

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, ha cobrado fuerza en el Ecuador lo que se conoce como el Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo. Esto se refleja especialmente en la elaboración y aprobación de la Constitución de 2008, en la que, en respuesta al proyecto político del momento, establece un sistema garantista en el Ecuador. Como parte de este proceso, se llamó en su momento a una consulta popular que aprobaría la conformación de una asamblea constituyente de plenos poderes, encargada de redactar una nueva Constitución y cambiar el marco institucional del país.

El primer cambio resultante de esta dinámica es el paso de un Estado Social de Derecho a un Estado de Derechos y Justicia Social, lo cual implica el reconocimiento de nuevos derechos y garantías. Para WILHELMI el paso al “Estado constitucional de derechos” establecido en el artículo 1 de la Constitución, difiere del “Estado de derecho”, una noción basada en la tradición liberal de la sujeción de poderes públicos al ordenamiento jurídico. Para el autor el nuevo proyecto va más allá y define al Estado no por su vinculación al derecho, sino a los derechos, con lo que pone a sus titulares, los sujetos individuales o colectivos, como la auténtica razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico. Es decir, son pieza básica, activa y no mero objeto de regulación. En contexto, implicaría las condiciones para la realización del buen vivir, “Sumak Kawsay”, que encontramos por todo el texto constitucional.¹

Los constituyentes de la Constitución de 2008 partieron de la noción de crear una Constitución moderna que respondiera al modelo antes mencionado, de la cual la base es la protección y garantía de los derechos fundamentales. Para el tratadista FERRAJOLI, la esencia del Constitucionalismo y del garantismo, es decir, todo

¹ Cfr. M. A. WILHELMI, *Derechos: enunciación y principios de aplicación*, véase en: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva Desafíos constitucionales, Imprenta V&M Gráficas, 1ra. Edición Quito, Ecuador, 2008.

aquello llamado democracia constitucional, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula, en consecuencia, una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación de sus violaciones. Se trata de un sistema en el cual la regla de la mayoría y del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida por lo derechos fundamentales de todos: derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales, derecho a la salud, educación, seguridad social y la subsistencia, que toda mayoría está obligada a satisfacer.²

En este sistema garantista el juez juega un papel muy importante. Para MASAPANTA³, la tarea de los operadores judiciales en cualquier Estado de Derecho es fundamental para garantizar el mantenimiento de un régimen democrático; este trabajo, dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se torna más complejo, ya que los jueces se convierten en los principales intérpretes del texto constitucional. Su labor debe ser más dinámica, mediante lo que se conoce en doctrina como un activismo judicial, donde son llamados a ser los verdaderos intérpretes y guardianes del texto constitucional. MASAPANTA, más adelante en su artículo, habla de la importancia del Control de Constitucionalidad de parte de los jueces, bajo este nuevo esquema:

Para los jueces ordinarios, aquel control de constitucionalidad no se vuelve potestativo, sino que se torna en un deber y en una obligación no solo jurídica sino moral, al recaer sobre sus hombros la dura tarea de convertirse en los celosos guardianes de la

² Cfr. L. FERRAJOLI, *La Democracia Constitucional, en Democracia y Garantismo*, ed Trotta 2008, p 27. Para Ferrajoli ésta es la sustancia de la democracia constitucional, el pacto de convivencia, basado sobre la igualdad *ex droit*, el estado social, más que liberal, de derecho garantizado por las constituciones. Consiste en un sistema complejo de reglas, vínculos, y de equilibrios – el parlamentarismo y, con él, el estado social, la división de poderes y, con ella, las garantías de los derechos.

³ C. MASAPANTA, *El juez garantista* disponible en: Un nuevo rol de los actores judiciales dentro del constitucionalismo ecuatoriano. Debate Constitucional Monografías, Cevallos, primera edición, Quito 2010, p 87, 88.

armonía legislativa con la Constitución del Estado, así como mantener su supremacía no solo formal sino también material.⁴

Este trabajo aspira a analizar uno de los temas más importantes dentro de lo que eleva a la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico: el control de constitucionalidad de la misma, a través de los distintos tipos de sistemas establecidos, sea político, jurisdiccional, concreto, abstracto, difuso, concentrado o mixto. Este análisis parte de profundizar en a) los tipos de control que existen, b) la evolución del control de constitucionalidad en el Ecuador, sustentado en el principio de supremacía de la Constitución, profundizando en las reformas de la Constitución de 1978 en 1992 y 1996, c) los cambios que trajo al respecto la aprobación de la Constitución de 1998, d) la introducción del control difuso, y e) esclarecer lo dicho en la Constitución de 2008.

Para analizar el control de constitucionalidad por parte de los jueces, esta tesis está dividida en tres capítulos, todos ellos necesarios para entender y llegar a una conclusión referente a la función que cumple el control difuso en lo que se conoce como control de constitucionalidad y, en especial, dentro de nuestro ordenamiento:

El primer capítulo tiene como finalidad introducirnos en los principios constitucionales inspiradores, como son: el principio de jerarquía normativa y el principio de supremacía constitucional. El primero establece el orden de aplicación de las normas y la forma de resolver en caso de conflicto entre normas. El segundo constituye el sustento del control de constitucionalidad, el cual permite a los jueces o garantes de esta supremacía, el control estipulado en el sistema, para que el orden jurídico vaya de acuerdo a la Constitución. De manera complementaria, se llevará a cabo un análisis de aquello que se conoce como

⁴ Ibídem, pág. 90.

control constitucional, los distintos tipos de control desarrollados por la doctrina y la manera como han influenciado a nuestro ordenamiento jurídico.

En el segundo capítulo, tras haber profundizado en los diferentes tipos de control que existen, se llevará a cabo un análisis del desarrollo del principio de supremacía y control de constitucionalidad desde la primera Constitución de 1830, y su paso de un control político a uno jurisdiccional con las reformas de la Constitución de 1978 en el año 1996. Finalmente, a manera de un segundo apartado dentro de este capítulo, se revisará los diferentes aportes que nos traen la Constitución de 1998 y 2008, como son el control difuso y concentrado de constitucionalidad, y las principales diferencias entre las dos, a manera de comparación.

El tercer y último capítulo tiene como objetivo analizar todo lo relacionado con el control difuso y concentrado de constitucionalidad, tal y como se ha desarrollado en países como Colombia, Perú y España. El objetivo es entender la importancia de esta institución y el rol que cumple en cada uno de estos países. Finalmente, para concluir el capítulo, se profundizará en la enorme importancia que guarda un control efectivo de constitucionalidad en un sistema constitucionalista como aquél en el que ahora vivimos, fundamentalmente para garantizar los derechos y libertades de las personas, y para servir como control, es decir, como una garantía y límite al ejercicio del poder.

La Constitución de 1998, introduce lo que se conoce como control difuso, en el que los jueces pueden optar por la inaplicabilidad de una norma, al considerarla contraria a la Constitución. Esta medida se refería al caso en concreto, y debía enviarse al Tribunal Constitucional, el cual se manifestaría con efectos generales.

La Constitución de 2008 ha establecido diversas formas de hacer cumplir la Constitución. El juez y todos los servidores públicos juegan un papel fundamental

en esta labor como intérpretes de la misma. Con esto, lo que busco demostrar es que el control de constitucionalidad no recae únicamente en la Corte Constitucional, sino que hay otros actores que velan por la supremacía constitucional.

En la misma Constitución, en los artículos 425 y 426, establece que jueces y funcionarios públicos debe aplicar directamente la Constitución y hacerla prevalecer en caso de un conflicto entre normas de distintas jerarquías. ¿A qué se refiere esto? ¿Cómo deben aplicarla? Es un tema que no queda claro. ¿Se refiere a que pueden resolver la inconstitucionalidad, en los casos que lleguen a su conocimiento, pudiendo inaplicar la norma contraria a la Constitución? De ser así, ¿qué criterios deben utilizar para interpretar la Constitución? ¿Se deben sujetar a las normas de interpretación de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional? A lo largo de este trabajo se espera contestar a estas interrogantes, ya que muchos tratadistas que se citan a continuación consideran que esto permite a los jueces continuar llevando a cabo un control difuso.

A continuación, OLANO nos hace una aclaración de lo que se conoce como el Control Difuso, que es el que existe en Estado Unidos y se remonta a 1803, cuando el Juez Marshall, dejó asentado el precedente para que cualquier juez, pueda dejar sin efecto o desaplicar una ley, si ésta se enfrenta con la Constitución, lo que se conoce como el *judicial review*.

Este sistema, es el que posee la particularidad de llamarse difuso, incidental y de alcance relativo. (...) Difuso por el cualquier juez puede conocer de él; incidental, porque el pronunciamiento constitucional se hace a partir de la existencia previa de una cuestión judicial, y de alcance relativo, pues en principio sólo alcanza a las partes. (...) Los derechos que aquí se llaman civiles, puede ser invocados, por vía de acción o de excepción, ante todos los jueces del país, que los protegen frente a cualquier acción de poder, incluso de la ley que han de inaplicar cuando los desconoce.⁵

5

C. A. OLANO Y H. A. OLANO GARCÍA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Estado Social de Derecho*, Tercera Edición, Librería el Profesional, Bogotá Colombia, 2000, p 401.

El artículo 428 establece que, en el caso de que un juez se encuentre con una norma contraria a la Constitución, debe parar el proceso y mandar a consulta a la Corte Constitucional quien, en un plazo de 45 días, deberá manifestarse. Así, se elimina el control difuso. Por otro lado, las normas que regulan la materia, como las leyes orgánicas de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y de Función Judicial, establecen que se seguirá manejando un control difuso de parte de los jueces, en caso de certeza, y la consulta, en caso de duda razonable y motivada.

El control difuso encuentra su aplicación dentro del mundo del Derecho Procesal Constitucional, ya que son los jueces ordinarios los encargados de resolver las causas relacionadas con la inconstitucionalidad de ciertas normas para, de esta manera, tener un panorama más acertado de sus potestades y facultades como intérpretes del derecho.

Por más que los assembleístas hayan tenido la intención de establecer un tipo de control concentrado, buscando acercarse más a los modelos europeos de control de constitucionalidad, el modelo vigente, al ser de corte constitucionalista, busca que los jueces puedan aplicar la Constitución como una norma más. En tanto la Constitución y las leyes Orgánica de la Función Judicial y de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen sistemas diferentes, el cambio que se da es más de forma que de fondo. La ciencia del derecho busca desarrollar herramientas jurídicas que mejoren las convivencias entre personas. La Constitución debe establecer mecanismos que tutelen de una mejor manera los derechos de los ciudadanos. Los jueces son los llamados a aplicar la ley, son ellos quienes mejor conocen y manejan el sistema jurídico del país. ¿Quién mejor que ellos para velar por la supremacía de la Constitución?

La nueva Constitución establece el principio de aplicación directa de la Constitución. Por ello, es necesario sensibilizar y fomentar que los jueces sepan defender los derechos constitucionales y la constitucionalidad de las leyes a través del control en concreto, lo que se debe complementar mediante jurisprudencia vinculante de calidad que permita institucionalizar el respeto a la Constitución. Corresponde destacar, en primer plano, la posición que ocupa en el derecho la Constitución como ley suprema y tener en cuenta que ésta no es sino un pacto en el que confluyen lo político y lo jurídico y que el Estado Democrático significa, ante todo, la primacía de la Constitución.

A lo largo de esta tesina se busca responder a las siguientes preguntas. ¿Cómo funciona el principio de supremacía de la Constitución en un ordenamiento jurídico y su relación con el control de constitucionalidad? ¿Cómo manejan el tema del control de constitucionalidad otros países similares al Ecuador? ¿Es legítima su actuación, en tanto no es un órgano proveniente de votación, y en nuestro caso autoproclamado? ¿Qué fuerza tienen las resoluciones de la actual Corte Constitucional?, ¿Cuál ha sido el impacto institucional a raíz de los cambios dados en la Constitución de 2008? Y, finalmente, ¿sigue en el Ecuador funcionando el control difuso de constitucionalidad?

Este trabajo es fruto de un gran análisis de textos de diversa procedencia, entre ellos se cuentan los de importantes doctrinarios, de importantes autores locales, análisis de otros sistemas jurídicos, jurisprudencia extranjera y local, y análisis y reflexión de cómo se están manejando estos asuntos en la coyuntura actual.

El Ecuador no necesita más cambios. La solución a los problemas del país no es refundar la patria, ni cambiar el marco institucional. Lo que se necesita es fortalecer las instituciones que se han consolidado a lo largo del tiempo.

A continuación se profundizará en los temas mencionados, demostrando que los jueces siguen teniendo la capacidad de interpretar la Constitución y realizar el control difuso de constitucionalidad, y que los cambios recientes solo han logrado demorar la justicia, entorpecer los procesos y vulnerar el principio de celeridad. La posibilidad de que los jueces puedan interpretar la Constitución permite poner en práctica el elemento dogmático de la misma, dotándola de vigencia al mismo tiempo, como una forma de limitar el ejercicio del poder de parte del Estado y garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos.

El control de constitucionalidad es necesario, ya que por razones históricas la Constitución, pese a ser la norma de la que derivan el resto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico, ha sido reformada y expedida nuevamente en varias ocasiones. Las normas no coinciden con la expedición de la Constitución. ¿Cómo hacer que normas que se aprobaron hace treinta y cuarenta años vayan de acuerdo con una Constitución que tiene apenas dos años? La respuesta es: a través de los mecanismos de control previstos en la misma Constitución. El control difuso es uno de estos mecanismos, el cual permite acoplar el ordenamiento jurídico en función de la norma fundamental.

El control difuso, constituye una garantía para los ciudadanos en tiempos donde se discute la legitimidad de una institución tan desprestigiada como la Corte Constitucional. Al ser el control difuso una alternativa, es necesario entender su papel, función y límites, en base a la doctrina y el derecho comparado, a efecto de evitar malos entendidos referentes a su naturaleza jurídica y así llegar a una conclusión similar al respecto.

CAPÍTULO I

1.1. La Constitución, el principio de supremacía constitucional y el control constitucional como garantías del orden jurídico constitucional.

En este capítulo vamos a profundizar en el concepto de Constitución, la importancia del principio de supremacía constitucional, como elemento que eleva a la norma constitucional al punto más alto del ordenamiento jurídico, a través de los distintos tipos de controles de constitucionalidad que nos trae la doctrina.

La Constitución es un cuerpo legal de carácter jurídico-político que se crea mediante un poder constituyente que faculta el ordenamiento jurídico, y la consagra como la norma que recoge, define y crea el poder constituido en función de las personas. Adicionalmente, tendrá carácter de norma suprema, de manera que prevalecerá sobre una inferior.

Para VLADIMIRO NARANJO MESA la Constitución, en su sentido más general y extensivo, designa la esencia y la calidad de algo o de alguien. La esencia del Estado está resumida en su Constitución Política y sobre esta se desarrollan los demás conceptos⁶. La Constitución responde a una visión de los constituyentes, con base en los objetivos planteados por estos para dicho proyecto, dónde quieren llevar al Estado y bajo qué principios levantarlo.

Para CORRAL, la Constitución se inventa, como la propuesta ideológica y como herramienta de Derecho, que tuvo como inspiración fundamental reconocer y proteger los derechos individuales, preservar las libertades, dotar de seguridad a la sociedad, ya que el hecho de que exista un poder es inevitable, por lo que debe establecer con claridad su naturaleza y determinar las estructuras, funciones y

⁶ Cfr. V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial TEMIS S. A. séptima edición, Bogotá Colombia, 1997, p. 315.

deberes del Estado, se supone en beneficio de cada uno de los individuos. Para el autor la Constitución nace en respuesta al autoritarismo, para evitar la concentración y el monopolio del poder y desvincular la autoridad concebida como institución. En definitiva todos ellos, gobernantes, legisladores, jueces o militares, son herramientas transitorias empleados al servicio de la comunidad, nada más.⁷ En definitiva lo que se busca poner límites al ejercicio del poder.

La Constitución para BIDART CAMPOS, está compuesta de dos elementos: uno jurídico, que se refiere a cómo se sitúan políticamente los hombres en el Estado, sus relaciones con éste y los demás hombres; y otro político, que se refiere al poder y sus órganos, funciones, competencias y relaciones de órganos y funciones.⁸ Para el autor, la primera parte es la que se conoce como dogmática y la segunda es conocida como orgánica. Estos dos elementos no están separados, si no comunicados, lo que constituye la esencia de una Constitución.

A la Constitución hay que verla también como el punto de partida del ordenamiento jurídico: ella establece la regulación para la creación de normas. Esto responde a dos principios muy importantes, que son el de jerarquía normativa y supremacía constitucional, que se refieren a que las normas deben responder a una estructura, donde una norma inferior no puede contradecir a una superior.

Para ARMENAGUE, esto responde al sentido material de la misma. Para Kelsen citado por el autor, constituye los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y en especial las leyes. Esto se debe a la influencia que han tenido las constituciones norteamericana y francesa sobre como organizar el poder público e impedir el abuso de poder, de lo que se derivan dos efectos: limitar el

⁷ Cfr. F. CORRAL B., La función de la Constitución, disponible en <http://www4.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=300991>, Consulta: 24 de abril de 2011.

⁸ Cfr. G. J. BIDART CAMPOS, *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar primera edición, Buenos Aires Argentina, 2004, p. 14.

poder estatal; y considerar que el poder debe estar encuadrado en competencias. ARMENAGUE añade otro elemento de la Constitución, que según Kelsen, citado por el autor, es el documento formal, que no debe ser reformado fácilmente. Así la Constitución de un Estado determina quiénes son los gobernantes y cuáles son sus atribuciones. La Constitución establece quiénes deben dictar las normas que van a regir el ordenamiento jurídico y el procedimiento para hacerlo.⁹ El concepto tradicional de la Constitución la define como la ley fundamental de un Estado soberano, mediante la cual se establece el marco jurídico, la estructura política y los límites al poder.

A la final, todo es parte de un sistema y su punto de partida es la Constitución. La Constitución, para BADENI, es la más importante de las fuentes de derecho constitucional. En ella están sistematizados los preceptos básicos que prescriben las normas de conducta social y organización del poder¹⁰. Las normas constitucionales son desarrolladas por legislación reglamentaria, para prever soluciones y satisfacer las necesidades variables de la sociedad, estas complementan la Constitución, mas por lo general no son fuentes de derecho constitucional.

Una pregunta que surge sobre este tema es: ¿qué diferencia a la Constitución del resto de normas? Para GUASTINI las Constituciones escritas son leyes en el sentido genérico, textos normativos: documentos que expresan normas jurídicas.

1. Se puede opinar ante todo que la Constitución se distingue de las otras leyes en virtud de su función característica (...) limitar el poder político (...) conectado al concepto liberal de Constitución.
2. La Constitución se distingue de las otras leyes en virtud de su contenido: (...) la distribución de los poderes en el seno del aparato estatal y la regulación de las

⁹ Cfr. J. F. ARMAGNAGUE, *Manual del Derecho Constitucional. Tomo 1 Teoría de la Constitución*, volumen primero, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1996, pp. 4-5

¹⁰ Cfr. G. BADENI, *Instituciones de Derecho Constitucional*, editorial Ad- Hoc S.R.L., primera edición, Buenos Aires Argentina, 1997, p. 49

relaciones entre el Estado y los ciudadanos. (...) conectado al concepto de conjunto de normas fundamentales.

3. Se puede afirmar en fin (...) que se distingue de las otras leyes no virtud de su contenido, sino prescindiendo de él, es decir en virtud de su forma.¹¹

La Constitución se diferencia del resto de normas porque posee un carácter de superlegal que regula la conformación del Estado y regla la creación de normas, además que consagra los derechos y principios por los que se va regir dicha nación; en definitiva, su preeminencia normativa dentro del ordenamiento jurídico. Aquí deriva lo que conocemos como el principio de Supremacía de la Constitución, elemento fundamental dentro de un régimen constitucional. En el libro de la Teoría Pura del Derecho, Kelsen nos muestra la función de la Constitución, cómo sistema de autorregulación del derecho y la importancia del orden jerárquico en este:

La función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. (...) Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación –y por consecuencia la validez – de una norma está determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.¹²

Al hablar de las relaciones básicas entre asociado y formas de aplicación del derecho, se nos viene a la mente que aquí se encuentran los fundamentos para garantizar la seguridad jurídica y los derechos fundamentales. Con la evolución de la teoría constitucional se han ido estableciendo sistemas que garantizan estos principios, uno de estos es el Control de Constitucionalidad que es la forma por la cual se sustancia la superlegalidad de la Constitución. Este da vida al principio de

¹¹ R. GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, segunda reimpresión, Editorial Distribuciones Fontamara S.A., México DF, 2007, p. 31

¹² H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Vigésimo octava edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires EUDEBA, Buenos Aires Argentina, 1994, p. 147.

supremacía de la Constitución, lo que permite enfocar el ordenamiento jurídico en función de la norma suprema, dotar de garantías al sistema jurídico en caso de normas contrarias a la Constitución, depurar el ordenamiento jurídico y moldearlo en función de la norma constitucional.

La Constitución establece los límites al poder, el marco institucional del Estado, al igual que los derechos y garantías, de aquí parte la importancia del principio de supremacía. Para el autor ecuatoriano ZAVALA EGAS, la Constitución es el punto de partida del ordenamiento jurídico. Ésta responde a que la norma es la condición de validez, unidad y aplicabilidad del ordenamiento jurídico, que se edifica basándose en el principio de supremacía de Constitución.¹³

Las normas se ordenan jerárquicamente. La Constitución regula la creación de otras normas y a la vez es parte de un sistema unitario:

Esta estructura lógico formal del Ordenamiento Jurídico que, en esencia, se sustenta en el principio de la Supremacía Constitucional, obliga a que deriven de éste corolarios que, como tales, son simple consecuencia de aquél, son”¹⁴

En el presente trabajo se considera necesario profundizar entre la relación de dos elementos muy importantes dentro de la Constitución: el ordenamiento jurídico y la estructura básica del Estado, en función del principio de supremacía de la constitución como garantía de la unidad del estado constitucional y el control de constitucionalidad como instrumento para establecer la supremacía de la norma fundamental y garantizar el estado de derechos.

1.1.1. El Principio de Supremacía Constitucional

¹³ Cfr. J. ZAVALA EGAS, *Derecho Constitucional*, Tomo I Editorial Edino Guayaquil Ecuador, 1999, p.166.

¹⁴ *Ibidem*, p. 169.

Este principio constituye una de las principales fuentes de derecho constitucional. Muchos autores lo consideran como el factor de conexión entre las Constituciones de varios Estados. La Constitución de Ecuador y del Perú pueden ser diferentes, pero ambas recogen el Principio de Supremacía Constitucional.

Los principios son el soporte que permite elevar a la Constitución al grado de norma superior. También sustentan la legalidad y el control de ciertas normas.¹⁵ Se podría decir, entonces, que consisten en la concentración de los valores jurídicos materiales, como producto de la relación entre las personas de un Estado, y éste. El principio que aquí nos interesa es de supremacía de la Constitución. Como su nombre lo dice, eleva a la norma fundamental al máximo rango para que prime sobre las demás normas, lo que permiten darle su calidad y jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, las leyes ordinarias deben estar conformes con el texto constitucional, de manera que una ley contraria a la Constitución carezca de validez y eficacia¹⁶.

Para NORBERTO BOBBIO, la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico se establece de grado en grado, de poder en poder, hasta llegar a la norma fundamental. El hecho de pertenecer al ordenamiento jurídico significa validez. Se puede concluir que la norma es válida cuando se puede relacionar con la norma fundamental, por lo que para el autor la norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertenencia de una norma a un ordenamiento, es decir, es el fundamento de validez de todas las normas del sistema. De esta manera, no sólo la exigencia de unidad del ordenamiento, sino la exigencia de fundar la validez nos llevan a exigir la norma fundamental que es, asimismo, el fundamento de

¹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo* (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos), disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962_038_159.PDF, p. 176. Consulta: 26 de Octubre 2010. Para García de Enterría “Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* mismo del Ordenamiento (30) y de la experiencia reiterada de la vida jurídica”.

¹⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, Op. Cit. p. 86

validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento. Y, como un ordenamiento presupone la existencia de un criterio para establecer la pertenencia de las partes al todo y un principio que las unifique, no podrá existir ordenamiento sin norma fundamental.¹⁷

Esta reflexión del jurista italiano toca en un tema fundamental para esta tesina: la importancia de que las normas dentro de un ordenamiento jurídico vayan de acuerdo con la Constitución, a pesar de que el autor no habla del principio de supremacía constitucional, se sobreentiende la existencia de éste como elemento fundamental del derecho, ya que pone a la Constitución como base del ordenamiento jurídico, ya que la existencia de un norma depende de que ésta se ajuste a la Constitución.

Al hablar de supremacía, de la Constitución no podemos dejar el carácter rígido de esta. Para el tratadista italiano FERRAJOLI, este principio consiste en el reconocimiento de que las constituciones son normas supra ordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión de procesos especiales para su reforma, y, por otro lado, de la institución de control constitucional de leyes por parte de tribunales constitucionales.¹⁸ Este es un concepto que pone a la supremacía de la Constitución por encima de los hombres, pues esta no pueda ser condicionada a su preferencia, sino debe estar condicionada a un procedimiento especial para reforma. La institución de control de constitucionalidad, permite llevar a la práctica el carácter supremo de la Constitución. Esto guarda completa relación con el tema principal de esta tesis, el Control de Constitucionalidad como garantía de aplicación de los derechos reconocidos por la Constitución sobre normas de menor jerarquía.

¹⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, segunda edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 170

¹⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *La Democracia Constitucional, en Democracia y Garantismo*, Óp. Cit., p. 29.

Para el tratadista argentino ARMENAGUE, la juridicidad de las normas, es el principio esencial en un estado de derecho, ya que la Constitución debe mantener su jerarquía frente a eventuales violaciones o quebrantos. El principio de supremacía de la Constitución se basa en la rigidez esta, es decir cuando la Constitución posee una inmutabilidad derivada de procedimientos agravados que hay que observar para su modificación. Esta jerarquía está dada por la rigidez de ser reformada.¹⁹

En definitiva, de lo que se trata aquí es de la subordinación a la Constitución. Sobre esto, el tratadista español GARCÍA DE ENTERRÍA, se refiere a la norma básica del ordenamiento, que precede a la ley en el ordenamiento jerárquico y vincula positivamente su contenido. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, es aquí donde el legislador encuentra un límite la libertad de determinación, por que la ley no puede contradecir los preceptos y principios constitucionales bajo la pena de invalidez (inconstitucionalidad).²⁰

Para el jurista BIDART CAMPOS y para NARANJO MESA, la Constitución como la conocemos hoy en día, desde una concepción material, recibe la calidad de superlegalidad o supremacía, por encima de otras normas esto alcanza dos significados: uno material y otro legal.

Para BIDART CAMPOS, la Constitución material es el fundamento de efectividad y funcionamiento al orden jurídico político.²¹ Para NARANJO MESA, la supremacía material, por el cual el ordenamiento jurídico de un Estado en su totalidad depende de la Constitución, siendo ella la base de la actividad

¹⁹ Cfr. J. F. ARMENAGUE, *Manual del Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 145.

²⁰ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA – T. RAMÓN HERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1 duodécima edición, Temis – Palestra, Bogotá – Lima, 2008, p. 99.

²¹ Cfr. G. J. BIDART CAMPOS, *Compendio de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 23.

jurídica dentro del Estado, por ende superior a todas las demás normas, pues de ella derivan las formas de validez.²²

Para BIDART CAMPOS, el segundo significado, la Constitución formal, revestida de superlegalidad y supremacía, impone el “deber ser” que todo el mundo jurídico inferior sea congruente y, compatible y por ende no la viole.²³ Para NARANJO MESA, se trata de las formalidades o procedimientos espaciales diferentes, consagrados para su elaboración, diferentes a los de una ley ordinaria, por lo que para reformarla se requiere de igual manera procedimientos especiales. Se trata de una diferencia de tipo formal referente a la elaboración de la Constitución antes que a su contenido.²⁴

Con lo anterior se puede decir, que el primero tipo constituye la garantía de inmunidad frente a las normas de menor jerarquía, debido al candado que existe para su reforma; del segundo se deduce que las normas del ordenamiento deben guardar conformidad con la Constitución. Estos dos significados son congruentes desde la óptica del concepto de supremacía constitucional, pues resaltan una vez más la base o fundamento para el funcionamiento del ordenamiento jurídico. Las normas inferiores deben ser en función de la Constitución, por ende las que no lo sean no están en armonía en sistema jurídico de un Estado, por lo que deben ser declaradas inconstitucionales.

Desde la perspectiva de BIDART CAMPOS, para asegurar la supremacía de la Constitución, el ordenamiento jurídico, debe tener mecanismos que velen por mantener esta condición, mediante un ordenamiento en planos de gradación jerárquica, donde hay subordinantes y subordinados, de modo que cuando se disloca esta gradación se produce una inconstitucionalidad en los niveles inferiores

²² Cfr. V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 382.

²³ Cfr. G. J. BIDART CAMPOS, *Ibidem*, p. 23.

²⁴ Cfr. V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 382

por no ser compatibles con los superiores.²⁵ Con esta aclaración, se puede observar que el control de constitucionalidad es parte de un sistema de gradación de normas, con lo que justifica el hecho de necesitar mecanismos efectivos que garanticen la subordinación de normas de menor jerarquía y salvaguardar los derechos que contiene la Constitución. En un régimen constitucionalista esto es de suma importancia para cuadrar las fichas conforme al proyecto político que se necesita.

Este concepto es vital para el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico, donde la norma suprema no sólo se limita a establecer la parte orgánica de un Estado, sino a considerar la importancia de que las normas jerárquicamente inferiores vayan en función del Estado constitucional.

Uno de los fundamentos en los cuales este principio encuentra su asidero es el hecho de la necesidad de tener una norma que regule y delimite el accionar del Estado, a través del respecto a los principios fundamentales. Para el autor nacional BARRAGÁN ROMERO, este principio es:

El principio de supremacía de la Constitución es la más eficiente garantía de libertad y dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental.²⁶

En un régimen constitucionalista, donde se enfoca más en las garantías que deben tener los ciudadanos para limitar el accionar del poder, un punto muy importante no es sólo lo que se ha visto a lo largo de este tema, su calidad de norma jurídica que prevalecer sobre el resto dentro del ordenamiento jurídico, sino que constituyen un límite a la discrecionalidad de los funcionarios públicos, ya que son obligados a adecuar su actuación a estos. Es vital que este principio sea consagrado para que sea el mismo respetado por todos, y que las autoridades y

²⁵ Cfr. G. J. BIDART CAMPOS, *Compendio de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 23.

²⁶ G. BARRAGÁN ROMERO, *El Control de Constitucionalidad Temas de Derecho Constitucional*, Ediciones Legales, Quito, Ecuador, 2003, p. 65.

jueces lo hagan valer como tal. Las autoridades deben adecuar sus actuaciones a la Constitución.

ZAVALA EGAS hace una conceptualización, desde la perspectiva de cinco elementos:

- a) La unidad del sistema, basado en la jerarquía de normas y el principio de supremacía, el fin luego de su aplicación.
- b) El control de la supremacía, principio imprescindible para la existencia y validez del Ordenamiento Jurídico (debe ser parte del Derecho Positivo).
- c) Razonabilidad de las leyes partiendo de la supremacía de la Constitución, las demás normas son las que instrumentan los fines de la Constitución.
- d) Rigidez de la Constitución. Estado y su Ordenamiento Jurídico dependen de las normas Constitucionales por su posición, se debe dificultar su reforma cada cambio constitucional significa una alteración en Ordenamiento jurídico.
- e) Fortalecimiento del Estado de Derecho. En todo Estado donde exista supremacía de la Constitución, es el Derecho el que la ostenta todos los poderes, órganos y autoridades están bajo sus mandatos y prohibiciones. *“EL poder es el Derecho, solo el Derecho y nada más que el Derecho.”*²⁷.

Profundizando lo expuesto por ZAVALA EGAS, recogemos la importancia de la unidad del sistema, mediante los principios de jerarquía y supremacía, los que permiten direccionar el ordenamiento jurídico en función de la norma fundamental, mediante el control de supremacía. La importancia de la razonabilidad de las normas, por que son el vehículo para lograr el proyecto de nación, constituye la vía por la cual los principios establecidos en la misma se definen y reglan. En relación a la rigidez de la Constitución se debe dar ya que cualquier cambio, provoca un impacto en el ordenamiento jurídico y es importante que perduren en el tiempo. Sobre el fortalecimiento del Estado de derecho. Desde la perspectiva institucional, la Constitución debe ser respetada porque al ser ella la que da origen a los órganos e instituciones del Estado, no podrán los funcionarios atentar contra ella.

²⁷ J. ZAVALA EGAS, *Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p.169.

De lo analizado en este tema, se puede concluir que el Estado constitucional se debe construir sobre el principio de supremacía de la Constitución, el cual es sostenido por el de jerarquía normativa. La incidencia de este principio no llega simplemente a la posición de la norma, o la concepción política que tenga esta, sino desde una visión jurídica como el núcleo de un organismo del que depende para su sustento. Se ha recalcado en la importancia de este principio, desde dos perspectivas: desde la parte orgánica de la misma Constitución, basándonos en la importancia de la legitimidad, ya que al ser estos derivados de la expedición de ella, su actuar no puede atentar con lo expreso en la Constitución; por otro lado, como norma suprema dentro del ordenamiento, la necesidad de elementos y recursos, que permitan elevar a este nivel los principios consagrados en el texto constitucional. El control constitucional constituye el elemento principal para materializar este principio vital para el funcionamiento de un Estado constitucional.

1.1.2. El Control Constitucional como instrumento para garantizar el principio de supremacía de la Constitución

Para PÉREZ ROYO, esto forma parte de las llamadas Garantías Constitucionales, las que la Constitución se concede a sí misma, a fin de asegurar su primacía respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico. Éstas son dos: la rigidez de la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley. A través de ellas es como la Constitución se afirma como norma jurídica. Las garantías constitucionales son las instituciones a través de las cuales se produce el tránsito de la Constitución exclusivamente política a la Constitución también como norma jurídica y del derecho político al derecho constitucional.²⁸ Algunos países se refieren a la jurisdicción constitucional para referirse al ejercicio que desempeñan los órganos encargados de velar por el control de la Constitución.

²⁸ Cfr. J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Undécima Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid España, 2007, pp. 131-132

De acuerdo con BIDART CAMPOS, el control de constitucionalidad es el mecanismo de defensa de la Constitución, por lo que es necesaria su existencia. Este control sirve de garantía para declarar que actos y normas violatorios de la Constitución son inconstitucionales. Dependiendo del sistema de control establecido, el efecto de la declaración puede limitarse a desaplicar la norma o el acto inconstitucionales al caso donde así se declare o adquirir un efecto general con la posibilidad de derogar la norma o el acto inconstitucionales²⁹.

NARANJO MESA en su libro *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, ve el control de constitucionalidad como consecuencia lógica del principio que sostiene que la ley ordinaria debe ser conforme a las disposiciones constitucionales, en la misma Constitución deben constar los mecanismos que garanticen la supremacía esta. Para esto se establecen medios de defensa de la Constitución también llamados de control de la constitucionalidad de las leyes. En el mundo existen algunos sistemas que varían dependiendo el país, y pueden estar expresamente previstos en la Constitución o no.³⁰

El tener un control plantea algunas cuestiones teórico-prácticas. Vigilar la expedición de las leyes y anularlas cuando estas sean contrarias a la Constitución en cierta medida es desconocer el carácter de representante de la voluntad soberana que es el Parlamento y despojarlo de su condición de órgano soberano del Estado. Sin embargo, el Parlamento solo actúa soberanamente cuando obra conforme a la Constitución y no en contra de ella, y el órgano que decide al respecto lo hace también por mandato de la propia Constitución, lo que garantiza su superioridad sobre la ley.

Característica esencial del gobierno democrático es el control de constitucionalidad y el órgano que cumple esta fundamental tarea generalmente ocupa la

²⁹ Cfr. G. J. BIDART CAMPOS: *Compendio de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 13.

³⁰ V. NARANJO MESA: *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 385

más alta posición entre las instituciones públicas, en concordancia con su egregia función. Solo puede haber constitucionalismo cuando está asegurado este control, del que dependen la vigencia misma de la Constitución, la efectividad de las garantías de los derechos de las personas; el principio de separación de los poderes del Estado y el de que dichos órganos deben actuar con arreglo a las leyes; la vigilancia para que se hagan efectivos estos valores y de ella dependen la estabilidad de la Carta Fundamental del Estado y de las instituciones del país.³¹

Para KELSEN, el Parlamento, al dictar una ley, aplica la Constitución mediante un acto legislativo conforme a esta, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el Parlamento. Para KELSEN, el derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Con esto KELSEN quiere llegar al punto de que hay dos momentos donde se da el control de constitucionalidad de las normas: cuando los Legisladores se ajustan a la Constitución al aprobar una norma, y cuando la norma ya existe y se contradice con una nueva Constitución³². Este segundo punto es el que interesa dentro de este trabajo de investigación, pues en países como el Ecuador, donde las normas, tienen una vigencia anterior a la Constitución, son necesarios mecanismos que permitan la coherencia de las normas con la Constitución.

Sobre esto GUASTINI aclara lo siguiente, en relación con el problema de las normas expedidas anteriormente la Constitución vigente. Cuando se expide una nueva Constitución, no necesariamente implica la abrogación de las normas que fueron expedidas bajo la Constitución anterior, sino más bien la recepción de todas las normas precedentes. Para GUASTINI si la nueva Constitución es rígida, limita el ingreso en el nuevo ordenamiento de las normas pertenecientes al ordenamiento anterior. Esto se refiere al contenido de las leyes viejas, las cuales no pueden ingresar de pleno derecho al nuevo ordenamiento. La nueva

³¹ G. BARRAGÁN ROMERO, *El control de Constitucionalidad. Temas de Derecho Constitucional*, Ediciones Legales, Quito, Ecuador, 2003. p. 61.

³² Cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho, Introducción a la ciencia del derecho*, vigésimo octava edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina 1994, p. 43

Constitución es, al mismo tiempo *Lex superior* y *Lex posterior*, por lo que existen dos principios que pueden ser utilizados para resolver la contradicción entre las leyes viejas y la nueva Constitución:

1.- las viejas leyes pueden considerarse abrogadas en virtud del principio *lex posterior* que normalmente puede y debe ser aplicado por todos los jueces, si bien con efectos “*inter partes*”.

2.- Las viejas leyes pueden ser consideradas inválidas (materialmente inválidas) en virtud del principio *lex superior*, que en muchos ordenamientos constitucionales – puede ser aplicado (en su confrontación con las leyes) solo por el Tribunal Constitucional, y con efectos *erga omnes*.³³

El primero se refiere al control difuso y el segundo al control concentrado. Lo importante que indica este autor es el control de constitucionalidad como una forma de adecuar el ordenamiento jurídico cuando se produce un cambio en la Constitución o, como es el caso ecuatoriano, la expedición de una nueva carta política.

El constitucionalismo en los últimos años ha ganado mucho espacio. El carácter plenamente legalista de la Constitución se ha debilitado y ha sido reemplazado por uno donde lo que prima son las garantías de los derechos, por lo que su aplicación le compete a todo el ordenamiento jurídico. Aquí es donde el control de constitucionalidad es el elemento que eleva o garantiza la posición de la Constitución como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico.

Para BADENI, el principio de supremacía constitucional es el que subordina la validez de las normas jurídicas a su adecuación formal y sustancial a las disposiciones contenidas en la Ley Fundamental. Carecería de importancia si no tuviera un mecanismo apropiado para hacerlos efectivos frente a una ley, decreto, sentencia o acto administrativo o de los particulares que éste en contradicción con la Constitución. No basta con declarar dogmáticamente su supremacía: es necesario establecer un procedimiento que permita su instrumentación y

³³ R. GUASTINI. *Estudios de Teoría Constitucional*, Óp. Cit., p. 49

establecer el órgano encargado de velar por el cumplimiento del principio. Para BADENI, si frente a las violaciones constitucionales no existiera algún procedimiento idóneo para restablecer el orden constitucional descalificando el acto lesivo, se estaría desconociendo la separación entre poder constituyente y poderes construidos. Esta división constituye una de las técnicas establecidas por el movimiento constitucionalista para preservar la libertad y dignidad del hombre, y dotar de seguridad jurídica a las relaciones sociales.

En palabras de BADENI:

Sin control de constitucionalidad el ejercicio del poder se torna autocrático al estar desprovisto de límites efectivos para su desenvolvimiento.³⁴

Se puede decir para cerrar el tema que el control de constitucionalidad, es el mecanismo para garantizar la armonía del ordenamiento jurídico con la Constitución, sea a través de la inaplicación de la norma en el caso concreto por parte de los jueces o de un órgano especializado que se manifieste con efectos generales sobre la inconstitucionalidad. Sea lo que fuere, lo que se busca es hacer respetar la Constitución, como una forma de limitar el poder y fortalecer la seguridad jurídica.

1.1.3. Tipos de Control Constitucional.

Sobre los tipos de control que existen, los más conocidos, son el control difuso, que tiene como antecedente el caso *Madbury vs Madison*, y el control concentrado, que tiene su origen en la teoría de Hans Kelsen. Pero también existen otros tipos de control en función de otros temas, que profundizaremos a continuación.

³⁴ G. BADENI, *Instituciones de Derecho Constitucional*. Óp. Cit., p. 200

Para BEDENI, los sistemas de control constitucional se puede agrupar en dos grandes categorías: el control político y el control judicial: El control político consiste en asignar el control de constitucionalidad a un órgano político de naturaleza. La función sigue siendo la de velar por la supremacía de la Constitución. En cambio, el control judicial o por órgano jurisdiccional se subdivide en difusos o concentrados, según exista o no pluralidad de órganos encargados de ejercer la función. Asimismo, con base en la forma en que se plantea la cuestión constitucional, los sistemas judiciales pueden ser incidentales o por vía principal. Y por los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, pueden ser declarativos o constitutivos.³⁵

Para NARANJO MESA, el control por cuerpo político consiste en otorgar el control de constitucionalidad de las leyes a un órgano político, función que se complementa y acomoda mejor a la del Parlamento. NARANJO MESA opina que si el control de la ley es jurídico en su objeto, es político en sus efectos.³⁶ Para BADENI, el único caso en el que se puede hablar de un control político es Francia, donde es preventivo y estuvo a cargo del Consejo Constitucional. Éste ha influenciado en muchos sistemas a nivel mundial en palabras del autor:

Al margen del caso específico de Francia, algunas constituciones, como la de Ecuador de 1946, establecieron sistemas políticos reservando al órgano legislativo ordinario la función de pronunciarse por la inconstitucionalidad de las normas jurídicas.³⁷

Para BIDART CAMPOS el control por un órgano jurisdiccional está a cargo del poder judicial, que puede ser concentrado si hay un órgano jurisdiccional único (tribunal o corte Constitucional); difuso, si todos los jueces y cualquiera tienen competencia para ejercerlo (Argentina – Estados Unidos); mixto cuando tanto un tribunal constitucional como los jueces comunes son competentes, cada cual

³⁵ Cfr. G. BADENI, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 201

³⁶ Cfr. V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 388

³⁷ G. BADENI, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 205

según determinadas vías procesales.³⁸ Éste último se conoce como control mixto, más común en los países de Latinoamérica.

El Control a su vez puede ser por dos vías: acción y excepción. Por vía de acción: según NARANJO MESA, se da cuando se establece un proceso contra la ley, ante un tribunal determinado, al cual se le solicita examinar su validez constitucional o declarar su inconstitucionalidad, con lo cual será expulsada del ordenamiento jurídico, anulada y se considerará como si nunca existió.

Este proceso puede tener lugar ante un tribunal ordinario, aunque generalmente donde existe se da ante un tribunal especial constitucional.³⁹

Por vía de excepción, según BIDART CAMPOS, se da cuando la cuestión de constitucionalidad se incluye en un proceso judicial cuyo objeto principal no es el control, sino otro diferente.⁴⁰

Para NARANJO MESA, la diferencia entre las dos ocurre cuando en la vía de excepción, el juez, encuentra fundada la demanda de inconstitucionalidad, dejando de aplicar la Ley, pero únicamente para quien lo solicitó. Al contrario de lo que sucede por la vía de acción, la ley no pierde su eficacia jurídica, es decir, no se anula y, por lo mismo, podrá aplicarse en caso posterior, siempre que no se oponga la excepción de inconstitucionalidad. La excepción no es la anulación sino la no aplicación de la ley en determinado proceso.⁴¹

Al hablar de control constitucional en general podemos hacer una calificación de dos tipos: primero lo que conocemos como control abstracto: éste es el que se realiza directamente sobre la norma, independientemente de que exista un caso específico y no importa cuándo se lo realice, previamente o posteriormente a la

³⁸ Cfr. G. J. BIDART CAMPOS, *Compendio de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 26.

³⁹ V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 388.

⁴⁰ G. J. BIDART CAMPOS, *Ibidem*, p. 26.

⁴¹ Cfr. V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 388.

promulgación de la norma. Para SAGÜÉS, éste es el que se da en las acciones populares y en ciertas acciones declarativas puras de inconstitucionalidad. El segundo tipo se conoce como el control concreto. Como su nombre lo indica, es el que se hace en un caso concreto. Sus efectos son en virtud del caso que se decidirá y, a diferencia del abstracto, se da después de la promulgación de la norma. Para SAGÜÉS, éste sólo puede ser impulsado por quien tenga determinado interés. Se podría decir que el primero se relaciona por vía de acción y el segundo por vía de excepción.⁴²

En cuanto a sus efectos, para BIDART CAMPOS existen dos: primero, cuando por sentencia se declara la inconstitucionalidad de la norma su efecto es la no aplicación al caso concreto, que se limita a las partes del proceso, por lo que es restringido o *inter partes*, por que lo la vigencia de la norma inconstitucional se mantiene; y segundo cuando la sentencia invalida el alcance general la norma declarada inconstitucional, sus efectos van más allá del caso lo que en palabras del autor es, *extra partes*, o *erga omnes*; tal resultado admite producirse de dos maneras: o por derogación directa o automática; o porque la sentencia obligue al órgano emisor de la norma inconstitucional a derogarla.⁴³

ZAGREBELSKY analiza los sistemas difuso y concentrado, y comenta cómo cada uno se está acercando más al otro: por el lado de Estados Unidos, su Tribunal Supremo, juez especial de las grandes cuestiones de constitucionalidad, semejante a los Tribunales constitucionales europeos, y de otra parte, la introducción del control de las leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad ha situado a los Tribunales constitucionales europeos dentro de la justicia ordinaria, funcionando en muchos aspectos como el sistema estadounidense. Para el autor, las diferencias persisten y, como se ha tratado de

⁴² Cfr. N. P. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional. Tomo I*, tercera edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1999, pp. 178-179.

⁴³ Cfr. G. J. BIDART CAMPOS, *Compendio de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 27.

mostrar, están vinculadas a la diferente relación entre ley y derechos originariamente instituidos por la Constitución.⁴⁴

En definitiva, el control constitucional constituye la forma de garantizar la Constitución y, por ende, los derechos consagrados en esta. A continuación se profundizará, en cada uno de los mecanismos de control jurisdiccional.

1.1.3.1 El caso Marbury vs Madison como origen del control difuso de constitucionalidad y su desarrollo hasta la actualidad.

Se puede decir que el desarrollo del tema del control de constitucionalidad sustentado en la supremacía de la Constitución es relativamente nuevo. Uno de los antecedentes que abrieron paso a la ponderación de la Constitución como norma suprema fue, en 1803 el caso Marbury vs Madison, en el cual el juez Marshall resolvió aplicar la Constitución por sobre una Ley, con lo que pone a la Constitución sobre la estructura del ordenamiento jurídico, lo que generó el precedente de aplicar la Constitución por sobre la ley en caso de contradicción o conflicto entre dos normas de distinto rango.⁴⁵

El control difuso precede al control concentrado, y ha servido para el desarrollo de la teoría constitucional dotando de calidad de norma a la Constitución para que esta pueda ser aplicada dentro del ordenamiento jurídico. Los efectos de este fallo no sólo fueron dentro de la legislación estadounidense, sino marcaron lo que se conoce como control desconcentrado o difuso, que sirvió luego de modelo para muchas democracias en América Latina para establecer el tipo de control en su Constitución. Con el nacimiento de este modelo se estableció una nueva manera

⁴⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia*, tercera edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, p. 63-64

⁴⁵ BARRAGÁN ROMERO. *El control de Constitucionalidad. Temas de Derecho Constitucional*. Ediciones Legales. Quito, Ecuador 2003. p. 73. Para el autor “Marshall elabora en su fallo la doctrina de que cuando una ley se encuentra en contradicción de la Constitución, la alternativa es simple: se aplica la ley, violando la Constitución o se aplica ésta y no la ley inconstitucional, pues esto es “*the very essence of judicial duty*” (la sustancia del deber judicial)”.

de hacer justicia constitucional y darle su lugar a la norma suprema desde un plano más judicial que político.

Para CARLOS ALBERTO OLANO V. y HERNÁN ALEJANDRO OLANO, este consiste en:

El sistema que existe en Estados Unidos y que se remota a 1803, cuando el juez John Marshall, señaló que el Tribunal Supremo de la Unión, podía anular o dejar sin efecto una ley inconstitucional. Así se sentó el principio, de que el Poder Judicial, y en consecuencia, cualquier juez, podría anular, dejar sin efecto o desaplicar una ley, si es que se considera que la norma se enfrenta con la Constitución. Este sistema, es el que posee la particularidad de llamarse difuso, incidental y de alcance relativo.

Difuso por el cualquier juez puede conocer de él; incidental, porque el pronunciamiento constitucional se hace a partir de la existencia previa de una cuestión judicial, y de alcance relativo, pues en principio sólo alcanza a las partes.

Este sistema tiene su realización más clásica y conocida en el sistema norteamericano de la *judicial review*. Los derechos que aquí alcanzan se llaman civiles, puede ser invocados, por vía de acción o de excepción, ante todos los jueces del país, que los protegen frente a cualquier acción de poder, incluso de la ley que han de inaplicar cuando los desconoce.⁴⁶

En este caso, el juez Marshall utilizó el criterio de la interpretación judicial de la Constitución, sobre el político, por el cual el Congreso podía señalar sus propios límites de actuación y decidir hasta dónde llegaba su competencia con respecto a la Constitución. El *judicial review* es el instrumento que le faculta a los jueces a nivel nacional para proteger a sus ciudadanos frente una acción de poder, sea cual sea. Este Sistema de Control de los Jueces consiste en que ellos también tienen responsabilidad de interpretar la norma suprema.

El autor ecuatoriano BARRAGÁN ROMERO explica como este tema se desarrolló sustentándose en que las cuestiones constitucionales son eminentemente jurídicas:

El Control Difuso o ejercido por un órgano judicial se origina en los Estados Unidos, su establecimiento se basó en una cláusula de la Constitución y se atribuyó a la

⁴⁶ C. A. OLANO V. Y H. A. OLANO G, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Estado Social de Derecho*, Óp. Cit., p. 40

autoridad del Estado llamada a dirimir las controversias de esta clase, la judicial, por considerarse que las cuestiones de constitucionalidad son eminentemente jurídicas. Los Estados Unidos declararon en la cláusula segunda del Art. VI de la Constitución (la *fundamental law*) que antes transcribimos, que las normas de ésta son superiores a todos la demás y sujetaron a los jueces a su cumplimiento; los jueces extrajeron de dicha cláusula la posibilidad de revisión (*judicial review*), y por ello lo convertido en el derecho básico de ese país.⁴⁷

La posibilidad de revisión abrió el camino para que los jueces puedan ejercer un control de la Constitución desde un plano jurídico. Sobre esto nos podemos preguntar qué habrá sido lo que motivó al juez Marshall⁴⁸ para resolver de esta manera o qué interpretación hizo. VILLALVA en su artículo “*Los Poderes Implícitos*”, ve esto como un acto que corresponde a un mandato, y considera que desde la concepción del mandato el mandatario debe hacer todo lo posible para cumplir con el mandato y lo que en esencia busca el mandante. Para VILLALVA, los mandantes son el pueblo y el mandatario, en este caso, son los funcionarios o jueces a quienes se ha encomendado cumplir con un mandato del pueblo que es la correcta administración de justicia, por lo que deben hacer todo en sus manos para que su función sea la correcta y cumplan con lo que se les ha encomendado⁴⁹. Se puede decir que existía implícitamente el deber de hacer prevalecer la Constitución sobre el resto de normas del ordenamiento como una forma correcta de administrar justicia. Este sistema se plasmó alrededor de la costumbre impuesta, basada en la concepción, por parte de los tribunales de que su competencia en estas materias es natural y está ligada a su función jurisdiccional.

Hoy en día las cortes estadounidenses están obligadas a aplicar el *Judicial Review*, que consiste en la inaplicabilidad de una norma proveniente del Parlamento al caso en concreto, con efectos solo para las partes. Pero cuando la Corte Suprema

⁴⁷ Cfr. G. BARRAGÁN ROMERO, *El control de Constitucionalidad*, Óp. Cit., p. 71.

⁴⁸ J. PÉREZ ROYO, “*Curso de Derecho Constitucional*”, Óp. Cit., p. 134. El autor explica sobre el origen de este tipo de Control. La Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 no contenía ni contiene ninguna referencia sobre el control de constitucionalidad de la Ley. En esta no hay atribución alguna sobre la prohibición específica al Poder Judicial en este sentido. Tampoco hay ninguna prohibición expresa de que pueda hacerlo. La Constitución simplemente no dice nada.

⁴⁹ Cfr. V. VILLALVA, *Teoría de los Poderes Implícitos. Existencia Simultánea a la Carta Fundamental*, en revista *Juris Dicio*, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito, año VII, número, Octubre de 2007. p. 130

de los Estados Unidos hace la misma interpretación, tiene carácter de obligatorio, es lo que se conoce como el *stare decisis*, con lo que la norma no puede ser ya aplicada a otros casos.

Para PÉREZ ROYO, el origen del control de constitucionalidad en los Estados Unidos fue lo que podríamos decir “natural”. Es la consecuencia del ejercicio espontáneo por parte de uno de los tres poderes “naturales” del Estado de lo que entiende que su función es constitucional. No fue el resultado de la creación de un órgano *ad hoc* por el constituyente, sino una consecuencia extraída por el Poder Judicial del principio de soberanía popular y de la superioridad del poder constituyente del pueblo sobre los poderes constituidos.⁵⁰ La sentencia del juez Marshall tuvo como consecuencia que el control de la constitucionalidad de las leyes quedara en manos de los tribunales de los Estados Unidos. La Constitución no debe ser una herramienta política que responsabilizara a intereses ideológicos. Ésta debe trascender con los años y responder a la funcionalidad de las instituciones, garantizando los intereses de las personas. Con este caso, se inicia la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes y la regulación de las inconstitucionales.

El control difuso es una de los principales aportes estadounidenses al constitucionalismo. Podemos concluir, que su importancia está en la necesidad de que entes imparciales como los jueces puedan hacer efectivo este control, para que puedan velar por la supremacía de la Constitución, quienes además de intérpretes de la Constitución, desempeñan tareas en temas civiles, penales, laborales etc..., por lo que además de cumplir sus funciones de especialidad, son los garantes de los derechos fundamentales. Por lo que analizándole desde la perspectiva del constitucionalista, constituye una de las bases, siendo los jueces los garantes de los principios.

⁵⁰ Cfr. J. PÉREZ ROYO, “Curso de Derecho Constitucional”, Óp. Cit., p. 136.

1.1.3.2. Control concentrado o kelseniano

Este tipo de control tiene su origen en Europa. Es el que se ejerce a través de un órgano especializado, llámese Corte o Tribunal Constitucional o por parte de la Corte Suprema a través de una sala especializada, que es el máximo intérprete de la Constitución y maneja el control constitucional de las normas.⁵¹

De acuerdo con SAGÜÉS es proclamado este tipo de sistema por Kelsen, quien fue uno de los principales ideólogos. Este sistema propone un régimen centralizado de revisión de constitucionalidad, en un órgano especializado, con la calidad de extrapoder, fuera de los tres poderes clásicos. Esto parte de tres supuestos:

1. Necesidad de fallar con efectos generales y derogar la norma inconstitucional, para un efectivo control de constitucionalidad.
2. Esto involucra un enorme poder político – institucional, por lo que no puede quedar en manos del Poder Judicial clásico, sino un órgano intermedio, entre el Poder Judicial y el Parlamento.
3. Este control debe estar en las manos de un cuerpo especializado, con el fin de garantizar una mayor especialización entre sus integrantes y una mentalidad constitucionalista al dictar sus sentencias. “Los jueces del Poder Judicial por ende, no deben decidir cuestiones de constitucionalidad, que deben remitir al tribunal o corte constitucional.”⁵²

Esto es lo que se conoce como la duda motivada, que veremos más adelante. En los sistemas de control concentrado, quien decide sobre la constitucionalidad no es el juez que tramita la causa: su obligación es enviar a consulta al órgano especializado de control, para que este resuelva con efectos generales.

⁵¹ D. GARCÍA BELAUNDE, *Sobre el Control Constitucional*, Revista Jurídica Cajamarca, disponible en: <http://www.galeon.com/donaires/REVISTA4/control.htm>. Consulta: 21 de febrero de 2011. Para el autor “El control concentrado es una modalidad típicamente europea, que nació para evitar problemas y roces con el Parlamento. El control abstracto nace como una acción para evitar roces con el Parlamento y evitar problemas al Poder Judicial.”

⁵² N. P. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional Tomo I*, Óp. Cit., pp. 172-173.

Sobre esto se puede decir que lo que se busca es configurar una estructura orgánica, donde un órgano autónomo e independiente a la Función Judicial y del Parlamento es el encargado de velar por la supremacía de la Constitución, con la intención de que ninguno de estos poderes tenga algún tipo de influencia, con el fin de garantizar los derechos constitucionales.

Este control lo ejerce un Tribunal o Corte Constitucional como en el caso ecuatoriano, un órgano encargado de la ejecución de este control y hacer efectiva la supremacía de la Constitución. Dentro de sus facultades, este tiene capacidad para revisar las leyes y eventualmente los proyectos de ley (actuación del Poder Legislativo), decretos de Ley (actuación por parte del Ejecutivo), mediante una interpretación de estos, verificando que no sean contrarios a la norma constitucional (protección de los derechos fundamentales).

Para OLANO, el Tribunal o Corte Constitucional tiene la jurisdicción en estos temas y sus decisiones cuentan con carácter general y vinculante:

En este modelo, solo el órgano especializado posee la facultad jurisdiccional, no hay acciones directas ante el tribunal sin necesidad de causa o juicio previo (revisiones automáticas), procedimiento incluso controles abstractos de constitucionalidad, y por otro lado, los efectos de sus decisiones son generales es decir, *erga omnes*. (...) Este sistema está basado en la ley y concibe a la jurisdicción constitucional como un instrumento que asegura al tiempo la división de poderes constitucionalmente establecida y la depuración del ordenamiento, mediante la invalidación de leyes contrarias a la Constitución; o mejor aún, impidiendo que las leyes así expedidas lleguen a tener vigencia aplicabilidad o eficacia.⁵³

De acuerdo con los autores, la función de este sistema, por sus efectos es depurar el ordenamiento de normas contradictorias a la norma fundamental. Este sistema nace en contraposición al control difuso y se implementó para encargarse de la guarda de la Constitución a un órgano específico llamado Tribunal o Corte Constitucional, órgano extrapoder independiente del Poder Judicial y del Legislativo.

⁵³ C. A. OLANO V. y H. A. OLANO G, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Estado Social de Derecho*, y p. 401.

La Primera aproximación, la expresión “órgano extra-poder” (u órganos “extra poderes”), se emplea para referirse a órganos estatales no situados en la órbita de algunos de los tres poderes clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Ciertos tribunales constitucionales – no todos – se ubican en esa situación.⁵⁴

Para ZAGREBELSKY, este control es el reservado a órganos *ad hoc* separados de la jurisdicción ordinaria, en palabras del autor “la llamada *Verfassungsgerichtbarkeit*” o jurisdicción constitucional está destinada a atender a las exigencias de la ley y del legislador junto con las de los titulares de los derechos constitucionales. Según el autor, lo que diferencia a este sistema del sistema americano es el privilegio del legislador de tener su propio juez, independiente del Poder Judicial que actúa por medio de procedimientos particulares, capacitado para tomar en cuenta tal exigencia de los derechos como de las políticas expresadas en la ley. Para ZAGREBELSKY, existe un paralelismo en las razones históricas, mientras antes se requería un juez de la administración, ahora se necesita un juez del legislador. No hay nada de todo esto en el sistema americano, que no conoce tratamientos privilegiados para el legislador.⁵⁵

Para finalizar, se puede decir que este órgano funciona como legislador negativo, carece de facultad de crear leyes pero, en caso de encontrarse con una que sea contraria a la Constitución tiene la facultad de expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente. En este caso el Tribunal puede obrar de esta manera, porque en este sistema se considera al órgano de control por encima del Poder Legislativo. La nueva Constitución trae un elemento que rompe con esto y es la posibilidad de legislar a través de la modulación de sentencias, tema en el que se profundizará más adelante.

1.1.3.3. Control mixto

⁵⁴ N. P. SAGÜÉS, *Los Tribunales Constitucionales Como Órganos Extra - Poder: Roles y Desafíos Derecho Procesal Constitucional*, disponible en: Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2005, p. 310

⁵⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia*, Óp. Cit., p. 62

Con el tiempo los sistemas tanto difuso como concentrado han tendido a acercarse el uno al otro, por razones que fueron explicadas en el título anterior. Los países latinoamericanos se han caracterizado por realizar una fusión de los dos sistemas, donde un órgano especializado, llámase Tribunal o Corte Constitucional hace el control concentrado de normas, y los jueces hacen el control difuso de normas.

Para SAGÜÉS, son los llamados sistemas híbridos, donde se mezclan los sistemas austríacos con el estadounidense. Estadounidense, ya que los jueces pueden conocer en litigios de constitucionalidad, tomando decisiones con valor para el caso concreto. Pero hay ciertas acciones que deben ser falladas por el órgano especializado con efectos *erga omnes*. En otros casos de acciones jurisdiccionales de constitucionalidad, el órgano especializado conoce, en grado de apelación en temas constitucionales decididos por la justicia ordinaria, en casos concretos, aunque entienda en primera instancia en acciones generales de inconstitucionalidad y en otros supuestos.⁵⁶

Para NARANJO MESA consiste en:

En estos países existe un Tribunal o Corte Constitucional de origen mixto o semijudicial, integrado generalmente por especialistas en derecho público, que ejercen jurisdicción independiente de las cortes o tribunales de casación ordinario y de los jueces contencioso – administrativos. En ellos el control se ejerce vía de acción, por iniciativa o impulso ciudadano, como Colombia, que expresamente solicitan el pronunciamiento del órgano especializado sobre la constitucionalidad de alguna disposición legal. Tiene este sistema las ventajas de la especialización, la nulidad y la independencia del control constitucional, pero es también susceptible de objeciones, como las que hacer Gaona Cruz, entre otras la de que no tiene en cuenta las contradicciones en que se puede incurrir por vía judicial, cuando una norma subalterna, aunque se declare en jurisdicción distinta ajustada a la ley, pueda luego ser encontrada inconstitucional, o a la inversa, que luego de haber sido anula por ilegal, resultare constitucional por efectos de la inconstitucionalidad declarada de la ley que determinó su invalidación.⁵⁷

⁵⁶ Cfr. N. P. SAGÜÉS, *Control de la Constitucionalidad Derecho Procesal Constitucional, Volumen 1*, disponible en: Materiales para la Cátedra, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ - Projusticia – Banco Mundial, Quito, Ecuador, 2002. p. 30.

⁵⁷ V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 391.

Sobre el control mixto, puede haber dos tipos, dependiendo el órgano especializado encargado de la parte del control concentrado, según se explica en el siguiente cuadro:

1	Tipo de control	Control difuso	Control concentrado en órgano no especializado
	Órgano encargado de control	Jueces ordinarios	Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia
	Acciones de conocimiento	Dentro de proceso por lo jueces o partes	Vía consulta o informe jueces ordinarios
	Efecto de resoluciones	<i>Inter partes</i>	<i>Erga omnes</i>
	Características propias		Aquí el órgano es parte de la función judicial. Ejemplo Venezuela
2	Tipo de control	Control judicial difuso	Concentrado especializado y extrajudicial
	Órgano encargado de control	Jueces ordinarios	Tribunal o Corte Constitucional (control abstracto)
	Acciones de	Dentro de	Vía consulta o

	conocimiento	proceso por lo jueces o partes	informe jueces ordinarios, también de tutela como: amparo, hábeas corpus, hábeas data o acción de incumplimiento
	Efecto de resoluciones	<i>Inter partes</i>	<i>Erga omnes</i>
	Características propias		Jurisdicción constitucional especializada, ejemplo Ecuador

57

En la Constitución de 1998, encontramos este segundo tipo de control, ya que la función de los jueces, de resolver sobre el caso concreto con efecto *inter partes*, y luego enviarlo al Tribunal, órgano especializado extrajudicial, quien resuelve con efectos generales. La Constitución de 2008, establece que los jueces de acuerdo al artículo 428, en caso de duda deben enviar a consulta a la Corte Constitucional, por lo que en principio y de acuerdo con el texto constitucional se establece un tipo de control concentrado. De acuerdo al artículo 426 establece la obligación de interpretar la Constitución por parte de los jueces, que para algunas personas esto incluye la facultad de inaplicar la norma al caso concreto, ya que el artículo 425 establece que en caso de conflicto de normas debe prevalecer la Constitución sobre cualquier otra, tema que desarrollaré más adelante.

⁵⁷ Cfr. C. MASAPANTA GALLEGOS, Tesis: *El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios al Inaplicar preceptos contrarios a la Constitución Política del Ecuador*. p. 48, disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/080311/dpc-control_difuso_constitucionalidad.pdf, Consulta: 6 de febrero de 2011.

El tema del control de constitucionalidad bajo la Constitución de 2008 queda más claro en las normas ordinarias encargadas de regular la materia, el Artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial⁵⁸ y el 142 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁵⁹ se refieren al artículo 428 de la Constitución y ambos coinciden, que la consulta solo debe darse en caso de duda razonable y motivada.

Con esto podemos decir que la nueva Constitución no elimina el control difuso, ya que si el juez tiene certeza, de que la norma es contraria a la Constitución puede resolver, y como excepción en caso de “duda razonable y motivada” enviar en consulta a la Corte para que resuelva con efectos generales. En el Ecuador por lo antes expuesto podemos decir que existe un Sistema Mixto: Difuso y Concentrado en un órgano especializado y extrajudicial.

⁵⁸ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, disponible en: Suplemento RO Número 544, 9 de marzo de 2009.

⁵⁹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, disponible en: Registro Oficial Suplemento número 52, 22 de octubre de 2009.

CAPÍTULO II

2.1 Principio de supremacía constitucional y control de constitucionalidad en el Ecuador.

El principio de supremacía constitucional ha estado presente desde la primera Constitución del Ecuador, se podría decir que en parte por la influencia que tuvieron en el Ecuador las revoluciones francesa y la independencia estadounidense. La Constitución de 1830, en su artículo 69 establecía que todo funcionario debe guardar fidelidad a la Carta Magna.⁶⁰ Este artículo pone a la Constitución al mismo nivel de las leyes, y vemos que el respeto a esta es un requisito para ser miembro de la sociedad, viéndola más como reguladora de la convivencia, diferente a la concepción que tenemos hoy de la misma.

La primera vez que aparece el principio de supremacía constitucional textualmente, es en la Constitución del Ecuador de 1897, en el artículo 132. En esta Constitución no se encuentra nada relacionado al control de constitucionalidad lo que hay es más una relación en cuanto a la eficacia de las normas en cuanto contradigan a la Constitución, pero no establece que un órgano se encargue de su cumplimiento.⁶¹

La Constitución de 1929, establece el principio de supremacía constitucional en el artículo 161, en ese entonces más enfocado a la validez de normas contrarias a la Constitución, y paralelamente en su artículo 162 manifiesta la obligación primordial de toda autoridad ajustar sus actos a la Constitución; pero por otro lado, no podrán negarse a cumplir o aplicar las leyes por ser inconstitucionales,

⁶⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1830, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. RA/ 1830 de 14 de Junio de 1830.

⁶¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1897, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. CP/ 1896 de 14 de Enero de 1897.

con lo que atacarían el espíritu del principio de supremacía de la Constitución, y pondrían a las leyes sobre ésta.

Finalmente en su artículo 163 confiere al Parlamento la potestad de ser el máximo intérprete de la Constitución.

Sólo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio y de resolver las dudas relativas a la inteligencia de alguno ó algunos de sus preceptos o declaraciones. (...) Sólo al Congreso le corresponde declarar si una Ley o Decreto Legislativo es o no inconstitucional.⁶²

Este artículo establece una suerte de control político y abstracto por parte de un órgano no especializado, el poder legislativo, responde a la concepción del momento que las leyes son la máxima expresión popular, al ser producto de un poder legitimado por votación como es el Parlamento, es él quien tiene la potestad de hacer este tipo de control.

El primer sistema de control de la constitucionalidad en el Ecuador es el que se conoce como político, que de acuerdo con BADENI, consiste en que la función de velar por la supremacía de la Constitución es asignada a un órgano ordinario o especial de carácter político (legislativo). De acuerdo con este sistema, si bien el análisis de concordancia entre una norma inferior y otra superior es tarea técnica y esencialmente jurídica, los efectos de una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad son de naturaleza política por las consecuencias que deparan para la conformación del orden jurídico.⁶³

A continuación SAGÜÉS, explica cómo en algunos países el tipo de control establecido no es de orden jurisdiccional:

⁶² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1929, disponible en: Ley No. 000. RO/ 138 de 26 de Marzo de 1929.

⁶³ Cfr. G. BADENI GREGORIO, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 201

En numerosos países, el control de constitucionalidad no está sometido a la judicatura. En algunos casos se desconfía de ésta, por entenderse demasiado conservadora. En otros, se impugna su carácter no popular (en el sentido de que sus miembros no tiene, por lo común, origen electoral). (...) En estos países de control parlamentario se justifica, además, por la tesis del centralismo democrático; el órgano más representativo del pueblo (el poder legislativo) debe prevalecer sobre los demás. (...) En los países occidentales el parlamento realiza también control de constitucionalidad cuando deroga una ley por reputarla inconstitucional.⁶⁴

Como se ve aquí para los regímenes que establecen este tipo de control, lo justifican ya que este control de constitucionalidad de las leyes, debe hacerse desde el órgano que tuvo la legitimidad de aprobarlo, aquí el legislador es positivo y negativo.

Para NARANJO MESA, el control de constitucionalidad de la ley es político en su objeto y en sus efectos. Para este autor, este fue el argumento de Sieyès al proponer para la Constitución revolucionaria de Francia, la creación de un jurado constitucional representante de la nación, encargada de anular los actos que violen la Constitución. En la práctica, no se anuló ninguno de los actos de Napoleón que pudieran haber sido calificados de inconstitucionales. Para NARANJO, la razón fue que el organismo no gozaba de la independencia necesaria para el cumplimiento de dicha potestad, si bien en apariencia el Senado era un órgano independiente, en la realidad estaba muy susceptible a la influencia y presiones del emperador.”⁶⁵ Por más de que un órgano legitimado por el pueblo sea el guardián de la Constitución, en la práctica por el mismo hecho de ser político, carece de imparcialidad, ya que responde a intereses diversos, por lo que el control dejaría de ser imparcial y respondería a proyectos de particulares.

La Constitución de 1945, en su artículo 163 mantiene lo dicho en la Constitución de 1929 en cuanto al principio de supremacía constitucional, también en su artículo 164 el hecho de que las autoridades no podrán de dejar de aplicar una norma basándose en que es contraria a la Constitución. Por otro lado el artículo

⁶⁴ N. P. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional Tomo I*, Óp. Cit., p. 174

⁶⁵ Cfr. V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 386

160, en su numeral 4, sobre las atribuciones y deberes del Tribunal Constitucional, establecía suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales, hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos.

Para hacerlo, el Tribunal observará las reglas siguientes:

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

Si el Tribunal de Garantías no resolviera dentro del término fijado en el inciso anterior, el juez o tribunal que hizo la petición aplicará la ley vigente.⁶⁶

Aquí los jueces o tribunales de última instancia realizaban un control concreto de constitucionalidad, de forma consultiva, ya que debían elevar la decisión al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual debía manifestarse sobre la inconstitucionalidad con efectos entre las partes para el caso concreto y con efectos suspensivos hasta que el Congreso se pronuncie de manera general. Con esto se entiende que lo que se buscó es tener un órgano dentro de la Función Judicial para que resolviera la Constitucionalidad.

A primera vista, se puede decir que existe una suerte de control jurisdiccional entre los jueces, tribunales de última instancia y el Tribunal de Garantías Constitucionales, ya que de acuerdo con el numeral 4, son los jueces y tribunales de última instancia quienes habilitan al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual suspende la norma, hasta que el Congreso se manifieste de forma definitiva.

Para SALGADO PESANTES la introducción del Tribunal de Garantías Constitucionales, con todas sus deficiencias, significó uno de los primeros pasos para el modelo kelseniano de control concentrado. Encuentra en este período un mayor interés por la justicia constitucional, pues en el Ecuador hay una tendencia a adoptar por el modelo kelseniano, concentrado o europeo, para el control de

⁶⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1945, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. RO/ 228 de 6 de Marzo de 1945.

constitucionalidad, pero al adoptar este sistema, lo subordina a los criterios predominantes en nuestro medio, dando únicamente al Poder Legislativo la potestad de declarar inconstitucional una ley.⁶⁷

La década de los cuarenta fue una época de importantes cambios en teoría constitucional. Para BURNEO, con la posguerra nace la necesidad de establecer el control constitucional, siendo la conquista más grande del ordenamiento jurídico el establecimiento de los Tribunales Constitucionales.⁶⁸

La Constitución del 1946, vuelve a lo que estaba antes de la Constitución de 1945, el principio de supremacía con las mismas características, y siendo el principal intérprete el legislativo⁶⁹. BEDENI explica que mientras la mayoría de países latinoamericanos se habían apartado del sistema político y optado por sistemas judiciales, por ser estos últimos más eficaces, la Constitución ecuatoriana de 1946, al margen de Francia, establecía un sistema político donde el Legislativo tenía la potestad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de normas.⁷⁰

La Constitución del año 1967, en su artículo 257 mantiene lo dicho en año 1946 sobre la supremacía constitucional y la interpretación por parte del Congreso. Esta Constitución trae un nuevo elemento en su artículo 206, permite a los jueces de la Corte Suprema a inaplicar preceptos legales en caso de que tuvieren conocimiento por ser contrarios a la Constitución.

Sin perjuicio de la facultad determinada en el ordinal 4o. del artículo precedente, la Corte Suprema, en los casos particulares de que tuviere conocimiento, puede declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

⁶⁷ Cfr. H. SALGADO PESANTES, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional*, Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador, 2005, p. 31

⁶⁸ Cfr. V. BURNEO BURNEO, *El Tribunal Constitucional en la Actual Vida Jurídica y Política del País, Reforma Política y Asamblea Nacional*, Programa de Apoyo al Sistema de Gobernabilidad Democrática, disponible en: Segundo tomo de la Colección Reforma Política, Abya Yala, Quito, Ecuador, 1998, p. 62

⁶⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1946, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. RO/ 773 de 31 de Diciembre de 1945.

⁷⁰ Cfr. G. BADENI, *"Instituciones de Derecho Constitucional"*, Óp. Cit., pp. 204-205.

Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas acerca de las cuales se pronunciare.⁷¹

Aquí la Corte Suprema ejercía un control en concreto sobre la norma, ya que tenía la facultad de declarar inaplicable un precepto legal contrario a la Constitución. El control abstracto seguía en manos del Congreso el máximo intérprete, por lo que se mantiene el control de constitucionalidad de tipo político. Para MASAPANTA aquí la Corte Suprema realizaba un control en concreto concentrado de constitucionalidad, aunque el efecto que producía ante la inaplicación de la norma era *inter partes*.⁷²

La Constitución del 1978⁷³, en su artículo 137 mantiene lo dicho en el año 1967 sobre la supremacía constitucional, pero le adhiere un elemento, sobre que las normas internas deben guardar conformidad no solo con el texto constitucional, si no también con los tratados y acuerdos internacionales. Esta Constitución, en el artículo 219, establece la conformación de un Tribunal de Garantías Constitucionales; pero el Congreso mantiene su potestad de interpretar la Constitución de modo obligatorio. El rol de este nuevo tribunal es el conocer sobre las inconstitucionalidades de fondo o forma provenientes de Cortes y Tribunales de última instancia, y suspender total o parcialmente sus efectos.

Esta forma de control, donde el órgano que conoce la inconstitucionalidad y no resuelve, es lo que SAGÜÉS llama “el control en función del efecto”, sistemas no decisorios y decisorios. El Ecuador hasta esta fecha mantiene un sistema que se conoce como sistema no decisorio, el órgano de control de la constitucionalidad dicta pronunciamientos que no invalidan la norma reputada inconstitucional:

⁷¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1967, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. RO/ 133 de 25 de Mayo de 1967.

⁷² Cfr. C. MASAPANTA GALLEGOS, Tesis: *El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios al Inaplicar preceptos contrarios a la Constitución Política del Ecuador*. p. 48, disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/080311/dpc-control_difuso_constitucionalidad.pdf, Consulta: 6 de febrero de 2011.

⁷³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1978, disponible en: Ley No. 000. RO/ 763 de 12 de Junio de 1984.

emite un dictamen en tal sentido, pero transfiere la decisión definitiva a otro ente, ejemplo: el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, después de dar su pronunciamiento, lo ponía a consideración de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En cambio en los sistemas decisorios lo resuelto por el órgano de control invalida a la norma inconstitucional, ya sólo para el caso concreto, con la excepción de los fallos de la Corte Suprema, con eficacia general. Aunque hay sistemas intermedios, donde el resultado del fallo puede tener consecuencias específicas para el caso concreto o generales según resuelva el tribunal constitucional.⁷⁴

Según NARANJO MESA, el Ecuador hasta 1983 ha sido el único país de Latinoamérica que no ha incorporado en su Constitución el control de constitucional de tipo judicial de las leyes. A pesar de los cambios que precedieron como el atribuir a la Corte Suprema la facultad de suspender la aplicación de las disposiciones legales que estime contrarias a la Constitución; el Legislativo sigue siendo el órgano facultado para decidir sobre la inconstitucionalidad.⁷⁵

El tema del control de constitucionalidad tiene otros componentes que lo hacen tan importante, como la necesidad de los estados de tener seguridad jurídica y estabilidad, como en los casos de los países que salieron de regímenes totalitarios, y optaron por el control concentrado en un ente concentrado, para que frene los posibles excesos por parte de los poderes tradicionales del Estado.

Hasta el momento en la historia del Ecuador solo conoce el control de constitucionalidad de tipo político, y no es sino hasta las reformas de 1996 que se introduce un control de tipo jurisdiccional. Sobre esto SALGADO PESANTES indica lo siguiente:

⁷⁴ Cfr. N. P. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional Tomo I*, Óp. Cit., p. 181.

⁷⁵ Cfr. V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p. 396

Serán necesarias diversas reformas constitucionales para ir configurando adecuadamente el control de constitucionalidad, lo que se conseguirá, finalmente, en las reformas de 1995-1996. (...) El análisis de las vicisitudes de la justicia constitucional ecuatoriana permitirá, al menos, comprender por qué Ésta institución –símbolo de Estado de Derecho– aqueja debilidad y su función es duramente criticada. Esta segunda fase abarca medio siglo.⁷⁶

La Constitución de 1978 fue reformada en varias ocasiones, (1983 y 1996), finalmente en el artículo 172 establece lo siguiente:

En las causas que conociere, cualquier Sala de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales de última instancia, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, podrá declarar inaplicable un precepto legal contrario a las normas de la Constitución. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronunciare. El Tribunal o la Sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general.⁷⁷

Aquí los jueces y tribunales de última instancia, ejercían un control en concreto en el cual podían declarar inaplicable un precepto legal por contradecir la Constitución, después debían pasar el informe para que resuelva en última y definitiva instancia, el Tribunal Constitucional. Antes de las reformas quien resolvía, era la sala especializada de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Aquí se ven algunos cambios en relación con la anterior Constitución: el primero es un cambio de roles, la facultad de conocer los casos de inaplicabilidad que tienen la Corte Suprema y tribunales de última instancia con la posibilidad de suspender preceptos contrarios a la Constitución. Antes se debía someter a conocimiento del Congreso Nacional para que este se pronunciara de manera definitiva, ahora esta facultad pasa a manos del Tribunal Constitucional, que antes de las reformas era la sala especializada de la Corte Suprema. Entonces de acuerdo con el artículo 179 le queda al Congreso solo el control e interpretación anterior a la aprobación de la norma y no ya posterior.

⁷⁶ H. SALGADO PESANTES, “Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional”, Óp. Cit., p 39.

⁷⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1978, disponible en: Ley No. 000. RO/ 969 de 18 de Junio de 1996.

En el art. 175 numerales 1 y 2 se encuentran las competencias del Tribunal para resolver sobre la inconstitucionalidad de normas y actos normativos:

1. Conocer y resolver las demandas que se presentaren sobre Leyes, decretos - Leyes, decretos y ordenanzas, que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma, y suspender total o parcialmente sus efectos;
2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.⁷⁸

Esta reforma establece un control en concreto, donde solamente jueces de última instancia interpretan si una norma es o no inconstitucionalidad, resolviendo mediante la inaplicabilidad de la norma al caso, pero estos jueces deben enviar un informe al Tribunal Constitucional para que resuelva con efectos generales. Con lo dicho anteriormente se puede decir que es la primera vez en el Ecuador que se delega un control concentrado de constitucionalidad en un órgano especializado.

A continuación, SALGADO PESANTES analiza las razones por las cuales se demoró tanto el Ecuador en establecer un sistema de control de tipo jurisdiccional:

Este sin número de Constituciones, en su mayoría, no se debieron a un afán de reestructurar la institucionalidad política o de proyectar verdaderas transformaciones, la finalidad –como se señaló- fue la de legitimar situaciones de hecho. (...) En este contexto político, caracterizado por el autoritarismo resultante de la hegemonía presidencial, era bastante difícil – por no decir imposible, que se diera paso en nuestro país a una institución de control constitucional, peor aún si la misma Ley Suprema estaba condenada a la inestabilidad del cambio frecuente. En suma, si muchos no comprendieron su importancia, otros en cambio comprendiéndola prefirieron dejarla de lado para no obstaculizar el ejercicio autoritario del poder. Por ello no es de extrañar que la justicia constitucional pasara inadvertida en el siglo XIX e inicios del XX.⁷⁹

⁷⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1978, disponible en: Ley No. 000. RO/ 969 de 18 de Junio de 1996.

⁷⁹ H. SALGADO PESANTES, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional*, Óp. Cit., p32.

Para SALGADO PESANTES esto ocurre en el país por el desconocimiento de la doctrina y práctica jurídica sobre justicia constitucional y por la falta de decisión y desconocimiento del control de constitucionalidad.⁸⁰ Mantener el Control Político fue una forma de facilitar los proyectos políticos de gobiernos a través de un pobre control, por lo tanto el establecer un control más eficiente como el jurisdiccional podría ser un limitante al ejercicio del poder.

Del análisis por las constituciones del Ecuador el principio de supremacía es un elemento que estuvo presente desde el inicio, común en todos los textos analizados. Hasta aquí hemos visto que el sistema de control ha evolucionado desde un sistema donde el único órgano de control de constitucionalidad es el legislativo, a un sistema donde otros órganos tienen la potestad de hacer un control de la norma. Esos cambios responden a la necesidad de establecer un sistema de control de la constitucionalidad, que permita limitar el ejercicio del poder, mediante una justicia constitucional y consolidar un estado de derecho, donde se vele por los principios ahí establecidos y libertades de todos.

2.2. Principio de supremacía constitucional en la Constitución de 1998 y sus diferencias con la Constitución vigente de 2008.

2.2.1. Principio de supremacía de la Constitución de 1998

El principio de supremacía de la Constitución lo encontramos en el Art. 272. En el primer inciso mantenía lo dicho en las constituciones revisadas, los cambios se producen en relación con el segundo inciso que establecía lo siguiente:

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.⁸¹

⁸⁰ Cfr. *Ibidem* pp. 32 y 33.

⁸¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1998, disponible en: Decreto Legislativo 000, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.

Establece que la responsabilidad de velar por la supremacía corresponde a todos los funcionarios encargados de la administración de justicia, al igual que autoridades administrativa, mediante la resolución de conflictos normativos aplicando la norma superior.

2.2.1.1. El control de la constitucionalidad de la Constitución de 1998

Hasta la aprobación de la Constitución de 1998, lo que se conoce como control de constitucionalidad solo existió en el Ecuador en el papel, pues no hubo mayor desarrollo de este. La introducción por parte de la Constitución 1998 de los sistemas concentrado y desconcentrado, y garantías jurisdiccionales, es el principal avance en materia de justicia constitucional, pues se establecieron límites al ejercicio del poder, y se encausó la actividad de los jueces y tribunales de justicia, y de todos los funcionarios públicos en general, en función de la Constitución.

2.2.1.2. El control difuso en la Constitución de 1998

La Constitución de 1998 introduce la posibilidad de que los jueces inapliquen preceptos legales contrarios a la Constitución, lo que se conoce como control difuso o descentralizado. Este mecanismo de control trae algunas ventajas en lo que se refiere a velar por la supremacía de la Constitución, y que cualquier funcionario encargado de administrar justicia puede ejercerlo.

La inaplicabilidad por parte de los jueces es un elemento nuevo dentro de lo que hasta el momento se conoce en el derecho constitucional ecuatoriano. SAGÜÉS, en su artículo “*control de la constitucionalidad*”, se refiere a la inaplicabilidad como:

Una facultad de los jueces, pero que no les exime de fallar, de sentenciar el caso que juzgan. Esta realidad deriva de la propia Constitución cuando expresa que éstos, “sin

perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido (...)", podrán declarar inaplicable un precepto jurídico.⁸²

El artículo 273 de la Constitución, establecía que la obligación de aplicar la Constitución no solo recae en los jueces, sino también en autoridades administrativas, las cuales, deben aplicar de oficio las normas constitucionales, y están obligadas a realizarlo así las partes no lo hayan invocado.

WRAY en su artículo "*La Inconstitucionalidad de la Normas Jurídicas*", menciona los criterios que tienen los jueces al resolver sobre una causa, y cómo influye sobre esto la disposición de la Constitución.

Todo juez está obligado en primer lugar, a aplicar sus normas y preceptos y a darles prevalencia sobre cualquier otra norma. "Pero correlativamente con esta obligación, los jueces y tribunales tiene la facultad de declarar inaplicables las leyes que contravengan la Constitución". Si un juez encuentra que una norma contraviene la Constitución, un juez tiene la facultad de declararla inaplicable y resolver el caso como si la ley no existiera. "Esta declaración tiene efecto normal de la sentencia. Se limita a resolver solamente ese caso y solamente tiene fuerza obligatoria para el caso, a diferencia, por ejemplo de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que hace el Tribunal Constitucional, como ustedes saben perfectamente.⁸³

Aquí se puede apreciar que si bien los jueces pueden resolver en función de la causa que están manejando, no pueden hacerlo con efectos generales, deben mandar al Tribunal Constitucional para que sea quien resuelva de esta manera.

El control difuso como tal lo encontramos en el artículo 274 de la Constitución de 1998, cuyo texto dice lo siguiente:

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,

⁸² N. P. SAGÜÉS, *Control de la Constitucionalidad*. Óp. Cit., p. 173.

⁸³ A. WRAY, *La Inconstitucionalidad de la Normas Jurídicas* "Reforma Política y Asamblea Nacional", Programa de Apoyo al Sistema de Gobernabilidad Democrática, Segundo tomo de la Colección Reforma Política, Abya Yala, Quito, 1998. p.448

para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.⁸⁴

Los elementos más importantes son los siguientes: todos los funcionarios responsables de administrar justicia velan por la supremacía de la Constitución, siendo garantes de la Constitución; el efecto *Inter partes*, pues su decisión se limita a aplicar o no la norma, más no a resolver sobre esta, y, por último, de acuerdo con el 273, si las partes no han solicitado, el juez debe hacerlo de oficio. Debe quedar claro que este no debe ser la pretensión principal del litigio, sino derivado del mismo.

2.2.1.3. EL control concentrado en la Constitución de 1998

El Tribunal Constitucional es el órgano especializado ante el cual se eleva la inconstitucionalidad de preceptos legales, al igual que acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales como: amparos constitucionales, hábeas corpus y hábeas data.

La Constitución de 1998 en su Art. 276, numeral primero, establecía dentro de las competencias del Tribunal Constitucional:

Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.⁸⁵

Para que esta la declaratoria de inconstitucionalidad surtiera efecto, el artículo 278 establecía que causaría ejecutoria y surtiría efectos a partir de su promulgación en el Registro Oficial. Esta declaratoria no tenía efecto retroactivo. Si los funcionarios no cumplieren las disposiciones serían sancionados conforme a la ley.

⁸⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1998, disponible en; Decreto Legislativo 000, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.

⁸⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1998, disponible en: Decreto Legislativo 000, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional constituían un pilar fundamental en su función de velar por la supremacía de la Constitución. Gozaban de la fuerza necesaria para ser cumplida, respondiendo a algo que es fundamental en el Ecuador en todos los ámbitos: la defensa de la institucionalidad del país más que a la Constitución.

Según GARCÍA BERNI, los tribunales constitucionales fueron creados porque no cualquier juez podía realizar el control de constitucionalidad de la normas. Al ser las normas originadas de la voluntad soberana del pueblo, es necesario un ente que goce de la misma legitimidad para de dejarlas sin efecto. Para GARCÍA BERNI el Tribunal Constitucional, por la naturaleza de la función que cumple, tiene dos componentes: uno legislativo y otro jurisdiccional: En relación con el componente legislativo, al estar facultado para declarar la inconstitucionalidad de normas de carácter general cumple un papel de legislador negativo, con esto cambia el ordenamiento jurídico sin que se dicte norma reemplazante. En cuanto al componente jurisdiccional, se relaciona directamente las garantías constitucionales para proteger los derechos fundamentales de las personas y los recursos de competencia de este órgano.⁸⁶

La Constitución de 1998 establecía un control mixto de constitucionalidad, ya que declarada la inconstitucionalidad por parte del juez en el caso concreto, debía remitir esto al Tribunal para que resuelva con efectos generales. Tanto el control difuso como concentrado se complementan: el primero, permite al juez no aplicar una norma contraria a la Constitución, pero debe enviar al órgano encargado del control concentrado, quien en caso de haber una anomalía, tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad con efectos generales.

⁸⁶ Cfr. A. GARCÍA BERNI, *El Control Difuso de la Constitucionalidad*, disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2687&Itemid=426. Consulta: 11 de octubre de 2010.

2.2.2. Principio de supremacía de la Constitución de 2008

Este principio, lo encontramos en el artículo 424 de la Constitución aprobada en el 2008:

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.⁸⁷

Aquí la Constitución de 2008 habla de eficacia a diferencia de la Constitución de 1998 que hablaba de validez, por lo que al ser contraria a la Constitución pierde sus efectos mas no es expulsada del ordenamiento jurídico.

El segundo inciso pone a la Constitución al nivel de los tratados internacionales de derechos humanos, se entiende que siempre y cuando reconozcan derechos más favorables a contenidos en la Constitución, los cuales prevalecerán sobre cualquier norma o acto de poder público.

El principio de supremacía de la Constitución debe ir de la mano con otro principio fundamental que es el de jerarquía normativa expresado en el artículo 425, que eleva a la Constitución como norma superior dentro del ordenamiento jurídico. En su segundo inciso del mismo 425 establece como se resolverán los conflictos entre normas de distinta jerarquía:

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.⁸⁸

Como veremos posteriormente este artículo es el utilizado por la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Perú, para establecer que existe el Control Difuso por parte de los jueces.

⁸⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008

⁸⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008. Disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008

2.2.2.1. El control de constitucionalidad en la Constitución de 2008

La Constitución de 2008 a diferencia de la Constitución de 1998, establece que los jueces al encontrarse frente a una inconstitucionalidad suspendan la tramitación de causa y envíen a consulta a la Corte Constitucional para que esta resuelva la constitucionalidad de la norma.

2.2.2.2. EL control concentrado en la Constitución de 2008

La Constitución de 2008 establece el control concentrado de constitucionalidad, que entrega a la Corte Constitucional la calidad del máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Al respecto el numeral primero de su artículo 436, la califica de:

Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.⁸⁹

Se introduce con esto la calidad de precedentes vinculantes las decisiones de la Corte Constitucional, que en países como Colombia y Perú han permitido grandes avances en materia de justicia constitucional, pero es fundamental la calidad e imparcialidad de los jueces, ya que esto se verá reflejado de igual manera en la calidad de sus precedentes.

El artículo 428 establece como resolverán los jueces al encontrarse con una inconstitucionalidad dentro de un caso concreto:

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

⁸⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008.

Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.⁹⁰

Este artículo es el que introduce el elemento de la consulta por parte de los jueces al encontrarse frente a una eventual inconstitucionalidad, la Corte Constitucional será el órgano competente para manifestarse al respecto, pudiendo ser esta resolución de dos formas: primero, que la norma no es considerada contraria a la Constitución por lo que al remitirse nuevamente al juez, este debe aplicarla; segundo, la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, por lo que el juez procederá a no aplicarla, y en caso de que el juez hubiera resuelto por haberse vencido el plazo por parte de la Corte Constitucional para manifestarse, queda abierta para la parte afectada la opción de la correspondiente acción extraordinaria de protección. Por su parte, el artículo 440 de la Constitución vigente, de manera categórica, indica que “las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter definitivos e inapelables”.

Sobre los efectos de las consultas a la Corte GUTIÉRREZ GODOY dice lo siguiente:

1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncia únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.⁹¹

Para GUTIÉRREZ GODOY, el control abstracto es el que realiza el órgano competente, a instancias de quién esté legitimado en la causa y al margen de todo caso en concreto y de la aplicación que haya podido tener esa norma. De acuerdo

⁹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008

⁹¹ A. GUTIÉRREZ GODOY “*El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado*” JURIS DICTIO, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito Año X, número 12, Octubre de 2009, p. 61

a lo dicho por SCHLAICH, citado por el autor “el Tribunal lleva a cabo un control de constitucionalidad con tal abstracción de la aplicación concreta del derecho y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad o desconformidad de un texto legal con el texto de la propia Constitución”.⁹²

Sobre la consulta, GRIJALVA nos comenta lo siguiente:

Las únicas consultas que la Corte puede absolver se producen en el curso de un proceso judicial y son las establecidas en el artículo 428 de la Constitución. Esta norma establece que cuando un juez considere inconstitucional una norma jurídica, suspenda el proceso y ponga el asunto en conocimiento de la Corte Constitucional para que ésta resuelva con efectos generales.⁹³

Las demás funciones la Corte las realiza en el marco de los procesos constitucionales que establece la Constitución y derivan en sentencias y dictámenes. Para GRIJALVA, la actuación a petición de parte tiene como objetivo asegurar la imparcialidad propia de cualquier órgano jurisdiccional, y es, por tanto, un componente estructural de su independencia. Para el autor la Corte Constitucional va más allá del modelo de Kelsen, pues no simplemente constituye un ente de control de Constitucionalidad de normas inferiores, sino que en general es la máxima instancia de interpretación constitucional y jurisdiccional.

En el Derecho Constitucional moderno la Corte Constitucional tiene un rol más amplio y complejo que la pura función de eliminar normas inconstitucionales. A modo de ilustración podemos citar la modulación de sentencias y la inconstitucionalidad por omisión.⁹⁴

Como se anotó anteriormente, la función de la Corte rompe con su finalidad inicial, y se extiende a revisar la actuación de la función jurisdiccional.

⁹² Ibídem. p 61

⁹³ GRIJALVA AGUSTÍN “*Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*”, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Claudia Storini, editores, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, p. 276

⁹⁴ GRIJALVA AGUSTÍN “*Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*”. *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Óp. Cit., p. 281.

Por otro lado la capacidad de modulación de sentencias por inconstitucionalidad, esto es lo que se conoce como el principio de conservación de la ley, por lo que el juez, puede cambiar el sentido de ley, con la intención de que esta siga existiendo, con lo que se le atribuyen facultades legislativas.

La idea es que la Constitución debe ser interpretada de forma sistemática, pues no se pueden obtener resultados contrarios a su espíritu, ya que, específicamente, el órgano contralor debe legitimarse mediante sus decisiones e intervenciones sin alejarse de los valores, principios e instituciones del Estado constitucional.

Sobre esto VINTIMILLA SALDAÑA, nos hace como comentario final sobre el exagerado e incongruente número de atribuciones que se le otorga a la Corte Constitucional las cuales podrían conjurar en contra de su efectiva actividad y hasta cabría hablar de un gobierno de la Corte Constitucional en lugar de un órgano que defienda la legitimidad constitucional de los valores y principios. La tendencia de tratar de salir del régimen de la legalidad clásica, puede transformarse en un medio de justificación a posteriori de decisiones políticas tomadas por el régimen de turno.⁹⁵

2.2.2.3. El control difuso en la Constitución de 2008

La intención de los asambleístas de Montecristi fue la de eliminar el control difuso y establecer un control concentrado vía consulta a la Corte Constitucional, respondiendo a los modelos europeos, como el español, que revisaremos más adelante, donde el órgano especializado llamado Tribunal Constitucional efectúa el control en concreto.

El artículo 428 en principio elimina el control difuso, ya que los jueces no pueden

⁹⁵ Cfr. J. VINTIMILLA SALDAÑA, *La Justicia Constitucional Ecuatoriana en la Constitución de 2008*, Iuris Dictio, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito Año X, Número 12, Octubre de 2009.

inaplicar directamente la norma sino que deben consultar al órgano especializado para que resuelva en concreto y con efectos generales.

Para GRIJALVA la opinión que el artículo 428 elimina el control difuso y generará un retardo procesal, no es tan clara ya que los artículos 425 y 426 de la Constitución vigente mantienen en los jueces la facultad de inaplicar normas inconstitucionales. Para el autor la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la que debe clasificar los casos en lo que los jueces deben optar por la suspensión o inaplicación.⁹⁶

Para GUTIÉRREZ GODOY en su artículo “*El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado*”, dentro del análisis de las funciones que cumplen los jueces de las cortes, y su rol dentro del control de constitucionalidad en base al artículo 428, sobre si se mantiene o no la inaplicabilidad por parte de ellos, la Ley Orgánica de Control Constitucional y la Jurisprudencia deberá clasificar en qué casos los jueces pueden o deben optar por la suspensión o la inaplicabilidad.⁹⁷

La Constitución de 2008, a diferencia de la de 1998, donde los jueces podían resolver de oficio, introduce la consulta y la suspensión del proceso, para que la corte en el plazo de cuarenta y cinco días resuelva la inconstitucionalidad. Por lo tanto se podría decir que este cambio produce un retardo en la administración de justicia, atentando contra el principio de celeridad de los procesos. ANDRADE reflexiona lo siguiente acerca de esto:

Se ha dicho en líneas anteriores que el juez tiene un nuevo rol, como garantista de derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos –y esto resulta sin duda paradójico de una norma que considerada inconstitucional, sino que, de conformidad con lo que dispone el artículo 428 de la Constitución, en el caso en que el juez debe aplicar la norma legal que considere contraria a

⁹⁶ Cfr. A. GRIJALVA, *Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional*. Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 *en perspectiva*, primera edición, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ecuador, 2008, pp. 268 y 269.

⁹⁷ A. GUTIÉRREZ GODOY, *El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado*, Iuris Dictio, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito Año X, Número 12, Octubre de 2009.

la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, deberá suspender el procedimiento y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en el plazo de cuarenta y cinco días, resolverá sobre la consulta; si transcurrido el plazo previo la corte no se pronuncia, “el perjudicado podrá proponer la acción correspondiente.”⁹⁸

Para ANDRADE, se corre el riesgo de que se dilate definitivamente el despacho de las causas en las judicaturas por considerar a la norma legal como contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sugiere revisar lo que dice la nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad. No obstante, hay que tomar en cuenta que el libro fue escrito antes de la aprobación de la Ley y el Código Orgánico de la Función Judicial.⁹⁹

Sobre este asunto, además de lo dicho en la nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, es importante revisar lo que anota al respecto el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 4:

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

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establezcan derechos más favorables a los reconocidos por la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en el plazo no mayor de cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.¹⁰⁰

El artículo 4 de Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, textualmente dicen lo mismo.

⁹⁸ S. ANDRADE UBIDIA, “*La Nueva Constitución del Ecuador, Estado derechos e instituciones*”. Claudia Storini, editores, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2009, p. 241

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 239 - 287

¹⁰⁰ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, disponible en: Suplemento RO Número 544, 9 de marzo de 2009.

Los temas importantes son, por lo tanto, el mantenimiento de que el juez puede actuar de oficio o a petición de causa, y la introducción de la duda razonable y motivada, uno de los temas fundamentales en este trabajo de investigación.

Para GUTIÉRREZ GODOY, acerca de las opiniones de GRIJALVA, sobre que es una ley orgánica la que da la mayor claridad al asunto, no obstante lo anterior, y, una vez analizado el proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se observara que el artículo 142 regula el mismo tema, esta sería igualmente especial al caso y posterior al mencionado artículo 4 establece.¹⁰¹

La jueza o el juez solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables a los reconocidos por la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en el plazo no mayor de cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.¹⁰²

Esta segunda parte del primer inciso aclara que la suspensión de causa debe darse solo en caso de duda razonable y motivada, por lo que la regla sería que en caso de certeza el juez pueda optar por la inaplicabilidad.

El siguiente inciso nos dice que no habrá suspensión de la causa si la norma impugnada es resuelta en sentencia. Con lo que la forma que tiene el juez para resolver es inaplicando la norma, porque para enviar a consulta debe suspender la tramitación.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por el juez es resuelta en sentencia.¹⁰³

¹⁰¹ A. GUTIÉRREZ GODOY, *El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado*, disponible en: *Iuris Dicio*, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito Año X N 12, Octubre de 2009.

¹⁰² LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, disponible en: Registro Oficial Suplemento # 52, 22 de octubre de 2009.

¹⁰³ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, disponible en: Registro Oficial Suplemento # 52, 22 de octubre de 2009.

Para GUTIÉRREZ GODOY, es importante resaltar que la norma, de acuerdo con cómo ha sido redactada en la Constitución, y a diferencia del Código Orgánico, no mantiene un criterio uniforme respecto al grado de convencimiento que el juez debe tener sobre su inconstitucionalidad, a efectos de suspender el proceso, y en consecuencia remitir a consulta. Sobre esto opina que el concepto de certeza difiere del de la duda razonable como es evidente, una cosa es tener total convencimiento de algo y otra es no estar seguro. Sobre este último, el deber de conducta del juez es el mismo del 428 de la Constitución: suspensión y consulta, y en caso de demora por parte de la Corte durante el periodo previsto, la consecuente decisión de aplicar el principio “*in dubio pro norma*” que significa que se tomará a la norma como constitucional, por lo que el juez deberá aplicarla.¹⁰⁴

Para cerrar el tema, es muy adecuado citar lo que dice GRIJALVA en cuanto a este en relación al debido proceso y las consultas hechas a la Corte:

En caso de que se busque el pronunciamiento de la Corte Constitucional lo jurídico sería acudir a los procesos constitucionales específicos, establecidos para esto. Si la propia Corte viola el debido proceso en el desempeño de sus competencias solo le espera una deslegitimación acelerada como órgano jurisdiccional.” (...) “Por otra parte, se plantea el problema del valor jurídico de estas decisiones adoptadas como resultado de consultas. Puesto que la Constitución no establece el proceso constitucional correspondiente, el valor jurídico de las respuestas a tales consultas queda en entredicho.¹⁰⁵

Para GRIJALVA, la Corte debe basarse en los siguientes criterios: 1 la supremacía de la Constitución; 2 el respeto a los derechos constitucionales; y 3 la división de poderes. En el caso de la primera, la Corte interpreta la Constitución confrontándola con la ley y normas inferiores, a efectos de invalidarlas o interpretarlas conforme a la Constitución.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Cfr. A. GUTIÉRREZ GODOY, *El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado*, disponible en: Iuris Dictio, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito Año X, número 12, Octubre de 2009.

¹⁰⁵ A. GRIJALVA, “*Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*”, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Claudia Storini, editores, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2009, p. 276

¹⁰⁶ A. GRIJALVA, “*Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*”, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Óp. Cit., p. 276

Para cerrar el capítulo, a manera de resumen se puede decir que es a partir de 1996 que podemos hablar de un verdadero control jurisdiccional de constitucionalidad, con la introducción del Tribunal Constitucional y el establecimiento del control difuso en la Constitución de 1998, con una evolución desde años precedentes, cuando se limitaba esta función a los jueces y tribunales de última instancia, quienes dependían del pronunciamiento de órgano político como el legislativo.

Si bien el texto de la Constitución de 2008, con la introducción de la consulta no les da la potestad a los jueces de resolver la inconstitucionalidad de normas contrarias a la Constitución, en las normas que regulan la materia establecen que los juez deben resolver en caso de certeza, y cuando exista duda razonable y motivada enviar a consulta.

CAPÍTULO III

3.1. El control difuso de constitucionalidad como garantía de los derechos dentro de Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En el Ecuador, al hablar de velar por el principio de supremacía como uno de los temas claves dentro del Estado de Derechos y Justicia, se sostiene que debe ser fortalecido, mediante eficientes mecanismos de control y la participación de otros actores a través del principio de aplicación directa de la Constitución, en el cual participan no solamente los jueces sino también otros actores importantes. Al abrir la interpretación y la obligación de su cumplimiento a otros actores, permite un mayor análisis de sus alcances y optimiza su mandato, por parte de los distintos operadores dentro del sistema de justicia, quienes, al fin y al cabo, están a obligados a cumplirla y defenderla.

El control difuso, desde su aparición en la Constitución de 1998, representa una garantía en lo que se refiere a la protección de los derechos consagrados en la Constitución. Este tipo de control debe ser protegido porque da mayor garantía a las partes dentro de un caso concreto, ya que la decisión del juez va a ser de acuerdo a la Constitución y los derechos ahí garantizados.

En este capítulo se analizará el control de constitucionalidad en otros ordenamientos jurídicos como Colombia y Perú, que tienen un sistema mixto, desde la perspectiva del Control difuso, y España, con un sistema de control concentrado. La idea es tomar las experiencias de estos países, que en cierta forma han desarrollado eficientes sistemas de control, y ver cómo pueden aportar en un tema que recién se está desarrollando en el país.

De ahí vamos a profundizar en las distintas vías que tienen los jueces para resolver la inconstitucionalidad en los casos que estén tratando, sustentando su actuación, sea por lo dicho en el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, o por los de principios de aplicación directa y de jerarquía normativa.

De ahí se revisará lo que ha dicho la corte al respecto: uno de los temas más importantes y que tiene mucha expectativa es la jurisprudencia que está generando la Corte Constitucional. Ésta, a través de los precedentes jurisprudenciales, debe trazar las distintas vías para lograr la tan anhelada justicia constitucional.

Como se sabe, la nueva Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional introduce los métodos que deben utilizar los jueces para interpretar la Constitución, en este capítulo se analizará, además, si esto se aplica también para los jueces ordinarios y funcionarios administrativos. Finalmente se cerrará el capítulo profundizando sobre la importancia de no dejar que se pierda el control difuso.

3.2. El control de constitucionalidad en derecho comparado

El control de constitucionalidad tiene varias raíces. Para entenderlas mejor, este trabajo se enfocará en sus tres formas más comunes: la europea o kelseniana, con su control concentrado en un órgano especializado, la estadounidense o difuso con su control descentralizado, donde todos los jueces pueden hacerlo efectivo y la más común en los países latinoamericanos, que es un híbrido que maneja los dos controles, donde se conjugan el control difuso por parte de los jueces dentro de un caso concreto y con efectos *inter partes* y el control concentrado en un órgano especializado para que resuelva con efectos *erga omnes*.

Para complementar este análisis sobre cómo está establecido en nuestro sistema el control de constitucionalidad, debemos acercarnos a otras realidades mediante un análisis comparativo para entender la aplicación y alcance de estos mecanismos de control y hacer una sugerencia de cómo podría operar mejor. A continuación, se hará un recorrido de lo que dicen la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia de estos países, con la finalidad de ver cómo se da este control en la práctica. A la final podemos decir que todos buscan lo mismo: hacer prevalecer el principio de supremacía y direccionar el ordenamiento jurídico en función de la norma suprema.

3.2.1 El control de constitucionalidad en el derecho colombiano

Este país ha demostrado, sin duda, un gran desarrollo en materia constitucional, con la introducción de la Constitución de 1991. Colombia ha logrado mucho y ha conseguido importantes avances en justicia constitucional, mediante un control de constitucionalidad que ha tenido un considerable desarrollo y que ha permitido la correcta aplicación del principio de supremacía de la Constitución a través de los mecanismos que establece. Esto ha generado en este país importante jurisprudencia, para lo cual la Corte Constitucional ha sido un actor fundamental.

Colombia ha establecido un sistema de control de la constitucionalidad mixto, donde el principal órgano encargado de velar por el respeto y cumplimiento de la Constitución es la Corte Constitucional; pero los jueces también tienen facultades para resolver la inconstitucionalidad, dentro de los casos que estén conociendo, mediante un control difuso de constitucionalidad.

A continuación, es importante anotar lo que dice la siguiente jurisprudencia sobre el régimen de control de constitucionalidad en la Constitución colombiana.

El Constituyente de 1991 "mantuvo el régimen de control difuso de

constitucionalidad que se venía aplicando desde la Constitución anterior y desechó expresamente la posibilidad de implantar un régimen de control de constitucionalidad concentrado o unificado", lo cual implica que a pesar de existir un órgano encargado fundamentalmente de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución,(...) dicho control no está reservado de manera exclusiva y excluyente a ese órgano, sino que también corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones que puedan ejercerse ante el Consejo de Estado y ante los tribunales administrativos, y aún ante todos los jueces de la República a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o. de la Carta, y de acciones especiales como la de la tutela, prevista en el artículo 86 de la misma.¹⁰⁷

De lo recogido hay dos temas muy importantes: primero, la potestad de la Corte como máximo intérprete de la Constitución y segundo la posibilidad de ejercer también un control de constitucionalidad por parte de otros actores, dentro de éstos los jueces.

La Constitución colombiana señala que el control constitucional de normas jurídicas se ejerce por la jurisdicción constitucional, cuyo órgano encargado es la Corte Constitucional, a la cual, de acuerdo con el artículo 241 se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo. En el numeral 2 del artículo 241, entre sus atribuciones establece la de resolver sobre demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.¹⁰⁸

Esta jurisprudencia nos habla sobre los efectos de las resoluciones o providencias de la Corte Constitucional:

Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. Usualmente, los efectos son *erga omnes* y pro-futuro cuando controla normas en abstracto; son *inter partes* cuando decide sobre una tutela; son *inter partes* cuando aplica de manera preferente la Constitución en el curso de un

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Auto No. 006/94- disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consulta: 11 de noviembre de 2010. REF. Conflicto de competencia entre el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Corte Constitucional, Sala Plena, en relación con el control constitucional del Decreto 1421 de 1993 (Estatuto Orgánico de Santa Fe de Bogotá D.C.). Santa Fe de Bogotá, D.C., junio dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994),

¹⁰⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991, disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>. Consulta: 18 de octubre de 2010.

proceso concreto; y son *erga omnes* cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana.¹⁰⁹

En la citada Jurisprudencia, se explica que el control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional contempla, los siguientes aspectos: control abstracto de normas aprobadas por el legislativo; revisión de sentencia vía tutela; el control vía excepción en un proceso concreto, donde se da una aplicación preferente a la Constitución.

La Constitución colombiana ve la posibilidad de que cualquier juez pueda inaplicar la norma que considere que sea contraria a la Constitución. El artículo 4 permite que los jueces resuelvan en caso de incompatibilidad, mediante de la no aplicación del precepto contrario a la Constitución.

Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.¹¹⁰

Sobre el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, ZAVALA EGAS, indica lo siguiente:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. (...) Lo cual nos conduce a afirmar que existe, también en Colombia, el control concentrado de la constitucionalidad de normas jurídicas como el difuso, aun cuando sea éste a nivel de mera inaplicación de las normas infraconstitucionales que contradigan a la Constitución y aun cuando sea sólo con efecto *inter partes*.¹¹¹

De acuerdo con esto, los sistemas concentrado y difuso coexisten en la práctica. El control difuso es aplicable por el respeto a los principios establecidos en la

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-203/02, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Consulta: 20 de octubre de 2010. DERECHO AL MÍNIMO VITAL DEL PENSIONADO-Presunción de afectación por ausencia prolongada en pago de mesadas.

¹¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>. Consulta: 18 de octubre de 2010.

¹¹¹ J. ZAVALA ÉGAS “*Derecho Constitucional Tomo P*”. Óp. Cit., p. 248*

misma Constitución. Todo funcionario debe hacer prevalecer la Constitución en caso de incompatibilidad con normas de menor jerarquía, resolviendo mediante la no aplicación, con efecto *inter partes*.

A continuación, NARANJO MESA habla de la finalidad del control jurisdiccional de Constitucionalidad en Colombia

La jurisdicción constitucional se ha establecido por la Constitución, como función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales cuyo contenido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Carta. Es la garantía básica del Estado constitucional de derecho. (...) Esta jurisdicción asume como competencia especialísima la guarda de los derechos fundamentales buscando, conforme a la expresa y reiterada intención de todos los constituyentes, la efectividad de los mismos y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público.¹¹²

Se puede decir que consiste en la función pública ejercida por órganos del Estado, mediante un proceso que determina el derecho de las partes, en este caso de decisiones relacionadas con la carta política, donde lo primordial es tutelar los derechos fundamentales mediante la buena intervención de los entes encargados de hacerlo.

Para los colombianos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye uno de los aportes más importantes de la Constitución 1991. En una entrevista realizada a EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ por ESTEBAN RESTREPO SALDARRIAGA, se habla de la importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Efectivamente, la Carta de 1991 y la jurisprudencia de la Corte han producido una radical constitucionalización del derecho colombiano, en el sentido de que, hoy en día, el ordenamiento jurídico en su conjunto se concibe en función de los valores, principios y, muy especialmente, de los derechos fundamentales establecidos en la nueva Carta Política. (...) A juicio de la Corte, las instituciones y órganos del Estado no son importantes o tienen valor por sí mismos sino en la medida en que son vehículos para hacer efectivos los valores, principios y derechos contenidos en la parte dogmática de la Carta Política.¹¹³

¹¹² V. NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Óp. Cit., p 385

¹¹³ E CIFUENTES MUÑOZ, disponible en: <http://www.idpc.es/archivo/1212589179a1entrevECM.pdf> , consulta: 29 de sep de 2010

Con esto, el magistrado de la Corte Constitucional colombiana nos muestra cómo estos cambios han permitido un mejor funcionamiento del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia generada ha servido de vehículo para que los órganos e instituciones del Estado materialicen los valores, principios y derechos que constan en la Constitución.

En relación con cómo se maneja esto en el Ecuador, podemos decir que en Colombia existe una mayor participación de los distintos actores y operadores de justicia en temas constitucionales. La labor de la Corte, como se anotó anteriormente, ha sido fundamental: la calidad de sus resoluciones ha permitido la legitimidad de la actuación como principal figura dentro de la guarda por el cumplimiento y respeto a la Constitución y sus derechos, lo que ha permitido que las normas vayan de acuerdo con la Constitución, asegurando el ordenamiento jurídico de acuerdo con la norma fundamental.

Se puede decir que la Constitución colombiana habilita a los jueces a hacer un control de constitucionalidad a través de la excepción por inconstitucionalidad, consagrada en su artículo 4. El sistema de control de la constitucionalidad colombiano no se agota en sí mismo, sino que existen otros actores que también puede ejercer el control de constitucionalidad, por lo tanto hablamos de una constitucionalización del derecho.

3.2.2. El control de constitucionalidad en el derecho peruano

Por lo que acabamos de ver, Colombia es un gran referente en cuanto al manejo del derecho constitucional, por la calidad de las sentencias de su Corte Constitucional y la constitucionalización del derecho mediante la integración de diferentes actores que son parte importante, con el único objetivo de llevar a otros actores al respecto y cumplimiento de la Constitución.

El Perú, al igual, que Colombia ha optado por un sistema mixto de control de constitucionalidad. Con una importante participación por parte de su Tribunal Constitucional, quien ha encaminado el ordenamiento jurídico para la realización de una efectiva justicia constitucional.

El Control difuso se refleja en el artículo 138 de la Constitución, cuyo sustento son los principios de supremacía y jerarquía normativa:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.¹¹⁴

Que la potestad de administrar justicia emana del pueblo. En su primera parte este artículo está dotando al poder judicial de la legitimidad de resolver sobre la constitucionalidad de las normas. Se puede decir que al preferir los jueces la Constitución a cualquier otra norma, la forma de hacerlo es mediante la inaplicación de la norma.

El artículo 138 se refiere al principio de jerarquía normativa, pero permite que el Tribunal Constitucional haga la siguiente interpretación:

Que debe tenerse presente que de acuerdo al artículo 138 de la Constitución, todos los jueces están en la obligación de aplicar el control difuso, siempre que se determine la incompatibilidad entre una norma de rango superior y una de rango inferior.¹¹⁵

La página del Tribunal Constitucional peruano contiene más detalles acerca de cómo éste tipo de control se hace efectivo, ya que en la práctica por más de que los jueces puedan ejercer este Control su ejercicio debe estar limitado:

¹¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>, consulta: 6 de noviembre de 2010.

¹¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, EXP. N.º 05536-2008-PA/TC disponible en: <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl>. Consulta: 6 de noviembre de 2010. LAMBAYEQUE EMPRESA AGROINDUSTRIAL TUMAN S.A.A. El recurso de agravio constitucional interpuesto por Empresa Agroindustrial Tuman S.A.A. contra la resolución de folios 425, su fecha 29 de agosto de 2008, expedida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda de autos.

El ejercicio del control difuso presenta los siguientes límites: a) debe realizarse en el seno de un caso judicial; b) sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez; c) es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo; y, d) el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad.¹¹⁶

El literal a), al referirse a que debe ser dentro de un caso judicial, constituye la base de este tipo de control, que se refiere a que todos los jueces y tribunales puedan realizarlo; el literal b) habla de que la Ley sobre la que se debe decidir sea relevante para resolver la controversia sometida al juez, esto es que tenga relación directa con el caso; el literal c), a diferencia de otros casos, donde el juez actúa de oficio o a petición de parte puede resolver sobre la inconstitucionalidad: aquí se está limitando a que sea a petición de parte y debidamente motivada, demostrando que ésta le causa o puede causarle un agravio directo. Finalmente, el literal d), indica que el Tribunal Constitucional no sólo puede hacer de legislador negativo declarando la inconstitucionalidad de normas¹¹⁷, sino que a su vez puede ratificarlas y, en este caso, el juez ya no puede ejercer el control difuso sobre éstas.

En el siguiente extracto de jurisprudencia nos muestra cómo en el caso peruano el control difuso no está sólo enfocado en el principio de supremacía de la Constitución, sino que éste establece la base de la protección de los derechos fundamentales, por lo que los jueces deben administrar justicia con base en la Constitución:

Que, en efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la

¹¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Resolución: N. ° 01680-2005-AA/TC, Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl>. Consulta: 6 de Noviembre de 2010. Tema: Control Difuso, Caso: José Luis Borja Urbano.

¹¹⁷ A. YUPANQUI “*Código Procesal Constitucional. Comentario, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*”. Palestra Editores, Lima, Perú 2004. P 17-19. Para Abad Yupanqui, esto aporta con mínimo de certeza y orden al sistema jurídico.

Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138.¹¹⁸

Los jueces mediante control difuso garantizan y protegen los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Al haber un control mixto, como el establecido por la Constitución peruana, hablamos de dos controles de constitucionalidad: uno difuso por parte de los jueces como acabamos de ver y el otro concentrado, por parte del Tribunal Constitucional que veremos a continuación.

El control concentrado de constitucionalidad se encuentra en los numerales 1 y 3 del artículo 202 que establece las potestades del Tribunal Constitucional:

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley.¹¹⁹

Sobre los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Tribunal, el art. 204 indica lo siguiente:

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. (...) No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.¹²⁰

¹¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, EXP. N.º 01361-2010-PA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl>. Consulta: 7 de noviembre de 2010. LIMA JAVIER M. LEÓN EYZAGUIRRE El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Javier M. León Eyzaguirre contra la resolución expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 158, su fecha 18 de enero de 2010, que, confirmando la apelada, rechazó *in limine* y declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

¹¹⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Consulta: 6 de noviembre de 2010.

¹²⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Consulta: 6 de noviembre de 2010.

Esto confirma el efecto *erga omnes*, que corresponde a las resoluciones de un órgano encargado del concentrado de constitucionalidad. Lo que se tiene aquí es un límite sobre las leyes ratificadas por el mismo Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad, esto con sus excepciones.

Para cerrar el control de constitucionalidad en Colombia y en el Perú, se puede decir que en ambos casos, el rol del juez es el de garante de primer orden de los derechos fundamentales a través del control difuso. Los dos sistemas, en cierta manera garantistas, coinciden en la importancia del papel de los jueces y funcionarios públicos como garantes de los principios consagrados en la Constitución.

3.2.3. El control de constitucionalidad en el derecho español

España es un caso muy interesante, ya que por razones históricas ha cumplido un papel muy importante en el desarrollo de los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos.

Dentro de los países en los cuales se implementa un tipo de control concentrado encontramos a: España, Alemania e Italia. Los tres países vivieron regímenes autoritarios, por lo que consideraron necesaria la creación de un órgano especializado de control de constitucionalidad, independiente, con el objetivo principal de limitar el ejercicio del poder.

Con el fin del régimen absolutista de Franco, la Constitución de 1978, constituye esta pieza clave en su desarrollo constitucional desde todos los sentidos. Para el autor VERGAGUER el sistema de control de constitucionalidad en España está inspirado en el modelo alemán e italiano, donde existe un órgano centralizado encargado de ejercer el control de tipo abstracto. El control de constitucionalidad

en España es de tipo concentrado, pues el órgano encargado ejerce funciones consultivas, y está habilitado para anular las normas que considere contrarias a la norma constitucional, expulsándolas del ordenamiento jurídico.¹²¹

El análisis del caso español es fundamental para este proyecto de investigación, ya que nos introduce al manejo de la constitucionalidad mediante los métodos establecidos, en los países con sistemas de control concentrado y la consulta como base para realizar el control en concreto, similar a lo que se quiso hacer en el Ecuador.

El artículo 163 establece cómo se ejerce el control de constitucionalidad. Quien decide sobre la constitucionalidad de una norma no es el mismo funcionario que meramente hace una calificación, sino que está obligado a remitir la norma al tribunal para que éste se manifieste al respecto.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.¹²²

En este artículo encontramos la más clara expresión del control de constitucionalidad de tipo concentrado, donde en caso de encontrarse con una norma contraria a la Constitución, el tribunal que conoce el caso antes de tomar una decisión lleva la norma cuestionada a consulta a Tribunal Constitucional. PÉREZ ROYO indica que para que esto se dé debe reunir los siguientes requisitos: 1) norma con rango de Ley; 2) aplicable al caso; 3) de cuya validez dependa el fallo y 4) que pueda ser contraria a la Constitución (que exista duda sobre la Constitucionalidad de la ley, la misma que debe ser motivada).¹²³ El artículo 164 establece que las resoluciones del Tribunal Constitucional español

¹²¹ Cfr. A. C. VERDAGUER, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 343-356.

¹²² CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, disponible en: <http://constitucion.rediris.es/legis/1978/ce1978-2.html#t9>, consulta, 30 de marzo de 2011.

¹²³ J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 814

tienen efectos *erga omnes*.¹²⁴

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, el monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional es sólo de rechazo o de expulsión de las leyes que contradigan la Constitución, pero no de cualquier aplicación de ésta. Del texto del artículo 163 de la Constitución resulta claro que todos los tribunales deben aplicar e interpretar la Constitución. No puede, pues, el órgano judicial declarar por sí mismo que una Ley es contraria a la Constitución, declaración que pertenece exclusivamente al Tribunal Constitucional, pero sí es suya la competencia de “considerar” que esa contradicción puede producirse.¹²⁵ El control de Constitucionalidad de un país debe buscar la depuración del sistema, para que el ordenamiento jurídico sea para un mejor funcionamiento en relación con las normas de menor jerarquía.

Para PÉREZ ROYO, la cuestión de inconstitucionalidad no figura entre las competencias que la Constitución atribuye directamente al Tribunal Constitucional, sino que es una tarea adicional que el tribunal tiene que asumir como consecuencia de que la Constitución otorga al poder judicial el monopolio de la administración de justicia. Para PÉREZ ROYO, el control por parte del Tribunal Constitucional constituye una forma de depuración del sistema, lo que es una colaboración del poder judicial con el Tribunal Constitucional, y solo por esta vía se puede asegurar una depuración eficaz y de manera dinámica y no estática.¹²⁶

De acuerdo con el artículo 165 de la Constitución, una ley orgánica es la que regulará el funcionamiento del Tribunal. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece en el artículo 35, en el numeral 1, que cuando un juez de oficio o a instancia de parte se encuentre con una norma contraria a la Constitución enviará a consulta al tribunal. Sobre la suspensión el numeral 3 dice que la cuestión originará la suspensión provisional de las actuaciones hasta que el

¹²⁴ Cfr. *Ibidem* p. 812

¹²⁵ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1*, Óp. Cit., p. 82

¹²⁶ Cfr. J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 812

Tribunal Constitucional se pronuncie.

A continuación, se revisará lo que dice la Sinopsis de la página del Congreso Español al respecto del artículo 163 de la Constitución:

Regula este precepto la cuestión de inconstitucionalidad, curioso mecanismo que articula la recepción del control concreto de normas en un sistema de jurisdicción constitucional concentrada en el que se llama a los órganos judiciales a participar en la depuración del ordenamiento.¹²⁷

Sobre lo anterior, en la misma Sinopsis se menciona que la doctrina ya ha planteado dudas sobre la posibilidad de que por haber incurrido en vicios de procedimiento en la aprobación, promulgación o publicación de las leyes que se planteen cuestiones por parte de los jueces. Más adelante comenta que estas cuestiones tendrían pocas posibilidades de prosperar ante un grave conflicto de poderes, al dotar a estas personas de una capacidad indefinida de revisión judicial del procedimiento legislativo:

El fin del procedimiento es normalmente una Sentencia, estimatoria o desestimatoria, que entre en el fondo de la cuestión. Dichas Sentencias presentan dos características particulares. La primera es que en ellas está presente la simbiosis de control concreto y abstracto. El carácter concreto se advierte en los efectos que produce respecto del proceso ordinario del cual surgió la cuestión. El abstracto se observa en la nulidad de la disposición o norma legal y en los efectos generales que produce.¹²⁸

Aquí encontramos la más clara muestra de que difuso no es igual a concreto y concentrado no es igual a abstracto, por que en los países que establecen un tipo de control concentrado como el que estamos analizando, las decisiones del órgano especializado de control, puede ser de manera concreta, cuando resuelve para un caso en concreto y abstracto cuando resuelve de manera general.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, hoy en día la Constitución española domina no solo el campo de la justicia constitucional, sino la totalidad de la vida jurídica de la

¹²⁷ CONGRESO DE ESPAÑA, Sinopsis, disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=163&tipo=2>, Consulta: 21 de febrero de 2011.

¹²⁸ CONGRESO DE ESPAÑA, Sinopsis, disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=163&tipo=2>, Consulta: 21 de febrero de 2011.

sociedad, con un influjo efectivo y creciente. Se puede y se debe decir, en consecuencia, que la Constitución ha operado en todo nuestro sistema normativo y jurídico una verdadera revolución jurídica de una extraordinaria significación.¹²⁹

3.3. El control en concreto de constitucionalidad y el control difuso.

De lo visto hasta aquí, se puede decir que los constituyentes de Montecristi quisieron establecer un tipo de control de constitucionalidad basado en el modelo europeo, al introducir el sistema de consulta, para que el órgano especializado resuelva la inconstitucionalidad.

Lo que actualmente se busca en el Ecuador con las leyes que regulan la materia es que los jueces, en efecto, puedan resolver los casos que consideren contrarios a la Constitución cuando tengan certeza de que la norma es contraria a esta, como una forma para poder resolver el tema en el caso y con efecto entre las partes, por temor a caer en una demora en la sustanciación de procesos.

El control de constitucionalidad, para GUASTINI, está directamente relacionado con el tema de validez de las normas. Para este autor hay dos tipos de invalidez: la formal y la material. La primera o material es una forma “débil” de invalidez, ya que no produce la inexistencia de la ley; en cambio la segunda o formal por lo general es una invalidez de tipo “fuerte”, que en sus efectos genera la inexistencia de la ley. La invalidez material puede ser reconocida sólo por una corte constitucional, mientras que la invalidez formal puede ser reconocida por cualquier juez.¹³⁰ Sobre esto se puede decir que la validez formal es sobre la que se construye el control difuso.

¹²⁹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1*, Óp. Cit., p. 87

¹³⁰ Cfr. R. GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional. Doctrina Jurídica Contemporánea*, Óp. Cit., pp. 86-87

Para ESCOBAR GARCÍA, el problema del Ecuador y de Latinoamérica es la confusión entre control concreto y difuso, y control abstracto con el control concentrado. Para este autor, el carácter difuso o concentrado se refiere a los órganos que lo efectúan; en cambio, el carácter concreto o abstracto no se relaciona con los órganos sino con el tipo de examen que efectúa el juez. En el abstracto el juez constitucional se limita a examinar si el contenido de la norma es contrario a las disposiciones constitucionales, mientras que en el concreto se examina si el acto de aplicación al caso particular genera situaciones de inconstitucionalidad, por lo que se trata de dos juicios distintos:

Una norma puede ser en general ajustada a la Constitución, pero su aplicación a casos particulares puede generar situaciones de inconstitucionalidad; por este motivo, el control difuso, bien puede ser control concreto, o bien puede ser control abstracto; en un caso el juez ordinario detecta que existe una incompatibilidad entre el contenido de una norma jurídica y el de la Constitución, y en el otro únicamente se examina si la aplicación al caso particular se ajusta o no a las disposiciones constitucionales.¹⁴⁰

Para ESCOBAR GARCÍA, el problema en Latinoamérica ha sido alrededor de esta confusión, donde los jueces ordinarios se limitan a confrontar el contenido de la Constitución Política con el contenido de la norma, realizando un control abstracto de la misma. Para la autora, esto se refuerza cuando la propia Constitución dispone que frente a incompatibilidad de la norma en el proceso suspenda y mande a consulta, para que resuelva la Corte Constitucional con efectos generales y obligatorios. Según ESCOBAR GARCÍA:

Por este motivo, debe interpretarse que la suspensión del proceso y la remisión a la Corte Constitucional solo debe efectuarse cuando el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la disposición jurídica, y no cuando tiene certeza sobre la inconstitucionalidad de su aplicación a cada caso particular.¹⁴¹

Aquí ESCOBAR GARCÍA trae los elementos que contienen las leyes que regulan la materia sobre la certeza y la duda razonable y motivada, como los ejes del

¹⁴⁰ C. ESCOBAR GARCÍA, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito Hacia una Nueva Justicia Constitucional?*, primera edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, pp. 340, 341 342

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 340, 341 342

procedimiento del juez ordinario frente a una inconstitucionalidad en el caso que está tratando.

3.4. La certeza, la duda razonable y motivada en la Constitución de 2008.

Con el fin de entender los elementos introducidos en nuestra Constitución para hacer efectivo el control difuso, se debe partir del tema de la consulta que establece el artículo 428 de la Constitución, un elemento que no contemplaba la Constitución de 1998, y que responde a la intención del constituyente de implementar un sistema similar a los establecidos en Europa. El Código Orgánico de la Función Judicial y también la Ley Orgánica de la Función Judicial y Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se refiere a que la consulta se debe dar solo en caso de duda razonable y motivada.

¿Cómo entendemos estos elementos? La duda significa que no se tiene certeza de lo que se está resolviendo; razonable, que ha utilizado sus recursos para resolver, en este caso la inconstitucionalidad y no puede; motivada, que esta se encuentra justificada. Lo que nos permite pensar que en caso de certeza sí puede resolver. De ahí que en el inciso 4 de la misma ley habla de que no habrá suspensión cuando se resuelve en el mismo caso, con lo que podríamos decir que la suspensión y por ende la consulta están condicionadas a si el juez resuelve la inconstitucionalidad o no.

Para profundizar en el tema, a continuación se verá las definiciones de estos tres elementos: la certeza, y la duda razonable y motivada, en el Diccionario Jurídico de CABANELLAS.

1. La certeza es la clara, segura y firme convicción de la verdad. Ausencia de dudas sobre un hecho o cosa.¹⁴² El momento en que se establece la obligación de aplicar la Constitución por parte de los jueces, se presume que estos las conocen bien y por ende el ordenamiento jurídico, por lo que son los más idóneos para resolver si en efecto una norma es contraria o no a la Constitución. De acuerdo con esto, el juez es el mayor conocedor de la ley, quién mejor que él para decidir si una norma es contraria o no a la Constitución.

2. La duda consiste en la suspensión o indeterminación de la voluntad o del entendimiento entre varias decisiones o juicios, cuando no se halla estímulo o razón suficiente para aceptar o asentir entre los objetos o conceptos opuestos o diferentes. Desde el derecho procesal, los jueces no pueden ampararse en la duda de los preceptos y rehusar así un fallo, ya que el legislador les da elementos jurídico supletorios para juzgar, a falta de ley, mediante la costumbre o los principios generales de derecho, más adelante de que aquí nace la razón por la que los jurisconsultos romanos crearon los *in dubis* o *in dubio*.¹⁴³

3. La motivación como complemento al elemento de la duda. Para CABANELLAS, esta consiste en dar motivo para algo, fundar, razonar una resolución, plan, fallo o disposición. Motivo es la causa, razón o fundamento de una decisión, de un proceder.¹⁴⁴

Para cerrar el tema, el elemento de certeza es el que debe primar. Como se puede ver, los jueces tienen otros recursos para resolver en caso de duda como son los *in*

¹⁴² G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª Edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008.

¹⁴³ Cfr. G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª Edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008.

¹⁴⁴ Cfr. G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª Edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008.

dubios. El juez al no poder resolver el caso, como se ha planteado, teniendo la facultad de suspender la causa y enviar a consulta, genera un retardo en la administración de justicia, atentando contra el principio de celeridad reconocido en el artículo 75 de la Constitución, desarrollado en el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece que la administración de justicia será rápida y oportuna, y en el inciso segundo del mismo artículo, que el retardo injustificado en la administración de justicia será sancionado de conformidad con la ley.¹⁴⁵

La duda motivada es la esencia del control concentrado de constitucionalidad, ya que el juez no debe resolver la constitucionalidad, su obligación es, mandar a consulta al órgano especializado facultado para resolver en concreto. Para PÉREZ ROYO, volviendo al caso español, la motivación es elemento clave:

La cuestión de inconstitucionalidad no la prevé el constituyente para satisfacer la curiosidad científica en un órgano judicial, sino para ayudarle a administrar justicia. Por esto el Tribunal Constitucional puede y debe controlar antes que nada la decisión del órgano que plantea la cuestión y debe admitirla si no está suficientemente motivada. El respeto a la ley en cuanto expresión de la voluntad popular así lo exige.¹⁴⁶

Con esto se constata que la consulta no debe caer en la comodidad del juez que la efectúa, sino que esta debe ser en función de la correcta administración de justicia y de la resolución del tema en cuestión. Llevando esto a la realidad del Ecuador, los jueces constitucionales deben ser muy estrictos en los temas que admiten a consulta, ya que éstas deben ser casos complejos y no elementales, porque de lo contrario se cae nuevamente en una acumulación innecesaria de causas que podrían ser resueltas por jueces ordinarios.

En el Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula cómo deben proceder los jueces, mientras que el Código Orgánico de la Función Judicial establece cómo se manejarán procesalmente los

¹⁴⁵ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, disponible en: Suplemento RO Número 544, 9 de marzo de 2009.

¹⁴⁶ J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Óp. Cit., p. 814

temas constitucionales. Estas dos leyes otorgan dos opciones a los jueces para actuar: optar por la certeza y resolver la inconstitucionalidad, inaplicando la norma contraria al caso que están resolviendo, con el peligro de que se les inicie un posible proceso por prevaricato,¹⁴⁷ u optar por la duda razonable y motivada, donde quien resuelve es la Corte Constitucional.

Analizando y tomando como fundamento el modelo constitucionalista que nos establece la Constitución de 2008, basados en las normas que regulan la materia, es responsabilidad de los jueces, como garantes de los derechos fundamentales y de la correcta administración de justicia, resolver y decidir en los procesos de inconstitucionalidad.

Esto no es algo nuevo, pues con la introducción del control difuso en la Constitución de 1998 ya lo venían haciendo. Lo único que traen los cambios en la Constitución de 2008 es un entorpecimiento de la administración de justicia, introduciendo un elemento utilizado para justificar la no interpretación de la Constitución por parte de los jueces, faltando a su deber de una oportuna y eficiente administración de justicia.

3.4.1. El principio de aplicación directa de la Constitución.

Con la intención de sostener que en el Ecuador sigue existiendo el Control Difuso, hay otra puerta que queda abierta para que los jueces puedan resolver, que es el artículo 426 de la Constitución vigente. Esto como un complemento de lo explicado en el título anterior.

¹⁴⁷ JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN, JUICIO POR PREVARICATO DE MAGISTRADOS, disponible en: Gaceta Judicial. Año XCIV. Serie XVI. No. 1. Pág. 207. (Quito, 1 de julio de 1993). Para el tratadista FONTAN BALESTRA citado por la Corte Suprema de Justicia es: "El delito se comete cuando el juez sabe que resuelve en contra de la ley", tipificado en el artículo 277 del Código Penal, numerales: 1 Los jueces de derecho o árbitros jurís que, por interés personal, por efecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra ley expresa, o precedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece. 2. Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan.

GRIJALVA, citando a Peter Häberle, considera “la necesidad de una sociedad abierta a los intérpretes de la Constitución”, por lo que en procesos de interpretación participan todos los actores de un Estado democrático. Esta concepción corresponde a la de una sociedad democrática en que mayorías y minorías se sujetan a los derechos y procedimientos constitucionales, al alcance de todos sus ciudadanos, una condición para que cualquier país logre una cultura constitucional.¹⁴⁸

Para entender lo dicho sobre la participación de los actores del Estado democrático en la interpretación de la Constitución, hay que profundizar en los elementos que nos trae el modelo establecido en la Constitución de 2008; el paso del estado de derecho a un estado social de derechos y justicia, donde el Estado y sus instituciones pasan a ser garantes de los principios establecidos en la Constitución, con la intención de introducirnos en lo que se conoce como el neoconstitucionalismo.

Los elementos fundamentales para sustanciar este cambio son: el carácter normativo superior en la Constitución; la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y un modelo garantista, donde todo ciudadano puede recurrir a la Constitución. La relevancia de los actores constitucionales es fundamental, ya que existe una infinidad de temas que son de su competencia, y que deben ser regulados, como garantes de orden constitucional. Y, finalmente, el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente del derecho.

Para RAMIRO ÁVILA, el estado de derechos está compuesto por los derechos de las personas, de los pueblos y de la naturaleza, donde la justicia es el resultado de

¹⁴⁸ Cfr. A. GRIJALVA, “*Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*”. *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Claudia Storini, editores, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2009, p. 274., Pendiente de confirmar.

las decisiones de los órganos públicos y de los particulares. La Constitución es la referencia y fuente de obligaciones que determinan la naturaleza del Estado y de las relaciones sociales y políticas.¹⁴⁹

El artículo 426, que se cita a continuación trae la aplicación directa de la Constitución por parte de todos los actores del Estado constitucional.

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.¹⁵⁰

A este lo complementa el artículo 425 que introduce el principio de jerarquía normativa, donde el orden jerárquico de aplicación de normas será en base a Constitución, y en caso de conflicto entre normas establece lo siguiente:

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.¹⁵¹

Para personas como AGUSTÍN GRIJALVA, MARTÍNEZ DALMAU y MASAPANTA GALLEGOS que citaré a continuación, el artículo 426 deja la puerta abierta para que jueces puedan inaplicar la una norma por ser contraria a la Constitución, con lo que se puede decir que sigue habiendo un control difuso.

GRIJALVA considera que el juez ordinario requiere siempre de la Constitución para aplicar la ley en función de derechos constitucionales de personas.¹⁵²

¹⁴⁹ Cfr. R. ÁVILA, *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia* La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado, primera edición, Serie de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, p. 37.

¹⁵⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008

¹⁵¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008

Para MARTÍNEZ DALMAU:

El artículo 426, determina que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución, que debe ser, aplicable directamente por los jueces y autoridades públicas, De hecho, el artículo 11.3 de la nueva Constitución insiste en la idea de aplicabilidad directa, esta vez de los derechos, justamente para alejar cualquier posibilidad de excusar su aplicación por razones tradicionalmente aducidas, como la ausencia de legislación o la incapacidad económica del Estado. Considera que el juez ordinario requiere siempre de la Constitución para aplicar la ley en función de derechos constitucionales de personas.¹⁵³

Para MASAPANTA GALLEGOS, este artículo, al establecer que tanto jueces y juezas, así como autoridades y funcionarios públicos deben aplicar directamente las normas constitucionales, estos pueden también inaplicarlas en caso de contradicción con la Constitución, potestad que bajo la Constitución de 1998 estaba a cargo solamente de los operadores judiciales.¹⁵⁴

El artículo 426 va de la mano con lo dicho en el numeral 3 del artículo 11 de la misma Constitución, sobre los principios por los que se regirá el ejercicio de los derechos, el cual indica que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. El numeral 4 del artículo 11 habla de que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. Según el numeral 5, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Por esto, el juez, en caso de encontrarse con una

¹⁵² CFR. . GRIJALVA, Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional, Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Óp. Cit.,P. 284

¹⁵³ R. MARTÍNEZ DALMAU, *Supremacía de la Constitución, Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, primera edición, Serie Justina y Derechos Humano, pp. 282 y 283.

¹⁵⁴ Cfr. C. MASAPANTA GALLEGOS, Tesis: *El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios al Inaplicar preceptos contrarios a la Constitución Política del Ecuador*. p. 89, disponible en: <http://www.alfonsozambrano.com/corte-constitucional-ec/doctrina/080311/dpc-control-difuso-constitucionalidad.pdf>, Consulta: 6 de febrero de 2011.

norma que vulnere un derecho reconocido por la Constitución, debe inaplicar esta, por su obligación de hacer prevalecer lo establecido por la Constitución. Este artículo indica que existe un mandato por parte de los jueces de hacer cumplir la Constitución y aplicarla directamente.

La siguiente jurisprudencia responde a la interrogante sobre el principio de aplicación directa de la Constitución:

Legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) **en al solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta Fundamental;** y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.(énfasis añadido)¹⁵⁵

En el punto b) habla de que en caso de conflicto por ausencia de ley o por contradicciones, (en caso de norma que contradiga los preceptos constitucionales), se resolverá mediante la aplicación directa de la Constitución. Para los peruanos éste es el control difuso, por que al resolver de esta manera, el juez deja de aplicar la norma por contradecir la Constitución.

MASAPANTA GALLEGOS, quien efectuó su trabajo de tesis en el año 2008, antes de que se expidiera la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, se planteó la disyuntiva de cuándo un juez inaplica un precepto directamente y cuándo suspende el juicio y eleva el expediente en consulta a la Corte; para esta respuesta MASAPANTA GALLEGOS indica que debería ser regulado por una norma secundaria y propone que se inaplique en casos comunes, dejando la consulta para

¹⁵⁵ RESOLUCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 1, INCONSTITUCIONALIDAD POR FORMA DE LA LEY DE MINERÍA, disponible en: Registro Oficial Suplemento 176 de 21 de abril de 2010.5

casos relevantes en donde se requiera de conocimientos de un órgano especializado, para evitar acumulación de causas y saturación de la Corte.¹⁵⁶

Para ZAGREBELSKY los jueces tienen gran responsabilidad en la vida del derecho: son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley y Estado constitucional. El derecho no es objeto propiedad de uno, sino debe ser objeto del cuidado de todos.¹⁵⁷

3.4.2. El control en concreto de acuerdo con la Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

El artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional habla de la finalidad y objeto del control de constitucionalidad, que es garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

Los artículos 167, sobre las Juezas y jueces de primer nivel; 168, sobre las Cortes Provinciales de Justicia, en su numeral 3, y 169, de la Corte Nacional de Justicia en su numeral 3, contienen un elemento en común dentro de sus facultades: el ejercer el control concreto, condicionado a los términos de esta ley. Se reconoce, entonces, el control concreto por parte de los jueces.

3.4.3. Interpretación constitucional en la Constitución de 2008

Se trata de darle sentido o invocar el sentido de una norma constitucional con el fin de aplicarla. Originalmente, el intérprete era el legislador, de ahí fue

¹⁵⁶ Cfr. C. MASAPANTA GALLEGOS, Tesis: *El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios al Inaplicar preceptos contrarios a la Constitución Política del Ecuador*. Óp. Cit., p. 62.

¹⁵⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia*, Óp. Cit., p. 153

evolucionando hasta el día de hoy, que se puede hablar de que está compuesta por una parte legal y no sólo política, por lo que se requiere que otros actores puedan interpretarla.

Para REVENGA SÁNCHEZ:

Si el núcleo de la teoría constitucional de nuestros días es la interpretación de la Constitución, el núcleo de la interpretación de la Constitución no es otro que el del deslinde de atribuciones respectivas, en el desempeño de tal cometido, entre el legislador democrático y el juez constitucional.¹⁵⁸

Es el proceso por el cual se indaga el sentido de una norma constitucional con el objetivo de aplicarla. Si la Constitución establece que su interpretación compete a todos los jueces y funcionarios, estos deben basarse en los métodos y reglas de interpretación establecidos en el artículo 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Sobre esto se deben utilizar los siguientes criterios:

1. En caso de certeza:

1.-El sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

En caso de duda:

2.- Sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución.

3.- Que mejor respete la voluntad del constituyente.

De ahí se tendrán en cuenta los siguientes métodos, independientemente que se utilicen uno o varios:

1. Reglas de solución de antinomias:

- a) la jerárquicamente superior;
- b) la especial;
- c) la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- En caso de contradicción entre principio

¹⁵⁸ M. REVENGA SÁNCHEZ, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=169791>, Consulta: lunes 15 de febrero de 2010

- y normas. Para lo que se realizará un test con los siguientes elementos:
- a) Fin constitucionalmente válido,
 - b) Idónea,
 - c) Necesaria para garantizarlo,
 - d) Debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto.

4. Interpretación evolutiva o dinámica.

5. Interpretación sistemática.

6. Interpretación teleológica.

7. Interpretación literal.

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

159

Sobre el principio de proporcionalidad que se vio anteriormente, como una de los métodos para interpretar la Constitución, ÁVILA opina que es el que deben utilizar los jueces al realizar el control difuso de constitucionalidad:

El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos. (...) El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales. Si no lo son, insistimos, podría ejercer el control difuso de constitucionalidad e inaplicar las leyes.¹⁶⁰

Aquí ÁVILA defiende la posibilidad de que los jueces ejerzan un control difuso, en caso de que una norma vulnere un derecho reconocido por la Constitución, mediante el principio de proporcionalidad.

Para el tratadista alemán LUDWIG ENNECCERUS, interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido, aquel que es decisivo para la vida jurídica y por lo

¹⁵⁹ LEY DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Disponible en: Registro Oficial Suplemento # 52, 22 de octubre de 2009.

¹⁶⁰ R. ÁVILA, *El Principio de Legalidad vs El Principio de Proporcionalidad. El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, primera edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008 p. 333

tanto también para la resolución judicial.¹⁶¹ Aquí lo importante, y una de las razones del por que del control difuso, es que muchas veces la constitucionalidad de la norma está comprometida para la resolución del caso concreto, por lo que la solución no debe ser la inconstitucionalidad con efectos generales, sino resolver y hacer justicia dentro de un caso con efecto solo entre las partes. El control difuso permite que se resuelva esa inconstitucionalidad dentro del caso, pero que la norma siga existiendo, porque esta puede ser constitucional y necesaria para el resto del ordenamiento jurídico.

3.4.4. Necesidad de buena jurisprudencia vinculante que nos permita esclarecer el tema

Para VINTIMILLA SALDAÑA, la Constitución vigente en su numeral 6 del artículo 436 concede entre las atribuciones de la Corte Constitucional la Facultad de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”¹⁶².

Para ESCOBAR GARCÍA, volviendo al tema del control concreto, esto puede ser de mucha ayuda para solucionar el peligro que representa la diversidad de criterios entre los distintos jueces, para lo que establece los siguientes puntos: la diversidad de criterios no es problema exclusivo del control de Constitucionalidad, sino de todo proceso de interpretación y aplicación del Derecho; hay que tomar en cuenta la obligatoriedad horizontal y vertical del precedente judicial, en es especial de las altas cortes; sobre esto los jueces están vinculados por las directrices jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional. Para ESCOBAR GARCÍA,

¹⁶¹ Cfr. L. ENNECCERUS, Disponible en: http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/interpretacionconstitucional/31.pdf, Consulta: 15 de febrero de 2010

¹⁶² Cfr. J. VINTIMILLA SALDAÑA, “La Justicia Constitucional Ecuatoriana en la Constitución de 2008” disponible en: *Iuris Dictio*, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito Año X, Número 12, Octubre de 2009.

existen dispositivos especiales que permiten la unificación de jurisprudencia, mediante los diversos recursos. Este modelo de control concreto no es incompatible con la existencia de un órgano de cierre del sistema.¹⁶³

Es importante que una jurisprudencia aclare todavía más lo dicho por el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Con esto se abriría un precedente para que los jueces apliquen el control difuso.

Del análisis de derecho comparado dentro de este capítulo, encontramos que en los casos de Colombia y Perú quien establece el control difuso, no es la propia constitución sino la interpretación que hace el órgano especializado de un artículo de la norma. A mi manera de ver éstos artículo son el equivalente al inciso segundo del artículo 425 de la Constitución vigente en el Ecuador. A continuación este cuadro comparativo nos muestra, la relación con los tres artículos:

Perú	Artículo 138	La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. ¹⁶⁴ (énfasis añadido)
Colombia	Artículo 4	La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. ¹⁶⁵ (énfasis añadido)

¹⁶³ Cfr. C. ESCOBAR GARCÍA, *Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional? La Constitución del 2008 en el contexto andino.*, Óp. Cit., pp. 340, 341 342

¹⁶⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Consulta: 6 de noviembre de 2010.

¹⁶⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991, disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>. Consulta: 18 de octubre de 2010.

Ecuador	2do inciso del artículo 425	En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. ¹⁶⁶ (énfasis añadido)
----------------	-----------------------------	---

El artículo 425 hace referencia a la resolución mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior, en el inciso primero del mismo artículo, establece el orden jerárquico de las normas poniendo a la Constitución en la cima del ordenamiento jurídico.

A manera de análisis, se puede decir que la diferencia radica en la interpretación por parte del órgano especializado en cada país, en Colombia y en Perú ha sido la que estos artículo permiten la existencia de un control difuso. En el Ecuador sobre este artículo la Corte Constitucional no se ha manifestado, lo ha mencionado en algunas resoluciones cuando se refiere al principio de supremacía, como la jurisprudencia que cito a continuación:

Sentencia No. 034-09-SEP-CC

Caso No. 0422-09-EP

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, siendo, por tanto, indispensable que ejerza ese control y además atribuciones en estricto término al señalado en la Constitución de la República, pues su función primordial es preservar la supremacía e integridad de la misma y asegurar la efectiva aplicación de los derechos y principios constitucionales, conforme lo prescribe en su artículo 424. **Sin embargo, de lo dicho no se puede desconocer lo dispuesto en los artículo 425, 426, 427 y 428 ibídem, toda vez que el control de constitucionalidad abarca a otros operadores y, sin distingo de quien lo aplique, perseguirá igual fin, que es el de garantizar la supremacía de la Constitución, y por tanto, las decisiones judiciales adoptadas no pueden escapar a**

¹⁶⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008

dicho control y se sujetarán también a lo dicho por al Carta Suprema. (énfasis añadido)¹⁶⁷

Los elementos que encuentro aquí es el hecho de que se reconoce que la Corte no es el único órgano de control, interpretación y de administración de justicia en materia constitucional; y el hecho de que se reconoce la existen otros operadores de inferior jerarquía quienes deben garantizar la supremacía de la Constitución, en sus decisiones judiciales. Lamentablemente la jurisprudencia solo hace mención del tema pero no es el centro de lo que se está resolviendo, por lo que no profundiza más al respecto.

3.4.5. Control de constitucionalidad: análisis de casos.

A continuación, se verán las apreciaciones de la Corte con referencia a los cambios dados.

1. Sentencia 0002-09-SCN-CC

Caso: 0004-09-CN

Corte Constitucional: La actual Constitución dispone que ante esta posibilidad, el juez debe remitir a la Corte Constitucional el expediente, con la indicación de la norma jurídica sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad, a fin de que este organismo de control constitucional emita su pronunciamiento respecto a las normas jurídicas sobre las cuales existan dudas acerca de su constitucionalidad, 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.** (énfasis añadido).¹⁶⁸

2. Sentencia No. 003-10-SCN-CC

CASO No. 0005-09-CN

Corte Constitucional: El rol que desempeña la consulta es aclarar el panorama de los jueces en casos de dudas respecto a la constitucionalidad de una norma puesta a su conocimiento dentro de un caso concreto; algunos tratadistas asocian a esta figura con el denominado control difuso de constitucionalidad; para otros, **bajo la nueva Constitución, aquel control difuso ha desaparecido**, ya que en la anterior Carta Fundamental, el artículo 274 establecía la facultad de inaplicar directamente o a petición de

¹⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: Registro Oficial Suplemento 97, resolución de la Corte Constitucional 34, del 29 de diciembre de 2009.

¹⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=2, consulta: 28 de marzo de 2011.*

parte una norma contraria a la Constitución, debiendo remitir el expediente al ex Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie con efectos erga omnes. **La nueva figura de la consulta prevé que ya no sea el juez quien inaplique directamente, sino que es la Corte Constitucional la que debe dilucidar este conflicto normativo**, situación que va acorde con la supremacía material de la Constitución. (énfasis añadido).¹⁶⁹

3. Sentencia No. 007-10-SCN-CC

CASOS No. 0003-10-CN

Corte Constitucional: “Naturaleza jurídica y finalidad de la Consulta de Constitucionalidad de normas jurídicas.- El artículo 274 de la Constitución Política de 1998 habilitaba a cualquier juez para declarar inaplicable, por decisión propia, una norma que consideraba contraria a la Constitución; en cambio, el artículo 428 de la actual Constitución dispone que, ante esta posibilidad, el juez debe remitir el expediente a la Corte Constitucional, con la indicación de la norma jurídica sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad, a fin de que este organismo de control constitucional emita su pronunciamiento respecto de 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.**”(énfasis añadido)¹⁷⁰

Existen faltas muy importantes en los análisis como en el caso 2 donde establece como el gran logro de este cambio del control difuso al concentrado, asociándolo con la supremacía material de la Constitución. Cosa que no va de acuerdo con el modelo planteado, ya que en un régimen constitucionalista existe la importancia de todos los actores, hagan valer la Constitución y los derechos consagrados en ésta.

En estos casos de la Corte Constitucional, existe como elemento en común, la afirmación de la eliminación del control difuso y el paso a un control concentrado de constitucionalidad. Con esto la Corte se autoproclama de la misma manera que lo hizo en la transición de Corte a Tribunal Constitucional, como único ente encargado del control jurisdiccional de constitucionalidad, desconociendo lo dicho en las leyes que regulan la materia y la posibilidad de que los ciudadanos tengamos

¹⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f8a5ecf5-a0f6-4055-870a-370724864b3a/0005-09-CN-res.pdf>, consulta: 28 de marzo de 2011.

¹⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/956908a3-cb12-49b6-b678-01475b6c189b/0003-10-CN-res.pdf>, consulta: 28 de marzo de 2011.

otras garantías para hacer frente a posibles arbitrariedades por parte de los poderes del estado.

Para GRIJALVA la facultad de la corte de generar precedentes vinculantes de súper poder, en manos de una corte manipulada políticamente o corrupta, implica grandes riesgos, puesto que se convertiría en un instrumento de ilegítima intervención en la justicia ordinaria. Para el autor la solución no es intervenir en el desarrollo de la justicia constitucional en el país sino luchar por una Corte independiente y profesional.¹⁷¹ De lo dicho por el autor sobre una corte manipulada políticamente, lo podemos apreciar a través del proceso que estamos viviendo de consulta popular, y corrupta, suficiente tenemos con el escándalo por el caso de la Cervecería Nacional.

El siguiente caso, por un lado, siguen manteniendo lo dicho en estas jurisprudencias anteriores, pero citan autores que defienden la inaplicabilidad por parte de los jueces, como un punto fundamental en un sistema Constitucionalista.

4. Sentencia No. 006-10-SCN-CC

CASO Nro. 0039-09-CN

Aquí por un lado comenta lo establecido en el artículo 428 como:

La modificación que realiza la actual Constitución, es un cambio, de control difuso, que se origina en el hecho de cualquier juez puede inaplicar una norma que considere inconstitucional dentro de una causa cualquiera puesta a su conocimiento, a un control concentrado, en el que es el órgano constitucional el que tiene la facultad de decidir sobre la inconstitucionalidad de la norma secundaria, sistema en el cual sólo le está permitido al juez, en caso de duda sobre la constitucionalidad de la disposición legal, suspender la tramitación de la causa y remitir los antecedentes al órgano constitucional para que adopte la decisión que se aplicará en el futuro, desde el punto de vista constitucional. (énfasis añadido)¹⁷²

¹⁷¹ Cfr. A. GRIJALVA JIMÉNEZ, *Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional*, Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 *en perspectiva*, Óp. Cit., p. 272

¹⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3627af6c-8899-4b78-b141-893b8937d04e/0039-09-CN-res.pdf>, consulta: 28 de marzo de 2011.

Pero de ahí, dentro de la construcción de los argumentos sobre el control en concreto, como este funciona bajo la Constitución de 2008, citando a ESCOBAR GARCÍA agrega lo siguiente:

Respecto del tema, son concluyentes las valiosas opiniones de Claudia Escobar García, expuestas en el Compendio de la Constitución del 2008, en el Contexto Andino, cuando sostiene "Que existe consenso sobre la necesidad de garantizar la supremacía y fuerza normativa de las constituciones políticas, para que pasen de ser un documento meramente político a un texto jurídico en el sentido pleno de la palabra"; y, que "En el denominado control concreto de constitucionalidad, todos y cada uno de los jueces son considerados constitucionales, y en este sentido cada uno de ellos debe asegurar que la aplicación de las normas jurídicas que sirven de base a la resolución de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, se ajusten a los preceptos constitucionales; **por este motivo, cuando la aplicación de una norma jurídica al caso particular genera una situación de inconstitucionalidad, el juez debe inaplicarla.** (énfasis añadido)¹⁷³

Se pueden apreciar varios elementos: primero, existe un consenso sobre la necesidad de garantizar la supremacía y fuerza normativa de las constituciones, que pasen de un documento político a uno jurídico; segundo, en el control concreto todos y cada uno de los jueces son constitucionales, cada uno debe asegurar que la aplicación de las normas jurídicas se ajusten a los preceptos constitucionales; tercero, cuando la aplicación de una norma jurídica a un caso particular genere una situación de inconstitucionalidad el juez de inaplicarla.

De ahí sobre lo establecido en la Ley de Garantías en relación a que los jueces sólo en caso de duda razonable y motivada enviarán a consulta, dice lo siguiente:

El contenido de esta disposición, que es eco de la norma del artículo 428 de la Constitución, confirma en todo caso el celo garantista de ésta, desde el punto de vista del control al que somete a todos los jueces y a otros en el desempeño de sus cargos.¹⁷⁴

De ahí vuelve a citar a ESCOBAR GARCÍA, quien habla de la eliminación del control difuso y hace la misma reflexión respecto a la Ley de Garantías

¹⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3627af6c-8899-4b78-b141-893b8937d04e/0039-09-CN-res.pdf>, consulta: 28 de marzo de 2011.

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3627af6c-8899-4b78-b141-893b8937d04e/0039-09-CN-res.pdf>, consulta: 28 de marzo de 2011.

Jurisidiccionales y Control Constitucional. Más bien deberían citar a ESCOBAR GARCÍA donde se refiere en el mismo artículo que se sustituye el modelo con aras de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, que complementa con el siguiente análisis:

No obstante, este nuevo modelo no solo no resuelve las dificultades del anterior y, por el contrario, sí genera problemas adicionales. Por un lado, la suspensión del proceso puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva; esperar al pronunciamiento de la Corte puede convertirse en un verdadero obstáculo para que las autoridades judiciales resuelvan los problemas sometidos a su conocimiento. Por otro lado, este nuevo diseño elimina totalmente el control difuso de constitucionalidad, cuya necesidad es imperante en los complejos sistemas jurídicos contemporáneos; si bien es cierto que la Corte Constitucional es el órgano de cierre en materia constitucional, también es cierto que la propia supremacía de la Carta Política exige su protección por todo el sistema judicial y no solo por la Corte.¹⁷⁵

Para cerrar este tema, puedo decir que la Jurisprudencia contradice lo dicho por el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, ya que por más de estar evidente los jueces de la Corte buscan la manera de desconocerlo, en parte por que así consolida su hegemonía como intérpretes de la Constitución y máximo órgano en esta materia, y la posibilidad de que otros actores vulneren su participación.

Si bien estos precedentes son vinculantes, no hay que olvidarnos que la corte es transitoria y se deberá nombrar una nueva corte, esperemos que ésta responda a lo dicho por GRIJALVA, y que dentro de sus resoluciones no se desconozca lo dicho por la ley.

3.5. El porqué del control difuso de constitucionalidad y justificación

Para ESCOBAR GARCÍA, existe consenso en la necesidad de garantizar la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, al igual que la Constitución pase de ser un documento político a uno jurídico. El problema es que no existe

¹⁷⁵ C. ESCOBAR GARCÍA, *Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?* Óp. Cit., p. 339

consenso sobre qué mecanismo debe implementarse para asegurar esta supremacía y valor normativo.¹⁷⁶

Del análisis realizado, se puede afirmar que hay diversos criterios sobre el sistema de control que impera en el Ecuador: por una lado, hay quienes defienden el paso de un control difuso a uno concentrado y consideran estos como un paso adelante en la búsqueda de una justicia constitucional, y hay otros que hablan de un control mixto.

Para ÁVILA, el modelo que existe en el Ecuador es el de control mixto de constitucionalidad:

En Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley y en los casos en los que los jueces duden sobre su aplicación; por otro lado, control difuso, el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto, por el que puede inaplicar una ley que considere inválida.¹⁷⁷

Teniendo algunos argumentos a favor de que sí existe un control mixto de constitucionalidad y, por ende, el control difuso es parte del modelo establecido. A continuación se analizarán las ventajas que aporta la existencia de este tipo de control.

En ese mismo artículo, ÁVILA nos habla de la importancia de la facultad de inaplicabilidad en procesos penales, por lo que este puede inobservar la ley penal por normas superiores, constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos. Aquí el juez no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más protectora.¹⁷⁸ Esta es,

¹⁷⁶ Cfr. C. ESCOBAR GARCÍA, *Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?* Óp. Cit., p. 338

¹⁷⁷ R. ÁVILA, *El Principio de Legalidad vs El Principio de Proporcionalidad. El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Óp. Cit., p. 329

¹⁷⁸ Cfr. R. ÁVILA, *El Principio de Legalidad vs El Principio de Proporcionalidad. El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Óp. Cit., p. 332

desde una visión garantista, la importancia de que el juez tenga la facultad de inaplicar una norma, por aplicar otra que reconozca más los derechos de las personas al momento de un juicio penal y que está de por medio la libertad de una persona.

Para TORRES cuando en noviembre de 2007, nos quedamos sin Constitución, como límite al poder político, al quedar derogada la Constitución de 1998, la situación fue en beneficio de la mayoría constituyente, ya que su actuación no podía ser juzgada como inconstitucional por ningún juez o tribunal. En teoría podía controlarse la constitucionalidad en abstracto, y en concreto, pero esto estaba en manos del Presidente y una vez instalada la asamblea a las órdenes de la mayoría constituyente. El control difuso de la constitucionalidad a cargo de los jueces ordinarios era la única garantía de independencia, con la limitación de que tal control solamente producía efectos entre las partes que litigaban dentro de un proceso judicial.¹⁷⁹

El elemento fundamental aquí, es la independencia del control de constitucionalidad. En países de inestabilidad política es necesario que los ciudadanos cuenten con otras garantías para la tutela de sus derechos. No puede existir un monopolio por órganos que ejercen el control de algo. En un tema tan importante como el control de la constitucionalidad no debe ser exclusivo de un actor, sino en el que participen otros.

Para MASAPANTA GALLEGOS, el respeto hacia la Constitución es una tarea que todos los actores sociales, políticos y jurídicos. Mientras más se involucre a las personas en el control de las normas constituciones, más se generará una cultura de respeto hacia nuestra Carta Fundamental. Por ende, una mayor judicialización de la Constitución, por lo que considera que uno de los avances más importantes

¹⁷⁹ Cfr. L. F. TORRES, *Presidencialismo Constituyente*, primera edición, Cevallos Editora Jurídica, Quito, Ecuador, 2009. pp. 258, 259. Hace el análisis desde una visión más política sobre la importancia del control difuso.

de la nueva Constitución de 2008 es la extensión del control de constitucionalidad a todas las personas, autoridades e instituciones. Para MASAPANTA GALLEGOS, este constituye una buena pauta para que a futuro se consolide una eficiente justicia constitucional en el Ecuador.¹⁸⁰

Sobre el debate que hay acerca de la legitimidad que tienen las decisiones de un órgano que no tiene origen electoral y la necesidad por parte de los estados de un órgano independiente que vele por la supremacía constitucional, a continuación PRIETO SANCHÍS aporta lo siguiente desde la óptica del control difuso, como el mecanismo donde el juez no juega un papel de legislador negativo, por lo que los efectos de su decisión son los más respetuosos, de las potestades parlamentarias y de la ley, siendo esta una ventaja desde la perspectiva del Imperio de la Ley y de la supremacía del Parlamento.

En realidad, si de algo fuera menester prescindir, creo que sería la fiscalización abstracta quien habría de sacrificarse. Lo que no podría desaparecer es la defensa de los derechos por parte de la justicia ordinaria, cuyo primer y preferente parámetro normativo no es la ley, sino la Constitución; y es aquí justamente donde la ponderación despliega toda su virtualidad. Como observa Ferrajoli, una concepción no meramente procedimentalista de la democracia ha de ser “garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la de la mayoría” y esa garantía sólo puede ser operativa con el recurso a la instancia jurisdiccional.¹⁸¹

De acuerdo con ZAGREBELSKY, esta constituye la garantía más importante de los principales actores de la sociedad que son los individuos. El control difuso, al ser el control al caso concreto, tutela los derechos de la partes de manera inmediata. Este tipo de control se desarrolla sobre la exigencia de la tutela judicial de los derechos establecidos en la Constitución. Esta tutela constituye la razón del sistema de justicia constitucional, donde el control de la Ley se da, en procesos judiciales, en situaciones que afectan de manera concreta los derechos de las partes

¹⁸⁰ Cfr. C. MASAPANTA GALLEGOS, TESIS: *El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios al Inaplicar Preceptos Contrarios a la Constitución Política del Ecuador*. Quito, Ecuador, 2008. p. 94, disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/080311/dpc-control_difuso_constitucionalidad.pdf. Consulta 26 de febrero de 2011.

¹⁸¹ L. PRIETO SANCHÍS, *El Juicio de Ponderación Constitucional. El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, primera edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, pp. 121 y 122

y en las razones del legislador no encuentra defensa. En la ciencia del derecho se da la apreciación de los derechos tal y como aparecen en casos concretos, según el método casuístico y abstracto del derecho europeo, donde este más que al servicio del derecho objetivo, la ciencia del derecho lo pone al servicio de los derechos subjetivos.¹⁸²

Para analizar el control de constitucionalidad enfocado en el control difuso, es necesario esclarecer los derechos y las cuestiones que se permite tutelar mediante el control difuso, como limitar el abuso de poder, por parte de los poderes tradicionales del Estado y garantizar los derechos de los individuos, ya que el juez debe resolver anteponiendo la justicia mediante las garantías establecidas en la misma, buscando la justicia, tema fundamental del estado constitucional de derechos y justicia.

El control difuso no solo constituye un mecanismo para asegurar la supremacía de la Constitución, sino que es un elemento que permite que los fallos de los jueces vayan de acuerdo con la Constitución, por lo que el sistema se va acoplado a la norma suprema. La importancia de este control no es resolver la constitucionalidad desde una óptica general, sino que hay casos en los que se debe resolver la constitucionalidad para ese caso concreto, donde la norma no viola el sistema sino la derechos fundamentales en el caso que se está tratando.

¹⁸² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia*, Óp. Cit., p. 62

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego de haber analizado a la Constitución como punto de partida del ordenamiento jurídico y cómo ésta regula la existencia del resto de normas de inferior jerarquía con base en el principio de supremacía constitucional, a través de los distintos mecanismos de control de la constitucionalidad que nos trae la doctrina, se puede encontrar y resolver las confusiones que por lo general se dan al asociar el control concreto con el control difuso y el control abstracto con el control concentrado. Vale esta aclaración para llegar a la conclusión de qué sistema es el que establece la nueva Constitución y a dónde nos debemos dirigir en materia de control de la constitucionalidad.

Dentro de la evolución del principio de supremacía constitucional y los instrumentos para elevarla como tal, vemos que en el Ecuador el sistema de control de constitucionalidad que predominó fue el político. El gran paso dentro de la evolución del control de constitucionalidad fue del control político a uno jurisdiccional con las reformas de la Constitución de 1978 en el año 1996, con la introducción del control concentrado, y con la Constitución de 1998 con la aparición del control difuso. Al realizar una comparación entre la Constitución actual y la de 1998, podemos ver cómo las reformas solo generan confusión y un retardo en la administración de justicia y un cambio que luego es rectificado por las leyes que regulan la materia.

Al revisar y comparar las legislaciones de Colombia y Perú, se puede decir que las jurisprudencias, de la Corte Constitucional colombiana y del Tribunal Constitucional peruano, son las que dan claridad en el tema de control constitucional, los cuales haciendo una interpretación del artículo 4 en el caso

colombiano¹⁸³ y 138 en el peruano¹⁸⁴ establecen el control difuso como uno de los mecanismos para hacer valer el principio de supremacía de la Constitución, basados en el principio de jerarquía constitucional. Sin embargo, ambos casos resaltan la importancia de este tipo de control de constitucionalidad como mecanismo para garantizar los principios fundamentales establecidos en ambos textos constitucionales. En los dos países, el órgano especializado de control goza de mucha legitimidad: se puede ver que en ambos casos constituyen pilares fundamentales en los procesos de constitucionalización de la justicia, con importantes logros en materia constitucional.

En el Ecuador si bien la Constitución reconoce que las decisiones de la Corte Constitucional generarán jurisprudencia vinculante, esta como institución ha sido muy cuestionada, desde su legitimidad¹⁸⁵ por su autoproclamación como jueces constitucionales¹⁸⁶; su credibilidad¹⁸⁷, por escándalos de corrupción¹⁸⁸ y procesos, por cohecho en caso como el de la Cervecería Nacional¹⁸⁸, y prevaricato¹⁹⁰ por su

¹⁸³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991, disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>. Consulta: 18 de octubre de 2010.

¹⁸⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Consulta: 6 de noviembre de 2010.

¹⁸⁵ La legitimidad de ese ente ya fue cuestionado cuando los vocales del Tribunal Constitucional se “autoproclamaron” magistrados de la Corte Constitucional, en el 2008. A. ACOSTA, *Acosta duda de Corte Constitucional*, disponible en: Diario el Universo, jueves 10 de febrero de 2008.

¹⁸⁶ No hay ninguna ley ni ninguna norma constitucional que le permita al Tribunal Constitucional convertirse de la noche a la mañana en Corte Constitucional. F. CÁCERES, *Ex Magistrado Califica de Ilegítima Autordeclarada Corte Constitucional*, disponible en: Diario el Universo, miércoles 22 de octubre de 2008.

¹⁸⁷ El 52% de los encuestados no sabe qué es la CC, sin embargo apoya la renuncia de sus miembros por los últimos hechos en los que está involucrada. CONSULTA CIUDADANA SOBRE CASO CERVECERÍA NACIONAL. *Encuesta refleja rechazo ciudadano a Corte Constitucional*, disponible en: <http://www.expreso.ec/ediciones/2011/02/22/nacional/actualidad/encuesta-refleja-rechazo-ciudadano-a-corte-constitucional/>, Consulta 19 de abril de 2011.

¹⁸⁸ Como el Código de Trabajo establece que el reclamo por concepto de utilidades prescribe en tres años, quienes argumentan ser ex trabajadores de la Cervecería y perjudicados por ésta, demandaron su pago por la vía constitucional, haciendo un mal uso de la acción de protección y a sabiendas de que sus derechos prescribieron hace años. Por lo vía laboral, solo pudieran reclamar el pago de utilidades del 2007 en adelante. M. MACÍAS CARMIGNIANI, *Olor a tufo*, disponible en El Comercio, del jueves 17 de abril de 2011.

¹⁸⁸ Asambleísta Galo Lara, de Sociedad Patriótica, oficializó la denuncia ante la Fiscalía General, en cuyo texto acusa de cohecho a los nueve jueces de la CC, así como a Alfredo Larrea Jijón, hermano del secretario del organismo, Arturo Larrea, quien recibió en su cuenta bancaria un cheque por \$ 500.000 el 13 de enero de 2011 de parte de Cervecería Nacional. Corte Constitucional, Disponible en el Universo 5 de febrero 2011.

¹⁹⁰ Cinco jueces de la Corte Constitucional (CC) cambiaron de lugar en el estrado. Ayer se sentaron en el lado de los acusados, para escuchar la imputación de la Fiscalía General del Estado es su contra. Proceso por presunto prevaricato. *Acusados seis jueces de Corte Constitucional*, disponible en diario El Comercio del miércoles 23 de abril de 2011.

resolución en el caso de Villalta¹⁸⁹; además de su evidente vinculación con el proyecto político del gobierno¹⁹¹; y a esto se le suman las contradicciones y pobreza de sus resoluciones.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional analizada establece la eliminación del control difuso, lo que responde a su costumbre de autonombrarse y autoproclamarse, en este caso como único órgano de control de constitucionalidad, desconociendo lo dicho por las leyes que regulan la materia. Se espera que su tan cuestionada participación sirva para que a futuro, a manera de recomendación, seamos más exigentes con el nivel de las personas que queremos tener en una magistratura con tanto poder como la Corte Constitucional, no hay que olvidarnos que esta Corte es transitoria.

Se considera que un tema tan importante como la Constitución no puede quedar en manos de un único intérprete. En el modelo garantista establecido por la Constitución de 2008, es necesaria la participación de otros intérpretes que puedan velar por lo dicho en la Constitución, haciendo prevalecer el principio de supremacía constitucional.

En el presente trabajo de investigación se encontró un punto de conexión entre los tipos de control establecidos por la doctrina y el derecho comparado, que es el principio de supremacía constitucional. Se puede decir que este principio eleva a la Constitución a la cúspide de la estructura jurídica de los estados, por lo que de aquí deriva el resto del ordenamiento jurídico. Este principio es la razón de ser del control difuso, ya que este constituye una garantía dentro de los procesos, pues los

¹⁸⁹ Lo jueces de la Corte Constitucional acogieron un recurso constitucional a favor de Floresmilo Villalta, pese a estar sentenciado a 16 años de prisión por violación a una menor. *Caso Villalta golpea a la CC*. Disponible en diario La Hora, del 9 de marzo de 2011.

¹⁹¹ Resulta sorprendente que la Corte Constitucional (CC) haya decidido corregir el texto de las preguntas de la consulta popular para aprobarla, esto “no es una atribución constitucional de los jueces” para CORNEJO “*llama la atención que la Corte Constitucional apruebe la consulta planteada por el Ejecutivo, corrigiendo algunas preguntas enviadas por el Presidente de la República*”. Presidente de Aedep cuestiona a la Corte Constitucional, DIEGO CORNEJO MENACHO, disponible en diario El Universo del miércoles 16 de febrero de 2011.

jueces deben hacer prevalecer el texto constitucional sobre normas inferiores que contradigan lo aquí manifestado¹⁹².

En el Ecuador se ha optado por un acercamiento al neoconstitucionalismo, mediante una Constitución de tipo garantista. Dentro de este modelo son llamados a aplicar directamente y defender lo dicho en Constitución todos los actores del ordenamiento jurídico. En este caso el mejor instrumento con el que cuentan los jueces para hacerlo valer es mediante el control difuso, que a diferencia del control concentrado resuelve únicamente para el caso y permite al juez inaplicar las normas que violen lo dicho por la Constitución, pudiendo ser la de un derecho fundamental, con lo que se logra una mejor aplicación de la justicia, con un menor impacto en el ordenamiento jurídico, ya que la norma sigue existiendo.

Si bien el tema de este trabajo es que el control difuso en la Constitución de 2008 y la importancia de este en el contexto constitucional ecuatoriano, no se quiere decir con esto que el control concentrado ha pasado a un segundo plano. El control concentrado de constitucionalidad se complementa con el control difuso, porque si bien hay temas que sí son identificados por parte de los jueces, debe haber un criterio superior que determine si la norma debe seguir dentro del ordenamiento jurídico, si debe seguir siendo efectiva. La labor de los dos controles debe complementarse y no quitarse espacio.

La institucionalidad es el principal problema del Ecuador, lamentablemente mientras muchos países pelean por mejorar y fortalecer las instituciones que ya se han consolidado, mediante reformas, en el Ecuador existe la errónea concepción

¹⁹² Sobre la Justicia Constitucional el Presidente de la Tribunal Constitucional Español, ante la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. “El control de la constitucionalidad mediante la justicia constitucional es una pieza fundamental de la democracia moderna. Sin una justicia constitucional, regulada por la Constitución y las leyes, la Constitución sería papel mojado, sin importancia, porque no existiría un instrumento de su defensa y cumplimiento.” Casas Bahamonde María Emilia, Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Se encuentra en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/artic021.aspx>. Fecha de consulta 17 de enero 2011.

de que la solución a los problemas del país es cambiar de modelo y reconstruir institucionalmente a la Patria.

La introducción de la consulta en el artículo 428¹⁹⁵ viola el principio de celeridad con el que se llevan los procesos y crea confusión sobre si se mantiene o no el control difuso. Para MASAPANTA GALLEGOS, los jueces deben resolver la inconstitucionalidad y solo elevar a Consulta cuando sea un tema realmente relevante.¹⁹³

Sobre si se elimina el control difuso, se comparte la tesis de MASAPANTA¹⁹⁶, para quien por la introducción también del principio de aplicación directa de la Constitución, recogido en el artículo 426¹⁹⁷ deja la puerta abierta a que los jueces puedan optar por la inaplicabilidad de una norma que contradiga la Constitución, como forma de resolver un conflicto entre normas.

A mi manera de ver esto se complementa con lo dicho sobre el principio de jerarquía normativa en el artículo 425 que ha servido para que en Colombia y Perú se establezca el control difuso. La inaplicabilidad cabe aquí porque el juez deja de aplicar la norma inconstitucional para aplicar la jerárquicamente superior.

Como parte importante del trabajo de tesis, sobre el control en concreto por parte de los jueces dos artículo permiten defender que sigue existiendo: el artículo 142 de la ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁹⁸, que establece cómo se realizará el control de constitucionalidad en concreto y cómo se

¹⁹⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008.

¹⁹³ C. MASAPANTA GALLEGOS, disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/080311/dpc-control_difuso_constitucionalidad.pdf, Consulta: 6 de febrero de 2011.

¹⁹⁶ C. MASAPANTA GALLEGOS, disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/080311/dpc-control_difuso_constitucionalidad.pdf, Consulta: 6 de febrero de 2011.

¹⁹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008.

¹⁹⁸ LEY DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Disponible en: Registro Oficial Suplemento # 52, 22 de octubre de 2009.

sustanciarán las garantías jurisdiccionales reconocidas bajo el texto constitucional; y el artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁹⁹, que regula como manejarán el principio de supremacía constitucional los jueces. Ambos coinciden en que la consulta establecida en el artículo 428 de la Constitución²⁰⁰ se realizará únicamente cuando exista “duda razonable y motivada”, por lo que el control concentrado se limita a este nuevo elemento; en cambio el control difuso se puede dar en caso de “certeza” de que una norma viola la Constitución o algún derecho fundamental reconocido en la misma carta política. Los jueces al ser plenos conocedores del derecho, tienen la obligación de encontrar dentro de los elementos con los que cuentan, la resolución que más se acerque a la justicia, y si por esta vía deben optar por inaplicar una norma constitucional están plenamente facultados.

Para resolver la inconstitucionalidad los jueces ordinarios deben basarse en las reglas de interpretación que nos trae la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 3, mediante el test de proporcionalidad²⁰¹.

En principio debería ser una jurisprudencia la que dé más claridad al tema, pero en la práctica no existe. Las jurisprudencia que hacen referencia al tema solo hablan del paso del control difuso al control concentrado, pero no hacen una mayor construcción ni análisis, por razones también de hegemonía constitucional no les interesa ser ellos quienes reconozcan la existencia de otros intérpretes de la Constitución, por que si bien son los máximos no son los únicos.

¹⁹⁹ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, disponible en: Suplemento RO Número 544, 9 de marzo de 2009.

²⁰⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008.

²⁰¹ LEY DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Disponible en: Registro Oficial Suplemento # 52, 22 de octubre de 2009.

Se puede decir que ni la Constitución de 2008 ni las reglas que regulan la materia eliminan el control difuso, esto lo hace la Corte Constitucional, con su interpretación y sus resoluciones con fuerza vinculante.

El estado constitucional de derechos y justicia vela por la vigencia de los derechos fundamentales. No se pueden olvidar los principios que justifican la existencia del Estado, su organización y funcionamiento. La administración de justicia es un servicio público, no es un fin en sí mismo, es uno de los medios para una sociedad justa, solidaria y equitativa, en la que los seres humanos alcancen su plena realización, por ello la Constitución en su artículo 16 establece “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”²⁰². Siendo el más alto deber del Estado, este garantiza el derecho a la seguridad jurídica, al debido proceso y una justicia sin dilaciones, así como sus garantías básicas. Principios de carácter exclusivo y obligatorio, sin el cual la vida en comunidad se haría imposible en forma civilizada, pues es fundamento de la existencia misma del Estado como organización jurídica.

Es necesario asegurar que los poderes públicos sujeten sus actos, leyes, sentencias y actos administrativos a las normas, valores y principios constitucionales de modo que cada función estatal, deba sujetar su actuación a lo dicho por la Constitución, de paso que cada función del Estado legitime su actuación por ser de acuerdo a la Constitución competencia especialísima que permite la guarda de los derechos fundamentales, respondiendo a la intención de los constituyente.

El control jurisdiccional de constitucionalidad es una función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales, para asegurar la integridad de la Constitución, garantía básica del estado constitucional de derechos. Bajo un esquema constitucionalista, los jueces son los encargados de

²⁰² Constitución Política del año 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008

velar por los derechos fundamentales, pues administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes garantizando la adecuada protección de los derechos y libertades.

Se puede decir que para tener un sistema efectivo de control de constitucionalidad, se necesita de un Estado que garantice las libertades, con una organización más clara que permita una mejor regulación. Es fundamental una Constitución que delimite bien sus funciones, no normativa, que haga prevalecer el principio de supremacía constitucional mediante un eficiente órgano de control, sea concentrado o difuso, y puntualmente en el caso nuestro con un órgano especializado que genere jurisprudencia de calidad, que establezca la hoja de ruta a seguir por parte de todos los actores encargados de su cumplimiento, permitiendo dotar de rigidez a la Constitución.

El control difuso constituye una garantía para los ciudadanos en tiempos donde se discute la legitimidad de una institución tan desprestigiada como la Corte Constitucional. Algo tan importante no puede recaer en las manos de un solo órgano. Algún rato va ver una nueva Corte Constitucional, por el carácter transitorio de la actual, es necesario que sus magistrados entiendan bien su papel, función y límites, con base en la doctrina y el derecho comparado, a efecto de evitar malos entendidos referentes a su naturaleza jurídica y así llegar a una conclusión similar al respecto del control difuso como hemos visto en Perú y Colombia.

El control de la constitucionalidad da sentido al principio de supremacía constitucional, garantizando su respeto, asegurando su vigencia y correcta aplicación, constituye la garantía que tienen las personas contra posibles injusticias o excesos por parte de las autoridades. En países como el nuestro, donde se desconoce la potestad de los órganos responsables de hacer cumplir estas

disposiciones, es necesario que no exista un solo mecanismo que ayude a velar por la supremacía de la norma, sino que todos los jueces y tribunales sean los responsables de aplicar sus valores, principios y garantías. Esta labor debe complementarse con un órgano con facultades de limitar los poderes del estado, sometiéndolos a la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBERTO ACOSTA, “Acosta duda de Corte Constitucional”. disponible en: Diario el Universo, jueves 10 de febrero de 2008.
2. ABAD YUPANQUI SAMUEL, DAÑOS ORDOÑEZ JORGE, EGUIGUREN PREALI J FRANCISCO, GARCÍA BELAÚNDE DOMINGO, MONROY GÁLVEZ JUAN Y ORÉ GUARDIA ARSENIO, “Código Procesal Constitucional. Comentario, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico”, Palestra Editores, Lima, Perú, 2004.
3. SAGÜÉS NESTOR PEDRO, “Elementos de Derecho Constitucional” Tomo I, tercera edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999.
4. AÍDA GARCÍA BERNI, “El Control Difuso de la Constitucionalidad”, disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2687&Itemid=426, consulta: 11 de octubre de 2010.
5. ANDRADE UBIDIA SANTIAGO, GRIJALVA AGUSTÍN, STORINI CLAUDIA, “La Nueva Constitución del Ecuador, Estado derechos e instituciones”, Claudia Storini, editores, Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador, 2009.
6. ÁVILA SANTAMARÍA RAMIRO “Los Principios de Aplicación de los Derechos”, disponible en: Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2008.
7. BADENI GREGORIO, “Instituciones de Derecho Constitucional”, primera edición, editorial Ad- Hoc S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1997.
8. BARRAGÁN ROMERO, “El control de Constitucionalidad”, Temas de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, Quito, Ecuador, 2003.
9. BOBBIO NORBERTO, “Teoría General del Derecho”, segunda edición, Editorial Temis, Santa fe de Bogotá, Colombia, 1997.
10. CARLOS ALBERTO OLANO V. Y HERNÁN ALEJANDRO OLANO G., “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Estado Social de Derecho”, tercera edición, Librería el Profesional, Bogotá, Colombia, 2000.

11. CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA, “La Constitución del 2008 en el contexto andino”. Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?, 1ra. Edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008.
12. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Suplemento RO Número 544, 9 de marzo de 2009.
13. CONGRESO DE ESPAÑA, Sinopsis, disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=163&tipo=2>, consulta: 21 de febrero de 2011.
14. CONGRESO DE ESPAÑA Sinopsis, disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=163&tipo=2>, consulta: 21 de febrero de 2011.
15. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, disponible en: <http://constitucion.rediris.es/legis/1978/ce1978-2.html#t9>, consulta: 30 de marzo de 2011.
16. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991, disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>, consulta: 18 de octubre de 2010.
17. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1830, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. RA/ 1830 de 14 de Junio de 1830.
18. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1897, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. CP/ 1896 de 14 de Enero de 1897.
19. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1929, disponible en: Ley No. 000. RO/ 138 de 26 de Marzo de 1929.
20. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1945, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. RO/ 228 de 6 de Marzo de 1945.
21. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1946, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. RO/ 773 de 31 de Diciembre de 1945.
22. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1967, disponible en: Decreto Legislativo No. 000. RO/ 133 de 25 de Mayo de 1967.

23. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1978, disponible en: Ley No. 000. RO/ 763 de 12 de Junio de 1984.
24. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1978, disponible en: Ley No. 000. RO/ 969 de 18 de Junio de 1996.
25. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR AÑO, 1998 disponible en: Decreto Legislativo 000, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.
26. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR AÑO 2008, disponible en: Registro Oficial 449, 20-X-2008.
27. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>, consulta: 6 de noviembre de 2010.
28. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>, consulta: 6 de noviembre de 2010.
29. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993, <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>, consulta: 6 de noviembre de 2010.
30. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Auto No. 006/94, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consulta: 11 de noviembre de 2010.
31. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-203/02, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consulta: 20 de octubre de 2010.
32. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3627af6c-8899-4b78-b141-893b8937d04e/0039-09-CN-res.pdf>, consulta: 28 de marzo de 2011.
33. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3627af6c-8899-4b78-b141-893b8937d04e/0039-09-CN-res.pdf>, consulta: 28 de marzo de 2011.
34. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/956908a3-cb12->

- [49b6-b678-01475b6c189b/0003-10-CN-res.pdf](#), consulta: 28 de marzo de 2011.
35. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f8a5ecf5-a0f6-4055-870a-370724864b3a/0005-09-CN-res.pdf>, consulta: 28 de marzo de 2011.
36. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=2, consulta: 28 de marzo de 2011.
37. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en: <http://www.idpc.es/archivo/1212589179a1entrevECM.pdf>, consulta: 29 de sep de 2010.
38. EL UNIVERSO, Cheque de Cervecería causa acusación a la Corte Constitucional Corte Constitucional, Disponible en el Universo 5 de febrero 2011.
39. EL COMERCIO, Proceso por presunto prevaricato. *Acusados seis jueces de Corte Constitucional*. disponible en diario El Comercio del miércoles 23 de abril de 2011.
40. EXPRESO, CONSULTA CIUDADANA SOBRE CASO CERVECERÍA NACIONAL. *Encuesta refleja rechazo ciudadano a Corte Constitucional*, disponible en: <http://www.expreso.ec/ediciones/2011/02/22/nacional/actualidad/encuesta-refleja-rechazo-ciudadano-a-corte-constitucional/>, Consulta 19 de abril de 2011.
41. FABIAN CORRAL B, “La función de la Constitución”, disponible en: <http://www4.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=300991>, consulta: 24 de abril de 2011.
42. FERNANDO. CÁCERES, *Ex Magistrado Califica de Ilegítima Autordeclarada Corte Constitucional*, disponible en: Diario el Universo, miércoles 22 de octubre de 2008.
43. FERRAJOLI LUIGI, “La Democracia Constitucional, en Democracia y Garantismo”, segunda edición, editorial Trotta, Madrid España 2008.
44. GARCÍA BELAUNDE DOMINGO, “Sobre el Control Constitucional”, Revista Jurídica Cajamarca, disponible en:

<http://www.galeon.com/donaires/REVISTA4/control.htm>, consulta: 21 de febrero de 2011.

45. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO – RAMÓN FERNÁNDEZ TOMÁS, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo primero, duodécima edición, Temis – Palestra Bogotá, Lima, 2008.
46. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, “La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo” (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos), disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962_038_159.PDF, consulta: 26 de Octubre 2010.
47. GERMAN J.BIDART CAMPOS, “Compendio de Derecho Constitucional”, primera edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2004.
48. GRIJALVA AGUSTÍN, Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva “Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional”, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ecuador, 2008.
49. GUASTINI RICARDO, “Estudios de Teoría Constitucional”, segunda reimpresión, Editorial Distribuciones Fontamara S.A., México DF, 2007.
50. GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, 30ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008.
51. GUTIÉRREZ GODOY ÁLVARO “El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado”, Disponible en: Revista IURIS DICTIO, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito Año X Número 12, Octubre de 2009.
52. HANS KELSEN, “Teoría Pura del Derecho”, vigésimo octava edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 1994.
53. RESOLUCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 1, Inconstitucionalidad por forma de la Ley de Minería, disponible en: Registro Oficial Suplemento 176 de 21 de abril de 2010.
54. JUAN F. ARMAGNAGUE, “Manual del Derecho Constitucional”, Tomo 1 Teoría de la Constitución, volumen primero, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1996.

55. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, disponible en: Registro Oficial Suplemento # 52, 22 de octubre de 2009.
56. LUDWIG ENNECCERUS, disponible en: http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/interpretacionconstitucional/31.pdf, consulta: 15 de febrero de 2010.
57. LUIS PRIETO SANCHÍS, El Juicio de Ponderación Constitucional, “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional”, primera edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008.
58. MASAPANTA GALLEGOS CHRISTIAN, Tesis de Postgrado Universidad Andina. “El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios al inaplicar preceptos Contrarios a la Constitución Política del Ecuador”. Quito, Ecuador, 2008. http://www.alfonsozambano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/080311/dpc-control_difuso_constitucionalidad.pdf, Consulta: 6 de febrero de 2011.
59. NARANJO MESA VLADIMIRO, “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”, séptima edición, Editorial TEMIS S. A., Bogotá, Colombia, 1997.
60. PÉREZ ROYO JAVIER, “Curso de Derecho Constitucional”. Undécima Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 2007.
61. RAMIRO ÁVILA, “El Principio de Legalidad vs El Principio de Proporcionalidad”. El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 1ra. edición: Quito, Ecuador, 2008.
62. MARTÍNEZ DALMAU, “Supremacía de la Constitución, Desafíos Constitucionales”, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, primera edición, Serie Justina y Derechos Humano, pp. 282 y 283.
63. MIGUEL MACÍAS CARMIGNIANI, Olor a tufo, disponible en El Comercio, del jueves 17 de abril de 2011.
64. REVENGA SÁNCHEZ MIGUEL, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=169791>, Consulta: lunes 15 de febrero de 2010.

65. RICARDO GUASTINI, “Estudios de Teoría Constitucional”, Doctrina Jurídica Contemporánea, Segunda reimpresión, México, D.F., 2007.
66. SAGÜÉS NESTOR PABLO, Los Tribunales Constitucionales Como Órganos Extra - Poder: Roles y Desafíos “Derecho Procesal Constitucional. Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2005.
67. SAGÜÉS NESTOR PEDRO, “Control de la Constitucionalidad” “Derecho Procesal Constitucional, Volumen 1, Materiales para la Cátedra, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ - Projusticia – Banco Mundial, Quito, Ecuador, 2002.
68. SAGÜÉS NESTOR PEDRO, “Control de la Constitucionalidad”. “Derecho Constitucional Tomo I”. Egas, Edino, Guayaquil, Ecuador, 1999.
69. SAGÜÉS NESTOR PEDRO, “Elementos de Derecho Constitucional” Tomo I, tercera edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999.
70. SALGADO ALÍ JOAQUÓN Y VERDAGUER ALEJANDRO CÉSAR, “Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad”, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000.
71. SALGADO PESANTES, “Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional”, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2005.
72. TORRES LUIS FERNANDO, “Presidencialismo Constituyente”, primera edición, Cevallos Editora Jurídica, Quito, Ecuador, 2009.
73. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Tema: Control Difuso Resolución: N. ° 01680-2005-AA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl>, consulta: 6 de Noviembre de 2010.
74. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, EXP. N.° 01361-2010-PA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl>, consulta: 7 de noviembre de 2010.
75. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, EXP. N.° 05536-2008-PA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl>, consulta: 6 de noviembre de 2010.

76. V. BURNEO BURNEO, “Reforma Política y Asamblea Nacional”, El Tribunal Constitucional en la Actual Vida Jurídica y Política del País, Programa de Apoyo al Sistema de Gobernabilidad Democrática, Segundo tomo de la Colección Reforma Política, Abya Yala, Quito, Ecuador, 1998.
77. VILLALVA VLADIMIR, “Teoría de los Poderes Implícitos. Existencia Simultánea a la Carta Fundamental”, disponible en: Iuris Dictio, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito, Año VII, Número 11, de Octubre de 2007.
78. VINTIMILLA SALDAÑA JAIME, “La Justicia Constitucional Ecuatoriana en la Constitución de 2008” disponible en: Iuris Dictio, Publicado por la Universidad San Francisco de Quito, Año VII, Número 12, Octubre de 2009.
79. VLADIMIRO NARANJO MESA, “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”, séptima edición, Editorial TEMIS S. A., Bogotá, Colombia, 1997.
80. WRAY ALBERTO, “La Inconstitucionalidad de la Normas Jurídicas” “Reforma Política y Asamblea Nacional”, Programa de Apoyo al Sistema de Gobernabilidad Democrática, Segundo tomo de la Colección Reforma Política, Abya Yala, Quito Ecuador, 1998.
81. ZAGREBELSKY GUSTAVO, “El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia”, tercera edición, Editorial Trotta, Madrid, España 1999.
82. ZAVALA EGAS JORGE, “Derecho Constitucional” Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil, Ecuador, 1999.