de

cada país, tratando de maximizar los beneficios que puede aportar esta institución y de reducir sus posibles efectos colaterales negativos”.⁴⁴

2.1.- DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

2.1.1.- Tipos de Control Constitucional relevantes al tema

Debemos empezar por entender los “tipos” de control constitucional sobre los que se podría optar al momento de disponer qué tipo de control se le dará a la constitucionalidad de las normas vigentes (o las que el legislativo pretenda expedir a futuro) en un determinado Estado.

Los distintos países han recurrido a diversas fórmulas para articular este control, siendo posible establecer una clasificación básica entre dos grandes modelos (el modelo descentralizado y el centralizado) según sea que el control se encomienda a todos los tribunales de justicia o que, por el contrario, se concentre en un Tribunal Constitucional.⁴⁵

Cabe puntualizar categóricamente para nuestro caso particular, que se entiende que los modelos presentados anteriormente (descentralizado y centralizado) son sinónimos, por sus efectos, de los modelos de control difuso y concentrado respectivamente, de acuerdo a nuestra concepción del control constitucional. Ahora es de igual importancia notar que nuestro análisis nos lleva a la revisión de los tipos de control que responden a la óptica de quién o quienes lo ejercen (un juez, tribunal o corte, o varios), dejando de lado otras ópticas que responden a variados criterios, como por ejemplo, el criterio que se enfoca en los efectos que produce el control constitucional para un caso particular o para la generalidad (control concreto o abstracto respectivamente).

Continuando, en estricto apego a nuestra Constitución de 2008 (a la que nos referiremos con posterioridad para delimitar el tipo de control jurisdiccional existente en el Ecuador), y en complemento al criterio de análisis sobre el control difuso o concentrado, podemos complementar conceptos anteriores considerando que “Si respondemos al criterio de qué persona u órgano lo ejerce, lo podemos clasificar en difuso y concentrado, siendo difuso si lo ejecutan los jueces (todos ellos), en atención al artículo 428 de nuestra Constitución, o concentrado si es llevado a cabo por un tribunal o corte constitucional, en

⁴⁴Víctor Ferres Comela. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 356.

⁴⁵*Ibíd.*

atención al artículo 429 del texto fundamental.”⁴⁶, lo que nos permite pensar en primera instancia que en el Ecuador encontraríamos una doble posibilidad respecto del control constitucional, admitiéndose dos criterios contrapuestos dentro de la Constitución Vigente. Si bien esta idea se presenta como una posibilidad, se demostrará a lo largo de este trabajo que tal afirmación es categóricamente incorrecta y que el control constitucional, solo puede ser o difuso o concentrado.

2.1.2.- Origen de legitimidad del Control Constitucional

Resulta ahora de suma importancia realizar un análisis corto de si es que el control constitucional es en realidad un mecanismo legítimo para la toma de decisiones sobre la aplicabilidad o no de una norma jurídica emitida y promulgada, en nuestro caso por el órgano legislativo, quien, como consecuencia de nuestra tradición de Estado de Derecho, consideramos el órgano que expresa a través de sus creaciones (las leyes) la expresión de la voluntad popular.

Como premisa a la legitimación o no del control constitucional, tenemos conceptos ya descritos que sugieren que un tribunal (control concentrado) o varios tribunales (control difuso) son quienes regularan la constitucionalidad de las normas vigentes, y su legitimidad es ajena al tipo de control que se ejerza en un determinado Estado. En tal sentido y resaltando el origen legítimo del control constitucional, es necesario aplicar lo descrito por el Autor Víctor Ferres Comella, quien manifiesta:

A los tribunales se les reconoce entonces la potestad de interpretar la Constitución a efectos de decidir cuál de las leyes en tensión debe prevalecer. Los jueces pueden, en consecuencia, inaplicar una ley aprobada por un Parlamento democrático, pero lo hacen *para proteger otra ley que también haya sido aprobada por un Parlamento.*⁴⁷

De la afirmación citada anteriormente podemos concluir rápidamente dos puntos. El primero, es que, como ya habíamos dicho antes, el tipo de control que se ejerza en un determinado Estado es irrelevante para efectos de la legitimación del mismo. En segundo lugar podemos encontrar que, la invalidación de una norma no busca desacreditar la creación del legislativo, sino que busca mantener la acreditación de otra creación del

⁴⁶ Jorge Benavides Ordóñez. “Origen y tipos de control de la constitucionalidad”. *Revista Judicial Derecho Ecuador*. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5166. (acceso: 20/06/2013)

⁴⁷ Víctor Ferres Comella. *El Cánoneoconstitucional... Óp.cit.*, p. 357.

legislativo que si se encuentre acorde con la norma máxima, es decir a la Constitución; de esa manera se demuestra la legitimidad del control constitucional sin mayores contraposiciones al respecto.

Ahora, resulta igual de importante resaltar la afirmación que se realizaba anteriormente, respecto de que una norma podrá dejar de aplicarse por un juez cuando éste la considere desapegada a los principios establecidos en la carta política de un Estado, pues debemos considerar que tal Constitución precautela y garantiza el respeto y ejercicio adecuado de los derechos de los particulares. Es por eso que, Luigi Ferrajoli afirma es su tratado *Derechos y Garantías*, que:

...la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución.⁴⁸

En consecuencia no solamente que resulta legítima la existencia del mecanismo de control sobre la constitucionalidad de la normativa inferior, sino la legitimidad de quien lo aplica, es decir del juez constitucional. El problema respecto de la legitimidad del juez constitucional, se fundamenta, en principio, en las mismas bases que pretenden desestimar la legitimidad del control constitucional, es decir, en el hecho que ha sido una mayoría quien ha elegido al legislativo para que de éste emane una ley, ¿Por qué sería un juez (que no ha sido elegido por la mayoría) el encargado de sancionar una norma que proviene de los representantes (legisladores)?

Con respecto a esta última circunstancia, vale decir que si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, su falta de legitimidad democrática parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario.⁴⁹

Así pues queda más que justificada la necesidad de la existencia de un mecanismo que garantice que las normas jurídicas que integran la totalidad de un ordenamiento jurídico, se vean enfocadas en los mismos lineamientos que la norma que las rige a todas, la Constitución. Quedaría por demás mencionar que este mecanismo, que se encuentra en

⁴⁸Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías... Óp.cit.*, p. 26.

⁴⁹Rodolfo Vázquez. "Justicia Constitucional y Democracia: La independencia Judicial y el argumento contramayoritario". *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 391.

manos de los jueces constitucionales, resulta en sí mismo un tipo de garantía que se encargará (al igual que los derechos establecidos en la Constitución), de limitar a cualquiera de los poderes del Estado en búsqueda de satisfacer el ejercicio adecuado de los derechos de los particulares.

2.1.3.- Los tipos de conflicto sobre los que se aplica el control constitucional

Como hemos dicho a inicios de este capítulo, es inexorable para el análisis y comprensión sobre el control constitucional, realizar una detenida y minuciosa explicación sobre los diferentes ámbitos que se abarcan cuando se topa este tema en particular. Anteriormente ya hemos tratado temas relacionados con los tipos de control constitucional, así como hemos realizado una determinación sobre el origen de dicho mecanismo, desde el punto de vista de la legitimación que lo envuelve. Es ahora necesario ahondar en la temática de *sobre qué* se ejerce el control constitucional para delimitar con mayor precisión los objetivos de este mecanismo de control.

Sabemos ya de antemano, como elemento adicional a los detallados anteriormente, que quienes ejercen este tipo de control son los jueces constitucionales. Se ha dicho así mismo, que éstos (los jueces constitucionales), pretenden ejercer este control jurisdiccional sobre creaciones del legislativo que no se encuentren en la línea de Constitución, que es la norma rectora, por contemplarse en la misma los derechos fundamentales de los particulares. Pero quedarnos en una conclusión tan temprana respecto de *sobre qué* se ejerce el control constitucional no resultaría justo en correlación con el verdadero espectro de su aplicación.

En este sentido e inicialmente, debemos partir de la concepción que nos plantea el autor Alexis Julio Estada, en su tratado *Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, en donde expone que, “Salvo contadas excepciones el mandato del constituyente de vinculación de los derechos fundamentales sólo comprende los poderes estatales: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Si se entendía que el Estado era el único sujeto obligado, por los derechos fundamentales, esto necesariamente debía traducirse a que a su vez la regulación legal de los específicos

recursos para la protección de tales derechos ante la jurisdicción constitucional solo se contemplase como posible vulnerador a los poderes públicos”.⁵⁰

Partiendo de ahí, nos es fácil darnos cuenta que inicialmente el control constitucional era concebido solamente como un mecanismo regulador de los actos correspondientes a los poderes públicos. Así el control constitucional se ejercería sobre los actos administrativos o normativos provenientes de los órganos de la administración, como también sobre las leyes de cualquier jerarquía provenientes del legislativo, el mandato ejecutivo por parte del ejecutivo o las propias sentencias del judicial, delimitándose así el primer tipo de conflictos sobre los que el control constitucional se ejercita; los conflictos entre particulares y los órganos y poderes del Estado (entre particulares y la administración).

Sin embargo, es absolutamente necesario retrotraer el análisis respecto del control constitucional, a los principios que el Estado Constitucional (de derechos y justicia) pretende defender en primera línea. Sin dar muchos rodeos podemos establecer que la piedra angular del Estado Constitucional, como ya dijimos antes, es la protección de los derechos de los ciudadanos, que han asumido en la mayoría de casos la jerarquía de “fundamentales”. Esta característica puntual se genera sobre los derechos de los ciudadanos, por encontrarse establecidos en la propia Constitución, que a su vez opera como base y mecanismo para precautarlos y defenderlos, inclusive por encima de la ley. Partiendo de esta directriz del Estado Constitucional, es necesario puntualizar el hecho de que la protección de los derechos constitucionales no necesariamente debe encontrarse dirigida en contra de los poderes del Estado, en contra de la administración por decirlo de otra forma, pues no solamente es ésta quien puede vulnerar tales derechos.

No es difícil imaginar una situación en la que los derechos constitucionales de un particular podrían ser vulnerados por otro particular, basándose el segundo (particular), en normativa de menor jerarquía a la constitucional. Es el propio doctrinario colombiano, Alexis Julio Estrada quien nos comenta al respecto que “Donde cronológicamente se planteó inicialmente la cuestión fue, como es sabido, en Alemania”⁵¹, en donde el Tribunal Constitucional Alemán se vio obligado a intervenir en un conflicto entre particulares

⁵⁰Alexis Julio Estrada. “Los Tribunales Constitucionales y la Eficacia Entre Particulares de los Derechos Fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell. (ed.) Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 123.

⁵¹*Ibíd.*

quienes alegaban derechos del mismo nivel jerárquico⁵² y donde tuvo que operar una suerte de ponderación como mecanismo de resolución entre dichos particulares.

Independientemente del origen del conflicto inter-partes (entre particulares), como proceso que puede ser controlado por el control constitucional, es inevitable afirmar que ahora este tipo de conflicto se suma a los a los asuntos sobre los que el control constitucional puede normar, estableciéndose definitivamente que el mecanismo de control constitucional operará tanto en conflictos entre un particular y el Estado, como en los conflictos inter-partes.

En efecto, la extensión al ámbito de las relaciones privadas de las libertades constitucionales concebidas inicialmente como prerrogativas individuales frente al Estado implica no sólo cuestionar muchos de los dogmas propios del ideario liberal que constituyen los pilares del Estado de Derecho, al menos en su concepción clásica (como la autonomía privada, el principio de igualdad formal, e incluso, en alguna medida la separación de poderes), sino que por otra parte ha supuesto un interesante esfuerzo por parte de los tribunales constitucionales para adaptar las garantías consagradas en los distintos ordenamientos para protección de los derechos fundamentales.⁵³

Así entonces podemos delimitar el *sobre qué* se ejerce el control constitucional y sumarlo a la serie de elementos que ya se han estudiado (como los tipos de control, el origen y legitimación del mismo, entre otros), para finalmente realizar un análisis adecuado respecto de todos esos elementos en su totalidad; la finalidad de este ejercicio nos permite comparar y contrastar tales elementos, con el modelo de control constitucional descrito en la Constitución política vigente en el Ecuador y así obtener una imagen clara y descriptiva del modelo real utilizado por el Estado Ecuatoriano.

2.1.4.- Función del Juez constitucional

Por último, y toda vez que entendemos los elementos que constituyen la estructura integral de este particular mecanismo de control que llamamos control constitucional, no nos queda sino entender que dicho mecanismo, es en realidad una herramienta, que se ha puesto en las manos del juez constitucional quien será el encargado de realizar las labores de control que dicha herramienta le permiten, y que el Estado Constitucional le obliga dentro de su cargo.

⁵²Alexis Julio Estrada. “Los Tribunales Constitucionales y la Eficacia Entre Particulares de los Derechos Fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo...Óp.cit.*, pp. 123-127.

⁵³*Id.*, p 121.

Así mismo, debemos entender que las potestades que rodean a un juez constitucional, por la responsabilidad que implican, no son sino verdaderas obligaciones, puesto que de él dependerá el análisis que establezca si el derecho constitucional de un ciudadano es vulnerado o no. Resumiendo y teniendo en cuenta las responsabilidades de un juez constitucional como nexo de validez entre cualquier norma y la Constitución, cabría decir

...que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos en las mismas.⁵⁴

La tarea de los jueces constitucionales, independientemente de si pertenecen a una jurisdicción constitucional (una sala especializada) o a un tribunal constitucional (una corte independiente), se debe ser comprendida como una tarea que implica la utilización de una herramienta (el control constitucional), que no pretende sino, el apego de cualquier situación en particular, a la Constitución vigente. Así mismo y como se ha venido mencionado durante varias ocasiones, el Juez Constitucional se desenvuelve como producto de los principios e ideologías que se pretende defender y con las cuales ha sido creado y desarrollado el Estado Constitucional. Nos referimos necesariamente a la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Resumiendo los puntos que se vienen destacando, encontramos en palabras del autor y Jurista, Dr. Humberto Nogueira Alcalá, una descripción acertada y global de las tareas de los jueces constitucionales que demuestran la responsabilidad que a éstos les corresponden. El autor sugiere en tres puntos simples:

La tarea del Juez Constitucional consiste esencialmente en salvaguardar la supremacía de la Constitución, el equilibrio de poderes establecido por la Constitución, la defensa de la dignidad de la persona y la defensa, garantía y promoción de los derechos humanos y derechos fundamentales, además de contribuir con su acción con la integración con base en los valores y principios democráticos y proteger los derechos constitucionales de las minorías.

El Juez constitucional tiene la tarea de evitar que cualquier órgano estatal escape de la senda trazada por el constituyente, actuando al margen de sus competencias y con desviación de poder. El juez constitucional debe garantizar que la voluntad de los representantes no prevalecerá sobre la voluntad del pueblo expresada en la Constitución

El juez constitucional es el defensor de una constitución que establece un bloque de derechos humanos y fundamentales que constituyen la opción fundamental del

⁵⁴ Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías... Óp.cit.*, p. 26.

constituyente y que limitan la acción de los órganos estatales, siendo la parte sustantiva del constitucionalismo contemporáneo.⁵⁵

Es así que encontramos entonces resumida la labor del Juez Constitucional y entendemos por tales implicaciones, la responsabilidad que recae sobre los hombros de este ejecutor y defensor de la constitución. Sus obligaciones son tan amplias y de tal peso, que sobre sus decisiones se sustentará la validez o no de una norma o acto de la administración (normativo/administrativo). “Los Tribunales Constitucionales *dictan sentencias que tienen valor de cosa juzgada y gozan de imperio, además de ser irrevocables*, no pudiendo ser desconocidas por ningún otro órgano estatal o persona dentro del respectivo Estado”⁵⁶. Por ser estas decisiones de tal carácter, llegan inclusive a tener un cierto tinte político. Dicho lo anterior, resulta muy relevante que se garantice la independencia en las decisiones de un juez constitucional; no vaya a ser que por un juego de pesos políticos se le dé una interpretación inadecuada a una norma en particular.

“La autonomía e independencia de los jueces, es una garantía consecuencia del principio de separación de los poderes públicos que conjuntamente con la competencia constituyen los tres atributos del juez natural”⁵⁷. Si bien es cierto, el principio de independencia judicial es uno que se repite en todas las ramas del derecho, pues busca la decisión más justa y acertada en cada caso, pero dicho principio adquiere un peso especial en el ámbito constitucional por la fuerza e implicaciones de las sentencias constitucionales.

Ahora, toda vez que se han descrito cada uno de los elementos que forman parte integral del control constitucional, como lo son los siguientes: tipos de control constitucional, la legitimidad del mismo, los casos (o conflictos) en los que se aplica, y por último, quien se encuentra facultado para el uso del mismo (el juez constitucional), es hora de establecer un análisis comparativo de tales elementos, con el caso particular del Estado ecuatoriano.

Como ya se ha mostrado antes, el Estado ecuatoriano se encuentra clasificado como Estado Constitucional, pues como reflejo de su Constitución, su estructura estatal ha evolucionado al punto en el que se ha superado al Estado de Derecho tradicional. Con ese

⁵⁵ Humberto Nogueira Alcalá. *La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado*. http://www.iidpc.org/revistas/1/pdf/73_103.pdf (acceso: 27/06/13)

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Magaly Vázquez González. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*. http://books.google.com.ec/books?id=x4a3vUp95XcC&pg=PA30&dq=independencia+del+juez+constitucional&hl=en&sa=X&ei=lwnTUb_VJ6Xp0QGmuoDYAg&ved=0CDAQ6AEwAQ#v=onepage&q=independencia%20del%20juez%20constitucional&f=false (acceso: 29/96/13)

antecedente (tomado del capítulo primero) y teniendo como base a la propia Constitución ecuatoriana vigente, es que se realizará a continuación, la comparación y contraste con los elementos que se han detallado durante el desarrollo de este capítulo, con el objetivo de obtener una imagen completa y adecuada, respecto del tipo de control constitucional que se ha establecido en el Estado ecuatoriano, a través de las disposiciones emanadas del constituyente.

2.2.- CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO EN EL ESTADO ECUATORIANO

2.2.1.- De acuerdo a la Constitución y normativa inferior

En análisis que se plantea de aquí en adelante, como ya se dijo antes, tiene por objetivo el descubrir el tipo de Control Constitucional al que se encuentra sujeto el Estado ecuatoriano por lo establecido en su propia constitución, y esto comparado con los elementos que se han descrito anteriormente en este capítulo, como elementos que conforman el mecanismo del control constitucional integralmente; al menos los elementos de relevancia con el tema que se trata, pues se han descartado algunos que no vienen al tema.

Como ya se ha expresado varias veces a lo largo del desarrollo de este trabajo, el Estado Ecuatoriano es efectivamente un Estado Constitucional, no sólo por describirse como tal en su Constitución política, sino por los elementos que ha dicha descripción rodean. Cuando decimos *los elementos que rodean (a la descripción del modelo estatal)*, nos referimos exclusivamente a los elementos que acompañan a la enunciación del Estado contemplada en el artículo 1 de la Constitución (Estado Constitucional de derechos y justicia). Estos elementos, por su especial enfoque y peso, le han dado a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos (a los que la propia constitución se refiere y protege en varias ocasiones), un peso particular. Sin embargo de esto, debemos ser más puntuales y específicos si pretendemos demostrar esta nueva relevancia e importancia correspondiente a los derechos y garantías de los ciudadanos.

Empezaremos entonces con una demostración (de la especial jerarquía de los derechos y garantías de los ciudadanos) un tanto “típica”, si cabe el término, en el sentido de que

dicha demostración no es muy novedosa, ya que se repite en cualquier modelo estatal (que no sea el absolutista), y bajo cualquier enfoque de control constitucional. Nos referimos por supuesto al principio de supremacía constitucional, íntimamente relacionado con principios como el de jerarquía normativa, e inclusive como reflejo de la pirámide de Kelsen.

De tal manera, cabe comenzar por situar dentro de la propia constitución del Ecuador al artículo o articulado que se refiere a tal principio. Lo primero que se determina al analizar el texto de ésta, es que la Constitución Ecuatoriana, le otorga a tal principio todo un Título en el cual se desarrollara la supremacía constitucional. Este es el “Título Noveno (IX), SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN”.

Dentro de dicho título, encontramos inmediatamente al artículo 424, que en su texto dispone:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.⁵⁸

Del artículo citado, se desprende claramente el principio de jerarquía constitucional, pues dispone que ésta (la constitución) prevalecerá por sobre toda otra norma. Sin embargo la verdadera relevancia respecto de este artículo, se encuentra, en concordancia con los principios del Estado Constitucional, en la limitación a los actos del poder público, privándoles de validez jurídica en caso de contradicción con la Constitución (en el primer inciso), y nuevamente acentuando la perspectiva de los derechos humanos, compaginables con los derechos fundamentales establecidos en la propia Constitución (durante el segundo inciso). De tal manera encontramos una supremacía constitucional más apegada al Estado Constitucional antes que al Estado de Derecho, pues del mismo se desprende la idea de que los derechos se encontrarán por encima de cualquier ley (por encima del principio de legalidad).

Posteriormente encontraremos un artículo que nuevamente reafirma la idea de la supremacía constitucional; es el artículo 425 que dispone:

⁵⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

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.⁵⁹

Cabe recalcar que el texto del artículo que se ha citado anteriormente, no se encuentra completo, pero eso no resulta importante, pues es sólo el primer inciso el que nos interesa por ser relevante. A lo largo del texto citado, encontramos claramente reestablecido el principio de jerarquía constitucional, dejando todo tipo de normativa subsiguiente como normativa de carácter inferior y como tal consagrándose el principio en discusión.

A continuación de los artículos mencionados, encontramos otro, el 426, que se encarga de sumar, al principio de supremacía constitucional un elemento que incrementará el espectro de aplicación de la constitución inclusive por arriba de las instituciones del Estado, pues en dicho artículo se implementa a “las personas” como aplicadores directos de la constitución. El texto del artículo contempla lo siguiente:

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

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.⁶⁰

Del texto de este artículo encontraremos además de lo obvio, disposiciones innovadoras y que nuevamente se apegan a los principios del Estado Constitucional. Primero, del texto del segundo inciso de dicho artículo, encontramos que la aplicación de la Constitución (y por tal la protección de los derechos en ésta establecidos), será de tan importante aplicación, que inclusive faculta a jueces, autoridades y servidores, entre otros, a la aplicación de la misma de manera extralimitada, es decir, a la aplicación de tales disposiciones así las partes no las invoquen, lo que resulta en una innovación sorprendente.

Segundo, del texto del tercer inciso del propio artículo, encontramos un apego tal a la defensa de los derechos constitucionales, que se descartan los viejos atavismos del

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 429. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Estado de Derecho en cuanto al sometimiento a la ley, pues se establece no se podrá alegar desconocimiento o ausencia de ley, para la aplicación de tales derechos o para el desecho de la acción que pretenda evitar la vulneración de los mismos.

Del análisis realizado con anterioridad, independientemente del texto del segundo o tercer inciso, lo que se difumina es el amplio espectro o ámbito de la aplicación y defensa de los derechos constitucionales. Dicho espectro pretende incluir a todos los jueces y juezas independientemente del ámbito de su competencia dentro de la aplicación directa de la constitución y de los derechos establecidos en ella. En conclusión la gran idea apunta hacia un tipo de control constitucional difuso como el modelo conveniente, pues la aplicación de la constitución deberá prevalecer así no se alegue por las partes y por todos quienes ejerzan jurisdicción.

Con todo el antecedente sobre supremacía constitucional que se ha descrito a lo largo de los últimos párrafos, es momento de hacer referencia a la parte del articulado de la Constitución en la que se abarca el tema del control constitucional. Para el efecto, resultó igualmente importante, que se haya demostrado cuan acentuado y arraigado se encuentra el tema de la supremacía constitucional, así como la defensa de los derechos constitucionales en la carta política de nuestra nación, pues esto a su vez demuestra la relación con los principios y finalidades del Estado Constitucional, y como consecuencia aparece el control constitucional como mecanismo de defensa de tales derechos y herramienta de los jueces constitucionales.

Es el artículo 428 de la Constitución, donde encontramos claramente previsto el control constitucional. Si bien es cierto, la idea del control constitucional se encuentra siempre presente a lo largo del articulado que trata sobre supremacía constitucional, pero es en este artículo en particular en donde se expresa de manera clara por primera vez. El texto del artículo señala:

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

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente⁶¹

Tras la lectura del artículo 428 de la Constitución, podemos identificar algunos elementos que nos ayudarán a determinar el tipo de control constitucional que se ha planteado para el Estado ecuatoriano. En primer lugar, y de manera aparente, el texto del primer inciso del artículo sugiere nuevamente un control constitucional difuso, pues faculta a todos los jueces para la suspensión de una causa cuando consideren que se afecten derechos constitucionales. Si bien esa atribución “general”, es decir, para todos los jueces, se apegaría hacia la idea de un control difuso, no debemos perder de vista el resto del texto del artículo, pues la suspensión en la tramitación de la causa, no les faculta (a los jueces) para resolver sobre la constitucionalidad de la norma, sino que más bien, señala que éstos son en realidad un filtro previo. La labor de los jueces constitucionales será la de una “revisión”, si es que cabe el término, pues la causa/expediente, se remitirá a la Corte Constitucional, quien será la única encargada de resolver sobre la Constitucionalidad de la Norma en disputa, apuntando ahora a un control concentrado.

Por otro lado, y teniendo en cuenta el segundo inciso del artículo en cuestión, encontramos que en caso de no pronunciarse la Corte en un plazo determinado, “el afectado”, podrá interponer la acción correspondiente. Por tratarse de una acción constitucional y descartando las demás acciones constitucionales por no adecuarse a este supuesto (de protección, extraordinaria de protección, habeas corpus o data, etc), la acción adecuada será la acción por incumplimiento, consagrada en la propia constitución en su artículo 93 que señala:

Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.⁶²

Una vez más el texto del artículo indica que se tratará de control concentrado, por presentarse la acción únicamente en la Corte Constitucional. La totalidad del texto del artículo es clara, y se demuestra que el control constitucional será concentrado, por el simple hecho de haber un único organismo facultado para sancionar en el ámbito constitucional; la Corte Constitucional.

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 428. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁶² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 93. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

En concordancia con la afirmación respecto de que el control constitucional en el Ecuador, es efectivamente Concentrado, encontramos al artículo 429 de la Constitución, cuyo texto reafirma la suposición inicial, descartando de manera concluyente al control constitucional difuso. El artículo dispone:

Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.⁶³

Si bien la disposición del artículo 429 de la Constitución, no señala expresamente que la Corte Constitucional será el único órgano de control, sí deja claro que será el máximo órgano de control. Es aquí donde debemos entender que las disposiciones del artículo 428 y 429, son complementarias, pues por un lado, deducimos que los jueces ordinarios operarán como un filtro aparente para que la causa se eleve a la Corte Constitucional, y por otro lado la propia Corte resolverá definitivamente. El hecho de que los jueces ordinarios se encuentren atribuidos con la función de suspender una causa, no les permite resolver sobre el tema, a menos que la corte resuelva previamente y por tal, la Corte Constitucional es efectivamente el único órgano con esa capacidad; se consagra definitivamente el control constitucional concentrado.

2.2.2.- Conforme a jurisprudencia de la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta lo que la Constitución dictamina respecto del control constitucional, y siguiendo la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional, a partir de su creación dispuesta por la propia Constitución de 2008, ha expedido una serie de sentencias a través de las cuales se despeja cualquier duda respecto de si el control constitucional en el Ecuador es *difuso* o *concentrado*. Es importante tener en cuenta que estas sentencias de la Corte Constitucional tienen una relevancia particular, por su carácter de vinculantes y de obligatorio cumplimiento, convirtiéndose inmediatamente en Jurisprudencia.

⁶³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 429. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

En este sentido, es la Constitución misma que a través del artículo 436, numeral 6to, aclara lo descrito en el párrafo anterior. El texto del artículo es el siguiente:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.⁶⁴

En relación al tipo de Control Constitucional existente, la Corte Constitucional se ha pronunciado en algunas ocasiones, pero ha puesto especial énfasis en ese tema, durante los análisis de admisibilidad en los casos en los que es de su competencia conocer respecto de la constitucionalidad de una norma. Esto se vuelve necesario y evidente, ante la generación de una consulta por parte de un juez o tribunal de instancia inferior, cuando éste (juez o tribunal), tenga una duda sobre la contraposición entre una norma inferior y la Constitución. Así deberá actuar la Corte conforme lo descrito por el artículo 428 de la misma Constitución, en su parte pertinente.

Nos referiremos entonces al análisis realizado por la Corte Constitucional, durante la resolución de tres casos específicos en los que queda de manifiesto la opinión de la Corte en el sentido de que el Control Constitucional en el Ecuador, es necesariamente Concentrado. Es importante mencionar que el fondo sobre el que resuelven las sentencias que se toman como jurisprudencia vinculante, no es necesariamente importante, sino el análisis del que consta la sentencia, por medio del cual se admite que el Control Constitucional en Ecuador es *concentrado*; si bien el fondo de estas sentencias versa sobre otros tópicos, el análisis de las mismas es en esencia de carácter vinculante también.

Empezaremos por tratar la Sentencia N.º 003-10-SCN-CC, emitida por la Corte Constitucional durante el período de transición, el día 25 de febrero de 2010, en relación con el CASO N.º 0005-09-CN a través de la Jueza Sustanciadora, la Dra. Nina Pacari Vega. Para efectos de resumir la esencia de la sentencia, tomamos parte del texto de la misma, que dice:

Resumen de admisibilidad:

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, mediante providencia del 26 de marzo del 2009, suspende la tramitación de la demanda de

⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 436. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

recusación en contra del Juez Tercero de lo Penal de Chimborazo, dentro del Juicio Penal N.º 64-2008, disponiendo remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional para el período de transición.

Normas cuya constitucionalidad se consulta:

Código de Procedimiento Civil (R.O 58-S, 12-VII-2005). Libro Segundo: Del Enjuiciamiento Civil. Título II De la sustanciación de los juicios. Sección 25a. Del juicio sobre recusación

Art. 889.- “Cualquier providencia o resolución dictada en los casos de esta Sección, no será susceptible de recurso alguno.”⁶⁵

Respecto de la sentencia que hemos mencionado, nos es relevante únicamente el apartado referente a **Naturaleza jurídica, alcances y efectos de la consulta de Constitucionalidad**, pues el análisis que se realiza a lo largo de este apartado, es el único que compete al tema planteado a lo largo de este capítulo; el Control Concentrado.

En definitiva los argumentos utilizados a lo largo de tal apartado se enfocan principalmente dentro de los siguientes: Primero, esta parte de la sentencia se refiere a la necesidad de los operadores judiciales de suspender una causa en trámite, ante la posibilidad de duda sobre la incompatibilidad entre una norma inferior invocada dentro del proceso y la Constitución (conforme lo dispuesto en el artículo 428 de la propia Constitución). En segundo lugar, el análisis de este apartado indica que los operadores judiciales deberán accionar el imperativo judicial de la consulta y elevar la causa a la Corte Constitucional, quien será la encargada de resolver valorativamente sobre la distorsión o no, respecto de la norma por la cual se ha suspendido y elevado la causa; la Corte es el máximo organismo de Control de la constitucionalidad. Por último, el análisis continúa asegurando, que la temática respecto de la suspensión y traslado de la causa, se enfrenta a críticas correspondientes a que a través de este mecanismo se vulnera el principio de celeridad, lo que para la Corte resulta intrascendente, pues la suspensión del proceso busca satisfacer el principio de supremacía constitucional, asegurando nuevamente que los operadores judiciales no tienen la facultad para resolver las causas basándose en normas posiblemente contrapuestas con la Constitución.⁶⁶

De los argumentos que se han descrito con anterioridad, no queda sino la clara conclusión que señala que el Control Constitucional en el Ecuador, es ahora de tipo

⁶⁵Corte Constitucional. Causa N.º 0005-09-CN. *Sentencia N.º 003-10-SCN-CC*, 25 de febrero de 2010.

⁶⁶Corte Constitucional. Causa N.º 0005-09-CN. *Sentencia N.º 003-10-SCN-CC*, 25 de febrero de 2010.

concentrado. En ese sentido la propia sentencia cita las palabras del autor Cristian Masapanta Gallegos, quien sugiere como ejemplo de control difuso a la Constitución de 1998, diametralmente opuesta a la Constitución actual. Masapanta apunta:

A diferencia de lo que ocurría con su par de 1998, la actual Constitución ecuatoriana del 2008, aunque mantiene la sujeción de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución, conminando a su aplicación directa, expresamente no dice nada respecto a la inaplicabilidad de oficio de la cual contaban las autoridades según la Constitución codificada de 1998. Sino que más bien determina que los jueces o juezas suspendan la tramitación de la causa y consulten a la Corte Constitucional para que sea este órgano quien resuelva acerca de la constitucionalidad de la norma, lo cual ha sido objeto de críticas por parte de los detractores de la actual Constitución, quienes consideran aquello como un freno a la actividad judicial en materia de control, asociando que esta consulta generará retraso en la administración de justicia al suspenderse los procesos hasta por cuarenta y cinco días, tiempo para que la Corte Constitucional se pronuncie respecto a la constitucionalidad o no de la norma⁶⁷

Continuando con el análisis de jurisprudencia vinculante, que se encuentre relacionada con el tema en discusión dentro del presente capítulo, analizaremos ahora la Sentencia N.º 010-10-SCN-CC, emitida por la Corte Constitucional durante el período de transición, el día 3 de junio de 2010, en relación con el CASOS N.º 0010-09-CN a través del Juez Sustanciador, Dr. Patricio Herrera Betancourt. Nuevamente, para efectos de resumir el caso y aclarar los hechos que han llevado a la suspensión y traslado de la causa a Corte Constitucional, resumiremos parte del texto de la sentencia.

Los señores Jueces de la Corte Provincial de Pichincha, Segunda Sala de lo Penal, mediante providencia del 5 de mayo del 2009, elevan a consulta a La Corte Constitucional, un escrito por medio del cual el peticionario pretende que se revoque un auto (de 23 de marzo de 2009) por medio del cual el juez correspondiente le niega un Recurso de Hecho. Anteriormente ocurriría que el propio Juez, en instancia inferior, le negara un recurso de apelación formulado en contra de una providencia (de 9 de febrero de 2009). El peticionario pretendía que en lugar de la negativa (al Recurso de Hecho), se dicte una providencia distinta que le fuere favorable. La corte considera esta pretensión contradictoria⁶⁸ y señala que

Atento lo anterior y aún puesto que la Sala no tiene duda respecto de la constitucionalidad de las normas aplicadas, la petición del mencionado Capitán de navío EMC Fabián Rueda, en la calidad en que comparece, no es procedente, **pero atento el principio**

⁶⁷Christian Masapanta Gallegos, *El Control difuso de constitucionalidad por parte de los operadores judiciales ecuatorianos*. Tesis de Maestría en Derecho Constitucional. UASB-Ecuador. Quito, 2008, p. 54-55.

⁶⁸ Corte Constitucional. Causa N.º 0010-09-CN . *Sentencia N.º 010-10-SCN-CC*, 3 de junio de 2010.

garantista la Sala se limita a disponer la suspensión de esta causa, y que se remitan los autos a la Corte Constitucional para que dilucide la constitucionalidad de las resoluciones y normas aplicadas...⁶⁹

En definitiva se cuestiona por parte del peticionario, la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 343 del Código Procesal Penal, que limita la apelación a determinadas providencias, en aparente contradicción (según el peticionario) con el artículo 76, numeral 7, literal M de la constitución, que permite recurrir todo fallo o resolución sobre los que se decidan derechos.

Nuevamente nos es necesario referirnos al hecho, de que para efectos de nuestro análisis, la resolución sobre el fondo en este caso no nos atañe, pues si la norma es constitucional o no, es materia que no corresponde al tipo de control constitucional que se ejerza en el Ecuador. Correspondientemente, nos es útil realizar una revisión respecto del ordinal Tercero, dentro de los considerandos de la sentencia en discusión, pues solamente aquí es donde se trata la Naturaleza jurídica y finalidad de la Consulta de Constitucionalidad de normas jurídicas.

Durante el tratamiento del ordinal Tercero, se hace mención nuevamente al ya conocido por nosotros, artículo 428 de la Constitución. Sin embargo la parte novedosa respecto de este análisis (que es vinculante por su naturaleza) se ve enfocado en la consecuencia inmediata que ocurre ante la suspensión de la causa y traslado (se eleva) a la Corte. Así el análisis señala textualmente:

...ante esta posibilidad, el juez debe remitir a la Corte Constitucional el expediente, con la indicación de la norma jurídica sobre cuya constitucionalidad existan dudas, a fin de que este organismo de control constitucional emita su pronunciamiento respecto a las normas jurídicas sobre cuya constitucionalidad existan dudas, constituyendo este hecho una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, **es decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado** del control de la constitucionalidad.⁷⁰

Teniendo en cuenta las palabras de la propia Corte Constitucional a lo largo del análisis realizado, encontramos que nuevamente se refiere al sistema de control constitucional, como *concentrado*, marcándose una tendencia y estableciéndose nuevamente un precedente por el carácter de la sentencia.

⁶⁹Id., p 1.

⁷⁰Id., p 3.

Por último, nos referiremos al caso contemplado en la Sentencia N.º 001-13-SCN-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, el día 6 de febrero 2013, en relación con el CASOS N.º 0535-12-CN. Seremos breves con la temática de fondo respecto de esta sentencia, pues es quizá en esta sentencia, donde encontraremos la más rica argumentación favorable al Control Concentrado en el Ecuador

La sentencia versa básicamente sobre la duda que se genera en los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N. 3, con sede en Cuenca, por existir una dicotomía de procedimientos a ser aplicados con un mismo fin común, dentro del juicio de excepciones al proceso coactivo. Dicha dicotomía se genera, pues tanto el Código de Procedimiento Civil, como la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, presentan tratamiento para un mismo tema, ocasionando el problema de la duda.

Sería redundante recaer sobre los argumentos que ya se han presentado a lo largo de las sentencias sobre las que ya se ha expuesto. Sin embargo la sentencia resume el contenido de las disposiciones contenidas en los artículos 428 y 429 de la Carta Magna, para por último generar una opinión final al respecto, que es sumamente clara y concisa. En criterio de la Corte:

En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podrá inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte.⁷¹

Ante la opinión dada por la Corte durante el análisis de admisibilidad de la causa, no cabe absolutamente ningún tipo de opinión que refute o intente contraponerse al criterio de que en el Ecuador, el control constitucional es concentrado. Ahora, teniendo en cuenta que las sentencias de la Corte son de carácter vinculante (así como el análisis contenido en las mismas), además de la interpretación que se la ha dado al control constitucional en la propia Constitución, queda más que demostrado(a través del análisis que se ha realizado a lo largo de este capítulo), que el Estado ecuatoriano se define como un Estado en el que el control constitucional es concentrado; las potestades de los jueces ordinarios no son las

⁷¹ Corte Constitucional. Causa N.º 0535-12-CN. *Sentencia N.º 001-13-SCN-CC*, 6 de febrero 2013.

necesarias para sancionar y resolver sobre la inconstitucionalidad de una determinada norma en discusión. Sin duda alguna, el hecho de que la Corte Constitucional sea el único y máximo organismo rector en temas constitucionales, descarta de manera plena y absoluta la idea de un control Constitucional difuso.

CAPÍTULO III: LA INAPLICABILIDAD DEL CONTROL CONCENTRADO EN RELACIÓN A LOS ELEMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

3.1.- ANÁLISIS INICIAL

El presente capítulo presentará un análisis, de la labor de los jueces constitucionales, como reflejo del constitucionalismo en el que se basa el Estado Constitucional (de derechos y justicia) como uno de los pilares fundamentales de este modelo. Como base para tal análisis se presentará el razonamiento contenido dentro del primer precedente vinculante emitido por la Corte Constitucional, del que consta parte de la teoría central de Estado Constitucional, en relación al activismo judicial. En consecuencia, deberemos partir de la idea inicial de que las nuevas responsabilidades correspondientes a los operadores judiciales, aparecen como una manifestación del activismo judicial, sobre el que tratamos a lo largo del capítulo primero. Todo esto con el objetivo de demostrar que el activismo judicial, por efectos del modelo Estatal, es indispensable en un Estado Constitucional.

Al análisis que se ha planteado inicialmente deberemos adherirle dos presupuestos anteriores, que se han probado así mismo a lo largo de los capítulos primero y segundo. El primero, es que el Ecuador ha sobrepasado una larga tradición basada en el Estado de Derecho hasta consagrarse como un Estado Constitucional, diferente y evolucionado respecto de su predecesor. El segundo presupuesto, responde al tipo de control constitucional que se ha establecido en el Ecuador, que resulta ser de tipo concentrado, no sólo por la interpretación que se le pueda dar a la Carta Magna de nuestro país, sino también por el desarrollo jurisprudencial que ha existido por parte de la Corte Constitucional⁷², mismo que además de esclarecer cualquier tipo de duda al respecto, es de carácter vinculante y por tanto obligatorio.

El análisis deberá continuar necesariamente, con la idea de mostrar como el activismo judicial, propio del modelo Constitucional - como se demostró a lo largo del capítulo I a través de los criterios de autores como Figueroa Gutarra y Masapanta-⁷³, resulta contrapuesto con la aplicación del control constitucional concentrado. En ese sentido, se

⁷² Corte Constitucional. *Sentencia N.º 003-10-SCN-CC*, 25 febrero de 2010, *vid.* Corte Constitucional. *Sentencia N.º 010-10-SCN-CC*, 3 de junio de 2010; Corte Constitucional. *Sentencia N.º 001-13-SCN-CC*, 6 de febrero 2013.

⁷³ Sobre el activismo judicial, *vid.* Edwin Figueroa Gutarra. *Los Jueces en el Estado Constitucional*. http://www.pnp.gob.pe/boletin/cont_jurid/jueces.html (acceso: 13/07/13).

ofrecerá un estudio corto de derecho comparado que pretenda demostrar las ventajas o desventajas, aplicables o teóricas, que el control constitucional difuso ha aportado a la línea de pensamiento sobre la que se basa el Estado Constitucional.

De ahí en adelante se analizarán los motivos por los que el control concentrado se ha dispuesto como modelo rector en el Ecuador, en contraposición con la lógica que sugiere un modelo difuso de control constitucional, con el objetivo de demostrar la hipótesis inicial de la que parte este trabajo; la inaplicabilidad del control constitucional concentrado, en un Estado Constitucional de derechos y justicia.

3.2.- EL ACTIVISMO JUDICIAL PARA LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.2.1.- De acuerdo al análisis de la primera Resolución de la Corte Constitucional

Empezaremos por tratar entonces, la primera resolución emitida por la Corte Constitucional. En este caso particular, la Corte Constitucional se encontraba todavía en período de transición, pues apenas días antes entraba en vigencia la Constitución política actual, posterior a la Asamblea Constituyente de Montecristi. La resolución en cuestión, es en realidad emitida por el ex Tribunal Constitucional correspondiente a la jurisdicción prevista por la Constitución, ahora derogada, de 1998. Es a través de esta resolución, que el Tribunal asume dentro de sus funciones, las que le corresponderán a la Corte Constitucional a partir de la entrada en vigencia de la Constitución actual, por un período de transición, hasta que se deleguen los nuevos y definitivos magistrados a posterior. A través de la misma, se elimina el Tribunal Constitucional y se dispone el tratamiento que se le dará a las causas “constitucionales” presentadas hasta esa fecha y las que se presenten de ahí en adelante.⁷⁴ Sin embargo del fondo de la resolución, no es para nosotros importante tener dicha finalidad en cuenta, sino los argumentos, teoría y doctrina utilizados a lo largo de los considerandos, pues es ahí en donde se tratará en principio las “nuevas” labores y responsabilidades de los jueces, como resultado del cambio de Estado social de Derecho, al Estado Constitucional; consecuentemente como reflejo del activismo judicial.

⁷⁴ Corte Constitucional. *Primera Resolución*, 20 de Octubre de 2008. Registro Oficial No. 451 de 22 de Octubre de 2008.

La Resolución en cuestión, intenta explicar cómo el cambio de Estado de Derecho a Estado Constitucional implica la inclusión de nuevos principios y nuevas directrices, de los cuales menciona principalmente a los principios de *eficacia normativa, aplicación inmediata de la Constitución y favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y de las normas de la Constitución* como principios rectores y principales ejemplos del cambio. El análisis continúa intentando asimilar los principios descritos anteriormente, como más cercanos al sistema anglosajón del *CommonLaw*, en contraposición con el sistema *Europeo Continental*, en el sentido de que bajo el sistema anglosajón, son los jueces los creadores del Derecho a través de sus decisiones bajo la sujeción a la Constitución, mientras que en el sistema tradicional, el Derecho es la Ley y como tal la Constitución es un simple delineamiento político.

Posteriormente el análisis de la resolución se enfocará en delimitar las implicaciones de los principios de *eficacia normativa, aplicación inmediata de la Constitución y favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y de las normas de la Constitución*, utilizando el razonamiento del doctrinario RiccardoGuastini, por medio del cual se establece que dichos principios se consagrarán como pilares básicos de la Constitución bajo una serie de condiciones particulares. Es aquí en donde se puede dilucidar que la propia resolución se inclina por el tratamiento de la temática correspondiente con el activismo judicial, pues dentro de las condiciones particulares contempladas por Guastini, se destacan entre otras las siguientes: “c) Fuerza vinculante de la Constitución, que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;” y “e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del Estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares”⁷⁵.

Siguiendo tal línea de pensamiento, la resolución continúa con sus argumentos respecto de la aplicación directa de la Constitución en manos de los jueces, en cumplimiento de sus nuevas obligaciones (activismo judicial). Es así que citando a De Otto, la resolución expresa:

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y

⁷⁵ Corte Constitucional. *Primera Resolución*, 20 de Octubre de 2008. Registro Oficial No. 451 de 22 de Octubre de 2008.

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 habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.⁷⁶

Resulta absolutamente claro, por la lectura de los argumentos utilizados a lo largo de la resolución, que la aplicación de la Constitución deberá realizarse de manera directa por dos razones primordialmente. En primer lugar, por el nuevo papel que se le otorga a la Constitución respecto de sus predecesoras, por el hecho de ser ahora una norma máxima que no delimite los derechos y garantías de los particulares, sino que sea la primera herramienta para la defensa de los mismos. En segundo lugar, resultaría contradictorio en principio, que se exija una aplicación rápida, eficaz y efectiva de la Constitución, si es que se limita a los jueces y demás operadores judiciales, al cumplimiento de un imperativo judicial de consulta (establecido por la Constitución en el artículo 428), y no se les permite realizar un ejercicio valorativo, práctico y veloz ante una posible contraposición con la Carta Magna en todas las causas. En cualquier caso, es importante tener en cuenta las palabras antes mencionadas tanto por Guastini como por De Otto, pues ambos apuntan a la necesidad de que los jueces apliquen la constitución directamente inclusive en el conflicto entre particulares. Los conflictos en las relaciones privadas aparecen con tal frecuencia, que ante la imposibilidad de los jueces de actuar directamente (ante caso de duda), se podría producir una sobre carga del organismo especializado (Corte Constitucional), poniendo en juego los fines mismos del Estado Constitucional; la protección adecuada y eficaz de los derechos de los ciudadanos.

3.2.2.- De acuerdo al análisis del primer Precedente vinculante de la Corte Constitucional

En concordancia con los argumentos que dirigieron la línea de pensamiento bajo la cual se desarrolló la resolución comentada anteriormente, y fundamentándose en las atribuciones contempladas en el Artículo 436, numeral 6 de la Constitución, la Corte Constitucional del Ecuador, expediría un par de años más tarde la primera Jurisprudencia vinculante de fecha 22 de diciembre de 2010 contemplada en la Gaceta Constitucional 001,

⁷⁶ Ignacio De Otto. *Derecho Constitucional sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997. p. 76.

es decir la SENTENCIA N° 001-10-PJO-CC correspondiente al caso CASO N° 0999-09-JP

La sentencia en discusión encuentra su origen en la necesidad que tiene la Corte del cumplimiento cabal de sus funciones y señala: “La Corte Constitucional, a partir de los casos que integran esta sentencia, tiene la obligación constitucional de desarrollar los contenidos de los derechos reconocidos en la Constitución mediante su jurisprudencia”,⁷⁷ en referencia a las Causas que han llegado a su conocimiento y por las cuales decide iniciar con el desarrollo jurisprudencial.

Estos casos en particular son los siguientes: a) Causa N.º 368-2009 (Caso N.º 1) resuelto por los Jueces de la Primera Sala de lo Laboral y la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas; y, b) Causa N.º 022-2009 (Caso N.º 2) resuelta por el Juez Sexto de Tránsito del Guayas. Ambos casos resultan por su materia irrelevantes para el desarrollo de este trabajo pues el fondo de estos casos versa sobre la correcta aceptación o desecho de acciones constitucionales de protección. Si bien las causas señaladas anteriormente se encuentran dentro de la materia sobre la cual la Corte Constitucional debe tratar, no nos atañe la resolución sobre las mismas, sino únicamente los argumentos y consideraciones de la Corte utilizados en la fundamentación sobre la resolución, pues ahí encontraremos desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre temas que nos competen como activismo judicial y control de constitucionalidad concentrado.

Es así que, durante el texto de esta sentencia en particular, la Corte, con el objetivo de abordar de manera correcta toda la temática a tratarse en el desarrollo de jurisprudencia, decide realizar (en el punto 18 de la sentencia) una lista sobre los problemas jurídicos que deberán tratarse para resolver de forma adecuada; de la lista nos compete puntualmente el primero de los problemas jurídicos enunciados, pues del tratamiento de éste, obtendremos información pertinente para nuestro trabajo. La sentencia señala sobre el problema en discusión:

¿En qué consiste y cuál es la finalidad de la competencia prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución?

⁷⁷Corte Constitucional. Gaceta 001. Causas N.º 368-2009 y N.º 022-2009. *Sentencia N.º 001-10-PJO-CC*, 22 de diciembre de 2012.

19.- De conformidad con el artículo 1 de la Constitución de la República, el Ecuador se reconoce como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, denominación que se convierte en el principio constitucional esencial sobre el cual se levanta la organización política y jurídica del Estado. Producto de ello, muchas han sido y deberán ser las modificaciones y efectos que se generen en relación a la idea o concepto tradicional del derecho y de la ciencia jurídica.

20.- Tres son los esenciales que trae consigo el Estado Constitucional, y que en un alto grado, su eficacia descansa en las labores que deben desempeñar las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional:

- a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales;
- b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y,
- c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales.

Son estos los elementos sustanciales que justifican la razón de ser del Estado Constitucional de Derechos, y precisamente por ello, se constituyen en los avances más notables e importantes que refleja la Constitución de Montecristi en relación a la Constitución de 1998. Muestra de ello es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos constitucionales.⁷⁸

Del desarrollo de los puntos que resaltan los argumentos que se destacan como los principales elementos que caracterizan al Estado Constitucional, podemos notar algunas cosas realmente importantes que se asemejan exactamente a los puntos tratados a lo largo de los capítulos I y II. En primer lugar notamos que el literal “a)” se refiere de manera clara al principio de supremacía constitucional así como a la Constitución como elemento central y conexivo entre valores, derechos y reglas constitucionales, en otras palabras, a la teoría de la conexidad tratada a lo largo del capítulo I. En segundo lugar notamos de manera aún más clara que lo largo del literal “b)” se trata el tema del activismo judicial, matizado con las nuevas labores que a los jueces constitucionales les competen, ambos temas tratados a lo largo de tanto el capítulo I como en el capítulo III, y por los que se acepta que el juez cambia su papel estático por un papel activo y relevante. Por último y tercer lugar notamos que dentro del literal “c)”, se aborda el tema de la inclusión de garantías jurisdiccionales, mismo que se trató a lo largo de la descripción del plano de protección de los derechos constitucionales a lo largo del capítulo I.

⁷⁸*Ibíd.*

Del tratamiento de las nociones que se detallaron en el párrafo anterior, podemos deducir e incluir nuevas ideas y conclusiones que se desprenden de las mismas. En primer lugar debemos notar que los literales que se detallaron en el punto 20 de la Sentencia (literales a,b y c), se encuentran íntimamente relacionados entre sí y no pueden ser considerados por separado, pues la Constitución como norma suprema y de aplicación directa (literal “a”), solo puede ser utilizada y desarrollada por los nuevos y activos jueces constitucionales (literal “b), quienes se asegurarán del cumplimiento adecuado de los derechos constitucionales a través de los mecanismos de garantía vinculantes contemplados en la Constitución (literal “c”).

En segundo lugar es importante notar que en el tratamiento del literal “b”, se hace referencia a **“el desplazamiento de un juez mecánico a un juez garante”**, y no se hace referencia al tipo de juez quien deberá modificar sus funciones, por lo que se podría pensar que esta noción es general y responde a la teoría del activismo judicial como directriz del Estado Constitucional como se ha venido tratando a lo largo de este capítulo.

Sin embargo y a pesar de que hemos notado lo considerado en relación a la labor “general” de los jueces constitucionales, el desarrollo del propio numeral 20 de la sentencia en análisis, apunta a que quienes deberán regirse por los puntos detallados en los literales “a”, “b” y “c” serán los jueces pertenecientes a las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional, por lo que se descarta la actividad jurisdiccional general y se limita a la Corte como único Organismo apto y calificado para el control de constitucionalidad; de lo dicho se desprende únicamente una conclusión fundamental, el control constitucional en el Ecuador será de tipo Concentrado.

3.3.- LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO ORIGEN DE LA INAPLICABILIDAD

3.3.1.- Análisis de las actas de la Asamblea Constituyente

Toda vez que se ha analizado la primera resolución de carácter vinculante emitida por la Corte Constitucional, nos es pertinente realizar una revisión respecto del origen del que proviene la inaplicabilidad que se plantea como problema jurídico dentro de este trabajo. Con ese objetivo principal, nos referiremos al sistema por medio del cual se aprobó el

control concentrado, como mecanismo de control constitucional “adecuado” para el nuevo régimen jurídico que acompañó a la actual y vigente Constitución.

El sistema al que nos referimos durante el párrafo anterior, proviene, como es lógico, del mandato de la mayoría representada a través de la ya extinta Asamblea Constituyente promovida por el oficialismo, y llevada a cabo durante el año 2007 y 2008. El objetivo de aquel Organismo, fue el de producir una nueva Constitución que se “adaptare de mejor manera” a la realidad social del Ecuador, como reflejo de la crisis de los partidos políticos existentes en aquellos años. Es producto de este Organismo, que se produce la contradicción doctrinaria entre un sistema y otro (el de control constitucional respecto del modelo de Estado).

Sostener una afirmación de tal peso, necesita obligatoriamente, sustanciarse y fundamentarse de manera adecuada, caso contrario caeríamos en argumentos falaces y sin peso que no nos ayudarían a comprobar las hipótesis secundarias que fundamentan la gran hipótesis que se defiende. Partiendo de lo apenas mencionado, fue una tarea necesaria, una investigación que nos permitiera llegar a los orígenes propios de la elaboración del texto constitucional. Es así que como parte de la investigación realizada, se acudió a las propias actas de la Asamblea Constituyente; actas de las que consta la elaboración de cada uno de los artículos que establecen el tipo de control constitucional que se adoptó en la Carta Política vigente.

El proceso constituyente mencionado con anterioridad, optó por una división de comisiones y mesas para el tratamiento de cada uno de los temas principales de la nueva Constitución. Le correspondió así a la Mesa Constituyente No. 3, el tratamiento y elaboración del articulado correspondiente a “ESTRUCTURA E INSTITUCIONES DEL ESTADO” en cumplimiento del artículo 11 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente.⁷⁹ Posteriormente, La Mesa Constituyente No. 3, con el objetivo de delimitar sus funciones, genera la Resolución 002 que consta del acta de la propia Mesa, correspondiente al día 17 de diciembre de 2001, a través de la cual identifica por medio del artículo 118 de la Constitución de 1998, los problemas nacionales (la temática) que le competirían, dentro de los que se menciona “1. Los organismos y dependencias de las

⁷⁹ Acta No. 1 de la sesión de instalación de la Mesa Constituyente No. 3: Estructura e Instituciones del Estado, 14 de diciembre de 2007.

funciones legislativa y judicial; y, 5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal...⁸⁰

Teniendo este delineamiento como base, es que a través del Acta de sesión 055, se pone en discusión dentro del orden del día al “Conocimiento en primer debate del documento y articulado sobre Corte Constitucional” mismo que se fundamenta entre otras cosas, en la necesidad de una instancia constitucional como consecuencia de la ausencia del reconocimiento de la supremacía constitucional (conforme la Constitución de 1998), y apoyado en el hecho de que el ex Tribunal Constitucional no logró convertirse en el órgano máximo de control constitucional.⁸¹ Es apenas seis sesiones después, que a través del Acta de sesión 061 se incluye dentro del orden del día para la Mesa Constituyente No. 3, el “Conocimiento del informe de la comisión sobre propuestas de modificación de los textos constitucionales de Corte Constitucional, para segundo debate del pleno de la Asamblea Nacional Constituyente”, misma en la que se incluye la aprobación casi por unanimidad (por parte de los miembros de la Mesa), de los textos del articulado correspondiente a la Corte; decimos casi por unanimidad puesto que los únicos votos que no se contaron a favor de dichos textos, son unas cuantas “abstenciones” y algunas otras cuantas “ausencias” sin existir absolutamente ningún voto “en contra”.⁸²

3.3.2.- Discordancia en la Asamblea Constituyente

Por la investigación realizada, se desprende una conclusión atípica y que llama la atención. La revisión de las actas por medio de las cuales se formularon los textos que corresponderían a la actual Constitución de la República, no contienen ningún tipo de discusión, sobre la conveniencia o no de la creación de la Corte, peor aún sobre las atribuciones de la misma, y aún más distante, sobre el tipo de control constitucional que le convendría a este nuevo organismo del Estado (siempre teniendo en cuenta que se pretendía el establecimiento del Estado Constitucional). La Mesa en cuestión jamás analizó cualquier otro mecanismo que podría acoplarse de mejor manera a los principios del nuevo

⁸⁰ Acta numerada de sesión de la Mesa Constituyente No. 3 de la Estructura e Instituciones del Estado, 17 de diciembre de 2007.

⁸¹ Acta de la sesión No. 055 de la Mesa Constituyente No. 3, de la Estructura e Instituciones del Estado, 11 de junio de 2008.

⁸² Acta de la sesión No. 061 de la Mesa Constituyente No. 3, de la Estructura e Instituciones del Estado, 8 y 9 de julio de 2008.

constitucionalismo, sobre los que se basaba la propia Constituyente e inclusive el Estado futuro (modelo constitucional).

Es a través de la ya mencionada Acta de Sesión 061 de la Mesa Constituyente No. 3, en donde sin un proceso “conciliatorio” entre los miembros de la Mesa, aparece ya un texto definitivo de cada artículo, como propuesta para el análisis del pleno. A nosotros nos compete el artículo “4” (que posteriormente pasaría a ser artículo “5”) generado por la propia mesa, (que será el posterior y definitivo 428) y que no dista en casi nada del texto contenido por la Constitución actual; el texto aprobado para discusión dice:

Cuando una corte, tribunal o juez, de oficio o a petición de parte considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que establecen derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la cause y remitirá en consulta el expediente a la corte Constitucional, la cual resolverá sobre la constitucionalidad de la norma en un plazo de hasta cuarenta y cinco días contados a partir de la fecha de recepción de la consulta.⁸³

No parece necesario comparar la redacción exacta y textual entre el artículo antes citado y la versión final que aparece en la Constitución vigente. Sin embargo es de suma importancia resaltar y mencionar los cambios pues estos son mínimos. En primer lugar la versión final del artículo respecto del control constitucional, remplazará las palabras “corte, tribunal o juez” por “la jueza o juez”, cambio que se repitió a lo largo de toda la Constitución por efectos de que se pretendió realzar la equidad de género. Por lo comentado, el cambio resulta en realidad insignificante. En segundo lugar, la versión final del artículo remplazará los términos “tratados y convenios”, por “los instrumentos internacionales”, lo que no tiene implicación alguna sino que pretende una mejor redacción, por lo que el cambio no presentaría un tema de fondo nuevamente. Por último encontramos un cambio en el orden de las palabras al final del artículo cuando se trata el plazo de la Corte para resolver en caso de consulta, lo que reafirma que en realidad, las variaciones al texto propuesto no tienen ningún peso ni importancia. El análisis que se acaba de realizar, no tiene por objeto sino el demostrar la real ausencia de debate y discusión que existió correlativamente con un tema de tal importancia como el control constitucional.

Ahora, por efectos del procedimiento reglado para la aprobación de los artículos que serían después parte del cuerpo de la Norma suprema, se les permite a los demás miembros

⁸³*Ibíd.*

de la Asamblea Constituyente, realizar sus observaciones y comentarios, con la idea de encontrar argumentos que permitan la mejora o corrección de los textos que cada una de las Mesas Constitucionales presentó como para análisis y debate en el pleno⁸⁴. Tales opiniones se encuentran también en las actas de la Asamblea, a manera de cartas en las cuales los diferentes “asambleístas”, se dirigen a la autoridad (presidente de la asamblea) exponiendo sus argumentos a favor o en contra de la tesis e implicaciones que cada artículo contemplare.

Con el objetivo de demostrar cómo es que la inaplicabilidad entre el control constitucional concentrado y el Estado Constitucional, aparece de manera manifiesta en nuestro país, expondremos criterios de algunos de los asambleístas, quienes a través de sus opiniones se manifestaron concordantemente con la hipótesis del presente trabajo, es decir, en contra del sistema que se planteaba y se planteó para las resoluciones de constitucionalidad de la norma en un conflicto entre particulares.

Como bien hemos mencionado (a lo largo del capítulo primero), el Estado Constitucional refuerza la necesidad de la aplicación directa de la Constitución e instrumentos internacionales (siempre que estos sean en el tema de derechos humanos, más favorables que la propia Constitución). En concordancia con este criterio, y en discordancia con los textos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3, es que por ejemplo que la Abogada Cristina Reyes, en ese entonces asambleísta nacional, expone dentro de sus observaciones a través de comunicación oficial de 1 de julio de 2008, dirigida al Arq. Fernando Cordero (Presidente de la Asamblea) su criterio respecto a la obligación de los jueces inferiores de suspender la causa, ante el imperativo de consulta a la Corte Constitucional (Art. 428 actual). Ella expresa:

Con esta facultad, la Corte Constitucional prácticamente no tendrá tiempo ni para conocer los asuntos referentes a las acciones constitucionales, ni a todas las impugnaciones en todos los juicios y en todas las estancias.

Esta facultad que se atribuye la Corte Constitucional debe ser retirada y dejada sin efecto, si no se quiere un colapso de las causas y agilidad de la justicia...⁸⁵

La observación detallada anteriormente resalta con objetividad uno de los principales inconvenientes que se desprenden de las facultades contempladas por el actual Art 428 en

⁸⁴Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Artículo 49. Suplemento del Registro Oficial No. 20 de diciembre de 2007.

⁸⁵ Cristina Reyes. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No.3. 1 de julio de 2008.

donde se establece el control concentrado. La ausencia de celeridad se contrapone frontalmente con la aplicación directa de la Norma Suprema, así como al ejercicio eficaz e inmediato de los derechos por ésta contemplada. Con comentarios respecto del control constitucional, se manifestó así mismo el Dr. Julio Logroño, también Asambleísta, quien a través de su comunicación oficial, no solamente destacó lo obvio (ausencia de facultades de los jueces inferiores), sino que argumentadamente propuso alternativas a los textos que definían el control constitucional, con mayor apego a los principios de aplicación directa y defensa inmediata de los derechos constitucionales, que pretende el Estado Constitucional. Es así que en primera instancia señala:

En el Art. 4 no consta como una facultad de los jueces, la de declarar la inaplicabilidad de las normas jurídicas, instrumento de uso generalmente aceptado, que permite a los jueces ser garantes del ejercicio de los derechos humanos de los ciudadanos, que ante desaciertos del poder legislativo tiene la facultad constitucional de declarar inaplicables las normas que se opongan a la Constitución y a la vigencia de los derechos humanos.⁸⁶

Se puede observar claramente que a través de las observaciones realizadas, se encuentran lineamientos que señalan, que el ejercicio y la protección de los derechos, se daría de una mejor manera si se permitiera a los jueces mantener la posibilidad de actuar directamente (inaplicando), cosa que se suprime a través de la consulta obligatoria en caso de duda, misma que se establece tanto por la Constitución actual, como por la jurisprudencia vinculante de la Corte. Como un intento de aporte, el propio asambleísta propondría en la misma comunicación, un texto alternativo que se ajuste más con los principios del Estado Constitucional. Los artículos propuestos señalan:

Art. 294.- 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 las que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que la Corte Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.⁸⁷

La propuesta generada por el entonces Asambleísta Logroño, a diferencia de muchas de las críticas presentadas en contra de la creación de la Corte, no busca desmerecer el trabajo a futuro de la Corte, ni sus potestades y facultades, sino que busca simplemente

⁸⁶ Julio Logroño. Oficio No. 120-DAJL-2008. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 11 de julio de 2008

⁸⁷ *Ibíd*

generar los criterios de inconstitucionalidad general, a partir de una aplicación inicial por parte de los jueces inferiores. De esa manera, la aplicación real y efectiva de la Carta Magna, se da de manera más práctica, y la obligatoriedad de la decisión opera solamente para las partes involucradas. Así los distintos criterios (emitidos por distintos operadores judiciales) que se puedan formular sobre la inconstitucionalidad de una norma en particular, no resultarán nunca contrapuestos, pues la única Autoridad para emitir resoluciones de efecto general y vinculante será la Corte Constitucional.

Exactamente de la misma manera, se pronunció dentro de su comunicación oficial, la también Asambleísta María Paula Romo, quien propuso dentro de sus opiniones en relación al Control Constitucional, la necesidad de que cualquier juez tenga la capacidad de inaplicar una norma que resultare contradictoria con el texto constitucional. Manteniendo la misma línea de pensamiento, propuso que la Corte tuviere la capacidad de emitir resoluciones de carácter general, siempre que los jueces estudiaran las causas en las que se inaplicase una norma particular.⁸⁸

Conforme se analizan las opiniones de los Asambleístas de la Constituyente que se presentaron con el objetivo de “aportar” con la elaboración de los textos, se deduce cada vez más que cuando se planteó la suspensión obligatoria de la causa para elevar a consulta a la Corte Constitucional, se pretendió imponer un tipo de control constitucional, sin una discusión adecuada sobre el tema. Así, inclusive en opiniones informales se mostró el desacuerdo de algunos asambleístas como la del Sr. Virgilio Hernández, quien manifiesta lo siguiente: “Lo considerado en artículo 5 es un RETROCESO con respecto a la norma del 98, no es adecuada la suspensión de la causa”.⁸⁹ Por las explicaciones que se han dado a lo largo del desarrollo del presente capítulo, se entiende que cuando se refieren al “artículo 4 o 5”, se refieren al artículo propuesto por la Mesa Constituyente No. 3, referente a control constitucional (actual Art 428 de la Constitución).

Sumándose a los argumentos que han generado la problemática planteada por los miembros de la Asamblea Constituyente, se presenta la opinión del entonces asambleísta, Dr. Vicente Taiano, quien a través de su análisis, confronta la posición planeada por la Mesa Constituyente No. 3, pues sostiene que la evolución que se pretende a través de la

⁸⁸ María Paula Romo. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 12 de julio de 2008

⁸⁹ Virgilio Hernández. Opinión Informal con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 12 de julio de 2008

redacción de los artículos correspondientes a la Corte Constitucional, se han fundamentado (al igual que todas las propuestas del oficialismo) en la visión de la progresividad. Esta directriz del Estado Constitucional, dice Taiano, se manifiesta de manera expresa dentro del Art. innumerado (en ese entonces) referente a la supremacía constitucional, en el literal “h)”, que dispone:

h) Principio de progresividad.- El contenido de los derechos debe ser desarrollado normativa, jurisprudencialmente y a través de políticas públicas. El Estado debe generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos será inconstitucional⁹⁰

Basándose en lo establecido por el principio de progresividad, el asambleísta en cuestión continúa su razonamiento, sosteniendo la que dicha progresividad representa en realidad una mentira o falacia pues la reforma constitucional propuesta justamente en el artículo 4 dispone que “cuando un juez... concediere que una norma es contraria a la Constitución... suspenderá la tramitación de la causa y remitirá la consulta a la corte constitucional”. Menciona así mismo que “La propuesta de la mesa destruye el tan ensalsado carácter “**progresivo**” de los derechos”⁹¹, y explica que cuando se liga el “nuevo” principio de supremacía constitucional, con las facultades de la Corte como único organismo capaz de resolver sobre constitucionalidad, se limita a la progresividad que se manifestaba de manera clara a través de lo establecido en la Constitución anterior (de 1998), que atribuía a todos los funcionarios judiciales y públicos, a inaplicar normas que contravengan a la Norma Suprema, siempre en virtud de la protección de los derechos de los ciudadanos.

Así como los criterios que se han mostrado anteriormente, podríamos seguir mencionando puntualmente muchas opiniones más en contraposición con el criterio propuesto en el artículo 4 (posteriormente 5) de la Mesa Constituyente No. 3, referente al control constitucional. Sin embargo, parecería innecesario actuar de esta manera, por lo que presentaremos unas pocas sugerencias más, todas contenidas dentro de los informes oficiales de Asambleístas que han observado el tema del control constitucional.

⁹⁰ Artículo sin número. Derechos fundamentales. Literal h). Proyecto de Constitución discutido en la Asamblea Constituyente.

⁹¹ Vicente Taiano. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 30 de junio de 2008.

En ese sentido el Dr. Oswaldo Orrala Muñoz, manifiesta a través de Oficio No. 74-AP-2008, de 30 de junio de 2008 que “Se debe eliminar el artículo 4, ya que se formaría un caos judicial, y un retraso en la tramitación de las causas, ya que todo el que pretenda dilatar una causa hará uso de esta disposición constitucional”⁹². Manteniendo la misma línea de pensamiento el Asambleísta Eduardo Maruri, sostiene a través de informe oficial de fecha 30 de junio de 2008, que “Este artículo impedirá la inaplicabilidad directa por inconstitucionalidad por parte de cualquier juez, reconocida en la Constitución de 1998. Si bien la fórmula propuesta ayudaría a evitar contradicciones entre los criterios de la Corte Constitucional y jueces ordinarios, la suspensión de la causa podría conllevar efectos perjudiciales para los administrados.”⁹³ En complemento el Asambleísta por Napo, Dr. Sergio Chacón Padilla, manifiesta a través de Informe Oficial de 12 de julio de 2008 (refiriéndose al plazo establecido en artículo 4 propuesto) que:

Este plazo jamás será cumplido, solo en ida y vuelta desde las provincias hasta la capital, los procesos o las consultas durarán meses, por lo cual proponemos dejar el precepto constitucional como consta en la actualidad: el juez debe resolver la causa, declarar inaplicable el precepto para el caso específico, y poner en conocimiento de la Corte Constitucional para que resuelva con carácter de general. El proyecto entorpece el trámite, lo dilata y, por ende, la justicia se demora, rompiendo el principio de celeridad.⁹⁴

Por último, en un análisis un poco más detenido y explicativo, los entonces Asambleístas, Gina Godoy, Fernando Vega, Gabriel Rivera, Vicente Masaquiza y Marcos Martínez, explican a través de su informe de 2 de julio de 2008, que lo propuesto por la Mesa Constituyente No.3 (encargada de Estructura e Instituciones del Estado), se asemeja bastante a lo propuesto por la Mesa encargada de *Justicia y Lucha contra la Corrupción* en relación a la creación a la Corte, sin embargo discrepan sobre el tipo de control constitucional, apuntando que un control difuso sería más óptimo. En ese sentido expresan como una opinión colectiva que:

... también es cierto que la tutela de la Constitución la debe ejercer toda la administración de justicia, que con la nueva estructura de la función judicial se permite la aplicación de este control difuso, aspiración que se concretó de alguna forma en la Constitución vigente en el artículo 274, (referencia a la de 1998) que proponemos se recupere.

⁹² Oswaldo Orrala Muñoz. Oficio No. 74-AP-2008. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 11 de julio de 2008

⁹³ Eduardo Maruri. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 30 de junio de 2008

⁹⁴ Sergio Chacón Padilla. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 12 de julio de 2008

En todo caso la propuesta de la mesa 3 dilataría la resolución de las demandas ante la administración de justicia, yendo contra lo aprobado por el pleno sobre los principios de administración de justicia como es el de celeridad.

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución son de inmediata aplicación, y en todo caso la obligación de jueces y tribunales es resolver el juicio (resolver lo particular) y avocar conocimiento a la Corte Constitucional para que se resuelva en lo general.⁹⁵

Las discusiones correspondientes a la elección del modelo de control constitucional, claramente se han presentado enfocadas a rebatir principalmente, al argumento presentado por la Mesa Constituyente No. 3, por medio del cual se estableció definitivamente, la obligación o imperativo judicial de la suspensión de una causa, para elevar la misma a la Corte Constitucional (imperativo contemplado en el artículo 428 de nuestra Constitución actual). La suspensión de la causa, se dará en definitiva, como un bloqueo de las facultades de los jueces “inferiores”, que se contemplaban en la anterior Constitución de 1998. Es a través de dicha obligación que se consagra en la Corte Constitucional, el único y máximo organismo facultado para la interpretación sobre la constitucionalidad de cualquier norma de jerarquía inferior, estableciéndose así el control concentrado.

Podemos concluir acertadamente, que los argumentos presentados por los Asambleístas quienes observaron las propuestas de la Mesa No. 3 se encontraban facultados de lógica y muchas veces proponían alternativas que podrían haber sido viables bajo los principios y directrices del Estado Constitucional. Sin embargo, a través del estudio correspondiente a las actas en las que se discutió y aprobó finalmente los textos del articulado constitucional, podemos observar la falta de consideración de tales argumentos, en pro de evitar el debate, y establecer mecanismos apegados con los principios del oficialismo, inclusive sacrificando a futuro principios como el de independencia judicial.

3.4.- LA CONSTITUCIÓN DE 1998 Y EL CONTROL DIFUSO.

Como se ha mencionado ya a lo largo del desarrollo de este capítulo y de este trabajo en general, el Estado Ecuatoriano no se encuentra ni se ha encontrado desde hace mucho tiempo, ajeno al conocimiento y práctica de un control constitucional de diferente carácter y composición al de tipo *concentrado*. Si bien la Constitución política actual, establece

⁹⁵ Gina Godoy, Fernando Vega, Gabriel Rivera, Vicente Masaquiza y Marcos Martínez. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 2 de julio de 2008

(por lo demostrado a través del desarrollo del capítulo 2) un control de constitucionalidad de las normas de carácter concentrado, no debemos retroceder demasiado en el tiempo para encontrar en nuestra historia constitucional, la aplicación del control difuso.

Es en la Constitución política del Ecuador, de 1998 en donde encontramos establecido un mecanismo de interpretación y control constitucional, diametralmente opuesto al que se ha establecido hoy por hoy. La misma establece en el Art. 274 lo siguiente:

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 sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio⁹⁶

Como se desprende del texto del artículo 274, citado anteriormente, se manifiesta una diferencia abismal en relación a la Carta política vigente en el Ecuador. La primera disposición del artículo, manda a que cualquier juez o tribunal podrá declarar inaplicable un precepto jurídico contrario a la Constitución. Si tenemos en cuenta los argumentos que se establecieron con el fin de diferenciar entre el control *concentrado* y *difuso*, queda claro a primera vista que por otorgársele facultades de inaplicación a cualquier juez o tribunal, en lugar de facultar a un solo organismo (como ocurre con la Corte Constitucional actualmente) se reconoce tácitamente al control difuso, como modelo de aplicación.

Ahora, porqué resulta de tanta relevancia demostrar que el Ecuador no es ajeno al control constitucional difuso, pues porque deberemos comparar esta realidad bajo los matices de algunas instituciones del Estado Constitucional. En primer lugar debemos considerar que el Estado Constitucional en el que nos desenvolvemos hoy en día, tiene como directrices del mismo, a principios jurídicos como la aplicación directa de la Constitución, la celeridad, la protección rápida y eficaz de los derechos de los ciudadanos, la progresividad, etc. Partiendo de ahí, resulta lógico asegurar, que esos principios que el Estado Constitucional defiende como pilares del mismo, podrían aplicarse de mejor manera a través del mecanismo de control difuso. Lo anterior se demuestra pues los jueces o tribunales, cualquiera de ellos, tendrá la posibilidad de inaplicar una norma inferior que considere contrapuesta a la Norma Suprema, generando efectos para los involucrados en el

⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 274. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

conflicto y satisfaciendo así las necesidades de los administrados. No es sino a posterior de la resolución sobre la causa, que el juez o tribunal “eleva” un informe para conocimiento del Órgano superior, para que sea este quien emita la resolución de carácter general, lo que resultaría aún más lógico, pues de esa manera se respeta la celeridad y protección de los derechos, y a partir de ahí es que se establece posteriormente el orden o conducta a seguir.

En segundo lugar, y considerando los delineamientos del Estado Constitucional, debemos tener presente al tan mencionado activismo judicial como precepto rector de dicho modelo estatal, pues es a través de este concepto que el Estado Constitucional, genera en favor de los jueces, tribunales, y cualquier tipo de operador judicial, la responsabilidad de actuar como un miembro activo en el rol del respeto a los derechos constitucionales y justicia (como se demostró a lo largo del capítulo primero). Partiendo de ese concepto, y yuxtaponiéndolo junto con el concepto de control difuso, encontramos una compatibilidad perfecta, por medio de la cual cualquier juez se encontrará facultado para actuar en pro de la Constitución política como norma máxima, evitando cuestiones como la suspensión de la causa y el envío de la misma a una “instancia” superior (cuestiones establecidas en el artículo 428 de la Constitución actual). Como consecuencia directa del control difuso es que el activismo judicial podría tomar vida y tendría sentido, pues ante la aplicación de un control concentrado, se diluyen las bases que fundamentan a tal concepto (al activismo judicial), como la labores activas, participativas y valorativas que caracterizan a cualquier juez o tribunal en un Estado Constitucional.

3.5.- ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Como se ha pretendido demostrar a lo largo de este capítulo, existe un nexo y relación íntima entre el tipo de control de constitucionalidad que un Estado elige para sí mismo en concordancia con el modelo Estatal que a éste le corresponda, o al menos debería ser de esta manera. Partiendo de esta premisa, es necesario incluir dentro del desarrollo de este trabajo al menos algunos ejemplos de distintos Estados que han optado o por el Control Concentrado o por el Control Difuso. El objetivo de este análisis de Derecho Comparado, no pretende sino demostrar la causalidad a la que hacíamos referencia con anterioridad, es decir, a la ratificación respecto de que el Control Difuso está necesariamente vinculado con

el Estado Social de Derecho y consecuentemente con el Estado Constitucional, mientras que el Control Concentrado o Concreto le corresponde al Estado de Derecho en su Estado más puro y simple. Cabe recalcar, que cuando nos referimos al Estado “puro y simple” del Estado de Derecho, nos referimos exclusivamente a calidades como el extremo positivismo, lo estricto del mismo, su sometimiento a la ley, como elementos que lo caracterizan, sin pretender en ningún momento desmerecer a dicho modelo en relación a sus sucesores (Estado Social y Constitucional).

Con el objetivo de iniciar el tratamiento de este tema en particular, nos vemos en la necesidad de realizar una analogía respecto de un precepto jurídico conocido y familiar en nuestro ámbito. Éste es que “en derecho las cosas se ven por sus efectos y no por su nombre”. A través de este precepto (de derecho privado y que poco tiene que ver con el tema), no pretendo sino hacer una referencia que apunte a que a pesar de que un Estado se titule o enmarque de una manera, se debe analizar el contenido dentro de su organización y distribución para determinar si es que efectivamente la definición del mismo, concuerda con la operatividad y funcionamiento de éste.

Teniendo en cuenta lo dicho, podemos iniciar con este análisis de Derecho comparado que pretende indicar que la estructuración interna de un Estado es en realidad la que delimita al modelo estatal operativo. De esta manera, analizaremos las principales vertientes de los existentes tipos de control de constitucionalidad, siendo el CommonLaw Norteamericano (Estados Unidos) la mayor fuente respecto del Control Difuso, mientras que el Control Concentrado proviene en esencia de una tradición europea, cuyo más grande representante es el Estado Alemán. Así mismo se deberán tener en cuenta los modelos mixtos, respecto de los cuales el Estado Colombiano servirá de gran ejemplo por su extenso desarrollo en esta materia.

3.5.1.- El Control Difuso en Estados Unidos

En primer lugar debemos referirnos a los delineamientos que se han planteado en Los Estados Unidos de Norteamérica, pues la teoría respecto del Control Difuso es originaria de este país, e inclusive “La idea de que un juez pudiera negarse a aplicarse una ley porque

esta estuviere en contradicción con una regla superior es inglesa”⁹⁷, lo que explica los orígenes de este tipo de control.

El propio Control Difuso es de hecho conocido como Control de Constitucionalidad “Americano”⁹⁸. El origen de este control se manifiesta a través de la jerarquía y valoración que el Estado Norteamericano le ha otorgado desde su inicio a su Constitución, consagrándola como la norma superior y suprema y a la que siempre, bajo cualquier circunstancia se debe respetar⁹⁹. Dicho sistema, y la ideología que lo conforma (al sistema de control difuso) “Fue una creación de su jurisprudencia (norteamericana) y en concreto, de la sentencia del Tribunal Supremo, presidido por el Juez Marshall, en el caso Marbury contra Madison en 1803”¹⁰⁰. Decimos lo anterior pues el razonamiento utilizado por el Juez Marshall a lo largo de la sentencia indica que la Constitución es en realidad una herramienta para la limitación de los poderes públicos y que como consecuencia de esa realidad debe ser aplicada de manera directa por cualquier operador jurídico; la aplicación de una ley de inferior jerarquía en contraposición a lo que establece la Constitución, constituiría una flagrante violación de la misma y por tal razón es que cualquier ley que contraviniese a la Norma Suprema, no debería considerarse ley en sí misma¹⁰¹.

Partiendo de este razonamiento es que se genera y nace el Control Difuso, pues si una ley no debe considerarse como tal al contravenir a la Constitución, automáticamente se deduce que esa “ley” debe ser inaplicada. Consecuentemente nace en los Jueces Norteamericanos, en todos ellos, la posibilidad de inaplicar cualquier norma que se contraponga con la Carta Magna, consagrándose definitivamente el Control Difuso o *Judicial Review*¹⁰². “Este es el modelo típico de los Estados Unidos por cuanto en este país,

⁹⁷ Javier Tobo Rodríguez. *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, 2004, p. 136.

⁹⁸ Marco Gerardo Monroy Cabra. *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Bogotá: Edit. Universidad del Rosario, 2007, p. 147.

⁹⁹ Universidad de Murcia. *HOMENAJE al Profesor Juan Roca Juan*. Murcia: Secretariado de Publicaciones, 1989, p. 258.

¹⁰⁰ Fernando Santaolalla López. *Derecho Constitucional*. Madrid: Edit. Dykinson, 2004, p. 576.

¹⁰¹ Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60 (1803)

¹⁰² Judicial review is a type of court proceeding in which a judge reviews the lawfulness of a decision or action made by a public body. JUDICIARY OF ENGLAND AND WALES. <http://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/judicial-review> (acceso: 24/10/13)

la labor de tutela y configuración jurisdiccional de los derechos fundamentales se confía a todos los tribunales que formen parte de la judicatura ordinaria”¹⁰³

En ese mismo sentido, es decir, en relación a la labor de los jueces “constitucionales” el jurista y autor colombiano Javier Tobo Rodríguez nos recuerda las palabras del célebre constitucionalista Norteamericano Alexander Hamilton, quien en su tratado *Le Federadiste*(TheFederalistPapers) indica y sostiene:

Una Constitución, es en efecto, y debe ser observada por los jueces como una ley fundamental. Desde luego, a ellos corresponde determinarle su sentido, el sentido de toda ley particular emanada del cuerpo legislativo. Si se encuentra entre las dos una contradicción absoluta, aquella que tiene carácter obligatorio y un valor superior debe naturalmente, ser preferida; o, en otros términos, la Constitución debe ser preferida a la ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes.¹⁰⁴

Ahora, toda vez que se ha analizado el Derecho Norteamericano como principal ejemplo de la aplicación del Control Constitucional Difuso, queda rescatar algunos de los puntos que se han topado con el ánimo de identificar a las intenciones que acompañan al Control de Constitucionalidad Difuso. Principalmente podemos destacar, en primer lugar a la posición prioritaria en la que se coloca a la Constitución como norma rectora respecto de las demás leyes. Y, en segundo lugar, debemos destacar el hecho de que se pretende caracterizar al sistema de Control Difuso, como un mecanismo práctico y efectivo de defensa de los derechos fundamentales. La suma de estos dos elementos desemboca inevitablemente en la posibilidad de que cualquier autoridad judicial ordinaria tenga la posibilidad de inaplicar cualquier norma contraria a la Constitución. Por tal concluyo , después de lo analizado y dicho, que se puede afirmar de manera irrefutable, que los principios que el Estado Norteamericano pretende defender, son exactamente similares, si es que no exactos, a los principios que los Estados Constitucionales (sean de derechos y justicia, o no) plantean y mantienen¹⁰⁵ en la actualidad, como el caso del Estado Ecuatoriano.

3.5.2.- El Control Concentrado en el Estado Alemán.

¹⁰³ Andrés Gómez Céli, *El Abuso Interpretativo de la Sala Constitucional*, San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2008, p. 79.

¹⁰⁴ Alexander Hamilton. *Le Federaliste*, París: Edit. Económica, 1988, p. 648.

¹⁰⁵ Andrés De Blas Guerrero. *Teoría del Estado I, El Estado y sus Instituciones*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013, p.262.

Partiendo del mismo punto del que iniciamos en análisis respecto del Control Difuso, podemos asegurar que el Control Concentrado se encuentra totalmente distanciado y diferenciado del anterior, pues inclusive su origen proviene de una concepción del derecho totalmente desapegada a la norteamericana. El Control Concentrado de hecho es conocido como sistema europeo de control y encuentra sus raíces doctrinarias en Alemania, Austria y en el mismo Kelsen, quien plantea la necesidad de presentar una alternativa a las inmensas facultades de los jueces constitucionales, en relación a la posibilidad que tienen éstos de desestimar las creaciones legislativas, características del control difuso. Podemos decir entonces que “La configuración del sistema europeo o kelseniano obedece al deseo de dar respuesta a las objeciones, antes expuestas, contra semejante control (Difuso), especialmente a las que lo criticaban por dar paso a un gobierno de los jueces”.¹⁰⁶

Teniendo esto en cuenta, es prudente señalar al máximo exponente de la teoría de Control Concentrado, recayendo esta calidad actualmente sobre el Estado Alemán, mismo que planteó el requerimiento de establecer un mecanismo de control de constitucionalidad como medida necesaria que limitase la creación legislativa inconstitucional por parte de mayorías políticas como ocurrió antes y a lo largo de la segunda guerra mundial. “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en la República Federal Alemana, es de una gran importancia histórica, por cuanto fue el país más victimizado por los abusos de poder que las mayorías del nacional- socialismo realizaron”¹⁰⁷. De ahí el nacimiento del Tribunal Federal Alemán, como único organismo capaz de realizar dicho control; control concentrado.

A pesar de la creciente tendencia jurídica que se plasmaba en el Estado Alemán, el control constitucional encontró a un sin número de detractores quienes sostenían que tal mecanismo operaría contrariamente a la teoría de la separación de poderes, teoría que opera como directriz en un Estado puramente positivista como el Estado Alemán.

En Alemania, esta teoría contó con numerosos adeptos. Se fundamentaba en que la representación popular debe preservar la constitucionalidad de las leyes, en tanto que el juez debe acatar el Derecho y por ende no es instancia adecuada para controlarlo.

¹⁰⁶ Fernando Santaolalla López. *Derecho Constitucional*. Madrid: Edit. Dykynson, 2004, p. 577.

¹⁰⁷ Roberto Corrales. *Justicia Constitucional en Bolivia*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2003, p. 56.

Exponer las leyes al control judicial significa el riesgo de ponerlas en tela de juicio amenazando con propagarse la desobediencia y la anarquía.¹⁰⁸

Sin embargo la teoría sobre el control concentrado, encontró los suficientes argumentos jurídicos como para rebatir las hipótesis planteadas anteriormente. De esta manera es que en primer lugar, se planteó al Tribunal Federal Constitucional, como un organismo independiente al poder judicial conformado por magistrados técnicos en la materia de revisión constitucional, además de ser el único con el poder de rever actos públicos e inclusive leyes que contravengan a la Norma Suprema; así se desestimaba la preocupación de que “todos” los jueces pudieran operar en contra de la legislatura, además considerando que la constitución se encuentra por encima de los poderes mismos (ejecutivo, legislativo y judicial) y que la defensa de ésta era necesaria.

En segundo lugar y siguiendo la misma línea de pensamiento, el Control Concentrado en Alemania se vio sostenido por la teoría “del legislador negativo”, fundamentada por el propio Kelsen, quien explicaba que “La anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación, negativa. Un tribunal facultado para anular leyes – en forma individual o de manera general – funciona como legislador en sentido negativo.”¹⁰⁹ Por lo expuesto, no queda sino explicar que además de la independencia del órgano que controle la constitucionalidad de las normas y leyes, éste, según Kelsen no tiene otras funciones más que las legislativas, por lo que nuevamente no existiría una pugna entre los poderes del Estado.

Por último, en lo relacionado con la temática de este trabajo, es decir en el control de constitucionalidad que puede ejercerse en los conflictos inter-partes, el Doctor Roberto Corrales, se refiere al control jurisdiccional en Alemania, definiendo la aplicación del Control Concentrado o concreto ya para el caso específico, y señala:

El control concreto por su parte (*konkretnormenkontrolle*), se acepta como cuestión prejudicial, o sea, que un juez o tribunal que estime como inaplicable una ley por inconstitucionalidad, suspende el procedimiento y plantea el caso ante el Tribunal Constitucional Federal o al Tribunal Constitucional Provincial, según el caso, para que a través de un trámite incidental, decidan sobre el asunto de la constitucionalidad.¹¹⁰

¹⁰⁸ Christian Starck. *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Edit. Dykinson, 2011, p. 84.

¹⁰⁹ Hans Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México DF: Dirección General de Publicaciones UNAM, 1995, p. 318.

¹¹⁰ Roberto Corrales. *Justicia Constitucional en Bolivia... Óp.cit.*, p. 57.

Después de la descripción respecto del Control Constitucional en el Estado Alemán, y teniendo en cuenta que éste se muestra como el máximo exponente del Control Concentrado, podemos destacar algunas características del mismo que indiquen los delineamientos ideológicos que acompañan a este sistema de control constitucional. En primer lugar debemos notar que Alemania optó históricamente por un sistema de control constitucional, en contraposición del “gobierno de los jueces” característico del sistema norteamericano, por lo que se delata clara oposición con el concepto de activismo judicial (concepto clave del Estado Constitucional).

En segundo lugar, notamos que una de las bases para la elección del Control Concentrado, se fundamenta en la necesidad de respetar los principios del Estado de Derecho en su más definición más básica, es decir, que se pretende respetar los delineamientos de la independencia y separación de los poderes del Estado, siempre desde un enfoque positivista.

Por último, no queda sino mencionar la gigantesca similitud que resalta a primera vista entre el sistema de control con el que el Estado Alemán opera y el sistema de control en el Ecuador, es decir el Concentrado. Ahora, debemos tener en cuenta que la similitud, no es una cuestión de nombre, sino que la organización del mecanismo de control, es decir, la suspensión de un proceso para elevarlo al organismo que resolverá sobre la constitucionalidad de la norma en discusión (en un conflicto inter partes), opera de la misma manera en ambos Estados. Lo que se concluye en definitiva, es que el control concentrado, se opone de manera directa con la posibilidad de jueces ordinarios activos en el control constitucional, y enmarca dicho control a un organismo específico, de la mano con una tradición generalmente positivista como la del Estado Alemán; distinta en principio por lo descrito en la Constitución Ecuatoriana de Montecristi.

4. CONCLUSIONES

Para que un Estado se establezca de acuerdo a un determinado modelo estatal, no es necesaria la simple enunciación del tipo de Estado dentro del articulado de su Constitución, sino que hace falta que la doctrina que fundamenta a un determinado modelo estatal, se encuentre aplicada dentro de cada uno de los niveles de la administración así como dentro de cada una de las instituciones que forman dicho Estado. De esta manera, la estructura, principios y delimitaciones que conforman la unidad de un modelo estatal, deben verse puestas en práctica como contracara de las instituciones establecidas en una constitución. De lo contrario nos encontramos con una falacia práctica, o con un atentado continuo a las bases y principios de un determinado modelo estatal.

El Estado ecuatoriano se ha delimitado a sí mismo como un Estado Constitucional de derechos y justicia. Esta delimitación no resulta solamente enunciativa, pues además de encontrarse establecido de esta manera en su propia Constitución, pretende implementar la “visión” de dicho modelo estatal en las instituciones y resoluciones tanto administrativas como judiciales. De esta manera, encontramos una marcada tendencia dentro de la fundamentación de basta jurisprudencia en este sentido, es decir, en la búsqueda de la defensa de derechos constitucionales por encima de la simple aplicación de la ley, demostrándose así un cambio absoluto respecto de la actividad judicial en relación con anteriores modelos estatales, como es el caso del Estado Social de 1998.

Concordantemente con la creación del Estado Constitucional establecido en la Constitución de 2008, encontramos una reforma a la estructura del Estado dentro de la que se establece la creación de la Corte Constitucional, como órgano que vendría a remplazar al Tribunal Constitucional. A través de este cambio aparentemente irrelevante, se elimina la sede constitucional y se establece la jurisdicción constitucional por medio de la cual se pretende directamente priorizar la aplicación de la Constitución no solamente como un delineamiento político, sino como principal fuente de derecho y como herramienta de aplicación directa. Nuevamente encontramos dentro del Estado Ecuatoriano, la intención de establecer los lineamientos del Estado Constitucional diferenciado del Estado de Derecho tradicionalmente utilizado en nuestro país.

La jurisdicción constitucional, propia de la Corte Constitucional, encuentra sus bases y delineamientos en la propia Constitución de 2008, en donde se establece claramente las funciones de la Corte Constitucional. En relación a la temática de este trabajo, es decir en relación a los conflictos inter-partes, la propia Constitución establece un imperativo de consulta en sede constitucional para todos los jueces ordinarios quienes duden sobre la constitucionalidad de una norma alegada por una parte dentro de un proceso. Este imperativo de consulta, limita a los operadores judiciales ordinarios pues queda establecido el control de constitucionalidad concentrado.

El Control Concentrado no queda solamente establecido por medio de la Constitución de 2008, sino que esta idea se reafirma a través de tanto ley inferior, como a través de jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así el criterio de los jueces consultados a lo largo del desarrollo de este trabajo, uniformemente manifiesta que la potestad para inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, le corresponde solamente a la Corte Constitucional, por ser éste el único órgano de interpretación constitucional. Las resoluciones emitidas por la Corte, así como la jurisprudencia vinculante, además de las resoluciones de casos ordinarios que por consulta llegan a la corte, establecen todos la existencia de Control Concentrado; por ser todas éstas de carácter vinculante se establece su cumplimiento obligatorio.

El control concentrado, es un mecanismo de control de constitucionalidad cuyos orígenes provienen del jurista Austríaco Hans Kelsen y consecuentemente responden a una tradición extremadamente positivista de derecho continental europeo. Las bases de este mecanismo de control de constitucionalidad se fundamentan en la necesidad de impedir “el gobierno de los jueces”, es decir que se oponen a la posibilidad de que los jueces ordinarios desestimen las creaciones legislativas al inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, y consecuentemente eliminen una norma del ordenamiento jurídico. Con esa idea general es que se otorga la facultad de interpretación constitucional a un único órgano.

Quedan claras las limitaciones que el Control de constitucionalidad de tipo Concentrado genera en las facultades interpretativas de los jueces ordinarios, lo que se debe comparar y contrastar con la visión e instituciones propias del Estado Constitucional. El objetivo de este ejercicio nos permite notar que conjuntamente con el Estado Constitucional, a éste le corresponden una serie de principios, criterios e instituciones tan

propias del mismo que resulta imposible pensar en el Estado Constitucional separado de principios como el de celeridad, supremacía constitucional, aplicación directa de la Constitución, así como el concepto de activismo judicial.

El control Concentrado, por las implicaciones que genera sobre los jueces constitucionales de menor instancia o jerarquía, resulta diametralmente opuesto con el concepto de activismo judicial. Debemos tener en cuenta que el activismo judicial, como concepto que le impone a los jueces la responsabilidad de incurrir en labores activas y participativas de interpretación y aplicación constitucional, es un concepto arraigado al Constitucionalismo que delineó al Estado Constitucional. Por ende Pensar que el sistema de Control Concentrado pueda coexistir con el activismo judicial es una incoherencia. De lo dicho se desprende una conclusión prioritaria; la aplicación del control constitucional concentrado es imposible en un Estado Constitucional de derechos y justicia, pues negaría las bases del mismo. En la práctica estaríamos hablando de un nuevo modelo estatal o de un modelo mixto, pero bajo ningún concepto se podría denominar a un Estado que aplique el control de constitucionalidad concentrado, como Estado Constitucional.

El Estado Constitucional en su concepción más básica e individual, debe ser observado como un Estado en el cual la Constitución es la Norma Suprema, misma que debe ser respetada y aplicada de manera directa bajo cualquier concepto y ante cualquier caso. Esta visión la obtenemos del modelo Constitucionalista Norteamericano, en donde cada uno de los jueces se encuentra facultado para inaplicar una norma alegada en un conflicto inter-partes, cuando esta parezca contravenir las disposiciones constitucionales. A esta posibilidad se le ha denominado control de constitucionalidad difuso o Americano, y es sustancial y considerablemente más apegado a los principios del Estado Constitucional en términos del respeto a las responsabilidades del juez como defensor de la Constitución.

El control de constitucionalidad difuso es una alternativa mucho más apegada con la visión que se pretende establecer bajo el modelo del Estado Constitucional. A pesar de esto, la duda que se genera al considerar el control de constitucionalidad difuso, aparece en relación a los efectos que las resoluciones que los jueces ordinarios tomen sobre la inconstitucionalidad o no de una norma, pues ante casos similares las resoluciones podrían ser distintas y ocasionar inconvenientes de sentencias contradictorias. Sin embargo el modelo de control difuso, nos plantea la alternativa de que las sentencias que expida cada juez ordinario, generen efectos temporales inter-partes, para que en lo posterior y ante

sentencias contradictorias en la materia, sea un órgano superior quien resuelva sobre el tema con efectos definitivos, vinculantes y erga-omnes. De esta manera se faculta a todos los jueces ordinarios a cumplir con su papel activo, interpretativo y aplicativo de la Constitución, apegándose a los lineamientos del activismo judicial.

El Control de constitucionalidad Concentrado, presenta por su estructuración, la posibilidad real de que exista una sobrecarga en el órgano especializado encargado de tomar decisiones sobre la constitucionalidad de las normas que se acusen como contrapuestas con la Norma suprema. En ese sentido podemos asegurar nuevamente que el Control difuso es en realidad el mecanismo por el que se debió optar en un principio, pues al presentarse como una alternativa en la que se descarga la interpretación constitucional a toda la estructura del judicial, necesariamente se encuentra apegado a los principios que el Estado Constitucional pretende representar, como los principios de celeridad y progresividad, además de agilidad en la tramitación de las causas.

En relación al mecanismo de control concentrado, es necesario siempre tener en cuenta que la Constitución ecuatoriana de 2008, establece un imperativo de consulta para todos los jueces en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma a través del Art. 428, por el cual se genera la situación de sobrecarga de procesos señalada. Como consecuencia del imperativo referido del Art. 428, es absolutamente necesario referirnos a las consecuencias que de este se derivan. El propio Artículo 428, establece un plazo de tiempo para que una vez elevado el proceso/consulta, La Corte se pronuncie al respecto. Si consideramos la sobrecarga de procesos como un hecho, es necesario considerar también como un hecho que el cumplimiento del plazo para resolución es virtualmente imposible, por lo que recaeríamos no solo que en una falta los principios del Estado Constitucional, sino en una falta expresa al propio texto de la Constitución.

El origen de la discordancia entre las alternativas respecto de modelos de control de la constitucionalidad de las normas, nace de la Asamblea Constituyente de 2008 de la que emergería posteriormente la Constitución actual y vigente. El análisis de las propuestas y debates presentados a lo largo de la formación de los temas correspondientes a la estructura y órganos del Estado, demuestra que los textos presentados y aprobados posteriormente casi sin modificaciones plantearon desde un comienzo pretendían el establecimiento del Control Concentrado. La elección del sistema de control concentrado demuestra una de dos cosas. O la falta de conocimientos técnicos sobre el tema o la necesidad de concentrar las

facultades de interpretación en un órgano del Estado, esto con claras intenciones políticas. Las observaciones que se desprenden del análisis de los textos de las actas de la Asamblea Constituyente, se muestran contrarias con la aprobación del Control Concentrado, y se acentúan en las razones expuestas anteriormente, señalando lo inaplicable del control concentrado en el Estado Constitucional, pero no fueron tomadas en cuenta.

Del estudio de Jurisprudencia vinculante proveniente de la Corte Constitucional, se desprende, además de todos los elementos que describen al Estado Constitucional, el análisis que señala las labores de los jueces constitucionales. La primera jurisprudencia vinculante de La Corte, encontrada en la Gaceta 001 no es la excepción y también hace referencia a esa temática. Sin embargo dentro de las fundamentaciones encontradas dentro de esta Sentencia, tratada a lo largo del Capítulo III, encontramos que se describen las labores de los jueces constitucionales totalmente apegadas a los lineamientos que se desprenden del concepto de activismo judicial, pero se pretende deliberadamente encasillar a “jueces constitucionales” como aquellos que ejercen funciones dentro de la Corte Constitucional. Esta delimitación deliberada no se compagina con los fines del Estado Constitucional, pues desde la doctrina que sustenta a este modelo estatal (el neoconstitucionalismo), se pretende un cambio profundo y arraigado en las intervenciones del órgano judicial. El carácter vinculante de esta jurisprudencia nos obliga a pensar en jueces constitucionales en un espectro limitado, cuando esto no debería suceder. A mi juicio nos encontramos nuevamente con intenciones políticas que pretenden desvirtuar el Contenido del Estado Constitucional.

La suma de factores que vienen mostrándose y demostrándose a lo largo del desarrollo de este trabajo, nos lleva a concluir que el Control Concentrado como mecanismo de control de constitucionalidad es el que existe en el Ecuador. Es así mismo irrefutable que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, lo que se desprende del análisis de fuentes como la Constitución y el desarrollo de Jurisprudencia vinculante sobre el tema. Ahora, el estudio de las raíces y contenido de ambos, así como muestras de la aplicación comparada, y origen de tanto el control de constitucionalidad concentrado, como el modelo estatal Constitucional, nos llevan a concluir que existe la inaplicabilidad del Control constitucional concentrado en un Estado Constitucional de derechos y justicia. Al existir esta contradicción conviviendo en nuestro país, somos testigos de una incompatibilidad teórica, que puesta en práctica demostraría concluyentemente que el

Estado Ecuatoriano tiene muchísimas de las características de un Estado Constitucional, pero que no lo es en su totalidad por limitar el papel de los jueces constitucionales, pilar del Estado Constitucional teórico.

5. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Andrade, Juan Pablo. “Constitución y Realidad”, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito: INRED, 2006.

Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito: MJDH, 2008

Ordóñez, Jorge. “Origen y tipos de control de la constitucionalidad”. *Revista JudicialDerechoEcuador*.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=516
6. (acceso: 20/06/2013)

Barroso, Luis Roberto. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho, El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. 1era. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2008

Carbonell, Miguel; Orozco, Wistano; y Vázquez, Rodolfo. *Estado de derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Siglo XXI Editores S.A, 2009.

Celdrán Ruano, Julia. *La Responsabilidad del Estado por actos de aplicación de leyes: Aproximación histórica y significado actual*. Murcia: Servicio de publicaciones, Universidad de Murcia, 1996.

Corrales, Roberto. *Justicia Constitucional en Bolivia*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2003.

De Blas Guerrero, Andrés. *Teoría del Estado I, El Estado y sus Instituciones*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación*. Madrid: Edit. MAD S.L., 2005

- De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.
- De Trazegnies, Fernando, “La muerte del legislador”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (1997).
- Estrada, Alexis Julio. “Los Tribunales Constitucionales y la Eficacia Entre Particulares de los Derechos Fundamentales”. *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell. (ed.) Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- Ferres Comela, Víctor. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- Figueroa Gutarra, Edwin. *Los Jueces en el Estado Constitucional*.
http://www.pnp.gob.pe/boletin/cont_jurid/jueces.html (acceso: 13/07/13).
- Fortshoff, Ernst. “La configuración jurídica de la Administración Pública, y el concepto de Daseinvorsorge”. *Revista de Administración Pública*. No. 38 (1965)
- Gallego García, Elio. *Fundamentos para una teoría del Derecho*. Madrid: Edit. Dikynson, 2006.
- García Flaconí, José. *Misión de los jueces en un Estado Constitucional*.
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=7638:mision-de-los-jueces-en-un-Estado-constitucional&catid=256:noticias-de-interes
(acceso: 11/07/13)
- García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Ed. Alianza Universidad, 1996.
- Gómez Céli, Andrés. *El Abuso Interpretativo de la Sala Constitucional*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2008
- Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004.
- Haberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 1997.

Hamilton, Alexander. *Le Federaliste*, París: Edit. Económica, 1988

JUDICIARY OF ENGLAND AND WALES. <http://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/judicial-review> (acceso: 24/10/13).

Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México DF: Dirección General de Publicaciones UNAM, 1995

Lanchero Gámez, Juan Carlos. *Del Estado liberal al Estado constitucional implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*.
<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1549/2125> (acceso: 13/07/13).

Londoño Toro, Beatriz. “La protección de los derechos colectivos: de la tutela a la acción popular”. *Corte Constitucional: 10 años, Balance y perspectivas*. 1era. ed. Bogotá: Universidad de Medellín et al., 2003.

Masapanta Gallegos, Christian. *El Control difuso de constitucionalidad por parte de los operadores judiciales ecuatorianos*. Tesis de Maestría en Derecho Constitucional. UASB-Ecuador. Quito, 2008

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Bogotá: Edit. Universidad del Rosario, 2007

Mora Restrepo, Gabriel. *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons Editorial, 2009.

Nogueira Alcalá, Humberto. *La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado*. http://www.iidpc.org/revistas/1/pdf/73_103.pdf (acceso: 27/06/13)

Palacios Romero, Francisco. “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales”. *Desafíos Constitucionales, La Constitución Ecuatoriana de 2008 en perspectiva* (2008).

Peces-Barba, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: escritos de filosofía jurídica y política*. Madrid: Edit. Dykinson, 1999.

- Peña Núñez, Paúl. *Estado Social y Constitucional de Derechos y Justicia*.
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5999
 (acceso: 14/06/13).
- Rousseau, Jean Jacques. *El contrato Social, o Principios del Derecho Político*.
<http://books.google.com.ec/books?id=D9Hljv7C1sAC&printsec=frontcover&dq=el+pacto+social&hl=en&sa=X&ei=-IBEUvtvOYT48gSE8oHoAg&ved=0CEgQ6AEwBA#v=onepage&q=el%20pacto%20social&f=false>
 (acceso: 24/09/2013).
- Saavedra López, Modesto. “La opiniones de H.L.A Hart sobre el derecho injusto: Reflexiones en torno a la hipótesis -Esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido-”. *El Positivismo Jurídico a Examen*. J.A. Ramos Pascua, M. Á. Rodilla Gonzales (eds). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.
- Santaella López, Manuel. *Montesquieu, El legislador y el arte de legislar*. Madrid: Editorial Gráfica ORTEGA, 1995.
- Santaolalla López, Fernando. *Derecho Constitucional*. Madrid: Edit. Dykinson, 2004.
- Serrano Lozano, Rubén. *El Régimen Jurídico de los Residuos de Envases*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2001
- Sotelo, Ignacio. *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- Starck, Christian. *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Edit. Dykinson, 2011.
- Tobo Rodríguez, Javier. *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, 2004.
- Universidad de Murcia. *HOMENAJE al Profesor Juan Roca Juan*. Murcia: Secretariado de Publicaciones, 1989.
- Vázquez, Rodolfo. “Justicia Constitucional y Democracia: La independencia Judicial y el argumento contramayoritario”. *El CánónNeoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010

Vázquez González, Magaly. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*.

http://books.google.com.ec/books?id=x4a3vUp95XcC&pg=PA30&dq=independencia+del+juez+constitucional&hl=en&sa=X&ei=lwnTUb_VJ6Xp0QGmuoDYAg&ved=0CDAQ6AEwAQ#v=onepage&q=independencia%20del%20juez%20constitucional&f=false (acceso: 29/96/13)

JURISPRUDENCIA

Ecuador:

Corte Constitucional:

Corte Constitucional. Primera Resolución, 20 de Octubre de 2008. Registro Oficial No. 451 de 22 de Octubre de 2008

Corte Constitucional. Causa N.º 0005-09-CN. Sentencia N.º 003-10-SCN-CC, 25 de febrero de 2010.

Corte Constitucional. Causa N.º 0010-09-CN . Sentencia N.º 010-10-SCN-CC, 3 de junio de 2010.

Corte Constitucional. Gaceta 001. Causas N.º 368-2009 y N.º 022-2009. Sentencia N.º 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2012

Corte Constitucional. Causa N.º 0535-12-CN. Sentencia N.º 001-13-SCN-CC, 6 de febrero 2013.

EEUU:

Supreme Court:

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60 (1803)

PLEXO NORMATIVO

Ecuador:

Constitución del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

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

Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Artículo 49. Suplemento del Registro Oficial No. 20 de diciembre de 2007.

OTRAS FUENTES

Actas, Opiniones Formales e Informales de la Asamblea Constituyente:

Acta No. 1 de la sesión de instalación de la Mesa Constituyente No. 3: Estructura e Instituciones del Estado, 14 de diciembre de 2007.

Acta innumerada de sesión de la Mesa Constituyente No. 3 de la Estructura e Instituciones del Estado, 17 de diciembre de 2007.

Acta de la sesión No. 055 de la Mesa Constituyente No. 3, de la Estructura e Instituciones del Estado, 11 de junio de 2008.

Acta de la sesión No. 061 de la Mesa Constituyente No. 3, de la Estructura e Instituciones del Estado, 8 y 9 de julio de 2008.

Cristina Reyes. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No.3. 1 de julio de 2008.

Eduardo Maruri. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 30 de junio de 2008

Gina Godoy, Fernando Vega, Gabriel Rivera, Vicente Masaquiza y Marcos Martínez. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 2 de julio de 2008

Julio Logroño. Oficio No. 120-DAJL-2008. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 11 de julio de 2008

María Paula Romo. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 12 de julio de 2008

Oswaldo Orrala Muñoz. Oficio No. 74-AP-2008. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 11 de julio de 2008

Sergio Chacón Padilla. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 12 de julio de 2008

Vicente Taiano. Comunicación oficial con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 30 de junio de 2008

Virgilio Hernández. Opinión Informal con observaciones a artículos propuestos por la Mesa Constituyente No. 3. 12 de julio de 2008