

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales



**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile
Correo electrónico: cecoch@utalca.cl **Página web:** www.cecoch.cl

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca.

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

Consejo Editorial Nacional

Eduardo Aldunate L.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector
Universidad de Los Andes.

José Luis Cea Egaña.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Ángel Fernández

Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Álvarez

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, Colombia. Ex Presidente de la Corte Constitucional.
Ex Defensor del Pueblo de Colombia.

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría

María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico

Marcela Albornoz Dachelet

Revisión de Textos

Víctor Concha Anabalón

Editado por

Librotecnia Editores

Correo electrónico cecoch@utalca.cl

LAS RELACIONES ENTRE PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DEL CONTROL REPRESIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE PRECEPTOS LEGALES EN ECUADOR Y LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

Marco Morales Tobar *

RESUMEN

Este artículo realiza un análisis de la evolución histórica del Tribunal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional en Ecuador, además de considerar la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional como asimismo su función de defensa de la Constitución, el sistema de control constitucional vigente en Ecuador y el análisis del control represivo de inconstitucionalidad de actos normativos y los efectos de las sentencias.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción constitucional; sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano; control represivo de preceptos legales. Control concreto y abstracto. Efectos de fallo del Tribunal Constitucional.

NOCIONES GENERALES

La vivencia del Estado Social de Derecho impone el que el Estado y por ende todos sus estamentos, gobernantes y gobernados, sometan toda su actuación a la juridicidad,

* Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, en las Universidades Central, San Francisco y Andina de Quito. marcomoralest@hotmail.com. Recibido el 27 de mayo de 2005 y aprobado el 15 de junio de 2005.

el control y la responsabilidad, esto es, que los actos que emanen del poder público estén sujetos a la constitucionalidad y legalidad; lo que implica necesariamente que la actividad estatal asegure su autenticidad jurídica, en tanto cumpla con los principios citados.

La naturaleza del Estado contemporáneo conlleva todo un sistema de controles y de remedios procesales para efectivizar el control, y por ello ha constituido una serie de órganos especializados en materia de supervisión y fiscalización, así como también ha creado procedimientos administrativos, judiciales y constitucionales, a efecto de que las personas en sede administrativa, judicial o constitucional, a través de la interposición de acciones, recursos o reclamaciones hagan valer sus derechos subjetivos (libertades públicas) e intereses legítimos, en ocasiones vulnerados por el órgano de la administración y de modo más concreto por la autoridad y en otras ocasiones por conflicto de intereses entre particulares.¹

Los Estados a través de adecuados sistemas de control logran que sus actos estén apegados a la juridicidad. La juridicidad es el concepto más amplio de Derecho, como lo hemos manifestado,² incluye no sólo el ordenamiento jurídico positivo, sino el derecho natural, que en armonía con los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, la juridicidad se convierte en la gran barrera que impide el autoritarismo, despotismo y arbitrariedad de la autoridad.

Les corresponde a los Tribunales y Cortes Constitucionales y a la Función Judicial, garantizar con transparencia, imparcialidad, idoneidad e independencia, a los órganos del poder público y a los administrados, que los actos inconstitucionales, ilegítimos o ilegales sean corregidos, en orden a abonar el principio de juridicidad. La tutela de la supremacía constitucional y de su fuerza normativa, de los derechos subjetivos y de los intereses generales de los administrados, deben estar garantizados por un órgano independiente y tercero imparcial, da como resultado lo que doctrinariamente denominamos justicia constitucional o jurisdicción constitucional. De tal guisa que no se debe olvidar que en el principio de juridicidad está entendido el de la fuerza normativa del Código Político, o supremacía de la Ley Fundamental y por tanto la Constitución es primera tanto en el aspecto formal como en el material y está por sobre todo el ámbito del derecho, incluso de sus principios generales, por lo que la actuación de todas las funciones está sometida a lo que bien podríamos denominar el bloque de la constitucionalidad, mismo que se encuentra formado, claro está, por la Constitución, los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales, las normas orgánicas y todas aquellas que en razón de la jerarquía normativa se encuentran ligadas, a lo que se debe agregar además las sentencias que de modo uniforme y recurrente emanan de las Cortes o Tribunales Constitucionales. El paquete de la constitucionalidad es el llamado a convertirse en el puntal del sistema jurídico de la administración de justicia.

¹ De la serie Fortalecimiento de la justicia constitucional. La Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador. Marco Morales Tobar.

² De la serie Fortalecimiento de la justicia constitucional. El Control Administrativo, Legislativo, Judicial y Constitucional. Marco Morales Tobar.

Lo dicho es lo que el juez de modo sustancial debe tener siempre presente a la hora de emitir autos o sentencias, pues el decir del juez va a tener en el tiempo repercusiones y efectos que garantizarán la plena vigencia de la justicia.

EL PAPEL DEL JUEZ

En el contexto antes descrito, el juez juega un rol trascendente en la permanencia, institucionalización y fortalecimiento del Estado Social de Derecho, le corresponde a él la difícil tarea de desentrañar la juridicidad de las cuestiones cotidianas, que se encuentran conflictuadas por la eterna lucha entre el interés de unos y la necesidad de otros, para tratar de hacer *justicia*.

El texto de la Constitución Política del Ecuador, en su artículo 191 atribuye la potestad judicial a los órganos de la función judicial;³ esto es, el ejercicio soberano de administrar justicia recae en las cortes, tribunales y juzgados que para el efecto establecen la Constitución y la Ley, todo esto conforme lo dispuesto en el artículo 198 del Código Político.⁴ Es el juez en el mundo contemporáneo el que conforme a la Constitución del Estado tiene atribuida la función de aplicar la Ley; convirtiéndose de esta manera el Juez en un tasador o adaptador de las conductas en disputa, al principio de legalidad, esto es siempre procura que sus actos se produzcan conforme a la Ley, por tanto la gran mayoría de jueces entienden por justicia no otra cosa que la fría aplicación de la norma. Empero, bien conocido por todos nosotros es el hecho de que un Juez en el Estado Social de Derecho no puede quedarse reducido a tan sólo lo señalado, sino que debe encausar sus fallos en los senderos del derecho y la juridicidad. El juez debe estar consciente que la aplicación de la norma no implica hacer justicia, que el derecho no está conformado tan sólo por normas jurídicas, que el derecho no necesariamente interpreta a cabalidad la esencia de la justicia y que por tanto él, el juez, debe poner en juego todo su talento, sabiduría, experiencia, conocimientos al elaborar sus sentencias, para lograr en cada caso acercarse en lo posible al dictado de la justicia.

El rol del juez, por tanto, entraña una atribución delicada, en el sentido de que pudiese en algún momento verse afectado por presiones del más distinto y diverso orden, que desnaturalicen su verdadera misión, por ello desde antaño, de modo general los políticos, los estadistas, han tratado de dotar al juez de determinadas corazas, que le doten de modo perenne de garantías en el desempeño de su función.

No me cabe duda que el mayor blindaje de un juez, así como de todo servidor público o agente del Estado, es su idoneidad moral, su formación en valores, su espíritu

³ Artículo 191 de la Constitución, primera parte del primer inciso. El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial.

⁴ Artículo 198 de la Constitución. De la organización y funcionamiento. Serán órganos de la Función Judicial:

1. La Corte Suprema de Justicia.
2. Las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley.
3. El Consejo Nacional de la Judicatura.
4. La ley determinará su estructura, jurisdicción y competencia.

ético, esto es lo que le hace tener fuerza moral, confianza, respeto y hasta gratitud por sus fallos. A esta gran característica debe ir ligado, como decíamos en líneas anteriores, su sabiduría, experticia científica y profundos conocimientos en el tema sometido a su juzgamiento, a ello siempre hay que sumar la uniformidad en sus decisiones y el señalamiento de la seguridad jurídica, como lo veremos más adelante.

De tal suerte que no debe verse al juez tan sólo dotado del poder que el Estado le otorga para hacer justicia, pues debe tener siempre presente que ese poder se origina en la soberanía, en otras palabras, en el pueblo como supuesto político.

Empero, el juez no debe sólo tener aseguradas características que le pueden ser connaturales a él, sino también debe dotarle de determinadas garantías, que le permitan tener certidumbre en su futuro, de modo general ellas pueden resumirse en las siguientes: estabilidad, carrera (derecho de ascenso), remuneración y capacitación.

En el caso de los magistrados de las cortes supremas o de los tribunales o cortes constitucionales, la estabilidad debe convertirse en inamovilidad, lo que en palabras de Luis López Guerra,⁵ garantiza la independencia del juez.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La Constitución del Ecuador, en el artículo 1º, expresa que el Ecuador es un Estado Social de Derecho. Esta declaración constitucional tiene consecuencias al momento de establecer la actuación de los órganos del poder público en general. Por lo que es menester tener presente que el Estado social de Derecho no rechaza ni las concepciones y principios esenciales del Estado liberal clásico, ni los derechos individuales, sino que perfecciona el sistema otorgando a la población una base material y económica para lograr el ejercicio real de dichos derechos individuales. En definitiva, el Estado liberal protege a la sociedad y al individuo frente al Estado, mientras que el Estado social protege a la sociedad y a los individuos como integrantes de esa sociedad por acción del Estado. El Estado no es ya, como sistema de protección de derechos fundamentales, un mero garante de dichos valores esenciales y permanentes del ser humano, sino un promotor de los mismos; los principios dejan de ser meras declaraciones y se traducen más bien en acciones, con lo cual el Estado deja atrás su rol abstencionista y se convierte en promotor de acciones que velen por el interés general de los integrantes del ser social.⁶

La acción de la justicia constitucional debe ir encaminada a ello, no proteger los derechos fundamentales sólo si el afectado lo solicita sino cuando, competentemente, lo puede y lo debe hacer. Así, el artículo 273 de la Constitución⁷ ordena tanto a las autori-

⁵ López Guerra, Luis. La Justicia Constitucional en la Actualidad. Organización y posición institucional de la Justicia Constitucional en Europa, p. 67, en la serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, tomo 1, Corporación Editora Nacional.

⁶ El Ser social hemos de entender como el elemento humano del Estado.

⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 273. Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente.

dades judiciales como administrativas hacer efectivos los mandatos constitucionales, incluso cuando la parte interesada no lo haya solicitado de modo directo. Este principio consagrado en la Ley Fundamental del Ecuador, fortalece aún más el carácter de supremacía de la Constitución y dota de la mejor herramienta a los jueces y operadores constitucionales en general.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Es necesario siempre conocer el pasado para entender el presente, por ello hablaremos del antecedente inmediato del control de constitucionalidad. Éste se produce con el célebre caso *Marbury v. Madison*. La famosa decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, presidido por el Juez Marshall, en 1803, ha sido hasta la fecha el caso recurrente de análisis al estudiar los antecedentes del control de constitucionalidad.

En esta causa, existe una ley –el Acta Judicial de 1789– que fue estimada inconstitucional por el Tribunal Supremo presidido por John Marshall; además en este caso se estimó que la Corte Suprema es sólo un tribunal de apelación de conformidad con la Constitución de los Estados Unidos, por lo que el Acta Judicial de 1789 resultaba inconstitucional al establecer la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo.⁸

Lo esencial del fallo es la consideración que la competencia que le asignaba el Acta Judicial 1789, a la Suprema Corte era inconstitucional, pero, curiosamente, la revisión judicial de constitucionalidad (*judicial review*) que se inaugura con esta sentencia no se encontraba expresamente prevista en la Constitución de los Estados Unidos, esto es lo que con el tiempo constituyó la doctrina del control difuso o incidental de constitucionalidad.⁹

Respecto de la competencia del Tribunal Supremo, el fallo señala que el Poder Judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que surgen de la Constitución, no pudiendo resolver uno de estos casos sin atender su Constitución, agregando que el juramento de obediencia a la misma, que se exige a los jueces, sería inmoral si fueran los mismos jueces el medio consciente para violar lo que ellos mismos han jurado sostener. Así el fallo de Marshall decidió aplicar la Constitución al caso, declarando inconstitucional una ley y, al mismo tiempo, violó la Constitución al ejercer una atribución no conferida por el mismo Código Político. En todo caso, el impacto de esta sentencia llevó a que la Corte Suprema no declare inconstitucional ninguna otra ley federal sino hasta 1857.¹⁰

La sentencia del caso *Marbury versus Madison* no sólo inauguró el *judicial review* en los Estados Unidos, sino que fue la fuente de inspiración del control difuso de constitu-

⁸ Cfr. Gerardo Eto Cruz, “John Marshall y la Sentencia *Malbury versus Madison*”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional, 1999, pp. 640-641; y Rafael Oyarte Martínez “La Supremacía Constitucional”, en *Derecho Constitucional: para fortalecer la democracia*. Quito, Tribunal Constitucional, 1999, pp. 81-82.

⁹ Robert Barrer, “Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos de América”, en el libro *Desafíos del Control de Constitucionalidad...* Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 288.

¹⁰ Juan Vicente Sola, *Control Judicial de la Constitucionalidad*, p. 193.

cionalidad de las leyes, denominado así puesto que se encuentra encargado a una multiplicidad de agentes, y que se estableció bajo la modalidad de concreto o incidental.

En el Ecuador el caso Irigoyen por sedición, resuelto en 1887, es uno de los antecedentes del control de constitucionalidad. El Consejo de Guerra verbal encontró culpable a Federico Irigoyen y otros de la infracción prevista en el artículo 117 de la Ley Reformativa del Código Militar, el que previó la pena de muerte. En este caso, existió contradicción entre la Constitución y el Código Militar, pues la primera prohibió la pena de muerte por delitos políticos y el segundo estableció la pena de muerte para los casos de sedición.

En primera instancia se señaló este hecho y se condenó a Irigoyen a la pena de reclusión mayor extraordinaria. El Auditor de Guerra consideró justa la sentencia en cuanto encontró culpable a Irigoyen del delito de sedición, tipificado en el artículo 117 del Código Militar, pero injusta al no aplicar la pena prevista a la infracción que es la muerte, la única prevista en ese precepto, sino una distinta como es la reclusión mayor extraordinaria.

La Corte Suprema Marcial se pronunció exclusivamente sobre la imposición de la pena a Irigoyen, señalando, a diferencia de la sentencia de Marshall, que el Poder Judicial no puede dejar sin efecto una ley por estimarla inconstitucional, pues si bien el órgano legislativo no puede excederse de sus atribuciones, como lo haría al dictar leyes inconstitucionales, tampoco el Poder Judicial puede excederse ejerciendo atribuciones que la Constitución no le ha otorgado.

Frente a este sistema de control de constitucionalidad, como lo recuerda Hernán Salgado Pesantes, se encuentra el *control concentrado, también denominado kelseniano o austríaco*; pues este modelo fue elaborado y concebido por el gran jurista de Viena, redactor de la Carta austríaca de 1920 y miembro de la Alta Corte Constitucional, de su inspiración. Así en Europa se comienzan a dar pasos en contra de la concepción de la infalibilidad de la ley y de la omnipotencia del parlamento que impedían el control jurisdiccional, a base del principio de separación de poderes, por lo que es, de modo general, el órgano legislativo el encargado de la guarda de la Constitución.

Cabe dejar claro que la primera Constitución que concibió el sistema concentrado de constitucionalidad fue la de Checoslovaquia, siendo que la que mayor difusión tuvo es la austríaca, por ello es que al sistema de control concentrado suele llamársele también sistema austríaco.

Pero ocurre que la protección de la supremacía de la Constitución debe ser entregada a un sistema eficaz, el que según Kelsen está dada por la justicia constitucional, con el objetivo de asegurar la regularidad del ordenamiento jurídico y el respeto a los límites del poder, por lo que no se puede confiar la anulación de actos irregulares al mismo órgano que los ha creado sino a una jurisdicción o Tribunal Constitucional, respecto de la que postula su independencia frente al parlamento y al gobierno, pues de este modo la justicia constitucional será una forma de reafirmar el principio de separación de poderes, garantizando el equilibrio entre las funciones del Estado.

En este tema de supremacía debe tenerse en claro que no hay función más relevante o de mayor jerarquía –todas ellas son iguales en cuanto son expresión de soberanía, esto

es de la expresión del poder del pueblo y que al decir de Carlos Luis Montesquieu, bajo el sistema de pesos y contra frenos, logran mantener un equilibrio entre sí—, lo que sí se debe tener presente, es el hecho de la supremacía constitucional, esto es, que todo lo que se le oponga o contrarie su esencia o contenidos, es nulo, inexistente y está fuera del mundo jurídico, esto como quedó dicho se encuentra expresado en el artículo 272 de nuestro Código Político.¹¹

En el país las propuestas de cambios y reformas constitucionales han abundado en el transcurso de su historia constitucional, lo que no ha permitido, respecto de muchas instituciones, la consolidación del sistema.

No fue sino hasta 1996 cuando se perfecciona en el Ecuador la magistratura especializada de control de constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional, cuyas decisiones son de última y definitiva instancia, consolidándose así de modo definitivo el modelo concentrado del control de constitucionalidad en nuestro país.

Como se puede observar, en el Ecuador hemos pasado por un sinnúmero de sistemas en materia de control de constitucionalidad y, estimo, no es éste el momento de intentar una nueva reforma constitucional que lo modifique o cambie. Lo innegable es que el modelo debe ser perfeccionado.

El Tribunal Constitucional, como órgano máximo del control de constitucionalidad, tiene por finalidad última resguardar el principio de regularidad del ordenamiento jurídico positivo del que la Constitución es condición de validez y unidad. La vigencia efectiva de un régimen democrático y constitucional depende de que la Constitución sea suprema, pues esta es la fuente positiva del poder de más alta jerarquía normativa.

La supremacía constitucional es, entonces, garantizada a través del sistema de control de constitucionalidad, pero gran parte de ello depende de la rigidez del Código Político, es decir, de las condiciones formales superiores que exige la misma Constitución para su reforma, lo que no quiere decir que las constituciones flexibles no sean supremas sino que en estos casos dicha supremacía se ve relativizada. Así, si una Constitución flexible se modifica con las mismas formalidades que exige una reforma legal, resultará sencillo romper sus contenidos, pues si el legislador desea dictar leyes inconstitucionales, en principio, bastará que reforme la Constitución en primer término con la misma facilidad con la que dictará la ley que antes de la modificación constitucional la contradecía.

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. TÍTULO XIII. DE LA SUPREMACÍA, DEL CONTROL Y DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. Capítulo 1. De la supremacía de la Constitución. Artículo 272. La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. 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.

En una democracia auténtica, se requieren garantías frente a las mayorías coyunturales que pretendan desvirtuar el pacto encarnado en la Constitución, como fórmula de protección de las minorías respecto de las mayorías, esa mayoría que puede ser tiránica, en términos de Alexis de Tocqueville, pues los textos constitucionales no sólo establecen la estructura del poder del Estado a través de sus instituciones políticas, sino que consagran en su contenido el reconocimiento de derechos fundamentales y todo un sistema de protección a esos derechos.

Sin control no existe Estado de Derecho, y sin control de constitucionalidad efectivo no existe supremacía constitucional ni, me atrevo a señalar, Constitución, pues ella no condicionará, en estricto sentido, el ejercicio del poder, ni material ni formalmente.

Enfoquémonos entonces en el control de la constitucionalidad y los desafíos que el mismo presenta.

Probablemente el problema más grande con el que se encuentra la justicia constitucional al ejercer cualquier control frente a la Administración, es la posibilidad de que la decisión que tome el órgano que ejerce el control sea vista como una decisión política y no jurídica. Esto se torna evidente en nuestro medio, en donde la institución del control constitucional es relativamente joven y lamentablemente no ha tenido la debida continuidad.

Aunque siempre existirá un cierto tinte político en las decisiones que constituyan un control constitucional, pues la misma Constitución es una Carta Política, en un Estado de Derecho nunca se puede permitir que una decisión que debe ser tomada pensando en la juridicidad de la misma, se convierta en una decisión tomada por conveniencia o por coyunturas de cualquier tipo.

Pero más allá de los retos que puede presentar el control de la constitucionalidad es necesario hablar también de los medios, las herramientas que permiten ejercer dicho control.

Dentro de la Constitución ecuatoriana existe todo un Título que habla sobre la supremacía, el control y la reforma de la Constitución. Dentro del mismo se establece de forma clara cuáles son los mecanismos que existen para que se dé un efectivo control de la constitucionalidad.

Hablaremos primero acerca del control de la constitucionalidad a través de la inconstitucionalidad de normas o de actos administrativos.

NATURALEZA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La independencia del Tribunal Constitucional

El poder del Estado es único e indivisible mas la Constitución, como estatuto del poder, asigna las diversas funciones a distintos órganos del poder público, lo que constituye un principio básico del constitucionalismo: la separación de poderes.

Este principio tiene por finalidad evitar la concentración del poder en un solo ente; pues, por la teoría de los frenos y contrafrenos, el poder requiere ser controlado por el propio poder, y si éste se concentra, la limitación a su ejercicio será nula, en la práctica.

Es por ello que el control de constitucionalidad se debe asignar a un órgano independiente, en especial si nos encontramos frente a un sistema concentrado de control como es el que ejercen los tribunales o cortes constitucionales de inspiración kelseniana. De tal suerte que, si el órgano de control constitucional es parte del órgano controlado *aquel no será independiente* y se irá contra la esencia del control, pues éste someterá sus decisiones a la voluntad de quien debe ser controlado. La independencia del órgano de control tiene estrecha relación con su autonomía, pues se requiere que sus resoluciones sean tomadas con entera libertad, sin que existan intervenciones por parte de entes extraños a esta jurisdicción que pretendan influir en su decisión y que no sea objeto de la presión e incluso de la fuerza.

Lo dicho es fundamental en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en el que, se insiste, la estructura, organización y funcionamiento del poder estatal se realiza a través de un ordenamiento jurídico positivo, lo que se traduce en la unidad de dicho ordenamiento a través de una única norma fundamental que es la Constitución, la que, directa o indirectamente, otorga base jurídica a cualquier norma.¹² Ello, como se ha señalado con anterioridad, llevó a la necesidad de establecer un mecanismo de control de constitucionalidad que expulse las normas irregulares, esto es, contradictorias al Código Político, sistemas que, de modo general, se han desarrollado a través de órganos judiciales, políticos o a través de magistraturas especializadas, como es el caso de los tribunales constitucionales. El control por medio de cortes o tribunales constitucionales incorporan una función distinta de las clásicas, por lo que no pertenecen ni son parte del Poder Judicial, ni de órganos políticos como el Ejecutivo o la Legislatura.

En el caso del Tribunal Constitucional del Ecuador, el artículo 3° de la Ley del Control Constitucional señala que esta Magistratura es independiente de las demás funciones del Estado, gozando de autonomía administrativa y presupuestaria.

De este modo, la independencia y autonomía del Tribunal Constitucional no sólo se refleja, en abstracto, al momento de ejercer sus específicas funciones en materia de control de constitucionalidad, sino incluso en su manejo administrativo, el mismo que no puede depender de otros órganos. Asimismo, uno de los aspectos sustanciales para asegurar la autonomía de las decisiones es el acceso a recursos necesarios y suficientes para un eficiente ejercicio de las potestades asignadas al Tribunal Constitucional, situación consagrada en el mismo texto de la Constitución que en su artículo 259, inciso cuarto, que al referirse al presupuesto del Estado señala: “ningún organismo público será privado del presupuesto necesario para cumplir con los fines para los que fue creado”.

¹² Cfr. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 148.

La defensa de la Constitución

El Tribunal Constitucional, como órgano máximo del control de constitucionalidad, tiene por finalidad última resguardar el principio de regularidad del ordenamiento jurídico positivo del que la Constitución es condición de validez y unidad. La vigencia efectiva de un régimen democrático y constitucional depende de que la Constitución sea suprema, pues esta es la fuente positiva del poder de más alta jerarquía normativa.¹³

La supremacía constitucional es, entonces, garantizada a través del sistema de control de constitucionalidad, pero gran parte de ello depende de la rigidez del Código Político, es decir, de las condiciones formales superiores que exige la misma Constitución para su reforma, lo que no quiere decir que las constituciones flexibles no sean supremas sino que en estos casos dicha supremacía se ve relativizada. Así, si una Constitución flexible se modifica con las mismas formalidades que exige una reforma legal, resultará sencillo romper sus contenidos, pues si el legislador desea dictar leyes inconstitucionales, en principio, bastará que reforme la Constitución en primer término con la misma facilidad con la que dictará la ley que antes de la modificación constitucional la contradecía.

La flexibilidad de las Constituciones fue, en principio, propia del constitucionalismo liberal, en el que no existían garantías, como las que se conocen en la actualidad. La Constitución flexible es propia de un gobierno aristocrático, favoreciendo sus finalidades, pues se tiende a no definir el sistema de gobierno, que puede ser de cualquier forma por la facilidad con la que pueden operar las modificaciones a la Carta Primera, y por una pretendida homogeneidad social, que no es propia de una democracia auténtica.

¹³ Tribunal Constitucional, Resolución N° 029-2000-TP. En este fallo se realiza una breve reseña sobre la supremacía constitucional y respecto de algunas de sus implicaciones, señala: “1. Existe una jerarquía en el orden jurídico-estructural, según la cual la Constitución y las normas constitucionales están en el vértice de la pirámide del ordenamiento jurídico-político, por constituir la Ley de Leyes, y ejercer su poder superior sobre todos sus órganos y en general sobre todas las personas naturales y jurídicas que lo integran. 2. El Derecho Constitucional prevalece sobre los demás derechos y normas jurídicas, las que deben sustentarse en aquel, por sustentar los fundamentos básicos de las manifestaciones del ordenamiento jurídico-político estatal. 3. Todas las funciones del Estado y sus órganos están sujetos a la Constitución, cuyas normas deben ser plenamente acatadas y cumplidas. Las violaciones a la Constitución y a los derechos humanos deben ser conocidas y resueltas por el Tribunal Constitucional en última instancia. Los jueces y tribunales de la justicia ordinaria y las alcaldías son órganos auxiliares de la justicia y magistratura constitucionales. 4. Las normas de la Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez tribunal o autoridad pública, pero sólo el Tribunal Constitucional, como órgano supremo del control constitucional, es el encargado jurisdiccionalmente de asegurar la eficacia de las mismas, en especial de los derechos y garantías establecidas a favor de las personas, y pronunciarse en última y definitiva instancia. 5. La violación de un derecho constitucional es invalorable, es decir no se puede convalidar por el tiempo ni ningún otro factor, y de ser puesta en conocimiento del Tribunal Constitucional, esa violación debe ser sancionada y de ser posible reparada. 6. El derecho de demandar por los actos violatorios a la Constitución es imprescriptible, por tanto, la acción puede deducirse en cualquier tiempo y el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre ella sin que pueda invocarse a favor del demandado ninguna clase de prescripción. 7. En caso de duda de una o más normas constitucionales, debe aplicarse la disposición más favorable al recurrente, y sobre todo aquella que precautele y garantice la eficacia de los derechos y garantías establecidas a favor de las personas”.

ca que es heterogénea. En una democracia material el consenso no es impuesto ni artificial, pues intervienen los distintos factores de poder en un mayor ámbito de ejercicio, sin restricciones que lo desvirtúan y ampliando sus sedes, y en la cual se puede manifestar el disenso.

En una democracia auténtica, entonces, se requieren garantías frente a las mayorías coyunturales que pretendan desvirtuar el pacto encarnado en la Constitución, como fórmula de protección de las minorías respecto de las mayorías, esa mayoría que puede ser tiránica, en términos de Alexis de Tocqueville, pues los textos constitucionales no sólo establecen la estructura del poder del Estado a través de sus instituciones políticas, sino que consagran en su contenido el reconocimiento de derechos fundamentales y todo un sistema de protección a esos derechos.

La rigidez constitucional tiene como finalidad instrumental la protección de la Constitución, que ésta no sea objeto de reformas coyunturales, sino que rija sin importar intereses de momentos determinados y cambiantes, es decir, que el texto constitucional sea estable. La finalidad última de la rigidez constitucional, se debe reiterar, consiste en la defensa de los contenidos de la Carta Primera y, por medio de ella, de todas las personas, especialmente, de las minorías.¹⁴

Sin control no existe Estado de Derecho, como se revisará en este mismo informe, y sin control de constitucionalidad efectivo no existe supremacía constitucional ni, me atrevo a señalar, Constitución, pues ella no condicionará, en estricto sentido, el ejercicio del poder, ni material ni formalmente.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ecuatoriano es el órgano máximo dentro del ejercicio de la jurisdicción constitucional, que no forma parte de la Función Judicial, es independiente de todos los demás órganos del poder público, ejerciendo sus atribuciones dirigidas a la defensa o guarda de la Constitución, de manera autónoma, lo que contribuye a la pervivencia del sistema democrático y del régimen constitucional, lo que constituye su finalidad última.

Tribunal especializado

Este Tribunal no forma parte, se insiste, de ninguna otra función del Estado, lo que no sólo tiene que ver con su independencia y autonomía, sino con la clase de poder que ejerce.

De modo general se habla que el Tribunal Constitucional opera como un legislador negativo, pues, al declarar la inconstitucionalidad de una norma la expulsa del ordenamiento jurídico positivo, lo que equivaldría a su derogatoria. En verdad, las consecuencias de una declaratoria de inconstitucionalidad son similares a los de una derogatoria:

¹⁴ Sobre este punto de derecho, *vid. infra*, “El control de la reforma constitucional”, dentro de otras atribuciones que requieren ser precisadas o incorporadas.

en ambas se deja sin efectos a la norma, en ambas se la expulsa del ordenamiento jurídico positivo. Pero ocurre que, formal y materialmente, son distintas: formalmente, no sólo porque los órganos que las operan son diversos, sino porque la ley se deroga sólo mediante ley y no, evidentemente, mediante resolución, como acontece con la declaratoria de inconstitucionalidad, cuyos procedimientos de formación son distintos, desde su inicio hasta su conclusión. De la misma manera, materialmente, la finalidad de la derogatoria es diversa a la de la declaratoria de inconstitucionalidad: esta última sólo tiene por fundamento el mantener la regularidad constitucional del sistema jurídico positivo, mientras que la derogatoria puede tener las más distintas motivaciones, que van desde las de orden jurídico hasta las razones de conveniencia, que no competen en lo absoluto a un Tribunal Constitucional.

El ejercicio de la jurisdicción constitucional no implica que el Tribunal Constitucional forme parte o ejerza un poder similar al que ejerce la Función Judicial. Téngase presente que uno de los fundamentos para que el control de constitucionalidad se concentre en una magistratura especializada, propia del sistema kelseniano, a diferencia del sistema difuso, implantado en los Estados Unidos con el famoso y ya reseñado caso *Marbury versus Madison* resuelto por el juez Marshall en 1803, es que el control de constitucionalidad sea ejercido con los patrones propios del Derecho Constitucional y sus principios, mas no con criterios civilistas, penalistas u otros que le son ajenos, tendiendo, entonces, a la especialización en razón de la materia.

Por otra parte, a través del sistema de control concentrado se obtiene que los órganos creados para resolver temas no propiamente constitucionales, como es el caso de los que integran a la Función Judicial en general, se puedan dedicar con mayor atención a resolver dichos asuntos. A lo dicho se debe agregar que, de modo general, el Poder Judicial en los Estados que, como el nuestro, han optado por el control concentrado de constitucionalidad, no se extiende a la facultad de expulsar del ordenamiento jurídico positivo las normas inconstitucionales sino, a lo sumo, declararlas inaplicables, con efectos interpartes.

La existencia de una magistratura especializada tiende a garantizar el principio de seguridad jurídica pues, como se ha señalado, del mantenimiento de la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico positivo del Estado depende, en mucho y fundamentalmente, la unidad del sistema jurídico. Si en un sistema normativo se encuentran normas inconstitucionales ello no sólo creará confusión en los destinatarios de la norma, pues no tendrán el grado mínimo de certeza requerido sobre las consecuencias jurídicas que acarrearán sus actos, sino que pondrá en evidente peligro la conservación de la institucionalidad básica y fundamental del Estado que emana, precisamente, de la Constitución.

Garantizar los contenidos de la Constitución, tanto orgánicos como dogmáticos, es la labor fundamental de este Tribunal, siendo uno de sus deberes principales, pero se debe insistir en el hecho que proteger a la Carta Primera implica, a su vez, defender todo el sistema constitucional democrático y la vigencia efectiva del Estado Social de Derecho, a cuya eficacia propende el establecimiento de magistraturas especializadas.

ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional tiene facultades tanto en materia de control de constitucionalidad de actos administrativos como de actos normativos, respecto de las que ejerce control a posteriori, además del ejercicio del control preventivo en los casos de objeciones presidenciales a proyectos de Ley aprobados por el Congreso Nacional y de tratados internacionales. Del mismo modo, corresponde a esta Magistratura la revisión de resoluciones en materia de amparo, hábeas corpus y hábeas data, limitando estas dos últimas a los casos de denegación. Tiene además facultades de dirimencia de conflictos de competencia asignados por la Constitución, y de resolver las quejas que en materia de régimen seccional autónomo se encuentran previstas en la Ley de Régimen Municipal y en la Ley de Régimen Provincial, quejas en materia de descalificación de Legisladores de conformidad con el Código de Ética de la Legislatura y quejas previstas en la Ley de Elecciones. Además, tiene facultades para conocer sobre los informes que presenten los jueces, tribunales y salas en virtud de la declaratoria de inaplicabilidad que por inconstitucionalidad se realice en casos concretos, con efectos interpartes, pudiendo declarar el Tribunal Constitucional, en el evento que así lo determine, la inconstitucionalidad del precepto con carácter general y obligatorio, esto es con efectos *erga omnes*.

Otra facultad que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional consiste en la iniciativa legislativa, en materias que correspondan a sus atribuciones, y para la presentación de proyectos de reforma constitucional.

El Tribunal Constitucional de conformidad con las normas vigentes tiene, en mucho, más atribuciones que el Tribunal de Garantías Constitucionales, conformándose un real modelo de control concentrado de constitucionalidad, lo que ha sido reconocido incluso por la doctrina extranjera, que resalta sus importantes facultades como un modelo a seguir en los sistemas comparados, en especial las relativas al control previo y a la decisión definitiva en materia de inaplicabilidad, específicamente esta última que impide que o bien existan resoluciones contradictorias ora que la inaplicabilidad no sea conocida por el órgano máximo de control constitucional, tal como acontece en Chile, por ejemplo. A pesar de lo expuesto, en el Ecuador no se ha previsto aún entregar al Tribunal Constitucional la facultad de ser el intérprete supremo de la Constitución, como acontece, en especial, en los sistemas europeos; siendo que hasta la actualidad se mantiene el criterio de que un ente político como es el Congreso Nacional, sea el intérprete, con el carácter de generalmente obligatorio,¹⁵ dicotomía jurídica que en la práctica no se ha materializado.

Como se observa, las atribuciones del Tribunal Constitucional han aumentado, no sólo en número sino en trascendencia, lo que obliga a una continua perfección de la

¹⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 284. En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán la iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional, las mismas personas u organismos que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su trámite será el establecido para la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional.

justicia constitucional y de su órgano no sólo en materia de decisiones, lo que resulta fundamental, sino en materia organizativa y de una infraestructura que permita optimizar los recursos, especialmente humanos, con que cuenta el Tribunal.

Sistemas de Control Constitucional

Como lo hemos dejado anotado en líneas anteriores, existen en realidad dos sistemas de control de constitucionalidad, que la doctrina de modo general los denomina como control difuso, desconcentrado u originario, que es aquel que ejercen los máximos tribunales de justicia ordinaria en el Estado; y otro, el denominado sistema concentrado o austríaco de constitucionalidad, que es ejercido por una corte o tribunal especializado y al que se le ha dotado en mayor o menor grado la potestad de realizar el examen de constitucionalidad.

En el Ecuador, como queda dicho, desde la reforma del año de 1996, hemos acogido el denominado sistema austríaco, debiendo tener presente que aún tenemos la presencia de lo que podríamos llamar el control difuso de constitucionalidad, esto es el control que hacen todos los jueces, salas de las cortes superiores, salas de los tribunales distritales y las salas de la Corte Suprema, a la luz de lo prescrito en el artículo 274 del texto constitucional.¹⁶

Control de constitucionalidad de actos normativos

Respecto de los actos normativos, vale decir, de las leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos del poder público, el Tribunal Constitucional ejerce control concentrado, abstracto, preventivo y a posteriori, a instancia de parte y obligatorio, y con efectos de carácter general, a partir del artículo 276, números 1 y 4, de la Constitución.¹⁷

El Tribunal Constitucional, como se indicó anteriormente, ejerce control de constitucionalidad *concentrado*, el que se inaugura en el Ecuador en 1996, pues esta Magistratura es la única que puede decidir si las normas que son puestas en su conocimiento son o no inconstitucionales, como condición de su vigencia.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 274. Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

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

¹⁷ Las normas impugnadas deben encontrarse vigentes, pues de lo contrario el tribunal no se podrá pronunciar sobre una norma inexistente o previamente expulsada del ordenamiento jurídico; así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en varias oportunidades.

El control que ejerce el Tribunal Constitucional es de carácter *abstracto*; es decir, conoce procesos contra normas impugnadas en su constitucionalidad, debiendo limitar su análisis a la confrontación del precepto con el texto constitucional, teniendo por finalidad única la identificación de la regularidad o irregularidad constitucional de la norma impugnada y, en este último evento, su anulación. Este control se inicia por la vía de la acción, a diferencia del difuso que es de carácter incidental y concreto, y mediante el cual la norma declarada inaplicable no pierde su validez y vigencia.

Por su oportunidad, el control que de los actos normativos realiza el Tribunal Constitucional puede verificarse en un sentido preventivo o en uno *ex post facto*.

El control *a posteriori* o *ex post facto* es tradicional en el caso ecuatoriano, el mismo que se lo asignó en su momento al Tribunal de Garantías Constitucionales, en las Constituciones de 1945, 1967 y 1978-79 después de la reforma de 1983 y a la Corte Suprema de Justicia en la Carta de 1978-79 hasta la reforma de 1983 y a su Sala Constitucional entre 1992 y 1996. Esta modalidad de control tiene por finalidad la anulación de las normas inconstitucionales de manera posterior a su entrada en vigencia.

El control *preventivo*, previo o *ex ante* es aquel que se realiza, de modo general, respecto de proyectos normativos, esto es, antes de su entrada en vigencia, con la finalidad de prevenir los efectos de la aplicación de normas inconstitucionales. En el Ecuador esta modalidad ya se previó en la efímera Constitución de 1945,¹⁸ siendo retomada recién en 1996, respecto de las objeciones de inconstitucionalidad que el Presidente de la República formule en el procedimiento de formación de la ley. Es en 1998 en que se añade el control preventivo a los instrumentos internacionales que deban ser aprobados por el Congreso Nacional.

La ventaja del control preventivo es que la norma inconstitucional no entrará en vigencia y, por añadidura, no producirá efectos. Pero, como lo señala la doctrina y como se presenta en el sistema constitucional ecuatoriano, se deben prever controles *a posteriori*, pues, en muchos casos, las inconstitucionalidades no se hacen presentes al analizar un texto normativo sino cuando éste es aplicado. La exclusividad del control previo es un problema que se presenta, por ejemplo, en el sistema chileno, en el cual el Tribunal Constitucional sólo ejerce esta modalidad de control de constitucionalidad de las leyes,¹⁹ reservando el control *a posteriori* a la Corte Suprema de Justicia a través del deno-

¹⁸ El número 3 del artículo 160 de la Constitución de 1945 atribuía al Tribunal de Garantías Constitucionales: "Dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decreto, en el caso señalado en el artículo 41", disposición constitucional que, a su vez, señalaba: "Cuando el Presidente de la República considerare inconstitucional un proyecto, lo objetará y devolverá al Congreso con las objeciones razonadas. Si éste las encontrare fundadas, se archivará el proyecto; en caso contrario, lo enviará al Tribunal de Garantías Constitucionales para que emita su dictamen dentro de ocho días" y agregar, en su inciso segundo, que "Si el Tribunal también estimare inconstitucional el proyecto, lo declarará así y el Congreso no podrá insistir; y si lo conceptuare conforme a la Constitución, enviará el proyecto al Presidente de la República para que le dé curso".

¹⁹ La Constitución Política de Chile, en su artículo 82, números 1 y 2, señala como atribuciones del Tribunal Constitucional las siguientes: "1° Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución; 2° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

minado recurso de inaplicabilidad, mediante el cual las leyes inconstitucionales no son anuladas, pues no se ha previsto en Chile el sistema de informes al Tribunal Constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 274 de la Constitución ecuatoriana.²⁰

Por los efectos, las decisiones que en razón del control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional son de *obligatoriedad general*, pues la resolución de esta Magistratura al declarar la inconstitucionalidad de la ley es dejarla sin efecto, en virtud del artículo 278 de la Constitución, a diferencia de la declaratoria de inaplicabilidad que en los casos concretos realizan los jueces y tribunales de la Función Judicial, al ejercer el control difuso de constitucionalidad, cuyos efectos son simplemente interpar-tes, de conformidad con el artículo 274, inciso segundo, del Código Político.

En términos kelsenianos, cuando una corte o Tribunal Constitucional declarara la inconstitucionalidad de una ley la anula, es decir, la expulsa del ordenamiento jurídico positivo, pues una norma no válida es inexistente,²¹ aunque requiera de la declaratoria de inconstitucionalidad, pues no opera de pleno derecho, sin que implique una derogatoria, pues ésta opera mediante ley.²² Lo señalado, en muchas ocasiones lleva a identificar las actuaciones de las cortes o tribunales, como las de un legislador negativo, aun cuando como queda claro tal supuesto es errado.²³

Ahora bien, el número 1 del artículo 276 de la Constitución señala que con la declaratoria de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional puede “suspender total o parcialmente sus efectos”. El problema que se presenta con una interpretación literal de la norma citada es que los efectos de la suspensión son distintos de los de una anulación, pues la primera no priva de vigencia al precepto inconstitucional, a diferencia de la anulación que le declara su invalidez jurídica.

Al efecto, téngase presente que, hasta 1996, el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales no dictaba resoluciones definitivas, sino que debían ser revisadas en un primer momento por el Congreso Nacional y luego, desde 1992, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual, mientras esas instancias de revisión no emitieran la resolución definitiva, el precepto inconstitucional era suspendido en su vigencia. Sólo se puede afirmar, en este momento, que la norma contenida en el número 1 del artículo 276 del texto constitucional es un rezago que debe ser corregido mediante la correspondiente reforma constitucional.

²⁰ Respecto del predicamento que se presenta en el caso chileno, *vid.* Humberto Nogueira Alcalá, *El Tribunal Constitucional Chileno*, cit., p. 142, que señala: “Somos de opinión de la necesidad de ampliar la competencia del Tribunal Constitucional de un control preventivo en materia de ley a un control represivo con efectos *erga omnes*, como ocurre con la generalidad del derecho constitucional comparado en que existen tribunales constitucionales, concentrando así tal función y eliminando el control represivo *inter partes* de la Corte Suprema, estableciendo la acción de inconstitucionalidad contra leyes vigentes, lo que llenaría el vacío actualmente existente y permitiría eliminar del ordenamiento jurídico los preceptos legales inconstitucionales”.

²¹ Cfr. Hernán Salgado Pesantes, *El Modelo Kelseniano de Control de Constitucionalidad*, cit., pp. 20-21.

²² Tal como se indica en el artículo 141, número 7, de la Constitución.

²³ *Vid. supra*, el apartado relativo al “Tribunal Especializado”, dentro de la sección “Naturaleza del Tribunal Constitucional”.

Se debe añadir que, por disposición de la misma Constitución, la anulación de un precepto inconstitucional, previa la correspondiente declaratoria de este Tribunal, no tiene efecto retroactivo, lo que se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, pues, en caso contrario, correspondería la revisión de todos los actos que emanaron de la aplicación del precepto irregular.

Para ratificar lo dicho en las líneas precedentes, se debe considerar lo expresado en el artículo 272 del Código Político,²⁴ en el sentido de que cualquier norma o acto que altere su contenido, pierde su validez, eficacia y vigencia, por tanto es expulsado del mundo jurídico y se torna extraño al mismo; por lo que, bien hace la magistratura a declarar la nulidad de la norma impugnada.

Por el inicio de la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional practica sus atribuciones o bien a requerimiento previo ora de manera obligatoria, debiéndose tener en cuenta que, desde 1992, las potestades en materia de control de constitucionalidad no se ejercen de *oficio*, salvo en el caso de la declaratoria de inaplicabilidad que pueden realizar los jueces y tribunales en los casos concretos a través del modelo difuso de control.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, en su origen a través de la Constitución de 1945, en el artículo 160, número 4, letra a, se disponía que la suspensión de leyes inconstitucionales procedía a petición de juez o tribunal de última instancia, lo que varió con la Constitución de 1978-79, en que, luego de la reforma de 1983 puede ejercer nuevamente la potestad de suspender preceptos inconstitucionales, facultad que podía ejercer “de oficio o a petición de parte”, tal como aparece en el artículo 141, número 4, de la primera codificación del texto constitucional.

El ejercicio de facultades de oficio fue criticado, pues con ello, se decía, el Tribunal rompía el equilibrio de poderes, pues, en virtud de sus atribuciones, se oponía a otros actos emanados del ejercicio del poder público, mientras que sin la posibilidad de ejercer las potestades de forma discrecional, como dice Carlos Arellano García, se “evita que surja el antagonismo entre órganos del Estado, pues el control se ejercerá cuando lo solicite el gobernado y no cuando tal iniciativa pudiera partir del órgano de control”.²⁵

Así, como se señaló, desde 1992 se exige el *requerimiento previo* para que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales se pronuncie, exigiéndose la presentación de

²⁴ Constitución del Ecuador. TÍTULO XIII. DE LA SUPREMACÍA, DEL CONTROL Y DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. Capítulo 1. De la supremacía de la Constitución. Artículo 272. La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

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.

²⁵ Carlos Arellano García, *El Juicio de Amparo*, 3ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 360.

una demanda de inconstitucionalidad en el artículo 146, número 1, de la segunda codificación de la Constitución de 1978-79 y que se mantiene en la vigente, en el artículo 276, número 1.

A lo dicho se debe agregar que en la vigente codificación constitucional, tal como ocurre desde la tercera codificación publicada en el Registro Oficial N° 999 de 30 de julio de 1996, se establece la legitimación procesal activa en materia de acciones de inconstitucionalidad, en el artículo 277, números 1, 2, 3 y 5, de la Constitución.

Tanto en la Constitución de 1945, como en la de 1978-79, hasta su tercera codificación de 1996, no se previó una legitimación procesal activa, por lo que cualquier persona podía presentar requerimientos de inconstitucionalidad, lo que si bien generaba un sistema muy democrático, no contenía los filtros necesarios para no saturar de peticiones a la Magistratura, como ocurre en la generalidad de sistemas constitucionales comparados.

Ya en 1996, como se ha indicado, se establece dicha legitimación procesal activa, la que se ha mantenido, de modo general, en la reforma de 1998. Quienes pueden presentar requerimientos o peticiones de inconstitucionalidad, en el Ecuador denominadas “demandas de inconstitucionalidad” de actos normativos, son: el Presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, mil ciudadanos o una persona con el informe favorable del Defensor del Pueblo.

En el caso ecuatoriano, al igual que en la generalidad de sistemas, se ha previsto que las peticiones al Tribunal Constitucional en esta materia sean formuladas por el Presidente de la República y los legisladores, con variantes, en especial en este último caso, pues en el Ecuador el Congreso Nacional puede presentar la demanda de inconstitucionalidad previa resolución mayoritaria de sus miembros, mientras que en otros casos, como el de España, que exige cincuenta diputados o cincuenta senadores, de acuerdo con el artículo 162.1, letra a, de la Constitución española; Perú, en que se legitima al veinticinco por ciento del número legal de congresistas en el número 4 del artículo 203 del Código Político; al tiempo que en Bolivia se faculta a un diputado o senador en el artículo 120, número 1, de la Constitución.

En la actualidad, dentro de los ordenamientos constitucionales comparados, en el caso colombiano acepta que los ciudadanos, sin calificación, presenten demandas de inconstitucionalidad contra leyes, tal como lo determina el artículo 241, número 4, de la Constitución, tal como se prevé, también, en el artículo 134, letra d, de la Constitución de Guatemala que legitima a cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos. En el Ecuador se califica numéricamente esta petición, exigiendo que la solicitud sea realizada por mil ciudadanos en ejercicio de derechos políticos, al igual que en el Perú, en que el artículo 203, número 5, exige cinco mil ciudadanos. Esta legitimación ciudadana no se encuentra prevista en los casos de Chile y Bolivia.

En el caso ecuatoriano, cualquier persona puede interponer la acción de inconstitucionalidad, previo el informe favorable del Defensor del Pueblo. Téngase presente, entonces, que nuestro ordenamiento constitucional no legitima al Defensor del Pueblo, a diferencia de los casos de Bolivia, España y Perú.

EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

Hemos realizado el análisis de la atribución contenida en el número 1 del artículo 276 del texto constitucional; ahora corresponde adentrarnos en el conocimiento de la atribución contenida en el artículo 274 del Código Político, al que nos hemos referido en forma breve en varios puntos anteriormente.

Nuestro Sistema de Control Constitucional resulta ser preponderantemente concentrado, empero en el caso del análisis seguimos con la técnica del control difuso, es decir aquella que hacen todos los jueces, ministros, tribunales o magistrados, de la Función Judicial, según sean juzgados comunes, cortes superiores, Tribunales Distritales Contencioso de lo Fiscal o de lo Administrativo y la Corte Suprema, en otras palabras, los jueces ejercen control constitucional, teniendo en consideración las normas de la competencia jurisdiccional, atentos a lo que dispone la primera parte del artículo en comento, cuando señala, “*Cualquier juez o tribunal*”, al respecto de manera breve pasaré a revisar la organización funcional de la Función Judicial.

Organización y competencia de la Función Judicial en el Control Constitucional

De conformidad con el artículo 200 de la Constitución Política²⁶ y el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial,²⁷ la Corte Suprema tiene su sede en Quito, capital de la República del Ecuador y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, lo que deja claro que el órgano de justicia es centralizado. Es corte de casación en todas las materias a través de sus salas especializadas, de tal suerte que el estudio de los expedientes se remite al análisis en derecho de los casos subidos en grado, sobre todo de los autos definitivos o de las sentencias con las que ha culminado el proceso de conocimiento. Las materias a nivel de corte están divididas en cinco áreas: lo civil, lo penal, lo laboral, lo tributario y lo administrativo. La corte, amén del ejercicio de ser jueces de casación, también tiene la facultad de dictar resolución con fuerza material de ley en aquellos fallos contradictorios que sobre un mismo punto de derecho dicten las salas de casación, los tribunales distritales o las salas de las cortes superiores conforme lo prescribe el artículo 197 de la Ley Fundamental.

Para el conocimiento de los asuntos de plena jurisdicción derivados de actuaciones irregulares de la Función Administrativa, así como también para las materias de lesivi-

²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 200. La Corte Suprema de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede en Quito. Actuará como corte de casación, a través de salas especializadas, y ejercerá, además, todas las atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes.

²⁷ LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. SECCIÓN II. De la Corte Suprema. Artículo 12. La Corte Suprema tiene jurisdicción en toda la República y su sede en la Capital. Se compondrá de dieciséis ministros jueces y un ministro fiscal, nombrados por el Congreso Nacional. Se dividirá en cinco Salas, compuestas cada una de tres ministros jueces. El Presidente del Tribunal será elegido en la forma que determina la Sección IV de este Título.

dad, nulidad de actos administrativos, existen Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, en el número de cuatro, distribuida su competencia territorial por distritos, los mismos que abarcan varias provincias.

También, para el asunto del conocimiento de asuntos contencioso tributarios, existen Tribunales Distritales de lo Fiscal, cada uno de ellos tiene competencia territorial en varias provincias.

En cada provincia (22) existe una Corte Superior, el número de salas de cada corte determina la Corte Suprema de Justicia;²⁸ las cortes tienen competencia en materia civil, de inquilinato, penal, de tránsito, laboral, de la niñez y adolescencia. Las Cortes Superiores también tienen competencia en cuanto a las personas, en causas penales, cuando se encuentran desempeñando función pública en calidad de gobernadores, alcaldes, prefectos y en general dignatarios de alto rango a nivel cantonal y provincial.²⁹

En cada provincia existen jueces de lo civil, de inquilinato, de lo penal, de tránsito, de lo laboral, la niñez y adolescencia, el número es determinado por la Corte Suprema de Justicia y se procura que estén distribuidos en los cantones de mayor densidad poblacional, los jueces conocen la materia de la especialidad asignada a cada uno de ellos y el ámbito de la competencia territorial en cada caso también le es atribuida por mandato de la Corte Suprema.

Por las características y propias connotaciones de cada una de las instancias judiciales, bien podemos decir que si bien el sistema administrativo aparece como centralizado, se da una profunda desconcentración y reparto de competencia, para el pleno ejercicio de la jurisdicción que a cada una de las instancias corresponde.

Además de lo señalado, cabe anotar que el artículo 191 de la Constitución,³⁰ se reconoce también otros medios alternativos, como el arbitraje y la mediación para la

²⁸ LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. SECCIÓN III. De las Cortes Superiores. Artículo 21. En cada provincia habrá una Corte Superior compuesta de las Salas que determine la Corte Suprema.

²⁹ LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Artículo 23. Son atribuciones y deberes de las Cortes Superiores: 1. Conocer, en primera y segunda instancia, de toda causa penal que se promueva contra los Gobernadores, Alcaldes, Prefectos, vocales de los tribunales electorales, provinciales, consejeros, concejales, administradores de aduanas, jueces de lo penal, jueces de lo civil, de la familia, agentes fiscales, intendentes y comisarios nacionales de policía y municipales, jueces del trabajo, de tránsito y de inquilinato; y oficiales, tanto generales como superiores, de la Fuerza Pública;

2. Conocer, en primera y segunda instancia, de las causas penales que se promuevan contra los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, por infracciones relacionadas con el ejercicio de sus funciones; 30 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. TÍTULO VIII. DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Capítulo 1. De los principios generales. Artículo 191. El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

solución de conflictos, el punto de análisis es si los mediadores tienen o no calidad de jueces, esto es ejercen jurisdicción y competencia para juzgar y ejecutar lo juzgado, cuestión que implica un análisis profundo y que en principio me atrevería a señalar que tienen competencia emanada de la constitución para solucionar conflictos, pero el asunto es si una vez solucionado el conflicto tienen o no competencia para hacer ejecutar lo resuelto.

De otra parte se dice también en el artículo del comentario que, las autoridades de las poblaciones indígenas ejercerán funciones de justicia, tema aún más delicado que el anterior. El Derecho indígena, de modo general, es un sistema jurídico que se basa en las costumbres, en otras palabras puede señalarse que es derecho consuetudinario. En este orden de cosas, también hay que agregar, que conforme la Ley Fundamental, en el artículo del análisis, prescribe que la costumbre a de ser conforme a la Constitución y a las leyes, cuestión esta última que tiene hasta la actualidad un desarrollo por demás precario.

Por último, en este apartado, cabe anotar que si bien la Constitución dispone en el artículo que trato de explicar que, debe existir unidad jurisdiccional, no es menos cierto que hasta la actualidad muchas dependencias de la Administración Pública en General, se viene ejerciendo por parte de sus autoridades y funcionarios potestad jurisdiccional, como los jueces de caminos, los de coactiva, los de aguas, etc. Asimismo el punto será preguntarse si en realidad ejercen o no potestades y competencias judiciales.

Control Indirecto

Ahora bien cabe tener presente que el control de constitucionalidad que ejercen las cortes, tribunales y jueces es indirecto, esto es así, por cuanto en la litis no es materia principal u objeto de la contienda el obtener la declaratoria de inconstitucionalidad del acto normativo; la materia de la contienda es el asunto de la disputa, como por ejemplo el divorcio, la determinación del despido intempestivo del trabajador y la consecuente determinación de su liquidación, el señalamiento de los responsables y grado de responsabilidad de cada uno de los involucrados en un asunto de orden delictuoso, la determinación de si el acto emanado de autoridad pública es legítimo y por tanto sujeto al principio de juridicidad.

El análisis de constitucionalidad, por parte de los órganos de la Función Judicial es de tipo más bien incidental, esto es que el juez, tribuno, ministro o magistrado, según sea el caso, cuando está desentrañando el asunto principal de la pendencia observa que la norma o las normas que debe aplicar al caso contrarían el texto de la Carta Fundamental, conforme lo prescribe el artículo 274 de la Constitución Política de la República “...podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución”.³¹

³¹ Vid *supra*, en el apartado sistemas de control constitucional y en la cita N° 16.

Ahora bien, como queda dicho el órgano judicial puede de oficio, esto es por sí mismo o motu proprio, proceder a la declaratoria de inaplicabilidad del acto normativo, esto es resolver la cuestión de constitucionalidad; lo dicho no obsta para que el justiciable, sea legitimado activo o pasivo o hasta tercero interesado en la causa, cuando lo estime pertinente, proceda también a pedir el examen de constitucionalidad del precepto que por estar en entredicho de constitucionalidad, se lo declare inaplicable, teniendo siempre presente que en la causa que se tramita, el asunto principal del procedimiento es la controversia sometida a la decisión de los jueces y no necesariamente la inaplicabilidad. Lo que acontece es que esta facultad del juez debe poner en funcionamiento antes de que se pronuncie sobre lo principal o máximo al tiempo de dictar sentencia.

En el Ecuador, por otra parte, la cuestión incidental de constitucionalidad puede originarse en todo tipo de procedimiento, esto es en la vía civil en procedimiento ejecutivo, verbal sumario u ordinario, en la acción penal, dentro de los procedimientos de tránsito, en el amparo, etc., de guisa que no importa el procedimiento en el que se encuentre encausado el proceso, así como tampoco la materia e incluso la instancia, esto último explica el porqué aún en casación una Sala de la Corte Suprema de Justicia, puede declarar inaplicable un precepto que contraría a la norma constitucional. Esto es que como es lógico, procesal y jurídico, el juez, tribunal o sala respetando las reglas de la competencia y la jurisdicción, que les otorga la normativa procesal, el derecho adjetivo y las normas funcionales y de organización judicial. Dicho en otras palabras, sonaría extraño que el Tribunal Contencioso Fiscal declare la inaplicabilidad de una norma que regule la contratación pública; o que el juez penal declare la inaplicabilidad de una norma de inquilinato; o lo que sería por demás inadmisible e ilógico, que un órgano judicial que no esté conociendo la causa o el caso, declare la inaplicabilidad de una norma en ese caso, debiendo quedar nítidamente claro que el asunto principal es el conflicto de intereses sometido a la decisión del juez, más allá del asunto “incidental” de la contrariedad de una norma jurídica aplicable al caso, con el texto constitucional.

También cabe anotar en este aparte, que de ninguna manera se podría alegar o excepcionar, la extra petita o si aparentemente habría lugar la ultra petita, esto es que el juez haya resuelto fuera de lo pedido o más allá de lo que se le pidió, puesto que en materia constitucional, hemos de tener presente el principio de aplicación directa de la norma constitucional y que se encuentra positivado en el artículo 273 de la Ley Fundamental,³² esto va de la mano con una vieja regla de procedimiento, que es la *iura novit curia*, esto es que el juez sí puede modificar el derecho invocado por el justiciable; y por último, suplir las vacíos y omisiones constitucionales en los que se haya incurrido, para estar siempre acorde con el principio de juridicidad en su quehacer de administrar justicia.

De lo dicho es esencial tener presente que lo principal de la causa, el asunto controvertido, la litis o pendencia, resuelve el juez, el tribunal o la sala de modo independiente

³² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 273. Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente.

de la situación incidental de constitucionalidad que del estudio de la causa haya surgido o del pedido de inaplicabilidad que una de las partes procesales hubiese planteado, por eso la norma madre en la parte final del inciso primero del precepto que pretendo definir señala que el órgano de la función judicial podrá declarar inaplicable un precepto jurídico que considere contrario al texto constitucional, *“sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido”*.

El tenor destacado es desarrollado en el número seis del artículo 12 de la Ley Orgánica de Control Constitucional,³³ y separa la cuestión principal de la incidental, manifestando que el fallo adoptado sobre el asunto principal por el juez, tribunal o sala de la Función Judicial, es independiente de la resolución que con el carácter de obligatoriedad general, esto es con fuerza material de ley, dicte el supremo órgano de justicia constitucional, cuando de modo diáfano y como lo hemos venido interpretando, señala que *“Tal resolución no tendrá efectos sobre el fallo”*.

Caso especial, de inaplicabilidad de una norma jurídica en una acción de amparo

Empero lo manifestado, en la acción de amparo que en el Ecuador tiene de modo general, efectos cautelares, cabe destacar que el Tribunal Constitucional resuelve en primer lugar la inconstitucionalidad de la norma que se torna inaplicable por la posibilidad de que contraría la norma fundamental, esto es resuelve primero el asunto incidental, para posteriormente y cuando ya esté resuelto el tema de fondo de constitucionalidad, proceder a pronunciarse sobre el derecho subjetivo o libertad pública amenazada por un acto ilegítimo de autoridad pública, sin suspender siquiera los efectos del posible acto ilegítimo.

Como se podrá entender, esto llevó al pleno del tribunal a largas reflexiones, llegando a concretar la tesis que queda dicha en su Reglamento de Trámites, conforme consta de su artículo 39,³⁴ criterio que no fue compartido por varios de sus magistrados, por contrariar el texto constitucional y la Ley Orgánica de Control Constitucional, conforme

³³ LEY ORGÁNICA DE CONTROL CONSTITUCIONAL. Artículo 12. Son atribuciones y deberes del Tribunal Constitucional:

6. Conocer los informes que se le presenten sobre declaratorias de inconstitucionalidad pronunciadas por las salas de la Corte Suprema de Justicia o por los demás tribunales de última instancia; y resolver con carácter de obligatoriedad general la inaplicabilidad de un precepto legal si fuere contrario a la Constitución. Tal resolución no tendrá efectos sobre el fallo.

Para el cumplimiento de lo prescrito en el inciso anterior, la sala de la Corte Suprema o el respectivo tribunal de última instancia, remitirá al Tribunal Constitucional el correspondiente informe, dentro de los siguientes treinta días de haberse ejecutoriado la sentencia o auto.

³⁴ REGLAMENTO DE TRÁMITE DE EXPEDIENTES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Artículo 39. Competencia del Pleno. Cuando una de las Salas del Tribunal Constitucional conociera una acción de amparo en la cual se ha declarado la inaplicabilidad de una norma, el caso será enviado, previo a su resolución, al Pleno para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad.

el discernimiento realizado; y además, porque el administrado se queda desamparado, esto es sin la protección esencial del amparo, que en nuestro sistema implica no otra cosa que la suspensión de los efectos que un acto ilegítimo de autoridad pública pueda ocasionar a las libertades públicas, o derechos subjetivos consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales y amenace de modo inminente e irreparable con causar una daño grave.

Efecto inter partes de la sentencia

En el sistema ecuatoriano de control constitucional, cuando corresponde a la función judicial la declaratoria de inaplicabilidad, los efectos de la sentencia con inter partes, todo esto con arreglo a lo dispuesto en el texto del tantas veces citado artículo 274, cuando nos señala: *“Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie”*. Esto implica que el juez, el Tribunal o la Sala tienen la limitación de declarar la inaplicabilidad sólo en el caso que se ha sometido a su competencia y decisión, esto deja además muy claro que la norma que ha sido declarada inaplicable en el caso sigue vigente y por tanto forma parte del ordenamiento jurídico, esto es, continúa con vida dentro del mundo jurídico.

En el Ecuador, cuando cualquiera de las salas de casación de la Corte Suprema de justicia, dictan fallos reiterativos sobre un mismo punto de derecho, en más de tres ocasiones, estos se tornan vinculantes, es decir son de observación obligatoria, por lo que en este punto del análisis, cabe preguntarse ¿si en tres ocasiones, una sala de casación reitera el fallo con la cuestión incidental de inconstitucionalidad de una misma norma, habiéndola declarado inaplicable, esta sale fuera del mundo jurídico? A nuestro parecer y aplicando el mandato de la norma constitucional en comento, la inaplicabilidad surte efectos tan sólo en la causa que el órgano judicial se pronuncia.

En igual sentido se debe aplicar la norma del 197 de la Ley Fundamental,³⁵ en tanto esta norma atribuye a la Corte Suprema de Justicia, la facultad de expedir norma dirimente con fuerza material de ley, en fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, emanados de las Salas de Casación, Tribunales Distritales o Cortes Superiores, esto además porque el mismo artículo analizado, en su parte final reserva la atribución de resolver con el carácter de general y obligatorio al Tribunal Constitucional; a esto hay que añadir, como señalamos anteriormente que el artículo 276 N° 1, atribuye la potestad de declarar la inconstitucionalidad con el carácter de *erga omnes*, las normas jurídicas, al Tribunal Constitucional, que como repasamos en otras líneas de este ensayo, es el órgano que ejerce el control concentrado de constitucionalidad en el Ecuador.

³⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Artículo 197. La Corte Suprema de Justicia en pleno, expedirá la norma dirimente que tendrá carácter obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario, en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, dictados por las Salas de Casación, los Tribunales Distritales o las Cortes Superiores.

Obligatoriedad de pedir resolución final al Tribunal Constitucional

Cuando el órgano de la función judicial, declara la inaplicabilidad de la norma, tiene el deber de presentar un informe al Tribunal Constitucional, sobre la cuestión incidental de constitucionalidad, con el objeto de que el Supremo órgano de Justicia Constitucional, proceda a resolver conforme el mandato *in fine* del artículo 274 que expresa: “*El juez, tribunal o Sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio*”. El informe que presenta deberá ser motivado, de modo esencial para guardar armonía con uno de los principios constitucionales del debido proceso, en el sentido de que si un acto o resolución del poder público pudiese afectar a las personas, dichos pronunciamientos deben ser motivados y por tanto el informe debe contener los principios de derecho, normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia que den sustento al mismo.

El Trámite ante el Tribunal Constitucional

Al Tribunal Constitucional le corresponde conocer los informes que sobre inaplicabilidad de una norma jurídica, emanan de cualquier órgano de la Función Judicial, siendo el trámite el correspondiente al de la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica, en acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 del Reglamento de Trámites de Expedientes del Tribunal Constitucional,³⁶ aplicándose en cuanto sea posible y por tanto procedente el trámite de declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos.

En ese aparte, bien cabe reflexionar si el trámite es el adecuado, esto es que conforme lo dispuesto en la Ley de la materia, se cite con el informe que sube de la Función Judicial, al órgano del que haya emanado la norma jurídica, que el juez de modo general inaplica en un caso concreto, por considerarla contraria a la Constitución y por tanto empleando el principio de presunción de constitucionalidad del que gozan todas las normas jurídicas. Al respecto muchas disquisiciones al asunto pueden hacerse, unas de mayor fuerza y profundidad que otras, la primera que cabe señalar, *prima facie*, porque salta a la vista, es al principio de independencia que debe prevalecer entre las funciones del Estado, más aún tratándose de la judicial, en la que tanto el constituyente como el poder constituido, mediante referéndum en unas oportunidades y en otras con reforma adoptada en Asamblea Constitucional,³⁷ han estatuido en la vida del Estado que, “*Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos*”, conforme lo recoge el artículo 199 de la Constitución en su primer inciso.

³⁶ REGLAMENTO DE TRÁMITE DE EXPEDIENTES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Artículo 38. Procedimiento. El procedimiento para el trámite del informe sobre la declaratoria de inaplicabilidad será el previsto para la demanda de inconstitucionalidad de leyes y otras normas jurídicas y se registrará como lo dispone el artículo 56 en lo que sea aplicable.

³⁷ En el Ecuador, tuvo lugar su última Asamblea Constitucional, en el año 1998, luego de que fuera elegida la misma por votación popular en el año 1997, la Constitución amén de merecer reformas, fue codificada por la misma Asamblea y en ella se ratificó de manera taxativa el carácter de independiente de la Función Judicial.

Podría decirse que se trata de cuidar la supremacía constitucional, pero el hecho cierto es que de aquello deben ocuparse únicamente los órganos que gozan de potestad para ello, sin interferencia de ningún otro órgano o función del Estado, tanto más que el soberano, el poder del ejercicio de la justicia, de su afianzamiento y del logro de contar con la confianza del pueblo en el cumplimiento de tal fin; esto se cumplimenta como lo dijimos en líneas anteriores, con el principio de imparcialidad que deben tener todos los jueces, sin importar su jerarquía o rango, así como también su grado de competencia y atribuciones. Lo dicho, ha reconocido el propio tribunal en el fallo que resolvió los casos N^{os} 008 y 009-03-DI cuando expresa que, corresponde al Tribunal Constitucional y a los jueces constitucionales realizar el análisis de constitucionalidad del acto impugnado.³⁸

Por último, cabe señalar que el trámite es similar en todo lo aplicable, al de inconstitucionalidad de actos normativos, cuestión que fue revisada en los párrafos precedentes.

³⁸ Tribunal Constitucional. Resolución 008 y 009-03 DI. En el caso el juez Décimo Civil de Guayaquil, en el juicio de remate de prenda, inaplica los literales f y h de los artículos 56 y 58 de la Ley General de Seguros, en el considerando séptimo el tribunal consideró: “Que lo señalado en el considerando anterior no quiere decir que este Tribunal se someta necesariamente a los fundamentos de derecho que tuvo el juez a la hora de declarar inaplicable un precepto, como tampoco sucede, de modo general, respecto de las alegaciones realizadas tanto por el accionante en una demanda de inconstitucionalidad y por las formuladas por la autoridad en su contestación, correspondiéndole a esta magistratura y, de modo general, a los jueces constitucionales realizar el análisis del acto impugnado, en aplicación de los principios *iura novit curia* y de aplicación directa de la Constitución (artículo 273 C), pudiendo fundamentar su fallo en disposiciones constitucionales no señaladas por las partes o en estimaciones no fundamentadas en Derecho por ellos, mas la resolución que expida debe referirse, exclusivamente, a los actos impugnados expresamente por el accionante, y no a otros que no son materia de la litis, en virtud de la decisión del juez señalado por el precepto dispositivo *eat iudex ultra petita partium*”.